

CORTE DI CASSAZIONE — Sez. I — 8 maggio 2008 n. 11485 — Pres. De Musis — Est. Ceccherini — P.M. Pivetti (concl. conf.) — Agenzia territoriale per la casa di Alessandria (avv. Ristuccia, Monti, Spada) c. Vita.  
(*Conferma App. Torino 25 settembre 2003*).

[4464/108] **Impresa e imprenditore - Raggruppamento di imprese e associazione temporanea - Fallimento della mandataria - Facoltà di recesso dell'amministrazione committente - Ricostituzione dell'associazione con altra impresa mandataria - Mancato esercizio della facoltà da parte delle mandanti - Effetti - Responsabilità per inadempimento - Esclusione - Fattispecie in tema di risoluzione per inadempimento del contratto di appalto.**

(L. 8 agosto 1977 n. 584, norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti dei lavori pubblici alle direttive della Comunità economica europea, art. 20, 21, 22, 23; r.d. 16 marzo 1942 n. 267, disciplina del fallimento, art. 81; d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163, codice dei diritti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive n. 2004/17/CE e 2004/18/CE, art. 37).

*In tema di associazione temporanea d'impresa, l'art. 23, comma 1, l. 8 agosto 1977 n. 584 detta una disciplina speciale per l'ipotesi del fallimento dell'impresa mandataria, attuando un regolamento bilanciato d'interessi tra l'amministrazione committente, alla quale è riconosciuta la facoltà di recedere dal rapporto, e le imprese mandanti, alle quali è consentito di ricostituire l'associazione temporanea nominando mandataria una nuova impresa, se la stessa riscuota il gradimento della committente. Il mancato esercizio di tale facoltà da parte delle imprese mandanti non dà luogo peraltro a responsabilità nei confronti dell'amministrazione committente, ferma restando la responsabilità per le opere già eseguite, ai sensi dell'art. 22 l. n. 584, cit. (in applicazione di tale principio, la Suprema Corte ha confermato la sentenza impugnata, la quale aveva ritenuto illecita la condotta dell'amministrazione committente, che, dopo aver intimato all'impresa mandante di nominare una nuova impresa mandataria in luogo di quella fallita, aveva deliberato la risoluzione unilaterale del contratto per inadempimento dell'appaltatore e l'esecuzione d'ufficio dei lavori in danno dello stesso) (1).*

(Massima ufficiale).

(*Omissis*). — I due ricorsi, proposti contro la stessa sentenza, devono essere riuniti a norma dell'art. 335 c.p.c.

Con il ricorso si denunziano la violazione e falsa applicazione degli art. 20, 21, 22 e 23 l. 8 agosto 1977 n. 584, e vizi di motivazione della sentenza impugnata su un punto decisivo della controversia. Si censura l'interpretazione delle norme richiamate data dalla corte territoriale, che ha escluso la persistenza delle obbligazioni della società mandante, nell'associazione temporanea di imprese, in caso di fallimento della mandataria. Premesso che, nella disciplina delle associazioni temporanee d'impresa, le facoltà (di recesso o di prosecuzione) accordate alla stazione appaltante dall'art. 23 l. n. 584 del 1977, cit., di natura potestativa, presuppongono che il fallimento della mandataria non sciogla il contratto, contrariamente alla regola dell'art. 81 l. fall., l'ente ricorrente sostiene che la quiescenza ipotizzata dalla corte del merito costituirebbe una soluzione inadeguata, perché di durata potenzialmente illimitata, e per ciò stesso in contrasto con il carattere provvisorio della quiescenza. Conseguentemente, in caso di inerzia della stazione appaltante dovrebbe ritenersi la « prosecuzione » del contratto, vale a dire la persistenza, in capo alle superstiti imprese mandanti, delle obbligazioni scaturite dal contratto d'appalto. Di ciò sarebbe conferma la previsione, nel comma 5 dell'art. 21 l. n. 584 del 1977, cit., della responsabilità solidale delle imprese mandanti, da intendere come il rimedio conseguente ad una preesistente obbligazione solidale. Quest'ultima sarebbe confermata dal dato normativo che esclude la responsabilità solidale a carico delle sole imprese affidatarie di « parti dell'opera scorporabili » (art. 21, commi 2 e 5).

La controversia verte, pertanto, sulla corretta interpretazione della disposizione, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie di causa, contenuta nell'art. 23, comma 1, l. 8 agosto 1977 n. 584 in materia di associazione temporanea d'impresa (abrogato dall'art. 36 d. lgs. 19

dicembre 1991 n. 406, ma sostituito in quel testo legislativo dall'identica disciplina contenuta nell'art. 25; decreto a sua volta abrogato dall'art. 256, comma 1, d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163, che peraltro nell'art. 37, commi 18 e 19, regola in modo analogo il raggruppamento temporaneo d'impresa), a norma del quale, in caso di fallimento dell'impresa mandataria — ovvero, qualora si tratti di impresa individuale, in caso di morte, interdizione o inabilitazione del suo titolare —, il soggetto appaltante ha facoltà di proseguire il rapporto di appalto con altra impresa che sia costituita mandataria nei modi previsti dal precedente art. 22, e che sia di gradimento del soggetto appaltante medesimo, ovvero di recedere dall'appalto. Secondo l'ente ricorrente, la disposizione dovrebbe essere interpretata nel senso che il fallimento dell'impresa mandataria non scioglie in nessun caso il contratto; che tale scioglimento conseguirebbe soltanto nel caso di esercizio, da parte dell'amministrazione, della sua facoltà di recedere, e che l'impresa mandante sarebbe tenuta alla prosecuzione del contratto, salva la sua facoltà di costituire mandataria altra impresa, che ottenga il gradimento dell'appaltante.

