

Civile Ord. Sez. 2 Num. 29218 Anno 2017

Presidente: MANNA FELICE

Relatore: FEDERICO GUIDO

Data pubblicazione: 06/12/2017

ORDINANZA

sul ricorso 28050-2013 proposto da:

ZENEZINI CHIOZZI ADRIANO ZNZDRN48B23E897C, FACCHINETTI
GISELLA FCCGLL49L53E897U, RW SRL 03532110362, RICKY &
WALLY SRL 02069890362, elettivamente domiciliati in
ROMA, VIA GREGORIO VII 474, presso lo studio
dell'avvocato GUIDO ORLANDO, che li rappresenta e
difende unitamente agli avvocati GIULIA SETTI,
DESIDERIO LEJANITA;

- ricorrenti -

2017

2214

contro

RW SRL 03532110362, FACCHINETTI GISELLA
FCCGLL49L53E897U, ZENEZINI CHIOZZI ADRIANO
ZNZDRN48B23E897C, RICKY & WALLY SRL 02069890362,
elettivamente domiciliati in ROMA, VIA GREGORIO VII

474, presso lo studio dell'avvocato GUIDO ORLANDO, che li rappresenta e difende unitamente agli avvocati LEJANITA DESIDERIO, GIULIA SETTI;

- controricorrenti -

nonchè contro

MALAGOLI DANIELE, elettivamente domiciliato in ROMA, PIAZZA COLA DI RIENZO 69, presso lo studio dell'avvocato GUIDO FIORENTINO, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato LORENZO MARCO AGNOLI;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

avverso la sentenza n. 1628/2012 della CORTE D'APPELLO di BOLOGNA, depositata il 22/11/2012;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 20/09/2017 dal Consigliere Dott. GUIDO FEDERICO.

Esposizione del fatto

La Ricky e Wally srl, Adriano Zenesini e Gisella Facchinetti convenivano innanzi al Tribunale di Modena l'ing. Malagoli Daniele e la Edil Errepierre di Palma Raffaele & c. snc, per sentir accertare inadempimenti contrattuali dei convenuti nella esecuzione di opere di ristrutturazione realizzate in un immobile di proprietà della società attrice, in qualità, il Malagoli di progettista e direttore dei lavori e la Edil Errepierre di ditta esecutrice, con condanna dei convenuti medesimi al risarcimento dei danni per vizi e difetti delle opere realizzate.

L'ing. Malagoli si costituiva e deduceva di aver usato tutte le necessarie cautele ed applicato le usuali regole tecniche, onde non potevano essere a lui imputati eventuali difetti di esecuzione.

Concludeva pertanto per il rigetto della domanda e chiedeva, in via riconvenzionale, la condanna delle attrici alla corresponsione in suo favore del compenso per l'attività professionale prestata.

Il Tribunale, espletata ctu, condannava i convenuti in solido al risarcimento dei danni in favore delle attrici, determinato in 17.301,30 euro e rigettava la domanda riconvenzionale proposta dal Malagoli per il compenso professionale richiesto.

La Corte d'Appello di Bologna, in parziale accoglimento dell'appello spiegato dal Malagoli, riconosceva in favore di quest'ultimo il compenso per l'opera prestata, che determinava in 38.436,44 euro ed, in parziale accoglimento dell'appello incidentale proposto dalla Ricky e Wally srl e dai signori Zenesini e Facchinetti, riconosceva in loro favore, oltre alla somma già liquidata dal primo giudice, di 17.301,30 euro, l'iva, se dovuta, gli interessi legali e la rivalutazione monetaria.

Per la cassazione di detta sentenza hanno proposto ricorso per cassazione, affidato a due motivi, la Ricky e Wally srl, Gisella Facchinetti ed Adriano Genesini, nonché la R.W. srl, quale successore a titolo particolare nel diritto controverso.

L'ing. Malagoli ha resistito con controricorso ed ha altresì proposto ricorso incidentale, cui i ricorrenti principali hanno resistito con controricorso.

In prossimità dell'odierna adunanza, entrambi i ricorrenti hanno depositato memorie illustrative.

Considerato in diritto

Il *primo motivo* di ricorso denuncia la nullità della sentenza impugnata, ai sensi dell'art. 360 n.4) cpc, per violazione degli artt. 102 e 331 cpc, in conseguenza della mancata integrazione del contraddittorio, nel giudizio di appello, nei confronti della Edil Errepierre di Palma R. & c. snc, nonostante detta società fosse stata condannata, in primo grado, al risarcimento dei danni in solido con il Malagoli.

Il motivo è infondato.

