

**Civile Sent. Sez. 3 Num. 41383 Anno 2021**

**Presidente: FRASCA RAFFAELE GAETANO ANTONIO**

**Relatore: GRAZIOSI CHIARA**

**Data pubblicazione: 23/12/2021**

che le aveva ordinato di corrispondere la somma di € 1.090.636,06 a Poste Italiane S.p.A. in relazione ad una polizza fideiussoria con cui aveva garantito una ATI composta da Marano Service S.r.l., I.ge.ca S.p.A. e Polimpianti S.r.l., convenendo con la relativa citazione come chiamati in causa dette società, Salvatore Marano e Luigi Marano quali coobbligati. Il Tribunale con sentenza n. 7926/2010 rigettava l'opposizione al decreto ingiuntivo e condannava in solido i chiamati a manlevare l'opponente per la somma di € 1.139.723,61 oltre interessi.

Proponevano appello principale Salvatore Marano e Luigi Marano, e appelli incidentali Marano Service, I.ge.ca e Polimpianti; quest'ultima società nelle more falliva, per cui si costituiva il suo fallimento.

La Corte d'appello di Roma, con sentenza pronunciata ai sensi dell'articolo 281 sexies c.p.c. il 3 maggio 2018, rigettava tutti i gravami.

2. Marano Service, Salvatore Marano e Luigi Marano hanno presentato ricorso, illustrato anche con memoria, da cui si sono difesi con rispettivo controricorso Poste Italiane e Amissima Assicurazioni.

Rimessa in pubblica udienza con ordinanza interlocutoria, la causa è stata poi trattata nella peculiare forma camerale di cui all'articolo 23, comma 8 bis, d.l. 28 ottobre 2020 n. 137, convertito in l. 18 dicembre 2020 n. 176.

Il Procuratore Generale ha concluso per il rigetto del ricorso.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

3. Il ricorso è articolato in otto motivi.

3.1.1 Il primo motivo denuncia, in riferimento all'articolo 360, primo comma, n.3 c.p.c., violazione e falsa applicazione degli articoli 163, 164, 166, 167 e 38 c.p.c., nonché 115 e 116 c.p.c.

Secondo la Corte d'appello dagli atti risulta che Salvatore Marano e Luigi Marano furono chiamati con l'atto di opposizione a decreto ingiuntivo regolarmente notificato - notificazione perfezionata per compiuta giacenza il 31 ottobre 2004 -, e che delle parti citate con l'atto di opposizione si costituirono soltanto Poste Italiane e le tre società componenti l'ATI. Nella prima udienza l'opponente chiese al giudice istruttore l'autorizzazione a chiamare i coobbligati Salvatore Marano e Luigi Marano, autorizzazione concessa con ordinanza del 9 novembre 2005 per l'udienza del 16 marzo 2006. La seconda citazione peraltro non fu effettuata rispettando il termine di comparizione (all'epoca di 60 giorni), "essendo stata ritirata la notifica il 30.1.06 per entrambi"; ma Salvatore Marano e Luigi Marano erano già stati "citati correttamente con l'atto di opposizione" di cui - afferma ancora il giudice d'appello - non era stata messa in discussione la validità. Salvatore Marano e Luigi Marano si costituirono poi a seguito di ordinanza ingiunzione ai sensi dell'articolo 187 ter c.p.c. ottenuta nei loro confronti dalla compagnia assicuratrice, eccependo soltanto il difetto di competenza territoriale a favore del foro di Genova, che sarebbe stato foro convenzionale pattuito nella polizza.

Il giudice d'appello rileva altresì che l'eccezione in ordine ai termini di comparizione non rispettati nella seconda citazione fu proposta per la prima volta in appello, e che il vizio ex articolo 164, primo comma, c.p.c. viene sanato se il convenuto, costituendosi, non chiede la fissazione di una nuova udienza nel rispetto dei termini - che il giudice quindi deve fissare ai sensi dell'articolo 164, terzo comma, c.p.c. -. Nel caso in esame tale richiesta non fu avanzata, per cui il vizio - ritiene sempre la corte territoriale - si era sanato e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si erano prodotti, ai sensi dell'articolo 164, secondo comma, c.p.c., dalla prima notifica.

Sulla base di queste ragioni il giudice d'appello reputa tardiva l'eccezione di incompetenza territoriale in quanto sollevata nella comparsa di costituzione del 24 giugno 2008 oltre il termine di cui all'articolo 38 c.p.c., e perciò non la esamina.