Ritiene la corte che la tesi di parte ricorrente non possa essere condivisa. Si deve considerare, a questo riguardo, che:

— nella fattispecie dell'associazione temporanea d'impresa, il contratto di appalto è stipulato con l'impresa mandataria, la quale ha la rappresentanza delle imprese mandanti nei confronti del soggetto appaltante « per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo dei lavori, fino all'estinzione di ogni rapporto », senza che per questo le imprese mandanti diventino autonomamente parti dirette del contratto (cfr. Cass. 11 maggio 1998 n. 4728);

— il soggetto appaltante può « tuttavia » far valere direttamente le responsabilità facenti capo alle imprese mandanti (art. 22 l. n. 584 del 1977);

— l'impresa mandante, come tale, non è identificabile con la parte appaltatrice, ruolo che piuttosto deve riconoscersi, in relazione alle diverse vicende del contratto, alternativamente all'associazione temporanea, intesa come insieme delle imprese rappresentate dall'impresa mandataria, o a quest'ultima singolarmente;

— è conseguentemente da escludere che all'espressione « proseguire il rapporto d'appalto », nel comma 1 dell'art. 23 l. n. 584 del 1977, possano attribuirsi le implicazioni, volute dal ricorrente, di sopravvivenza del contratto con la sola impresa appaltante.

Ciò posto, il potere, contemplato dall'art. 22, cpv., pt. ult., l. n. 584 del 1977, del soggetto appaltante di far valere direttamente le responsabilità facenti capo alle imprese mandanti deve essere interpretato, in collegamento con il periodo immediatamente precedente, in relazione a tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo dei lavori, fino all'estinzione di ogni rapporto; vale a dire, in relazione alle opere eseguite in forza del contratto, e non già alla mancata prosecuzione del contratto per il fallimento della mandataria, non seguito da ricostituzione dell'associazione temporanea. Non pare infatti che, dalla disposizione citata, si possa argomentare per implicito un obbligo della società mandante di nominare un'impresa mandataria in sostituzione di quella fallita, così trasformando in obbligo sanzionato quella che il legislatore ha previsto come facoltà a tutela dell'interesse della società mandante alla prosecuzione del rapporto, per il caso che essa abbia la concreta possibilità di assicurare il completamento dell'opera, costituendo una nuova e diversa associazione temporanea con altra impresa di gradimento dell'appaltante; ricostruzione, quella qui respinta, che istituisce un falso parallelismo con la situazione speculare del fallimento della mandante. La fattispecie di causa, nella quale si tratta di associazione cosiddetta verticale (collaborazione fra imprese aventi differenti specializzazioni), per di più formata soltanto da due imprese, rende solo più manifesta l'insostenibilità dell'alternativa — che non ha fondamento nel testo di legge — tra nomina di altra impresa mandataria o esecuzione diretta dell'appalto (nel caso di fallimento della mandante, peraltro, la mandataria può provvedere all'esecuzione anche « a mezzo delle altre imprese mandanti »: possibilità che non sarebbe invece configurabile per la mandante, a seguito del fallimento della mandataria).

In conclusione, il ricorso principale deve essere respinto dovendosi ritenere che, in materia di associazione temporanea d'impresa, l'art. 23, comma 1, l. 8 agosto 1977 n. 584 detta una disciplina speciale per regolare il caso del fallimento dell'impresa mandataria,

attuando un regolamento bilanciato degli interessi dell'amministrazione appaltante, alla quale è data facoltà di recesso, e delle imprese mandanti, che possono ricostituire l'associazione temporanea nominando mandataria una nuova impresa, se questa riscuota il gradimento dell'appaltante; e che il mancato esercizio della facoltà riconosciuta all'impresa mandante non dà luogo a responsabilità nei confronti dell'appaltante, ferma restando — a norma dell'art. 22 l. n. 584 del 1977, cit. — la responsabilità per le opere già eseguite. (Omissis)

(1) **[4464/108] Associazione temporanea di imprese: contratto di appalto di opere pubbliche e responsabilità della mandataria e delle imprese mandanti.**

1. La sentenza annotata — prendendo in esame una fattispecie relativa a un'associazione temporanea di imprese formata da una società di capitali e da un'impresa individuale — ha individuato le conseguenze che la declaratoria del fallimento della impresa mandataria ha sulla operatività del contratto di appalto di opere pubbliche e sulla posizione del soggetto appaltante e del suo rapporto con l'impresa mandante.