Ed invero, secondo il consolidato indirizzo di questa Corte, l'obbligazione solidale passiva non comporta, sul piano processuale, l'inscindibilità delle cause in quanto, avendo il creditore titolo per rivalersi per l'intero nei confronti di ogni debitore, è sempre possibile la scissione del rapporto processuale, che può utilmente svolgersi anche nei confronti di uno solo dei coobbligati, sicché, se uno solo di essi propone impugnazione (o questa sia formulata nei confronti di uno soltanto), il giudizio può proseguire senza dover integrare il contraddittorio nei

confronti degli altri, non ricorrendo una delle ipotesi previste dall'art. 331 c.p.c.(Cass. 2854/2016).

In particolare, l'esistenza di un vincolo di solidarietà passiva tra più convenuti i distinti giudizi di risarcimento dei danni genera un litisconsorzio processuale, per dipendenza della causa da quella intrapresa dall'attore, solo quando almeno uno dei primi chieda accertarsi la responsabilità esclusiva di altro tra loro, ovvero rideterminarsi, nell'ambito di un'azione di regresso anticipato, la percentuale di responsabilità ad essi ascrivibile "pro quota", in tal modo presupponendo, sia pure in via eventuale e subordinata, la corresponsabilità affermata dall'attore (Cass. 19584 del 27/8/2013).

Il *secondo motivo* denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 1460 c.c. in relazione all' art. 360 n.3) cpc, con riferimento all'eccezione di inadempimento, nonché l'omessa insufficiente e contraddittoria motivazione ex art. 360 n.5) cpc, avuto riguardo al riconoscimento del compenso professionale in favore dell'ing. Malagoli, in relazione alle diverse attività svolte, nonostante la dichiarata responsabilità professionale del medesimo.

Il ricorrente lamenta inoltre l'omessa pronuncia in ordine alla maggiorazione del 10% sulla somma liquidata a titolo di risarcimento dei danni, come da dichiarazione di incremento dei costi del ctu, nonché l'omessa motivazione della sentenza impugnata sul mancato riconoscimento del pagamento all'ing. Malagoli di lire 12.000.000, a titolo di anticipo.

Il motivo non ha pregio, in nessuna delle sue articolazioni.

Con riferimento alla dedotta violazione dell'art. 1460 c.c., si osserva che, come questa Corte ha già affermato, l'architetto, l'ingegnere o il geometra, nell'espletamento dell'attività professionale consistente nell'obbligazione di redigere un progetto di costruzione o di ristrutturazione di un immobile, è debitore di un risultato, essendo il professionista tenuto alla prestazione di un progetto concretamente utilizzabile, anche dal punto di vista tecnico e giuridico.

Da ciò consegue che l'*irrealizzabilità* dell'opera, per erroneità o inadeguatezza del progetto affidatogli, dà luogo ad un inadempimento dell'incarico ed abilita il committente a rifiutare di corrispondere il compenso, avvalendosi dell'eccezione di inadempimento (Cass.1214/2017).

Laddove invece, come nel caso di specie, l'opera sia affetta da vizi e difformità che non ne comportano la radicale inutilizzabilità, ed il committente non ne pretenda l'eliminazione diretta da parte dell'esecutore dell'opera, chiedendo invece il risarcimento del danno per l'inesatto adempimento, come detti vizi non escludono il diritto dell'appaltatore al corrispettivo (Cass.n. 6009/2012) , così non escludono neppure il diritto al compenso in capo al progettista ed al direttore dei lavori per l'opera professionale prestata.

L'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., postula infatti la proporzionalità tra i rispettivi inadempimenti, in relazione alla oggettiva gravità degli stessi, avuto riguardo all'intero equilibrio del contratto, da valutarsi secondo buona fede (Cass. 2855/2005) onde se l'opera sia stata comunque eseguita, seppure con difetti che non ne escludono l'utilità, il

committente ha il diritto al risarcimento del danno, ma non può rifiutare il pagamento del compenso.

Nel contratto d'opera intellettuale, qualora il committente non abbia chiesto al risarcimento per inadempimento, ma solo il risarcimento dei danni, il professionista mantiene dunque il diritto al corrispettivo della prestazione eseguita, in quanto la domanda risarcitoria non presuppone lo scioglimento del contratto e le ragioni del committente trovano in essa adeguata tutela (Cass. 6886/2014).

Nel caso di specie, a fronte delle varie prestazioni professionali poste in essere dall'ing. Malagoli in favore dei committenti, come accertato nell'espletata CtU, l'esistenza dei vizi dell'opera, seppur imputabili al professionista ed idonei a far sorgere a carico del medesimo l'obbligazione risarcitoria, non sono risultati talmente gravi da implicare l'inutilizzabilità dell'opera stessa: non è dunque configurabile un radicale inadempimento dell'obbligazione di risultato a carico del professionista, né risulta che i committenti chiesero la risoluzione del contratto.