3.1.2 Oppongono i ricorrenti che Salvatore Marano e Luigi Marano si erano costituiti il 24 giugno 2008 all'esito della notificazione - avvenuta il 5 e il 6 giugno 2008 - dell'ordinanza ingiunzione, la quale indicava espressamente che la costituzione doveva effettuarsi entro 20 giorni dalla notifica; e i Marano si erano costituiti con un atto intitolato "Comparsa di costituzione in opposizione ad ordinanza ingiunzione del 7-10.4.2008" nel termine assegnato dal Tribunale, così tempestivamente eccependo l'incompetenza territoriale, "e non certo per sanare la nullità della citazione in opposizione al decreto ingiuntivo" ottenuto da Poste Italiane.

Qualora la notificazione sia nulla, soltanto la costituzione tempestiva avverso l'atto oggetto di notifica nulla consente, ad avviso dei ricorrenti, di applicare l'articolo 164, secondo comma, c.p.c., *id est* sana in modo che gli effetti sostanziali e processuali vengano a discendere dalla notificazione.

Nel caso in esame la costituzione sarebbe avvenuta dopo la verifica della regolarità del contraddittorio, fase in cui il Tribunale "non si avvide della sussistenza della causa di nullità che giustificava la mancata costituzione in esito alla chiamata in causa autorizzata", operata con citazione non rispettante i termini di comparizione. Sarebbe pertanto inapplicabile la sanatoria di cui all'articolo 164 c.p.c., "essendosi già cristallizzata la nullità dell'atto di chiamata in causa con la mancata tempestiva costituzione dei chiamati".

Nell'atto d'appello, poi, Salvatore Marano e Luigi Marano avrebbero lamentato la nullità dell'atto di chiamata - ai sensi degli articoli 163 bis e 164 c.p.c. - che il Tribunale non aveva rilevato, solo nella sentenza qualificando i Marano contumaci fino al 24 giugno 2008. La loro costituzione comunque non sarebbe stata tardiva ai fini di eccepire l'incompetenza territoriale ex articolo 38 c.p.c.: avevano infatti depositato la comparsa di costituzione entro il termine concesso con la ordinanza ingiunzione.

Peraltro, essendo stato il giudizio di primo grado introdotto nel 2004, si dovrebbe tenere in conto che, all'epoca, la decadenza del convenuto costituitosi tardivamente avrebbe investito la domanda riconvenzionale, ma



non le eccezioni, che furono investite dalla tardività soltanto in forza della l. 80/2005, applicabile ai processi avviati dopo il 1° marzo 2006.

3.2 Il secondo motivo denuncia, in riferimento all'articolo 360, primo comma, n.3 c.p.c., violazione e falsa applicazione degli articoli 163, 164, 166, 167, 269 e 645 c.p.c. nonché 115 e 116 c.p.c.

La Corte d'appello ha ritenuto che Salvatore Marano e Luigi Marano fossero già stati correttamente citati con l'atto di opposizione a decreto ingiuntivo. Tale citazione invece sarebbe afflitta da nullità insanabile, perché i Marano non erano parti del procedimento monitorio, e la giurisprudenza di legittimità insegna che l'opponente può citare soltanto l'opposto, dovendo invece chiedere al giudice, quale convenuto sostanziale, con lo stesso atto di opposizione l'autorizzazione a chiamare, pena la decadenza. E il Tribunale, con ordinanza del 9 novembre 2005, aveva proprio autorizzato la compagnia assicuratrice a chiamare i Marano perché l'atto di opposizione non li aveva citati validamente.

3.3 Il terzo motivo denuncia, ex articolo 360, primo comma, nn.2, 3 e 5 c.p.c., violazione e falsa applicazione degli articoli 38, 115 e 116 c.p.c.

La Corte d'appello, ritenendo tardiva l'eccezione di incompetenza territoriale, reputa "in ciò assorbita la valutazione sul merito dell'eccezione", deducendone il rigetto dell'appello. Invece, per quanto sopra esposto, l'eccezione sarebbe stata sollevata tempestivamente, e comunque non avrebbe riguardato una competenza territoriale derivante da foro convenzionale.

Il motivo argomenta poi in ordine al cumulo soggettivo ex articolo 33 c.p.c. come inapplicabile nel caso in esame, anche perché i ricorrenti "sono soggetti terzi rispetto agli obbligati principali e, perciò, non può trovare ingresso la deroga per ragioni di connessione".

