

Civile Sent. Sez. U Num. 7294 Anno 2017

Presidente: AMOROSO GIOVANNI

Relatore: FRASCA RAFFAELE

Data pubblicazione: 22/03/2017

Ud. 24/01/2017

SENTENZA

PU

sul ricorso 968-2015 proposto da:

C.F.

MO.DER. S.R.L., in persona del legale rappresentante pro
tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA CARLO
PASSAGLIA 14, presso lo studio dell'avvocato MARIA SARA
MERLO, rappresentata e difesa dall'avvocato ANTONIO
CORSO;

L

- *ricorrente* -

contro

GUARINO ANTONIO;

- intimato -

avverso la sentenza della CORTE D'APPELLO di NAPOLI,
depositata il 13/12/2013.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 24/01/2017 dal Consigliere Dott. RAFFAELE
FRASCA;

udito il P.M., in persona dell'Avvocato Generale Dott.
RICCARDO FUZIO, che ha concluso chiedendo il rigetto del
secondo motivo del ricorso ed accoglimento del primo.

FATTI DELLA CAUSA

1. La s.r.l. MO.DER ha proposto ricorso per cassazione contro Antonio Guarino avverso la sentenza della Corte d'Appello di Napoli del 13 dicembre 2013, che ha parzialmente riformato la sentenza resa in primo grado *inter partes* dal Tribunale di Napoli nel gennaio 2004, con cui era stata parzialmente accolta la domanda, proposta da essa ricorrente nel maggio del 1994 contro il Guarino, riguardo al pagamento del residuo corrispettivo, per l'esecuzione di lavori edili a titolo di appalto, e nel contempo era stata parzialmente accolta per l'importo di € 57.016,68 la domanda riconvenzionale, avanzata dal Guarino a titolo di risarcimento di danni derivanti dall'esistenza di vizi nell'opera oggetto dell'appalto.

2. Con la sentenza qui impugnata, la corte territoriale, investita dell'appello principale proposto dal Guarino e di quello incidentale della qui ricorrente, ha - in asserito accoglimento parziale dell'appello principale e sul rilievo che nessun corrispettivo poteva riconoscersi alla ricorrente, ai sensi dell'art. 6 della l. n. 47 del 1985, per essere stata l'opera eseguita in totale difformità dalla concessione edilizia - rigettato integralmente la domanda di pagamento del corrispettivo dell'appalto, mentre ha - in asserito accoglimento parziale dell'appello incidentale - rigettato la domanda riconvenzionale del Guarino.

3. Al ricorso, che prospetta tre motivi, di cui il secondo relativo, almeno *in thesi*, alla giurisdizione, non v'è stata resistenza dell'intimato.

4. La ricorrente ha depositato memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso si deduce "violazione degli artt. 99 e 112 c.p.c. - *error in procedendo* (art. 360 n. 4

c.p.c.). Falsa applicazione degli artt. 1418 e 1421 c.c. (art. 360 n. 3 c.p.c.)”.

Vi si sostiene, da un lato che con l'appello principale contro la statuizione in suo danno il Guarino aveva prospettato l'esistenza di un inadempimento contrattuale e, quindi, non aveva inteso muovere alcun rilievo, rispetto all'implicita pronuncia di validità del contratto, resa dal Tribunale in primo grado, dall'altro che, nel formulare il suo appello incidentale, la qui ricorrente a sua volta aveva del pari invocato l'accoglimento totale della domanda principale, il che supposeva sempre la validità del contratto.

Se ne desume che, poiché entrambe le parti avevano prestato assenso alla pronuncia implicita di validità del contratto ravvisabile nella decisione di primo grado, il rilievo d'ufficio della nullità del contratto di appalto per violazione di norme imperative, effettuato d'ufficio dalla corte territoriale, si doveva ritenere avvenuto in violazione del detto giudicato.

A sostegno della prospettazione viene invocata innanzitutto Cass. n. 6191 del 2004 e, quindi, Cass. n. 9642 del 2006, n. 18540 del 2009 e 23235 del 2013.