Le conclusioni cui sono pervenuti i giudici di legittimità offrono l'occasione per una rivisitazione di una tematica di particolare rilievo, quella cioè attinente alla interpretazione da dare alla normativa sulle associazioni temporanee di imprese ai fini dell'esatta individuazione dell'ambito di operatività della disposizione di cui alla l. 8 agosto 1977 n. 584 e delle sue successive modifiche.

È stato ricordato che il ricorso agli accordi temporanei tra più imprese per la realizzazione di un lavoro in comune — noto all'estero con la generica definizione di « *joint venture* » — è frequente quando grandi opere pubbliche sono appaltate mediante gare, da più imprese, che non intendono porsi in concorrenza tra loro e che, singolarmente considerate, non avrebbero i mezzi tecnici e finanziari per realizzare dette opere, e che pertanto intendono presentare una offerta comune e portare a termine congiuntamente il lavoro appaltato in caso di aggiudicazione (1).

Sul piano strutturale l'associazione, anche allorquando si realizzi in funzione di appalti di lavori pubblici, regolati dalla l. n. 584, cit., si caratterizza perché non dà vita alla costituzione di un nuovo soggetto giuridico ma si qualifica per l'esistenza di una impresa capogruppo, alla quale le altre imprese conferiscono mandato collettivo speciale (gratuito e irrevocabile), con rappresentanza anche processuale di esse nei confronti del committente (2).

E sempre sul versante strutturale l'istituto in esame può concretizzarsi poi in una riunione di imprese di tipo orizzontale o verticale. Come è stato specificato in dottrina, la prima si realizza tra imprese in possesso della stessa specializzazione e che assumano le loro risorse per l'esecuzione di opere richiedenti per la loro entità una concentrazione di mezzi tecnici, organizzativi e finanziari, e che si pongono sullo stesso piano di fronte al committente, al quale rispondono per l'esecuzione dell'intero lavoro appaltato (più imprese si accordano, ad esempio, per la costruzione di un ponte, di una galleria o di una strada con l'intesa che ciascuna eseguirà una specifica parte degli imponenti lavori in piena autonomia dalle altre). La seconda riunione — quale quella oggetto della decisione

(1) V., al riguardo, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2007, 1389, cui *adde* VIDIRI, *Consorzi con attività esterna e responsabilità delle imprese consorziate*, in questa *Rivista*, 1998, I, 438, che parla di un fenomeno che si è andato negli ultimi tempi progressivamente espandendo nei paesi a capitalismo avanzato, nei quali la possibilità di pervenire a soddisfacenti risultati produttivi consiglia il ricorso ad appalti diversificati, tra loro coordinati e non assicurabili come tali da un'unica impresa.

(2) È ripetuta in giurisprudenza la statuizione che l'associazione temporanea di due o più imprese nell'aggiudicazione ed esecuzione di un contratto di appalto di opere pubbliche (l. n. 584, cit.) è fondata su di un rapporto di mandato che legittima l'impresa capogruppo a compiere, nei rapporti con l'amministrazione, ogni attività giuridica connessa o dipendente dall'appalto e produttiva di effetti giuridici direttamente nei confronti delle imprese mandanti sino all'estinzione del rapporto, salva restando l'autonomia negoziale delle imprese riunite per quanto concerne la gestione dei lavori a ciascuna di esse affidati e i rapporti con i terzi, con riguardo, in particolare, agli adempimenti fiscali e agli oneri sociali (cfr., in tali sensi, Cass. 15 giugno 2000 n. 8165; Cass. 11 maggio 1998 n. 4728, in questa *Rivista*, 1998, I, 2539, con nota di VIDIRI, *Mandato collettivo con rappresentanza e associazione temporanea di imprese*; e, più di recente, Cass. 17 settembre 2005 n. 18411, che precisa altresì come nei rapporti con i terzi gli effetti degli atti giuridici, posti in essere dalla mandataria senza la spendita del nome della mandante, non possano ricadere nella sfera giuridica di quest'ultima).

in oggetto — si caratterizza invece perché risponde alla necessità di una collaborazione tra imprese aventi differenti specializzazioni e, quindi, capacità e mezzi tecnici di diversa provenienza, sulla cui base si procede poi a scomporre l'esecuzione delle singole parti da assegnare a ciascuna impresa in ragione della sua competenza ed esperienza, indicandosi in sede di bando di gara le parti dell'opera scorporabili, della cui realizzazione essa poi risponde seppure con la solidarietà della capogruppo, benché non possa configurarsi un appalto separato (più imprese si accordano, ad esempio, per la costruzione di un complesso immobiliare turistico che — per richiedere l'esecuzione di opere murarie, l'allestimento di servizi ed opere destinate allo svago e all'intrattenimento nonché la predisposizione di specifici impianti igienici, idrici e di illuminazione — deve far ricorso a una pluralità di specializzazioni di carattere settoriale) (3).