3.4 Il quarto motivo denuncia, in riferimento all'articolo 360, primo comma, nn. 3 e 5 c.p.c., violazione e falsa applicazione degli articoli 1943, 1944, 1957 c.c., 115 e 116 c.p.c.

La corte territoriale ha rigettato pure gli appelli incidentali, affermando che il giudice di prime cure giustamente qualificò la polizza fideiussoria un contratto autonomo di garanzia, da cui derivava l'obbligo della compagnia assicuratrice di pagare se escussa, senza che assumessero rilievo le eccezioni relative all'appalto – che era il contratto stipulato tra Poste Italiane e la ATI, per cui quest'ultima aveva prestato garanzia mediante la compagnia assicuratrice –, "stante la deroga al principio di cui all'art. 1945 c.c."

Il giudice d'appello avrebbe errato, perché dai documenti della compagnia emergerebbe che non vi fu rinuncia ad eccepire nel contratto di fideiussione, sussistendo soltanto nel rapporto tra il fideiussore e l'obbligato principale.

3.5 Il quinto motivo denuncia, in riferimento all'articolo 360, primo comma, nn. 3 e 5 c.p.c., violazione e falsa applicazione degli articoli 342, 115 e 116 c.p.c.

La Corte d'appello avrebbe ritenuto non specifico il motivo fondato sul fatto che la compagnia assicuratrice aveva opposto *exceptio doli*, affermando che sarebbe insufficiente il richiamo agli scritti difensivi della compagnia perché questo obbligherebbe il giudice "ad un'opera di relazione e di supposizione che la legge processuale non gli affida".

Al contrario, "tale argomento era stato utilizzato da Carige fin dall'atto introduttivo ... del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo e confermato in ogni scritto successivo per cui il Giudice necessariamente già aveva cognizione esatta degli scritti difensivi".

3.6 Il sesto motivo denuncia, in riferimento all'articolo 360, primo comma, nn. 3 e 5 c.p.c., violazione e falsa applicazione degli articoli 115 e 116 c.p.c.

Il giudice d'appello avrebbe "conseguentemente" disatteso "i motivi sull'erroneo rigetto delle varie eccezioni sollevate in primo grado" relative al rapporto principale ATI/Poste Italiane "e/o sul valore delle decisioni giudiziarie sul danno riconosciuto o meno a Poste nell'autonomo giudizio svoltosi tra gli originari contraenti" e "sull'eccessività della pretesa rispetto al *quantum*" risarcitorio liquidato a Poste Italiane, "derivando l'obbligo di pagamento di

Carige dal contratto autonomo di garanzia", e non rilevando le eccezioni relative all'appalto per la deroga all'articolo 1945 c.c.

Peraltro, come già osservato nei precedenti motivi, in questo caso non sussisterebbe contratto autonomo; e pur se vi fosse, come rilevato da Marano Service nel suo appello incidentale, il giudice d'appello sarebbe incorso in errore, perché nell'opposizione a decreto ingiuntivo (giudizio esteso anche alle società della ATI), "giudizio a cognizione ordinaria", si sarebbero dovute "valutare tutte le circostanze che evidenziavano l'inadempimento" di Poste Italiane e quindi l'insussistenza del credito monitoriamente preteso, sia per le eccezioni della garante e dell'appaltatrice, sia per un altro giudizio che era sfociato in una sentenza di primo grado la quale riconosceva a Poste Italiane una somma molto inferiore per il risarcimento dei danni (i danni cioè garantiti dalla polizza), essendo poi sopravvenuta in tale processo una sentenza della Corte d'appello di Roma che aveva del tutto escluso il diritto al risarcimento dei danni non sussistendo inadempimenti dell'appaltatrice.

3.7 Il settimo motivo denuncia, in riferimento all'articolo 360, primo comma, n. 3 c.p.c., violazione e falsa applicazione degli articoli 115-116 c.p.c. e 30 l. 109/1994.

Come si evincerebbe "dagli scritti difensivi" depositati nel primo grado per l'ATI e per la compagnia assicuratrice, sarebbe stata proposta domanda di ripetizione della somma di € 799.723,61 indebitamente pagata a Poste Italiane, cioè la differenza tra quanto corrisposto e quanto dovuto a seguito della sentenza di primo grado dell'ulteriore giudizio sopra richiamato, sentenza poi riformata dalla corte territoriale dichiarando che proprio nulla sarebbe dovuto a Poste Italiane. Il Tribunale avrebbe rigettato la domanda di ripetizione, e anche il giudice d'appello "con motivazione del tutto carente" l'avrebbe rigettata.

