281.17

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

PRIMA SEZIONE CIVILE

Oggetto

R.G.N. 18676/2012

Cron. 281

Rep. C.I.

Ud. 10/11/2016

PU

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SALVATORE SALVAGO - Presidente -

Dott. MARIA GIOVANNA C. SAMBITO - Consigliere -

Dott. ANTONIO VALITUTTI - Rel. Consigliere -

Dott. GUIDO MERCOLINO - Consigliere -

Dott. ALDO ANGELO DOLMETTA - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 18676-2012 proposto da:

SPECI S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA PRINCIPESSA CLOTILDE 2, presso l'avvocato ANGELO CLARIZIA, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato ALBERICO MARRACINO, giusta procura a margine del ricorso;

2016

1805

- ricorrente -

contro

FINTECNA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, Via

copia comunicata ai soli fini dell'art.133 cpc

SISTINA 42, presso l'avvocato FRANCESCO GIORGIANNI, che la rappresenta e difende, giusta procura in calce al controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1151/2012 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 01/03/2012;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 10/11/2016 dal Consigliere Dott. ANTONIO VALITUTTI;

udito, per la ricorrente, l'Avvocato ALBERICO MARRACINO che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito, per la controricorrente, l'Avvocato FRANCESCO GIORGIANNI che ha chiesto il rigetto del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. ALBERTO CARDINO che ha concluso per il rigetto del ricorso.

RITENUTO IN FATTO.

1. Con atto di citazione notificato il 20 novembre 2001, la Speci s.r.l. conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Roma, la Servizi Tecnici s.p.a. (ora (Fintecna s.p.a.) chiedendone la condanna al pagamento delle somme richieste con le quattro riserve formulate in relazione al contratto di appalto stipulato con la predetta società – concessionaria, in forza di convenzione del 22 giugno 1981, dell'Università La Sapienza di Roma – avente ad oggetto i lavori di ristrutturazione dell'edificio della IV clinica chirurgica del Policlinico Umberto I di Roma. Il Tribunale adito, con sentenza n. 863/2004, rigettava la domanda.

2. L'appello proposto dalla Speci s.r.l. veniva, del pari, rigettato dalla Corte di Appello di Roma, con sentenza n. 1151/2012, depositata l'1 marzo 2012 e notificata il 24 maggio 2012, con la quale il giudice del gravame riteneva l'impresa appaltatrice decaduta dal diritto di far valere le prime tre riserve, poiché formulate tardivamente in violazione del disposto dell'art. 54 del r.d. n. 350 del 1895, e reputava infondata la quarta riserva.

3. Per la cassazione di tale decisione ha proposto, quindi, ricorso la Speci s.r.l. nei confronti della Fintecna s.p.a., affidato a due motivi, illustrati con memoria ex art. 378 cod. proc. civ.

4. La resistente ha replicato con controricorso.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Con i due motivi di ricorso, la Speci s.r.l. denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 112, 115, 167, 183, 184 cod. proc. civ., 2697 cod. civ., in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3 cod. proc. civ.

1.1. Si duole la ricorrente del fatto che la Corte di Appello abbia ritenuto fondata l'eccezione di inammissibilità per decadenza della domanda di pagamento delle somme relative alle riserve nn. 1, 2 e 3 – formulate dalla Speci s.r.l. in relazione al contratto di appalto stipulato con la Servizi Tecnici s.p.a. (ora Fintecna s.p.a.), avente ad oggetto i lavori di ristrutturazione dell'edificio della IV clinica chirurgica del Policlinico Umberto I di Roma – sebbene detta eccezione

fosse stata proposta dalla stazione appaltante, nella comparsa di risposta del giudizio di primo grado, in modo del tutto generico, mediante il richiamo indeterminato di tutte le norme contenute nel r.d. n. 350 del 1895 e nel d.P.R. n. 1063 del 1962.

1.2. Di più, la Corte di merito sarebbe incorsa – a parere della ricorrente – anche nella violazione dell'art. 2697 cod. civ., avendo posto a carico della Speci s.r.l., attrice in prime cure, l'onere di provare – a fronte di un'eccezione di decadenza proposta dalla controparte in maniera del tutto generica, e senza alcuna prova che ne dimostrasse il fondamento – i fatti e le circostanze idonei a superare tale eccezione.

2. Le doglianze sono fondate.

2.1. Va osservato, infatti, che, in relazione all'opzione difensiva del convenuto consistente nel contrapporre alla pretesa attorea fatti ai quali la legge attribuisce autonoma idoneità modificativa, impeditiva o estintiva degli effetti del rapporto sul quale la predetta pretesa si fonda, occorre distinguere il potere di allegazione da quello di rilevazione. Il primo compete, invero, esclusivamente alla parte e va esercitato nei tempi e nei modi previsti dal rito in concreto applicabile (pertanto sempre soggiacendo alle relative preclusioni e decadenze), mentre il secondo compete alla parte (e soggiace perciò alle preclusioni previste per le attività di parte) solo nei casi in cui la manifestazione della volontà della parte medesima sia strutturalmente prevista quale elemento integrativo della fattispecie difensiva, ovvero quando singole disposizioni espressamente prevedano come indispensabile l'iniziativa di parte (cfr. Cass.S.U. 1099/1998; Cass. 6450/2004; Cass. 123535/2010). Non può revocarsi in dubbio, pertanto, atteso che in tal senso si esprime la stessa norma dell'art. 2697, comma 2, cod. civ., che la parte convenuta debba sempre sia allegare che comprovare i fatti modificativi ed estintivi della pretesa fatta valere dall'attore e, qualora ci si trovi in presenza di eccezioni in senso stretto, che sono condizionate dalla legge alla manifestazione di volontà espressa della parte di volersene avvale-

re, deve essere acquisita alla causa la prova dei fatti che ne costituiscono il fondamento.