1.1. Il motivo non è fondato.

In tanto è da rilevare che è pertinente rispetto alla prospettazione soltanto Cass. n. 6191 del 2004, di cui viene invocata la seguente parte di motivazione. <<Nel giudizio di impugnazione l'ambito dei poteri cognitivi del giudice del gravame è delimitato dai motivi prospettati dalla parte nell'atto di impugnazione, che devono esser correlati alle statuizioni impugnate. Per il giudizio di appello tale principio (*tantum devolutum quantum appellatum*) è codificato negli artt. 342 e 346 cod. proc. civ. Pertanto la regola della rilevabilità d'ufficio della nullità del negozio giuridico in ogni

stato e grado del giudizio, statuita dall'art. 1421 cod. civ., va coordinata sia con il carattere dispositivo del gravame, sia con il principio di disponibilità della prova, sia con la regola della corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato, (artt. 99 e 112 cod. proc. civ.). Ne deriva che il giudice del gravame non può di sua iniziativa dichiarare la nullità di un atto negoziale per un motivo basato su fatti diversi e nuovi rispetto a quelli dedotti da colui che ha proposto impugnazione e perciò estraneo alla materia del contendere. Questo limite al potere del giudice di secondo grado di esaminare la validità del contratto d'ufficio, a fronte di motivi di appello concernenti l'efficacia di esso, incontra poi un'ulteriore preclusione nell'ipotesi in cui la sentenza di primo grado abbia accolto l'azione di condanna esercitata ponendo a fondamento di essa il contratto medesimo, così implicitamente affermandone la validità.>>.

Cass. n. 9642 del 2006, invece, concerne un caso di attribuzione ad una decisione di primo grado - che aveva dichiarato risolto il contratto, mentre in appello se ne era sostenuta la nullità - del valore preclusivo di tale possibilità.

Cass. n. 18540 del 2009, a sua volta, ritenne precluso al giudice di appello di rilevare d'ufficio la nullità, in presenza di decisione di primo grado dichiarativa della risoluzione del contratto, a motivo della formazione del giudicato implicito, per non essersi alcuna delle parti doluta in appello al riguardo.

Cass. n. 14535 del 2012 ebbe ad affermare che: <<Il giudicato, formatosi con la sentenza intervenuta tra le parti, copre il dedotto ed il deducibile in relazione al medesimo oggetto, e cioè non soltanto le ragioni giuridiche e di fatto fatte valere in giudizio, ma anche tutte le possibili questioni, proponibili sia in via di azione, sia in via di eccezione, le quali, sebbene non dedotte specificamente, costituiscono precedenti

logici essenziali e necessari della pronuncia>> (e, in applicazione del suddetto principio, ritenne l'eccezione di nullità di un contratto di associazione in partecipazione preclusa dal giudicato, avendo il riconoscimento dell'esistenza di un valido contratto ex art. 2549 cod. civ., costituito il presupposto logico-giuridico della decisione).

Cass. n. 23235 del 2013, in fine, ritenne che il rilievo d'ufficio della nullità del contratto è precluso al giudice quando sulla validità del rapporto si sia formato il giudicato, anche implicito, come allorché il giudice di primo grado, accogliendo una domanda, abbia dimostrato di ritenere valido il contratto, e le parti, in sede di appello, non abbiano mosso alcuna censura inerente la sua validità.

Il principio, tuttavia, venne affermato in una situazione in cui non vi era stato appello sull'accoglimento di detta domanda, inerente a rendiconto ex art. 2552 cod. civ. e si ritenne preclusa la questione sulla validità del contratto di associazione in partecipazione, perché la mancata impugnazione di quell'accoglimento, supponente la validità del contratto comportava che essa fosse stata accertata.

1.2. La giurisprudenza evocata con il motivo, a parte ogni considerazione sulla sua pertinenza e sulla palese discutibilità del precedente del 2004, è inidonea a giustificare l'accoglimento del motivo, avuto riguardo al principio di diritto *expressis verbis* ribadito da Cass., Sez. Un., n. 26242 del 2014, nel senso che <<Nel giudizio di appello ed in quello di cassazione, il giudice, in caso di mancata rilevazione officiosa, in primo grado, di una nullità contrattuale, ha sempre facoltà di procedere ad un siffatto rilievo>>.