La corte territoriale avrebbe ritenuto di non dover condannare alla ripetizione essendo stata versata detta somma in forza del contratto autonomo di garanzia. La compagnia assicuratrice però avrebbe rilevato che il fideiussore ha



diritto alla ripetizione qualora ne sussistano i presupposti in tutti i casi in cui "abbia già reso la prestazione": e come sarebbe stato dimostrato nel giudizio di primo grado la compagnia avrebbe pagato, nonché "dimostrato l'insussistenza del credito" di Poste Italiane grazie alla pronuncia d'appello emessa nell'altro giudizio.

A tutto questo la corte territoriale ribatte che la ripetizione del contratto autonomo di garanzia sussiste soltanto dove sussista dolo. Nel caso in esame tuttavia il dolo di Poste Italiane sarebbe "evidente".

La garanzia fideiussoria definitiva ex articolo 30, secondo comma, l. 109/1994, *ratione temporis* applicabile, garantisce poi l'appaltante da inesatto o parziale adempimento dell'appaltatrice, e cessa quando viene effettuato il collaudo. L'escussione pertanto dovrebbe essere commisurata all'effettivo danno per inadempimento dell'appaltatore, qui escluso, si ripete, per la sentenza d'appello pronunciata nell'altro giudizio.

3.8 L'ottavo motivo denuncia, in riferimento all'articolo 360, primo comma, n. 3 c.p.c., violazione e falsa applicazione degli articoli 115, 116 e 77 c.p.c.

"Come avrà modo di verificare" il giudice di legittimità, "l'appaltatrice negli scritti difensivi di primo grado ha eccepito la carenza anche parziale di legittimazione di Carige". Il giudice d'appello ha rigettato questa eccezione, per cui "qui si reiterano" le relative eccezioni.

La compagnia assicuratrice non avrebbe legittimazione attiva in ordine alla domanda di manleva nei confronti dell'appaltatrice e dei coobbligati, perché, come "rappresentato dagli scritti difensivi" del primo grado, le imprese costituenti la ATI avevano stipulato la polizza con tre compagnie assicuratrici, della quale erano ripartite le quote senza vincolo solidale, compagnie di cui Carige era soltanto affidataria della "gestione stragiudiziale" del contratto.

Non avrebbe rilievo il fatto che per "clausola apposta" al contratto tale compagnia è delegataria, perché il contratto di coassicurazione genera rapporti assicurativi separati (cfr. articolo 1911 c.c.), il che non sarebbe inficiato dalla

in ragione dell'importo

Signora

R

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

9

delega per la gestione stragiudiziale della polizza; e ciò non conferirebbe alla delegataria la rappresentanza processuale (articolo 77 c.p.c.) "salva espressa volontà".

Nel caso in esame, il ricorso monitorio e gli ulteriori atti difensivi di Carige non indicano che Carige abbia la qualità di coassicuratrice. Detta compagnia, nel presente giudizio, avrebbe "agito in regresso per posizioni soggettive, sostanziali e processuali, relative alle altre coassicuratrici", di cui però non avrebbe rappresentanza processuale. E non rileverebbero le dichiarazioni di ratifica rese dalle altre compagnie il 27 marzo 2007 - cioè nel corso di causa - in quanto la rappresentanza processuale "deve preesistere all'introduzione del giudizio".

4. I primi tre motivi, per il loro correlato contenuto, meritano un vaglio almeno parzialmente congiunto.

4.1 È pacifico che Salvatore Marano e Luigi Marano furono citati due volte: la prima con l'atto di citazione in opposizione, senza quindi autorizzazione del giudice alla chiamata in causa, con rispetto tuttavia del termine di comparizione - e su questa prima *in jus vocatio* verte specificamente il secondo motivo -; la seconda con citazione autorizzata dal giudice istruttore, violando però tale termine.

Come si è visto, essi si costituirono poi a distanza di anni, a seguito di ordinanza ingiunzione ex articolo 186 ter c.p.c., nel 2008 - il processo era cominciato nel 2004 -, non chiedendo la fissazione di una nuova udienza, bensì eccependo la incompetenza territoriale del giudice adito, e comunque instando per la revoca dell'ordinanza ingiunzione (v. premessa del ricorso, pagina 4).