2. L'associazione temporanea di imprese, che ha trovato tardiva applicazione nel nostro Paese anche per un eccessivo individualismo della nostra classe imprenditoriale restia per molti anni ad operare attraverso forme collaborative (4), è stata vista come un istituto residuale che ha una propria autonomia più teorica che pratica perché destinata ad essere posposta nelle scelte imprenditoriali alla società consortile (5).

Tutto ciò, unitamente all'astratta utilizzabilità dell'istituto nei più diversi settori produttivi, contribuisce a spiegare l'incompletezza e la frammentarietà dei numerosi interventi legislativi in materia (6), e la non esaustività della disciplina degli appalti per la esecuzione dei lavori pubblici (7), dettata dagli art. 20, 21, 22 e 23 l. n. 584, cit. (8).

È stato affermato concordemente sia in dottrina che in giurisprudenza che l'associazione in esame si configura come un contratto associativo atipico, attraverso il quale — come si è già ricordato — le imprese mandanti conferiscono alla capogruppo un mandato con rappresentanza. Tale mandato è collettivo (perché conferito da più soggetti) e *in rem propriam* (perché disposto anche nell'interesse del mandatario) sicché ai sensi del combinato disposto degli art. 1723 e 1726 c.c. dovrebbe esserne riconosciuta la revoca — individuale o collettiva — per giusta causa.

Nel caso di specie le suddette disposizioni codicistiche vengono però ad essere limitate nella loro portata applicativa dall'art. 22, comma 1, l. n. 584, cit., che sancisce l'assoluta irrevocabilità del

(3) Per un completo esame dei due tipi di associazione e per una individuazione degli elementi di caratterizzazione di ciascun tipo, cfr. MAZZONE, *L'associazione temporanea di imprese*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO, XVIII, Torino 1985, 564 ss., cui *adde* VIDIRI, *Il fallimento nelle associazioni (non riconosciute, in partecipazione, temporanee di imprese) e nelle società senza scopo di lucro (società sportive)*, in questa *Rivista*, 1995, II, 17 ss.

(4) Sul punto, MAZZONE, *op. cit.*, 581 s., che fa risalire il non esteso utilizzo dell'istituto nel nostro Paese anche all'esistenza di molte aree di economia assistita, che non ha fatto per lungo tempo avvertire come la collaborazione tra le imprese configuri uno strumento insostituibile in un mercato in continua crescita e caratterizzato da una concorrenza sempre più accentuata.

(5) Sul punto, cfr. GAZZONI, *op. cit.*, 1391, che osserva infatti come la società consortile, caratterizzandosi per la rilevanza giuridica di un'organizzazione *ad hoc*, si presenta più efficiente dell'associazione temporanea di imprese perché a differenza di quest'ultima non si riscontra l'intersecazione di una pluralità di rapporti intersoggettivi tra impresa capogruppo ed imprese riunite, capace di determinare possibili ricadute negative sul piano della concreta operatività.

(6) Gli interventi legislativi — oltre alla materia degli appalti per l'esecuzione di lavori pubblici — hanno in passato riguardato ben delimitati settori, quali quello della produzione di opere cinematografiche (l. 4 novembre 1965 n. 1212), della ricerca e della coltivazione degli idrocarburi liquidi e gassosi (l. 21 luglio 1967 n. 613), nonché delle forniture pubbliche (l. 30 marzo 1981 n. 113).

(7) È stato osservato da VIDIRI, *Il contratto di sponsorizzazione: natura e disciplina*, in questa *Rivista*, 2001, II, 5, che l'insufficienza normativa e la conseguente difficoltà di inquadramento dogmatico, riscontrabili in relazione ai c.d. «nuovi contratti» (*leasing, factoring, franchising, merchandising, catering ecc.*), si rinvergono anche sul versante del diritto delle imprese, stante una generalizzata tendenza del legislatore a regolare l'*attività* più che l'*atto* e a introdurre nuove forme di approccio ermeneutico; tendenza destinata nel prossimo futuro a consolidarsi in conseguenza del moltiplicarsi di bisogni sociali sempre più articolati e differenziati, che risultano difficilmente riassumibili in schemi normativi rigidi e predefiniti suscettibili, come tali, di ostacolare quella flessibilità da riconoscere sul piano operativo all'attività imprenditoriale.

(8) Norme queste trasfuse successivamente negli art. 22, 23 e 25 d. lgs. 19 dicembre 1991 n. 406, nell'art. 13 l. n. 109 del 1994, negli art. 93, 94 e 95 d.P.R. n. 554 del 1999 e, da ultimo, nell'art. 37 d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive n. 2004/17/CE e 2004/18/CE).

mandato nei confronti dell'ente appaltante al fine di tutelare — in considerazione dei rilevanti interessi coinvolti — la pubblica amministrazione, che sarebbe danneggiata, infatti, se la revoca del mandato ad opera di ogni impresa partecipante all'associazione fosse ad essa opponibile, perché con ciò si porrebbe a un ridimensionamento delle garanzie assicurate all'ente appaltante attraverso il vincolo di solidarietà gravante tra tutte le imprese associate per l'esecuzione dell'opera appaltata (9).