Nel caso in esame il rilievo officioso da parte del giudice d'appello, poiché il *decisum* di primo grado, sebbene basato

sulla mancanza di rilevazione della nullità, era stato posto in discussione dai reciproci appelli delle parti, ognuno dei quali implicava comunque la necessità della cognizione del giudice d'appello riguardo al suo modo di essere, era giustificato dalla sua inerenza alla rilevazione di un'eccezione rilevabile d'ufficio sulla base dei fatti di causa oggetto della decisione di primo grado e, per effetto delle impugnazioni, oggetto della devoluzione a quello stesso giudice. Detti fatti, nella prospettazione dell'appellante principale, giustificavano il rigetto della domanda principale, originante dal contratto e relativa al pagamento del corrispettivo, senza mettere in discussione la sua validità, così come non era stata messa in discussione nei giudizi di primo grado, ma, poiché il loro accertamento implicava sempre la valutazione del modo di essere del contratto, la devoluzione di essa al giudice d'appello e, quindi, la possibilità del medesimo, all'esito di essa, di rilevare la nullità, risultava giustificata proprio dall'appello stesso.

Analogamente, poiché l'appello incidentale concernente l'accoglimento della riconvenzionale, a sua volta implicava necessariamente la valutazione del modo di essere del contratto, in relazione al quale doveva essere considerata l'esistenza dei vizi invocati, il giudice d'appello, nel procedervi, ha correttamente esercitato il potere officioso di rilevazione della nullità.

Mette conto, in sostanza, di osservare che, **allorquando il giudice di primo grado abbia deciso su pretese che suppongono la validità ed efficacia di un rapporto contrattuale oggetto delle allegazioni introdotte nella controversia, senza che né le parti abbiano discusso né lo stesso giudice abbia prospettato ed esaminato la**

questione relativa a quella validità ed efficacia, si deve ritenere che la proposizione dell'appello sul riconoscimento della pretesa, poiché tra i fatti costitutivi della stessa per come riconosciuta da primo giudice vi è il contratto, implichi che la questione della sua nullità sia soggetta al potere di rilevazione d'ufficio del giudice, integrando un'eccezione c.d. in senso lato, relativa ad un fatto già allegato in primo grado. Ciò, risultava e risulta giustificato, in ognuno dei regimi dell'art. 345 c.p.c. succedutisi nella storia del codice di rito, dalla previsione, sempre rimasta vigente, del potere di rilevazione d'ufficio delle eccezioni soggette a rilievo officioso.

Il motivo è, pertanto, rigettato.

2. Con il secondo motivo si denuncia "violazione dell'art. 7 del codice amministrativo. Difetto di giurisdizione (n. 1 art. 360 c.p.c.). Falsa applicazione della legge 47/85 nonché dell'art. 1418 c.c. (art. 36 n. 3 c.p.c.)".

2.1. La censura relativa alla giurisdizione concerne l'affermazione fatta dalla corte territoriale, riguardo all'assoluta irregolarità della concessione edilizia n. 75 del 1990, in forza della quale era stato assentito il progetto di sopraelevazione dell'immobile già abusivo, per la cui esecuzione era stato stipulato il contratto di appalto. L'affermazione è stata fatta dalla sentenza impugnata quale passaggio argomentativo per giustificare la conclusione circa la nullità del contratto di appalto, in funzione dell'accoglimento dell'appello principale del Guarino.

La censura si concreta nella sola affermazione che <<in concreto la Corte di Appello ha sindacato, di ufficio, l'esercizio del potere discrezionale del Comune nell'emissione di un atto

amministrativo (conc. Ed. n. 75/90) deducendone l'illegittimità in evidente difetto di giurisdizione>>.

L'assoluta genericità della censura ne giustificherebbe la valutazione di inammissibilità per difetto del requisito di specificità, che riguarda anche il motivo di ricorso per cassazione (*ex multis*, Cass. n. 4741 del 2005).