Fu per la prima volta nell'atto d'appello che i Marano ecceperono la violazione del termine di comparizione, investendo questa doglianza la seconda *in jus vocatio* - nella premessa del ricorso, a pagina 4, si richiama la censura dei Marano mossa alla sentenza del Tribunale "ritenendola ingiusta laddove ha dichiarato tardiva la loro costituzione (mentre era tempestiva in virtù della

nullità della notifica della chiamata in causa non rilevata dal Giudice di prime cure)" -.

4.2 Questa Suprema Corte insegna che, qualora il convenuto eccepisca la nullità ex articolo 164, terzo comma, c.p.c., per cui il giudice è obbligato a fissare altra udienza rispettando il termine di comparizione, ciò presuppone che il convenuto, nel costituirsi, si sia limitato a dedurre la nullità, senza svolgere altre difese e senza chiedere la fissazione di una nuova udienza: contegno, questo, che sana la nullità della citazione (Cass. sez. 6-3, ord. 16 ottobre 2014 n. 21910; Cass. sez. 6-1, ord. 15 dicembre 2020 n. 28646). Dando seguito a tale insegnamento, qui dovrebbe allora constatarsi che la costituzione dei Marano, a differenza di quanto afferma il giudice d'appello, non ha sanato la seconda *in jus vocatio*, perché ha subito apportato anche delle difese (*in primis* l'eccezione di incompetenza territoriale).

Ciò tuttavia, più che essere assorbito, cade in senso vero e proprio per quanto si verrà ora a rilevare in ordine alla prima *in jus vocatio*, sulla quale in primo grado non risulta esservi stata eccezione alcuna.

4.3.1 Il secondo motivo (a differenza del primo, che corrisponde, per quanto emerge dal ricorso, al primo motivo d'appello) veicola una censura di nullità insanabile della prima citazione, che non risulta essere stata in precedenza mai proposta. Infatti, dalla premessa del ricorso (e precisamente dalla pagina 5 del ricorso stesso) emerge soltanto quel che viene poi riversato nel primo motivo del ricorso, senza menzionare l'esistenza di una precedente critica della mancanza di autorizzazione per la prima citazione.

Fermo il ben noto principio per cui l'autosufficienza del ricorso non può essere attinta dal contenuto della sentenza impugnata, essendo appunto manifestazione di una integrale autonomia dell'atto nel sottoporre al giudicante il proprio contenuto, si rileva *ad abundantiam* che nella sentenza d'appello il primo motivo del gravame viene riportato come inequivocamente relativo alla seconda citazione (nella pagina 5 della sentenza si fa riferimento infatti "all'atto di chiamata in causa per l'udienza del 16.3.06 mentre a Salvatore

Marano la notifica era pervenuta dopo il 30.1.06"); e a tale primo motivo si connette anche il secondo motivo dell'appello, fondato sull'asserto che "la nullità della chiamata in causa di Salvatore Marano comportava la tempestiva costituzione di essi chiamati rispetto all'ordinanza ingiuntiva" (si veda ancora la sentenza impugnata, *ibidem*).

Comunque, come sopra si è visto, quando si costituirono in primo grado i Marano nulla eccepirono sulle modalità di *in jus vocatio*, bensì proposero l'eccezione di competenza territoriale (v. premessa del ricorso, pagina 4).

4.3.2 Occorre ora comprendere quali siano gli effetti di una censura proposta per la prima volta in sede di legittimità avente ad oggetto un'evidentemente erronea chiamata senza autorizzazione del giudice tramite l'atto di opposizione al decreto ingiuntivo.

Che sia obbligo anche dell'opponente al decreto ingiuntivo di chiedere l'autorizzazione al giudice per chiamare terzi è affermato da giurisprudenza ormai più che consolidata di questa Suprema Corte, la quale appunto qualifica inammissibile la chiamata con atto di opposizione, e se effettuata non sanabile neppure mediante la costituzione del chiamato, rientrando invero nel potere autoritativo del giudice governante il processo - a parte ovviamente la fattispecie di litisconsorzio necessario -, e non in una carente discrezionalità della parte che quale opponente riveste comunque la posizione di convenuto (tra gli arresti massimati cfr. Cass. sez. 1, 29 ottobre 2015 n. 22113, Cass. sez.2, ord. 26 agosto 2019 n. 21706 e Cass. sez. 6-2, ord. 30 luglio 2020 n. 16336; e sul discrezionale potere del giudice nell'autorizzazione della chiamata cfr. S.U. 23 febbraio 2010 n. 4309, Cass. sez.3, 12 maggio 2015 n. 9570 e Cass. sez.3, 18 febbraio 2020 n. 3692).

