

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SALME' Giuseppe	- Presidente -
Dott. SALVAGO Salvatore	- Consigliere -
Dott. CECCHERINI Aldo	- Consigliere -
Dott. DIDONE Antonio	- Consigliere -
Dott. CRISTIANO Magda	- rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 5964-2006 proposto da:

GIACOMELLI COSTRUZIONI S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA RONCIGLIONE 3, presso l'avvocato GULLOTTA FABIO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato DIFINO MATTEO, giusta procura in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

CARIBONI PARIDE S.P.A. IN AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA (C.F. (OMISSIS)), in persona dei Commissari Liquidatori pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA TOSCANA 10, presso l'avvocato RIZZO ANTONIO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato PINCIONE ROBERTO, giusta procura in calce al controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1946/2005 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 25/07/2005;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 29/01/2013 dal Consigliere Dott. MAGDA CRISTIANO;

udito, per la ricorrente, l'Avvocato F. BARRELLO, con delega, che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito, per la controricorrente, l'Avvocato R. PINCIONE che ha chiesto il rigetto del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. APICE Umberto che ha concluso per l'accoglimento del primo motivo, assorbito il secondo motivo; in subordine accoglimento del secondo motivo, rigetto del primo motivo.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

L'Associazione Temporanea di Imprese avente per capogruppo e mandataria Cariboni Paride s.p.a. si aggiudicò, nel 93 e nel 95, lavori d'appalto commissionati dall'Azienda Energetica Municipale (AEM) di (OMISSIS).

Il 9 maggio del 96 Cariboni Paride s.p.a. fu posta in Amministrazione Straordinaria, con prosecuzione dell'esercizio dell'impresa.

La s.r.l. Giacomelli Costruzioni, facente parte dell'ATI, rilevato che il Commissario era subentrato tanto nei rapporti con la committente che in quelli con le imprese mandanti, chiese l'ammissione in prededuzione dell'intero credito, di L. 185.196.822, da essa vantato in corrispettivo dei lavori eseguiti e già saldati da AEM od, in subordine, del minor credito di L. 182.556.388, corrispondente alle somme di sua spettanza che l'ente appaltante aveva versato alla mandataria dopo la data di inizio della procedura.

Il credito fu invece ritenuto interamente concorsuale e fu ammesso in chirografo allo stato passivo. L'opposizione proposta, ai sensi della L. n. 95 del 1979, art. 1 e L. Fall., art. 209, da Giacomelli Costruzioni s.r.l. per sentir accertare che si trattava di un credito di massa fu dapprima dichiarata inammissibile dal Tribunale di Lecco e quindi respinta nel merito, con sentenza del 25.7.05, dalla Corte d'Appello di Milano, investita da entrambe le parti del gravame avverso la pronuncia emessa in rito dal primo giudice.

Per ciò che nella presente sede ancora rileva, la Corte territoriale escluse che potessero ricevere la qualificazione di crediti di massa, afferenti alla prosecuzione dell'esercizio dell'impresa, non solo il credito relativo alla somma riscossa da Cariboni ancora in bonis, ma anche quello maggiore, relativo alla somma riscossa dal Commissario, comunque costituente il corrispettivo di lavori eseguiti e fatturati dall'ATI all'AEM prima del 9.5.96.

La sentenza è stata impugnata da Giacomelli Costruzioni s.r.l. con ricorso per cassazione, affidato a due motivi, cui Cariboni Paride s.p.a. in AS ha resistito con controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1) Con il primo motivo di ricorso, Giacomelli Costruzioni s.r.l., denunciando violazione della L. Fall., degli artt. 72, 74, 78, 81, 111, e art. 1460 c.c., nonché vizio di motivazione, contesta che un'obbligazione sorta prima dell'accesso della società debitrice ad una procedura concorsuale non possa mai dare vita ad un credito da pagarsi in prededuzione. Osserva che la regola non può trovare applicazione allorché l'obbligazione deriva da un contratto non ancora interamente eseguito nel quale l'organo di gestione della procedura è subentrato e lamenta che la Corte d'Appello milanese, nonostante le difese da essa illustrate, non abbia tenuto in alcun conto la circostanza della

prosecuzione da parte del Commissario Straordinario dell'esercizio dell'impresa di Cariboni Paride s.p.a.

Rileva, inoltre, che la soluzione accolta dal giudice a quo si pone in contrasto con l'art. 1460 c.c., comma 1, in quanto stabilisce, in pratica, che, in caso di prosecuzione del contratto di durata da parte dell'impresa in AS, il contraente in bonis è tenuto ad eseguire le nuove prestazioni senza poter eccepire il precedente inadempimento della controparte e potrebbe addirittura essere considerato inadempiente nel caso in cui non fosse più in grado di farvi fronte proprio a causa del mancato pagamento dei crediti pregressi.

2) Col secondo motivo, la ricorrente, denunciando violazione dell'art. 1173 c.c. e L. Fall., art. 111, nonché vizio di motivazione, lamenta che la Corte territoriale abbia affermato la natura concorsuale anche del credito di L. 182.556.388, riscosso dal Commissario Straordinario.

Rileva che, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice del merito, tale credito, derivante dal rapporto di mandato e non dal contratto d'appalto, è sorto solo dal momento del suo incasso da parte della mandataria, e quindi in data successiva all'apertura della procedura.

3) Il primo motivo è infondato, mentre merita accoglimento il secondo motivo.