E che l'esigenza di tutelare l'interesse pubblico sia sottesa alla intera normativa di cui alla l. n. 584, cit. trova conferma anche nel disposto dell'art. 81 l. fall., che, nello stabilire — anche nel testo riscritto dall'art. 69 d. lgs. 9 dicembre 2006 n. 5 — lo scioglimento del contratto di appalto per il fallimento di una delle parti, fa però «salve le norme relative al contratto di appalto per le opere pubbliche», proprio perché in relazione a detto contratto si ravvisano valide ragioni per una siffatta tutela.

In tale ottica garantistica, consegue dal fallimento di una impresa mandante la modifica soggettiva del rapporto con la sostituzione della fallita con altra impresa in possesso dei requisiti di idoneità richiesti o l'esecuzione diretta ad opera della capogruppo (o delle altre imprese mandanti) della parte dei lavori dell'impresa venuta meno (art. 23, comma 2, l. n. 584, cit.), in un contesto normativo in cui l'assenza nel committente della libertà di recedere dal contratto — in deroga a quanto si è visto essere invece stabilito nell'art. 81 l. fall. (10) — trova una logica spiegazione nell'interesse a che l'opera pubblica venga comunque portata a termine (11).

La tutela dell'ente appaltante in caso di fallimento della impresa capogruppo si articola invece su di un distinto piano. Ed invero, essendo suscettibile il fallimento di determinare ricadute di particolare incisività oltre che sulla stessa realizzazione dell'opera appaltata anche sulla sua stessa regolarità — in ragione dello specifico rilievo e della peculiare posizione che la capogruppo assume nei confronti del committente — si è riconosciuta all'amministrazione appaltante la facoltà di proseguire l'appalto con altra impresa (anche esterna agli originari membri del raggruppamento) che si sia costituita mandataria, e che riscuota il suo gradimento, sempre però che non intenda recedere dal contratto. Si è devoluto in tal modo all'amministrazione il potere di scegliere l'opzione migliore per il perseguimento dell'interesse pubblico (12).

Alla luce di tali considerazioni pienamente condivisibile risulta la sentenza impugnata nella parte in cui ha evidenziato che attraverso l'art. 23 l. n. 584, cit. si sia attuato un regolamento bilanciato degli interessi dell'amministrazione appaltante e di quelli delle imprese associate.

3. Come si è detto, la materia ora trattata fornisce l'occasione per una rimeditazione sulla posizione assunta nei confronti dell'ente appaltante dall'impresa capogruppo e dalle imprese, che ad essa conferiscono il mandato, al fine di individuare se debba (o meno) considerarsi come appaltatore, e, quindi, come unica parte contrattuale della pubblica amministrazione la capogruppo e se, conseguentemente, le altre imprese associate possano (o meno) far valere i loro diritti derivanti dalla realizzazione delle opere appaltate anche esse nei riguardi dell'ente committente e non solo all'interno dell'associazione e sulla base del rapporto negoziale di mandato che le lega alla mandataria.

È stato ricordato che in dottrina — pur affermandosi l'assoluta peculiarità della disciplina dell'associazione — non risulta contestata la natura di controparte della pubblica amministrazione

(9) Cfr., in questi termini, PALAZZOLO, *In tema di contratto di appalto stipulato da una associazione temporanea di imprese*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 541.

(10) Parla di eccezionalità dell'art. 25 d. lgs. n. 406, cit. con riferimento al disposto dell'art. 81 l. fall.: CORAPI, *Associazioni temporanee di imprese*, in *Accordi tra imprese e acquisizioni* (Atti del Convegno), Milano 1994, 149-164.

(11) In questi termini, VIDIRI, *Il fallimento delle associazioni*, cit., 20.

(12) Sul punto, v. in giurisprudenza: Cass. 13 luglio 2007 n. 19165; Cass. 30 gennaio 2003 n. 1396, in questa *Rivista*, 2003, I, 1222; Cass. 15 gennaio 2000 n. 421, in *Fall.*, 2001, 505, secondo cui se il fallimento riguarda l'impresa mandataria viene all'amministrazione riconosciuta la facoltà di scegliere tra il recesso dall'appalto e la prosecuzione di tale rapporto, da instaurarsi tuttavia solo con altra impresa (diversa da quella che aveva conferito il mandato), che si costituisca mandataria e il cui subingresso non potrà non comportare l'uscita dal rapporto di quella fallita, mentre se il fallimento colpisce una delle imprese mandanti, l'amministrazione appaltante non ha la possibilità di recedere dal contratto e il rapporto continua ma pur sempre con un'impresa diversa da quella fallita (che sia «in possesso dei prescritti requisiti di idoneità» e sia disposta a subentrare nell'esecuzione del contratto in sostituzione di quella originaria).

di ciascuna delle imprese riunite, trovandosi conforto a tale tesi sia nella natura di rappresentante delle altre imprese della capogruppo, sia nella circostanza che nella c.d. « riunione di tipo orizzontale », la prevista responsabilità solidale tra tutte le imprese nei confronti del committente — in presenza di una opera indivisibile, alla cui realizzazione tutte sono chiamate — non può che comportare il riconoscimento che ogni partecipante all'associazione versi in una stessa posizione nei confronti dell'ente committente (13).