4.3.3 In questa tematica, da ultimo, l'appena richiamata Cass. sez. 6-2, ord. 30 luglio 2020 n. 16336 ha esaminato proprio un caso in cui era stato chiamato in causa il terzo direttamente con l'atto di citazione in opposizione, atto in cui però, in subordine, si era chiesta comunque l'autorizzazione alla chiamata. In motivazione, l'arresto dà atto che la giurisprudenza costante,

appunto, si pone nel senso che l'opponente al decreto ingiuntivo non può chiamare un terzo direttamente per la prima udienza con l'atto di citazione, perché "nel procedimento per ingiunzione, per effetto dell'opposizione, non si verifica alcuna inversione della posizione sostanziale delle parti nel giudizio", cioè l'opponente rimane nella veste di convenuto anche quanto a poteri e preclusioni; dunque, nonostante il fatto che l'articolo 269 c.p.c. "non si concilia con l'opposizione al decreto", l'opponente può citare solo chi ha agito in via monitoria, e contemporaneamente chiedere al giudice l'autorizzazione a chiamare il terzo cui "ritenga comune la causa sulla base dell'esposizione dei fatti e delle considerazioni giuridiche contenute nel ricorso per decreto" (viene citata un'ampia giurisprudenza, tra cui anche quella invocata nel ricorso in esame). Questa pronuncia, peraltro, stempera la questione valorizzando la presenza nell'atto di citazione della richiesta dell'autorizzazione a chiamare, e ritenendo che questa impedisca la decadenza della chiamata, dovendosi poi ritenere "implicitamente autorizzata ... ove il giudice pronunci nel merito nei confronti del terzo". L'apporto di questo interessante arresto, tuttavia, si spegne nel caso in esame, in quanto qui non risulta che l'istanza di chiamata sia stata espressamente proposta in subordine nell'atto di citazione con cui Carige Assicurazioni S.p.A. si era opposta al decreto ingiuntivo tenuto nei suoi confronti da Poste Italiane S.p.A.

4.3.4 Il motivo in esame lamenta, come si è visto, che l'atto di citazione sia stato posto in essere violando le norme di cui in rubrica e quindi sia affetto di una nullità insanabile, *id est* denunciabile anche per la prima volta in questa sede. L'ostacolo a siffatta interpretazione espansiva, tuttavia, sussiste.

Invero, non si può non rilevare che l'articolo 157, terzo comma, c.p.c., confina dal punto di vista soggettivo non l'esistenza in sé, bensì l'effetto della nullità: *"La nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha dato causa, né da quella che vi ha rinunciato anche tacitamente"*.

Ricorre, nel caso in esame, la fattispecie in cui accende la questione della nullità di un atto in un grado successivo del processo chi tacitamente aveva già

rinunciato a denunciare l'esistenza. Al riguardo, offrendo un insegnamento del tutto pertinente, Cass. sez. 3, 30 agosto 2018 n. 21381 afferma che un siffatto vizio non è denunciabile come motivo di nullità della sentenza, tranne nel caso in cui si tratti di nullità che il giudice possa rilevare d'ufficio anche nel giudizio del grado successivo: il che, logicamente, significa pure che il vizio non sia stato comunque denunciato nella impugnazione che ha condotto a tale grado.

4.3.5 Che la fattispecie di nullità in questione sia rilevabile d'ufficio anche oltre il perimetro del grado in cui si è manifestata e della sua *translatio* impugnativa non trova sostegno nel codice.

L'articolo 167, terzo comma, c.p.c., infatti, prevede la chiamata del terzo ex articolo 269 c.p.c. senza però stabilire "a pena decadenza" come nel precedente secondo comma. Peraltro lo stesso articolo 269, al secondo comma, statuisce espressamente che il convenuto che intende chiamare un terzo "*deve, a pena di decadenza, farne dichiarazione nella comparsa di risposta e contestualmente chiedere al giudice istruttore lo spostamento della prima udienza*" per consentire l'apposita citazione; e nel terzo comma prevede altresì che anche l'attore "*a pena di decadenza*" deve chiedere l'autorizzazione al giudice nella prima udienza se dalle difese del convenuto è sorto il suo interesse a chiamare un terzo.