2.1.2. Peraltro, il motivo appare manifestamente infondato, in quanto la scarna deduzione su cui si fonda non pone un problema di giurisdizione.

Infatti, è principio consolidato quello secondo cui: <<Quando in una controversia tra privati, attinente a diritti soggettivi, il giudice debba vagliare situazioni presentanti aspetti di pubblico interesse o possa trovarsi a scrutinare la legittimità di provvedimenti amministrativi, le questioni che insorgono circa i confini dei poteri al riguardo del giudice ordinario attengono, data l'estraneità della pubblica amministrazione al giudizio, al merito e non alla giurisdizione, investendo l'individuazione dei limiti interni posti dall'ordinamento alle attribuzioni del giudice ordinario (divieto di annullare, modificare o revocare il provvedimento amministrativo, ai sensi dell'art. 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E). (*ex multis*, Cass. sez. un. n. 6887 del 2003; anteriormente Cass. sez. un. n. 99 del 2000).

Nella specie la corte territoriale, nell'esprimere la valutazione sulla citata concessione, poiché lo ha fatto solo per individuare se la stipulazione del contratto di appalto vertente fra i litiganti, soggetti privati, era valida oppure no, ha compiuto una valutazione che non si è in alcun modo risolta in una invasione della giurisdizione amministrativa.

Né, sebbene il problema attenga al merito ed al di là che non vi sarebbe stata censura in proposito, la corte territoriale

- lo si osserva per completezza - ha esercitato poteri in violazione dell'art. 4 della legge abolitiva, essendosi limitata a desumere dalla valutazione della invalidità della concessione solo conseguenze sul negozio fra i privati e non sull'efficacia del provvedimento amministrativo.

2.2. La censura di violazione della legge n. 47 del 1985 e, quindi, dell'art. 1418 c.c. è sostenuta adducendo che essa non conterrebbe <<alcun divieto di eseguire opere in sopraelevazione di un immobile per il quale è in corso di rilascio la concessione in sanatoria>> e, quindi, argomentando a conferma di tale assunto dalla previsione dell'art. 35 della legge, là dove consentiva di eseguire il completamento dell'opera oggetto di richiesta di sanatoria decorsi centoventi giorni dalla presentazione della domanda di sanatoria e, comunque, dopo il versamento della prima rata di oblazione: tanto farebbe ragionevolmente ritenere che, nel rispetto della normativa locale (riguardo alla quale la corte territoriale non aveva dubbi sul fatto che ostacolassero il rilascio della concessione), il comune avrebbe potuto autorizzare la sopraelevazione dell'opera, <<se per questa è da prefigurarsi quasi certamente il rilascio della concessione in sanatoria>>.

Sulla base di tali deduzioni si sostiene che l'affermazione della sentenza impugnata che <<l'immobile non può che ritenersi urbanisticamente illegittimo se l'iter non si conclude con esito positivo con il rilascio del provvedimento finale>>, si sarebbe basata sul rilievo di un vizio urbanistico inesistente.

2.2.1. La censura non può essere accolta.

In tanto, essa si fonda su un assunto, quello che l'esecuzione delle opere oggetto dell'appalto fosse avvenuta "in corso di rilascio della concessione in sanatoria", poi

effettivamente rilasciata il 10 aprile 2003, per come dice la sentenza.

Senonché, riguardo a tale assunto non fornisce alcuna indicazione di dove e come sarebbe emerso nel corso del giudizio di merito, con la conseguenza che appare inutile verificare se la prospettazione svolta nel motivo sia corretta *in iure*.