Con argomentazioni di indubbia consistenza si è però riconosciuta la sostenibilità dell'opposta tesi, volta ad attribuire alla sola impresa capogruppo la titolarità del rapporto di appalto sul presupposto che la normativa regolante detta impresa è ben diversa da quella delle restanti imprese. In particolare si è rimarcato come nel caso di fallimento della capogruppo l'amministrazione committente possa recedere dal contratto di appalto ma possa anche proseguire il contratto stesso previo un suo gradimento verso altra impresa, costituitasi anche essa come mandataria, e si è al riguardo sottolineato come un siffatto gradimento possa trovare giustificazione solo a condizione che si riconosca alla capogruppo la posizione di unica controparte dell'ente appaltante. E nella medesima ottica ricostruttiva dell'istituto si è ravvisato altro argomento a sostegno della tesi della titolarità esclusiva della capogruppo nella diversa portata della disciplina di settore rispetto al disposto dell'art. 81 l. fall., richiamandosi dapprima il comma 1 di tale disposizione volto a statuire lo scioglimento del contratto di appalto in caso di fallimento di una delle parti, ed osservandosi poi che si dovesse ritenere che la prestazione oggetto d'appalto — trattandosi di opera non scorporabile — fosse unica ed indivisibile e che tutte le imprese riunite risultassero per tale motivo contitolari del contratto di appalto non si comprenderebbe la distinzione operata ai fini degli effetti del fallimento. E infatti, se tutte le imprese fossero allo stesso modo obbligate ad eseguire per intero l'opera appaltata sarebbe interesse della pubblica amministrazione esercitare la propria facoltà di scelta in tutti i casi e non soltanto nell'ipotesi di fallimento della capogruppo (14).

4. Nel ricco panorama dottrinario sull'istituto scrutinato — accanto alla tesi che nega alla figura del raggruppamento di imprese sia il carattere associativo mancando ogni traccia di quella intermedia utilizzazione delle prestazioni per uno scopo comune volto a identificare secondo la visione tradizionale il fenomeno associativo (15), sia la natura societaria (16) — si rinviene l'opinione secondo cui risulta estremamente difficile ancorare l'associazione temporanea ad un paradigma unico e rigido stante « il modo altalenante tra lo schema del contratto innominato e quello dell'associazione tipica proprio di forme totalmente nuove espresse da una realtà in evoluzione ed ad essa adattate » (17). Su un opposto versante volto a fornire al fenomeno in esame dei precisi riferimenti normativi si è anche equiparata l'associazione temporanea di imprese al consorzio con attività esterna (18); e, infine, un certo seguito ha trovato pure l'indirizzo che ravvisa una coobbligazione solidale limitatamente alla capogruppo e di mera obbligazione di garanzia per le imprese mandanti sulla base della considerazione che il comma 2 dell'art. 23 l. n. 584, cit. prevede, come si è rammentato, in caso di fallimento di una delle mandanti che la capogruppo — ove non

(13) Sul punto, cfr. PALAZZOLO, *op. cit.*, 542, che più specificamente evidenzia: che l'approdo dottrinario si fonda sulla considerazione che la capogruppo, per avere la rappresentanza, conferita a seguito di mandato irrevocabile, delle altre imprese riunite, acquista i diritti nascenti dal contratto sia in nome proprio che in nome e per conto delle mandanti; e che la qualità di parti del contratto di appalto anche delle imprese mandanti è ulteriormente attestata dalla responsabilità solidale delle diverse imprese riunite nei confronti dell'amministrazione committente nella c.d. « associazione di tipo orizzontale » che, caratterizzandosi per il carattere indivisibile dell'opera appaltata, lascia supporre che si sia in presenza di un unico impegno di prestazione d'opera, al quale partecipano nella posizione contrattuale di appaltatori più soggetti sicché la loro responsabilità si configura, appunto, come solidale in applicazione delle disposizioni di cui agli art. 1192-1194 c.c.

(14) In tali precisi termini, cfr. PALAZZOLO, *loc. ult. cit.*

(15) Cfr., in tali sensi, BONVICINI, *Associazioni temporanee di imprese*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma 1988, sub § 5.1; Id., in *Commento alla l. 8 agosto 1977 n. 584* a cura di BONVICINI e GHETTI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, sub art. 20-34, p. 378 ss.

(16) Cfr., al riguardo, CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, I, Torino 1989, 274, che rileva come nell'istituto in esame manchi l'esercizio di un'attività comune, requisito imprescindibile della società.

(17) In questi testuali termini, COTTINO, *Diritto commerciale*, I, t. 2, Torino 1994, 37.