Dunque, il giudice di primo grado può dichiarare nulla la chiamata in giudizio effettuata in modo diverso da come dispongono tali norme, rilevando d'ufficio l'essersi maturata la decadenza relativa. Non sussiste però alcun dettato normativo nel senso che, qualora il giudice del grado non abbia rilevato la maturazione di tale decadenza e il chiamato si sia comunque costituito nulla al riguardo eccependo e anzi - qui sta il punto che connette all'evidente limite soggettivo della nullità rinvenibile nell'articolo 157, terzo comma, c.p.c.- "entrando" nel *thema decidendum* mediante il difendersene, tale vizio possa valere come nullità rilevabile d'ufficio pure in un grado successivo.

L'espansione oltre il grado in cui è sorta della nullità proposta nel motivo risulta dunque insostenibile, non sussistendo elementi normativi che le consentano il

superamento della barriera stabilizzante rappresentata proprio dalla conclusione del grado stesso senza fruire del naturale veicolo della tempestiva impugnazione; e ciò, nel caso concreto, si nota oramai *ad abundantiam*, è compatibile anche con una interpretazione costituzionalmente orientata, in quanto l'inserimento dei chiamati nei due gradi del giudizio di merito senza che questi lamentassero, in relazione alla questione ora in esame, violazione del proprio diritto di difesa viene ad essere riconducibile ad un risparmio di ulteriore processo ovvero ad una maggiore celerità del sistema processuale nel tutelare i diritti sostanziali.

Pertanto, il secondo motivo risulta infondato e ciò elide, come già si anticipava, anche il primo motivo.

4.3.6 Quanto poi all'ulteriore censura presente pure nel terzo motivo ma già manifestata nel primo, per cui la costituzione dei Marano in primo grado non sarebbe stata tardiva ai fini di eccepire l'incompetenza territoriale ex articolo 38 c.p.c., perché la loro comparsa di costituzione sarebbe stata depositata nel termine assegnato con l'ordinanza ex articolo 186 ter c.p.c., e comunque, essendo stato il giudizio di primo grado introdotto nel 2004, all'epoca la decadenza del convenuto costituitosi tardivamente investiva la domanda riconvenzionale ma non le eccezioni - le quali furono investite solo dalla riforma operata dalla l. 80/2005, applicabile ai processi instaurati dopo il 1 marzo 2006 -, anche questa è infondata.

Il giudice d'appello l'ha disattesa - era infatti censura veicolata nel secondo motivo del gravame - affermando che, costituendosi senza chiedere la fissazione di nuova udienza ex articolo 164, terzo comma, c.p.c., la costituzione dei Marano ha sanato il difetto della *in jus vocatio* "e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono sin dal momento della prima notificazione" ex articolo 164, secondo comma, c.p.c. Da qui deriverebbe la tardività dell'eccezione di incompetenza territoriale sollevata solo con la costituzione del 24 giugno 2008 perché oltre ai termini di cui all'articolo 38 c.p.c., come già aveva ritenuto il primo giudice.

È vero che la costituzione avvenuta il 24 giugno 2008, per quanto sopra rilevato, non ha sanato il difetto della *in jus vocatio* cui si riferisce il giudice d'appello, ovvero l'unica *in jus vocatio* oggetto del gravame, trattata nel primo e nel secondo motivo di esso, come sopra visto - e confermato dalla sentenza impugnata, a pagina 5 -. Tuttavia, sempre come sopra si è visto, i Marano sono stati chiamati in causa anche con l'atto di opposizione a decreto ingiuntivo, e al riguardo non si è verificata alcuna nullità ex articolo 164 c.p.c. bensì, piuttosto, ex articolo 269 c.p.c.: ma quest'ultima nullità non è stata denunciata nel primo grado, bensì lamentata per la prima volta soltanto in questa impugnazione di legittimità. Non essendo stata denunciata, deve ancora applicarsi il dettato dell'articolo 157, terzo comma, *ut supra* illustrato: dal che, logicamente, discende che la costituzione dei Marano fu davvero tardiva (oltre la prima udienza) in riferimento a tale *in jus vocatio*, alla cui nullità però i Marano hanno rinunciato. Essendo dunque tardiva, pure nel 2004 la proposizione in essa della eccezione di incompetenza territoriale era a sua volta tardiva, e anche qualora l'eccezione di incompetenza territoriale fosse stata in relazione ad un foro convenzionale (lo esclude il terzo motivo, nel quale si argomenta anche sulla questione della connessione, qui indubbiamente irrilevante) la tardività *ictu oculi* sussisteva, essendo stata oltrepassata da anni la prima udienza quando i Marano si costituirono.