Peraltro, poiché la sentenza impugnata – evocando, con il riportare il principio di diritto, espressamente Cass. n. 3913 del 2009 (secondo cui: <<L'illiceità del contratto di appalto per la costruzione di un immobile senza concessione edilizia sussiste solo qualora l'appalto sia eseguito in carenza di concessione, e non anche nel caso in cui la concessione sia rilasciata dopo la data di stipula ma, comunque, prima della realizzazione dell'opera, non essendo conforme alla "mens legis" la sanzione di nullità comminata ad un contratto il cui adempimento, in ossequio al precetto normativo, sia stato intenzionalmente posposto al previo ottenimento della concessione o autorizzazione richiesta, e potendosi tale contratto considerare sospensivamente condizionato, in forza di presupposizione, al previo ottenimento dell'atto amministrativo mancante al momento della stipulazione>>) - ha poi soggiunto che <<allorquando nel 2003 è intervenuta la sanatoria per l'originaria edificazione dell'immobile (sul quale erano stati poi autorizzati i successivi lavori di cui alla concessione n. 75/90) l'appalto aveva ormai avuto integrale esecuzione, onde permane l'illiceità del contratto di appalto>>.

La corte, dunque, non ha ignorato il valore della sopravvenienza della concessione in sanatoria, ma - senza che le sue affermazioni siano state sottoposte a critica dalla

ricorrente – ha affermato che un valore di elisione della illiceità urbanistica della concessione, i cui lavori vennero eseguiti con l'appalto, non si poteva configurare perché la sopravvenienza era intervenuta quando l'esecuzione dell'appalto era ormai conclusa e da tanto ne ha desunto l'ininfluenza.

La censura svolta dalla ricorrente risulta, dunque, anche priva di rilievo perché inidonea a scalfire tale motivazione, che andava criticata.

3. Con il terzo motivo si prospetta "omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti (art. 360 n. 5 c.p.c.). Violazione dell'art. 1419 c.c. (art. 360 n. 3 c.p.c.)".

Il preteso fatto decisivo, di cui si assume omesso l'esame viene identificato, evocando due brevi periodi dell'atto di appello del Guarino, nella circostanza che con quest'ultimo il medesimo imputando <<alla società appaltatrice la modifica degli interni e la destinazione ad abitazione del sottotetto, riconoscendo la legittimità della restante opera, chiedeva l'eliminazione di quanto risultava in contrasto con la concessione edilizia>>.

La decisività di tale "fatto" viene prospettata nel senso che, se la corte territoriale l'avesse considerato avrebbe dovuto <<concludere che l'originario contratto e le opere eseguite in virtù dello stesso dovevano considerarsi intangibili; nel senso che non poteva configurarsi alcuna nullità del contratto *de quo*, per cui l'appaltatrice aveva diritto al pagamento delle opere legittimamente eseguite>>. Con la conseguenza che, per i lavori riconosciuti eseguiti correttamente nel verbale del 4 agosto 1993 dal Guarino, il corrispettivo si sarebbe dovuto ritenere dovuto e semmai, avrebbe potuto rilevarsi una nullità ai sensi dell'art. 1419 c.c.

solo riguardo ai patti successivi, per tali dovendosi intendere solo <<le variazioni interne nel primo piano e nel sottotetto>>, mentre sarebbero rimaste <<fuori le opere eseguite per il completamento del piano terra, consentite dall'art. 35 della legge 47/85, nonché quella del piazzale, indicata nel verbale del 4.9.93, per i quali non era prevista la concessione edilizia>>.

Dopo tali asserti, si dice testualmente - ed in modo anodino - che <<così delineati i fatti decisivi, si osserva che circa l'applicazione della sanzione di nullità per tali patti si è usato il condizionale>>. E, quindi, si riporta il contenuto di una non meglio identificata memoria difensiva per quattro pagine. In essa risultano evocate una perizia di parte del Guarino ed alcune convenzioni. Dopo la riproduzione della memoria si dice che la Corte territoriale non avrebbe tenuto conto di rilievi della memoria in relazione all'art. 1419 c.c., che si dicono <<richiamati e ribaditi anche per evidenziare che, alla luce della normativa suindicata, è da escludere quella "totale difformità" affermata dalla sentenza impugnata.>>.

3.1. Il motivo presenta nella prima parte una prospettazione, con cui si vorrebbe desumere che la corte territoriale non avrebbe potuto dichiarare la nullità del contratto di appalto nella sua interezza, in ragione del tenore dell'appello svolto dal Guarino.