2.2. Né può dubitarsi del fatto che l'eccezione di decadenza dell'appaltatore dal diritto di formulare le riserve, negli appalti di opere pubbliche, costituisca un'eccezione in senso stretto, poiché in disponibilità esclusiva della stazione appaltante, talchè la parte pubblica deve proporla allegando e comprovando i relativi fatti costitutivi, non potendo il giudice rilevare detta decadenza d'ufficio (cfr. Cass. 1697/1987; 3824/2003; 1637/2006; 17630/2007; 11310/2011).

2.3. Nel caso concreto, per contro, la stazione appaltante, nella comparsa di risposta del giudizio di primo grado, eccepiva l'inammissibilità delle domande proposte dall'impresa appaltatrice limitandosi a dedurre che fosse "noto come le domande formulate dall'appaltatore", costituenti oggetto di riserve, fossero soggette "a particolari termini ed oneri formali, prescritti a pena di decadenza, secondo quanto previsto dalla legislazione in materia e, segnatamente dal r.d. 25 maggio 1895, n. 350 e dal d.P.R. 16 luglio 1962 n. 1063, entrambi richiamati dal contratto inter partes (artt. 12 e 16)". Ebbene, non può revocarsi in dubbio che l'eccezione in esame sia del tutto generica, sia perché richiama indiscriminatamente ed indistintamente tutte le norme contenute nelle due fonti normative suindicate, sia - e soprattutto - perché non contiene indicazione alcuna dei fatti costitutivi posti a fondamento di tale eccezione, ai sensi dell'art. 2697, comma 2, cod. civ., tanto più necessaria in quanto le tre riserve in discussione si fondavano su causali del tutto diverse (modifiche apportate agli infissi ed alle porte antincendio, illegittime sospensioni dei lavori in tempi diversi).

2.4. E neppure nel verbale dell'udienza del 16 aprile 2003 - peraltro fissata per l'ammissione dei mezzi di prova ex art. 184 cod. proc. civ. (nel testo applicabile ratione temporis) e, pertanto, già oltre il termine per la modifica delle domande ed eccezioni - la convenuta Servizi Tecnici s.p.a. allegava, per ciascuna delle riserve contestate i fatti che avrebbero determinato la decadenza dell'appaltatrice dal

diritto di farle valere, limitandosi la medesima a fare riferimento all'art. 54 del r.d. n. 350 del 1895, e deducendo - del tutto genericamente - che la Speci s.r.l. sarebbe stata inadempiente agli "oneri" ivi previsti. Per cui è evidente che la decisione di appello non abbia rilevato la totale elusione, da parte della stazione appaltante degli oneri di allegazione e di prova dei fatti posti a fondamento dell'eccezione, sulla medesima incombente, ai sensi dell'art. 2697 cod. civ., ed abbia del tutto incongruamente ribaltato - in assenza di una rituale eccezione dell'appaltante - l'onere di provare il superamento di detta eccezione a carico dell'impresa appaltatrice.

3. L'accoglimento del ricorso comporta la cassazione dell'impugnata sentenza, con rinvio alla Corte di Appello di Roma in diversa composizione, che dovrà procedere a nuovo esame della controversia facendo applicazione dei seguenti principi di diritto: "la parte convenuta, ai sensi dell'art. 2697, comma 2, cod. civ., deve sempre sia allegare che comprovare i fatti modificativi ed estintivi della pretesa fatta valere dall'attore e, qualora ci si trovi in presenza di eccezioni in senso stretto, che sono condizionate dalla legge alla manifestazione di volontà espressa della parte di volersene avvalere, deve essere acquisita alla causa la prova dei fatti che ne costituiscono il fondamento"; "l'eccezione di decadenza dell'appaltatore dal diritto di formulare le riserve, negli appalti di opere pubbliche, costituisca un'eccezione in senso stretto, poiché in disponibilità esclusiva della stazione appaltante, talchè la parte pubblica deve proporla allegando e comprovando i relativi fatti costitutivi, non potendo il giudice rilevare detta decadenza d'ufficio".

4. Il giudice di rinvio provvederà, altresì, alla liquidazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte Suprema di Cassazione;

accoglie il ricorso; cassa l'impugnata sentenza con rinvio alla Corte di Appello di Roma in diversa composizione, che provvederà anche alla liquidazione delle spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Prima Sezione Civile, il 10 novembre 2016.

Il Consigliere estensore

Il Presidente

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Franca Caldarola

Depositato in Cancelleria

il 10 GEN 2017

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Franca Caldarola