6. I primi tre motivi, complessivamente, sono pertanto infondati, pur occorrendo correggere la motivazione del giudice d'appello nel senso che si è ampiamente illustrato.

7. I restanti motivi sono tutti manifestamente inconsistenti.

7.1 *In primis*, il quarto motivo costituisce una doglianza palesemente fattuale in ordine alla sussistenza o meno di un contratto autonomo di garanzia, per cui patisce una evidente inammissibilità.

7.2 Il quinto motivo è privo di autosufficienza, non riportando neanche il più breve stralcio degli scritti difensivi a cui fa riferimento, onde a sua volta è affetto da inammissibilità.

7.3 Il sesto motivo, che come si è visto argomenta nel senso che il *thema decidendum* non investe un contratto autonomo di garanzia ma di fideiussione, così ritornando alla prospettazione fattuale alternativa cui è dedicato il quarto, per il resto patendo un'evidente genericità.

7.4 Nel settimo motivo la prima parte è ancora diretta ad una revisione fattuale di quanto accertato dal giudice del merito, riguardando la pretesa dimostrazione di elementi relativi all'inadempimento e ad asseriti danni; ma soprattutto, mentre la sentenza incentra la sua argomentazione sulla natura del contratto autonomo, per cui la ripetizione può fondarsi soltanto sul dolo (sentenza, pagina 14), la censura fronteggia ciò unicamente con un mero asserto (il dolo sarebbe "evidente") e argomentando sul fatto che in un altro giudizio sarebbe stato negato il risarcimento: giudizio però che, a tacer d'altro, non è stato mai invocato in precedenza come accertamento specificamente di dolo, bensì in ordine all'*an* e al *quantum* di danni che avrebbe arrecato l'appaltatrice alla committente.

Infine il richiamo all'articolo 30, secondo comma, l. 109/1994 risulta un evidente *novum*, considerato il contenuto della premessa del ricorso in ordine alla vicenda processuale (e anche la sentenza impugnata, infatti, non se ne occupa), il motivo non indicando, d'altronde, quando la questione sarebbe stata in precedenza proposta.

Sotto tutti questi profili il settimo motivo consegue anch'esso l'inammissibilità.

7.5 Da ultimo, deve constatarsi che l'ottavo motivo non è autosufficiente riguardo al contenuto del contratto di assicurazione, oltre al fatto che non confuta specificamente gli argomenti del giudice d'appello al riguardo - resi a pagina 10 della sentenza -: come gli altri motivi di questo gruppo, quindi, patisce una inequivoca inammissibilità.

8. In conclusione, il ricorso deve essere rigettato. La peculiarità del contenuto presente nei primi motivi e la non condivisibilità di parte della motivazione

della sentenza impugnata giustificano la compensazione delle spese processuali.

Seguendo l'insegnamento di S.U. 20 febbraio 2020 n. 4315 si dà atto, ai sensi dell'articolo 13, comma 1 quater, d.p.r. 115/2012, della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte dei ricorrenti, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 bis dello stesso articolo 13, se dovuto.

**P.Q.M.**

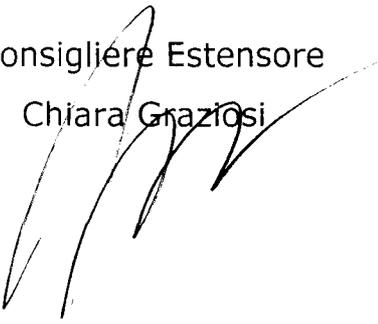
Rigetta il ricorso compensando le spese processuali.

Ai sensi dell'articolo 13, comma 1 quater, d.p.r. 115/2002 dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso a norma del comma 1 bis dello stesso articolo 13, se dovuto.

Così deciso in Roma il 27 ottobre 2021

Il Consigliere Estensore

Chiara Graziosi



Il Presidente

Raffaele Frasca