Senonché, l'assunto è del tutto incompatibile con il potere di rilevazione della nullità del contratto per violazione di norme imperative che ha esercitato quella corte, per un verso - con una prima motivazione - in ragione della invalidità della concessione n. 75/90 e della irrilevanza della sanatoria del 10 aprile 2003 e, per altro verso in ragione del rilievo, aggiuntivo e, quindi, integrante una motivazione alternativa, con cui ha

osservato (a partire dal 19° rigo della pagina 4) che la difformità di quanto in concreto era stato realizzato <<rispetto alle licenze e concessioni rilasciate>> ridondava nella fattispecie della totale difformità e per questo determinava la nullità dell'appalto, che ha affermato evocando Cass. n. 2187 del 2011.

Non è dato invero comprendere come il potere di rilevazione della nullità dell'intero contratto di appalto, affidato *ex officio* al giudice, potesse risentire del tenore dell'appello e, quindi, della prospettazione del Guarino.

L'assunto si risolve in una surrettizia riproposizione della tesi svolta nel primo motivo, che è già stata disattesa.

Ne segue l'assoluta irrilevanza di quanto poi argomentato, non senza che debba rilevarsi che: *a)* si evoca direttamente il verbale del 4 agosto 1993 ed altri atti nominati nella memoria riprodotta, senza fornirne la localizzazione in funzione dell'indicazione specifica di cui all'art. 366 n. 6 c.p.c.; *b)* la stessa memoria non solo non viene localizzata, ma, a non ne viene identificata la collocazione temporale nello svolgimento processuale; *c)* non si spiega che cosa in essa sarebbe stato funzionale alla limitazione del potere di dichiarazione della nullità, sicché l'assunto risulta anche del tutto privo di attività dimostrativa.

4. Il ricorso è, conclusivamente, rigettato.

5. Non è luogo a provvedere sulle spese del giudizio di cassazione.

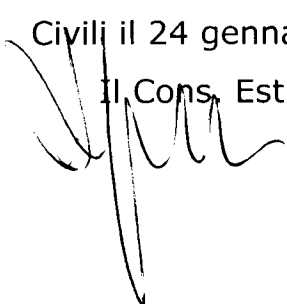
Ai sensi dell'art. 13 comma 1-*quater* del d.P.R. n. 115 del 2002, si deve dare atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso a norma del comma 1-*bis* del citato art. 13.

P. Q. M.

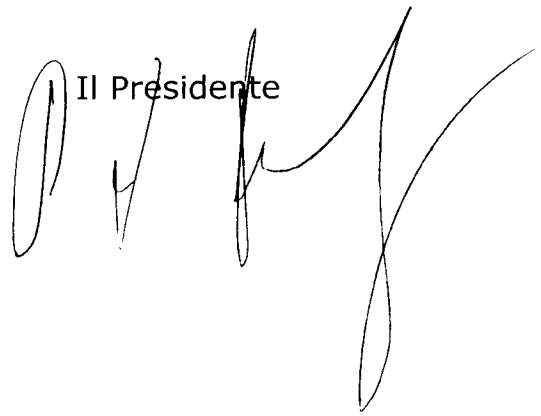
La Corte rigetta il ricorso. Nulla per le spese del giudizio di cassazione. Ai sensi dell'art. 13 comma 1-*quater* del d.P.R. n. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso a norma del comma 1-*bis* del citato art. 13.

Così deciso nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili il 24 gennaio 2017.

Il Cons. Est.



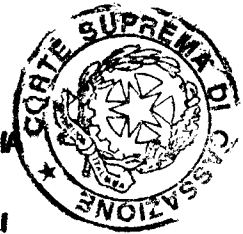
Il Presidente



IL CANCELLIERE
Paola Francesca **CAMPOLI**



DEPOSITATO IN CANCELLERIA
oggi, 22 MAR. 2017
IL CANCELLIERE
Paola Francesca **CAMPOLI**



Corte di Cassazione - copia non ufficiale