(18) Per tale assunto, cfr. CORAPI, in CARBONE, CORAPI, VIRGILIO, *Accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche (l. 8 ottobre 1984 n. 687)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1985, sub art. 12, p. 127.

indichi altra impresa subentrante — è tenuta all'esecuzione direttamente o a mezzo delle altre mandanti (19).

A fronte di siffatte ricostruzioni teoriche — che attestano la difficoltà di irrigidire negli stretti confini definitivi un istituto di indubbia complessità (20) — si assiste di contro a un'unanimità di consensi sulla affermazione che nella materia in oggetto vada riconosciuta in relazione ai rapporti interni alla associazione un'ampia facoltà di scelta in relazione alla forma e alle modalità di esercizio dell'attività imprenditoriale, che si traduce nel potere di ogni impresa di regolare liberamente i propri rapporti nei riguardi degli altri *partner* — chiamati a cooperare alla realizzazione dell'opera appaltata — con la specificazione dei loro reciproci diritti e obblighi.

Un'attenta lettura però del dato normativo, condotta anche alla luce della *ratio* ad esso sottesa, porta a ritenere che alla suddetta regolamentazione, incentrata sul mandato conferito alla impresa capogruppo per la partecipazione alla gara, debba conseguire in caso di aggiudicazione dei lavori l'instaurarsi di un rapporto di appalto rispetto al quale — come è dimostrato in tutti i casi di realizzazione di opere pubbliche — il legislatore non può rimanere del tutto estraneo dovendo garantire attraverso un'articolazione di apposite disposizioni la tutela dell'interesse pubblico, impedendone la lesione durante tutto il corso dell'esecuzione dei lavori. In altri termini è lecito, ogniquale volta si proceda ad appalti di opere pubbliche, individuare nell'aggiudicazione delle opere l'atto finale di un *iter* procedurale, nel cui ambito può trovare piena attuazione l'autonomia negoziale delle parti partecipanti all'associazione, e nello stesso tempo il punto iniziale — unitamente alla stipula del contratto di appalto — di una diversa fase, quella della realizzazione delle opere da parte dell'impresa appaltatrice, in cui detta autonomia privata è destinata a trovare un limite nelle disposizioni legislative volte a tutelare, anche in ragione dell'adeguamento del nostro ordinamento a quello comunitario, il perseguimento del pubblico interesse, come avviene costantemente nell'appalto di opere pubbliche (21).

5. In tale contesto risulta di sicuro maggiormente funzionale al raggiungimento dell'indicato scopo, la tesi secondo cui la impresa capogruppo è l'esclusiva titolare di tutti i diritti derivanti dal contratto di appalto, quale unica controparte dell'ente committente, sì da doversi reputare relegata all'interno dell'associazione, e sulla base del rapporto contrattuale di mandato tra la suddetta capogruppo e le altre imprese, la regolamentazione dei loro reciproci rapporti.

Tale opinione si accredita rispetto alle altre per garantire, infatti una più efficace tutela del pubblico interesse perché consente tra l'altro di pervenire ad una maggiore esemplificazione dei rapporti correnti tra l'ente committente e la impresa capogruppo e a una più accentuata responsabilizzazione di quest'ultima, chiamata ad assolvere un incisivo ruolo nella realizzazione delle opere appaltate (22).

A tale riguardo è opportuno anche precisare che la soluzione proposta si presenta logicamente consequenziale al già sottolineato ruolo preminente che l'impresa capogruppo riveste nell'economia del rapporto (23) e che trova ora riconoscimento pure nel disposto dell'art. 37 d. lgs. 12 aprile 2006

(19) Per tale indirizzo, cfr. CABRAS, *Le associazioni temporanee tra imprese*, in *Legislazione economica (settembre 1977-ottobre 1978)*, Milano 1979, 34. Per un'epitome delle diverse opinioni formatesi in materia, cfr.: MAZZONE, *op. cit.*, 567 ss.

(20) È corollario di una siffatta difficoltà l'esplicitazione della nozione dell'associazione temporanea di impresa attraverso formule generali volte a sottolinearne la differenza da altri istituti, come è dimostrato da Cass. 24 febbraio 1975 n. 681 (in *Giur. comm.*, 1976, II, 780), con la quale è stata riconosciuta l'ammissibilità alla stregua dell'art. 1322, comma 2, c.c. di un contratto associativo atipico, distinto dal contratto di società, con il quale le parti pongono in essere un vincolo soltanto interno, non esteriorizzato e senza patrimonio né impresa, avente ad oggetto la gestione in comune di un appalto di cui una delle parti risulti aggiudicataria.

(21) È opportuno al riguardo segnalare come la disciplina dell'associazione temporanea sia stata oggetto da ultimo dell'art. 37 contenuto nella parte II, titolo I (« I contratti di rilevanza comunitaria ») d. lgs. n. 163, cit.