Del pari inammissibile la seconda censura, con la quale si denuncia un vizio di carenza motivazionale, non più censurabile alla luce della nuova formulazione dell'art. 360 n.5), applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame.

Orbene, nel caso di specie deve escludersi tanto la "mancanza assoluta della motivazione sotto l'aspetto materiale e grafico", quanto la "motivazione apparente", o il "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili", figure queste che circoscrivono l'ambito in cui è consentito il sindacato di legittimità sulla motivazione dopo la riforma dell'art. 360 cod. proc. civ. operata dall'art. 54 del d.l. 22 giugno 2012, n.

83, conv. in legge 7 agosto 2012, n. 134, fermo restando che l'omesso esame di elementi istruttori – ai sensi del nuovo testo del n. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ. – non integra, di per sé, il vizio di omesso esame di un fatto decisivo, qualora il fatto storico, rilevante in causa, e costituito, nel caso di specie, dalle prestazioni professionali poste in essere dal professionista sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie (Sez. U, Sentenza n. 8053 del 07/04/2014, Rv. 629830 e 629831).

Avuto riguardo in particolare all'omessa pronuncia sulla chiesta maggiorazione del 10% dei costi, contrariamente a quanto dedotto dai ricorrenti, la Corte ha specificamente preso in esame e disatteso tale richiesta, affermando che essa non poteva essere riconosciuta "posto che l'attualizzazione del credito e della pretesa risarcitoria in modo adeguato è già determinata dalla corresponsione di interessi e rivalutazione monetaria.

Con riferimento invece alla omessa motivazione sull'anticipo di lire 12.000.000, si osserva la *novità* della questione, in quanto la stessa non risulta prospettata nel giudizio di appello, onde nessuna pronuncia risulta emessa al riguardo nella sentenza impugnata. Ciò comporta che trattandosi di questione nuova, il relativo scrutinio in sede di legittimità non è ammissibile.

E'infatti giurisprudenza pacifica di questa Corte che i motivi del ricorso per Cassazione devono investire, a pena di inammissibilità, questioni che siano già comprese nel tema del decidere del giudizio di appello, non essendo prospettabili per la prima volta in Cassazione questioni nuove o

nuovi temi di contestazione non trattati nella fase del merito e non rilevabili d'ufficio (Cass. 4787/2012).

Come questa Corte ha già affermato, infatti, il ricorrente, al fine di evitare una statuizione di inammissibilità per novità della censura, ha l'onere non solo di allegare l'avvenuta deduzione della questione avanti al giudice del merito, ma anche di indicare in quale atto del precedente giudizio lo abbia fatto, onde dar modo alla Corte di cassazione di controllare "ex actis" la veridicità di tale asserzione, prima di esaminarne il merito (Cass.2140/2006).

Passando al ricorso incidentale, va preliminarmente disattesa l'eccezione di tardività dello stesso, in conseguenza della ritualità e tempestività del ricorso principale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 334 cpc (Cass.23396/2015), come rilevato peraltro dagli stessi ricorrenti principali.

Ciò posto, il primo motivo denuncia la violazione o falsa applicazione dell'art. 1176 c.c., in relazione all'art. 360 n.3) cpc, per avere la sentenza di appello riconosciuto la responsabilità professionale dell'ing. Malagoli.

Il motivo non ha pregio.

La Corte territoriale, con valutazione di merito che, in quanto logicamente ed adeguatamente argomentata non è censurabile nel presente giudizio, sulla scorta dei rilievi del ctu, ha accertato che le lamentate infiltrazioni derivavano dalla carenza di opere idonee, quali la presenza di ghiaia all'esterno, impermeabilizzazioni del muro esterno, pozzetti di raccolta nelle acque, ovvero una serie di misure necessarie per evitare le infiltrazioni di acqua.

Da ciò ha coerentemente fatto discendere l'esistenza della colpa professionale in capo all'ing. Malagoli, nella duplice qualità di progettista e direttore dei lavori, per aver omesso di adoperare la diligenza richiesta dall'incarico professionale ricevuto, trattandosi di vizi e difetti derivanti da errate scelte tecniche, sia in fase di progettazione che in quella esecutiva, evitabili mediante accorgimenti e soluzioni tecniche adeguate.

Il *secondo motivo* denuncia la violazione dell'art. 1223 c.c., in relazione all'art. 360 n.3) cpc, lamentandosi l'errata determinazione del danno ex art. 1223 c.c., in quanto, pur ipotizzando una responsabilità professionale dell'ing. Malagoli per le errate scelte tecniche da cui erano derivate le infiltrazioni, lo stesso non poteva ritenersi tenuto al risarcimento dei danni, oltre che per le spese di ripristino, anche per il costo delle ulteriori opere, necessarie al fine di garantire l'impermeabilizzazione e la cui esecuzione derivava dalla particolare natura e conformazione del terreno. Pure tale censura non ha pregio.