3.1) Come è stato rilevato dalla Corte territoriale, con accertamento non impugnato dalla controricorrente in via di ricorso incidentale, non è contestato fra le parti il subingresso di Cariboni in A.S. sia negli appalti in corso con AEM sia nell'associazione temporanea di imprese. L'avvenuto subentro del Commissario nella posizione rivestita da Cariboni nell'ATI, tuttavia, non è ragione sufficiente a qualificare il credito di Giacomelli Costruzioni di L. 2.640.434, relativo a somme che erano state riscosse dalla mandataria ancora in bonis, come credito di massa da pagare in prededuzione.

3.2) A tal proposito non vale invocare la L. Fall., art. 74, che, come ripetutamente affermato da questa Corte, laddove stabilisce che il curatore che subentra nel contratto di somministrazione deve pagare integralmente il prezzo anche delle consegne già avvenute - così prevedendo il pagamento in prededuzione anche delle prestazioni effettuate prima dell'inizio della procedura concorsuale, in deroga al generale principio della "par condicio creditorum" di cui all'art. 2741 c.c. - costituisce norma di carattere eccezionale e, quindi, inapplicabile, in via analogica, ai casi in essa non considerati (Cass. nn. 11855/06, 396/01).

3.3) Fuor di luogo è pure il richiamo all'art. 1460 c.c., posto che la committente dei lavori (e dunque l'unico soggetto nei cui confronti Giacomelli avrebbe potuto avvalersi dell'eccezione di inadempimento) era l'AEM.

3.4) Del resto, secondo quanto dedotto dalla stessa ricorrente, il credito insinuato non trova titolo nei contratti d'appalto stipulati dall'ATI con l'azienda milanese, ma nel mandato conferito alla

capogruppo dalle imprese partecipanti all'ATI: non v'è dubbio, infatti, che, pagando a Cariboni, la committente abbia adempiuto alle proprie obbligazioni anche nei confronti di tali imprese e che per contro, contestualmente al pagamento, sia sorto in capo alla mandataria l'obbligo di versare alle mandanti le somme riscosse in loro nome e per loro conto.

3.5) Limitatamente alla somma di L. 2.640.434, il corrispondente diritto di credito di Giacomelli è perciò venuto ad esistenza anteriormente alla data in cui Cariboni venne posta in A.S.; e, non ponendosi alcuna questione di indivisibilità delle prestazioni dovute dal mandatario, l'avvenuta prosecuzione del rapporto di mandato non ne ha fatto venir meno la natura di credito concorsuale.

3.6) Per la medesima ragione, però, al residuo credito insinuato, riscosso in nome e per conto della mandante dal Commissario Straordinario, e dunque derivante da un'obbligazione sorta in capo alla procedura, va riconosciuta natura di credito di massa, da soddisfare in prededuzione.

3.7) Va aggiunto che, al di là dell'indiscutibile dato temporale, il credito è certamente afferente alla prosecuzione dell'esercizio dell'impresa, solo per effetto della quale il Commissario Straordinario, in deroga a quanto previsto dalla L. Fall., artt. 77, 78 e 81, è subentrato nell'ATI, assumendo la medesima posizione contrattuale già facente capo a Cariboni in bonis tanto nei rapporti con l'ente appaltante quanto in quelli con le imprese mandanti.

Avuto riguardo, in particolare, al disposto della L. Fall., art. 78, va infatti rilevato che, in tema di appalto di opere pubbliche stipulato fra imprese riunite in associazione temporanea, il fallimento dell'impresa capogruppo, costituita mandataria ai sensi del D.Lgs. n. 406 del 1991, art. 23, comma 8 determinando lo scioglimento del rapporto di mandato, legittima l'impresa mandante ad agire direttamente nei confronti del committente per la riscossione della quota dei crediti nascenti dall'appalto ad essa imputabile (Cass. n. 3810/010).

Ne consegue che, in difetto di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa, il Commissario non sarebbe stato legittimato a riscuotere i crediti di spettanza di Giacomelli non ancora saldati da AEM, ancorché costituenti il corrispettivo di lavori eseguiti e fatturati in data anteriore a quella di inizio della procedura, e che la ricorrente avrebbe avuto diritto ad ottenerne in via diretta il pagamento.

4) L'accoglimento del secondo motivo comporta la cassazione della sentenza impugnata.

Non essendo necessari ulteriori accertamenti in fatto, questa Corte può decidere nel merito.

Il credito di Giacomelli di L. 182.556.388 (pari ad Euro 94.282,51), maggiorato degli interessi legali dalla data della domanda (Cass. n. 10639/97) va pertanto ammesso in prededuzione allo stato passivo di Cariboni Paride s.p.a. in Amministrazione Straordinaria.

L'accoglimento pressoché integrale della domanda di Giacomelli s.r.l. comporta la condanna di Cariboni Paride s.p.a. in A.S. al pagamento delle spese dei tre gradi del giudizio, che si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il primo ed accoglie il secondo motivo di ricorso; cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e, decidendo nel merito, ammette in prededuzione allo stato passivo di Canfeboni Paride s.p.a. in Amministrazione Straordinaria il credito di Giacomelli Costruzioni s.r.l. di L. 182.556.388 (pari ad Euro 94.282,51), oltre interessi legali dalla data della domanda; condanna Cariboni Paride s.p.a. in AS a pagare alla ricorrente le spese dei tre gradi del giudizio, che liquida per il primo grado in Euro 500,00 per esborsi, Euro 800,00 per diritti ed Euro 5.000,00 per onorari oltre spese generali ed accessori di legge, per il secondo grado in Euro 1.100,00 per esborsi, Euro 1.300,00 per diritti ed Euro 6.000,00 per onorari, oltre spese generali ed accessori di legge e, per il presente grado, in Euro 200,00 per esborsi ed Euro 7.500,00 per compensi, oltre accessori di legge.

Così deciso in Roma, il 29 gennaio 2013.

Depositato in Cancelleria il 15 febbraio 2013