(22) Rimarca PALAZZOLO, *loc. cit.*, come la tesi prospettata assuma una indubbia rilevanza sul piano pratico atteso che se la sola capogruppo si ritenga titolare del rapporto contrattuale le mandanti non potrebbero agire nei confronti dell'ente appaltante in nessun caso e, quindi, neanche una volta che sia cessata la riunione di imprese, dovendo rivolgere le proprie pretese esclusivamente nei confronti della capogruppo e solo in virtù dei rapporti interni.

(23) Osserva VIDIRI, *Associazione temporanee di imprese, consorzi e società consortili nell'appalto di opere pubbliche*, in questa *Rivista*, 2001, I, 1244, nt. 18, come proprio alla stregua del

n. 163, non applicabile però *ratione temporis* alla fattispecie oggetto della decisione in commento (24).

Per di più contro la sostenibilità dell'indicato indirizzo non sembra riscontrarsi alcuna ragione ostativa.

È stato ricordato come in dottrina sia abbastanza diffusa l'idea che il mandato rilasciato alla impresa capogruppo riguardi solo l'atto di presentazione dell'offerta. Per di più non può negarsi — sulla base della realtà fattuale e al di là di quanto è dato evincere dal dato normativo volto ad assicurare in materia criteri di certezza in ragione degli interessi coinvolti — che i partecipanti alla associazione abbiano inteso con il conferimento del mandato devolvere, una volta avvenuta l'aggiudicazione, la gestione del contratto di appalto e lo svolgimento del relativo rapporto alla sola impresa mandataria (25).

Né vale sul presupposto della loro responsabilità solidale rivendicare che, come l'impresa capogruppo, anche le altre imprese sono parti del contratto di appalto.

Va in contrario in primo luogo sottolineato come la configurabilità di una obbligazione solidale non richieda necessariamente l'identità del titolo da cui nasce la responsabilità potendo, ad esempio, rinvenirsi la solidarietà anche — come è stato riconosciuto in giurisprudenza — nel concorso della responsabilità contrattuale e di quella extracontrattuale (26). Va poi rilevato che se la posizione di ogni impresa che ha conferito mandato fosse quella di controparte — così come la mandataria — del contratto di appalto e quindi anche di obbligata principale, detta impresa dovrebbe reputarsi responsabile nella associazione di tipo verticale non in parte — e cioè per i lavori per i quali possiede i requisiti previsti per l'importo della categoria dei lavori assunti (e nella misura indicata per il concorrente singolo) — ma per tutte le obbligazioni scaturenti dal contratto stesso (27).

Per concludere, sembra quindi in linea con le finalità garantistiche, che si è visto essere sottese alla disciplina legale, ravvisare nella responsabilità solidale delle imprese mandanti una misura di rafforzamento di tutela della pubblica amministrazione attraverso la previsione di una obbligazione accessoria di quella principale ricadente sulla sola capogruppo (28).

GUIDO VIDIRI

---

ruolo preminente spiegato dalla capogruppo nell'economia del rapporto di appalto trovi fondamento la facoltà dell'ente appaltante, nel caso di fallimento della mandataria, di decidere la continuazione dell'opera attraverso la conservazione del relativo contratto di appalto.

(24) Ed invero l'art. 37 d. lgs. n. 163, cit. — in relazione ai lavori pubblici oggetto di appalto — dopo avere indicato gli elementi caratterizzanti l'associazione temporanea di tipo verticale e orizzontale, fissando anche i requisiti richiesti a ciascuna impresa nonché la responsabilità ricollegabile alla propria specifica offerta (cfr. commi 1, 3 e 5), attesta poi — seppure implicitamente e con riferimento al raggruppamento verticale — la maggiore rilevanza del ruolo che l'impresa mandataria è chiamata a svolgere nell'esecuzione dei lavori appaltati (comma 6), ribadendo contestualmente la natura formale (atto di scrittura privata autenticata), collettiva, gratuita ed irrevocabile (nei confronti della stazione appaltante) del mandato conferito alla capogruppo, che assume con tale mandato la rappresentanza processuale e sostanziale esclusiva di tutte le altre imprese partecipanti per ciascuna operazione di qualsiasi natura, dipendente dall'appalto anche dopo il collaudo o atto equivalente e sino alla estinzione del rapporto (commi 14, 15 e 16).

(25) Per considerazioni analoghe, cfr. PALAZZOLO, *op. cit.*, 542 s.

(26) Cfr., in giurisprudenza: Cass. 17 novembre 2003 n. 17372, in questa *Rivista*, 2004, I, 637, con nota di VIDIRI, *Art. 2055 c.c. e solidarietà passiva da fatti illeciti*, cui *adde* Cass. 2 febbraio 2006 n. 2268.

(27) Al riguardo v. ora il comma 6 dell'art. 37 d. lgs. n. 163, cit.

(28) Per un'analogia costruzione v. ancora PALAZZOLO, *op. cit.*, 543, che parla al riguardo — in linea con parte della dottrina — di natura fideiussoria della obbligazione in esame in considerazione del dettato del comma 1 dell'art. 23 d. lgs. n. 406, cit.