La responsabilità solidale del progettista, infatti, implica che questi è tenuto, nei confronti dei terzi danneggiati, ai sensi dell'art. 2055 c.c., all'identica obbligazione risarcitoria dell'appaltatore, avente ad oggetto le opere necessarie all'eliminazione dei vizi ed all'esecuzione dell'*opus* a regola d'arte.

In tema di contratto di appalto, infatti, il vincolo di responsabilità solidale fra l'appaltatore ed il progettista e direttore dei lavori, i cui rispettivi inadempimenti abbiano concorso in modo efficiente a produrre il danno risentito dal committente, trova fondamento nel principio di cui all'art. 2055 cod. civ., il quale, anche se dettato in tema di responsabilità

extracontrattuale, si estende all'ipotesi in cui taluno degli autori del danno debba rispondere a titolo di responsabilità contrattuale (Cass. 14650/2012).

Nel caso di specie, il giudice di merito ha determinato, con valutazione di merito adeguata e che non è sindacabile nel presente giudizio, l'ammontare dei danni a carico dei responsabili in solido, avuto riguardo alle opere necessarie per il ripristino ed esecuzione corretta dei lavori a regola d'arte, nonché al valore dei mobili danneggiati dalle infiltrazioni.

Il *terzo motivo del ricorso incidentale* denuncia la omessa pronuncia in ordine alla domanda di restituzione delle somme corrisposte a titolo di spese di lite, in virtù della pronuncia di condanna provvisoriamente esecutiva contenuta nella sentenza del Tribunale, in conseguenza della statuizione di integrale compensazione delle spese processuali per l'intero giudizio disposta in appello, nonostante tale domanda di restituzione fosse stata ritualmente avanzata dal Malagoli in tale giudizio.

La censura è fondata.

Il ricorrente incidentale ha infatti ritualmente chiesto la condanna solidale dei resistenti alla restituzione delle somme da lui già corrisposte in esecuzione della sentenza di primo grado a titolo di spese di lite, e su tale domanda la Corte di appello, che, in riforma della sentenza di prime cure sul punto ne aveva disposto l'integrale compensazione, non ha pronunciato.

Da ciò, il vizio di omessa pronuncia della sentenza impugnata.(Cass. 15461/2008).

La restituzione di quanto pagato in esecuzione di una sentenza provvisoriamente esecutiva, infatti, può chiedersi, per la prima volta, con

lo stesso atto di appello avverso quest'ultima, anche in sede di precisazione delle conclusioni, non potendo tale domanda considerarsi nuova e, quindi, preclusa, sicché il giudice del gravame che ometta di pronunciarsi sulla stessa incorre nella violazione di cui all'art. 112 cod. proc. civ. (Cass.6457/2015).

Poiché non sono necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito, disponendosi la condanna dei ricorrenti principali, ad eccezione della RW srl, intervenuta ex art.110 cpc solo nel presente giudizio, alla restituzione all'ing. Malagoli di 14.853,02 € da questi versate, in data 11 novembre 2005, in esecuzione della statuizione della sentenza di primo grado di condanna alle spese, oltre ad interessi legali dall' 11 novembre 2005 al saldo.

In conclusione va respinto il ricorso principale, ed i primi due motivi del ricorso incidentale.

Va invece accolto il terzo motivo di ricorso incidentale e, decidendo nel merito, va disposta la restituzione in favore dell'ing. Malagoli delle somme da questi corrisposte in esecuzione della sentenza di primo grado.

I ricorrenti principali, maggiormente soccombenti, vanno condannati alla refusione di $\frac{2}{3}$ delle spese del presente giudizio, che si liquidano come da dispositivo.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater Dpr 115 del 2002 sussistono i presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 bis dello stesso art. 13.

P.Q.M.

La Corte respinge il ricorso principale.

Respinge i primi due motivi del ricorso incidentale.

Accoglie il terzo motivo del ricorso incidentale, e, decidendo la causa nel merito, condanna la Ricky e Wally srl, Facchinetti Gisella, Zanesini Adriano alla restituzione all'ing. Malagoli di 14.853,02 € oltre ad interessi legali, dall'11 novembre 2005 al saldo.

Condanna i ricorrenti, in solido, alla refusione all'ing. Malagoli di 2/3 delle spese del presente giudizio, che liquida, per l'intero, in 5.200,00 € di cui 200,00 euro per rimborso spese vive, oltre a rimborso forfettario spese generali in misura del 15% ed accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater Dpr 115 del 2002 dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente principale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 bis dello stesso art. 13.