CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE SECONDA CIVILE

Ordinanza 15 giugno 2020, n. 11465

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SAN GIORGIO Maria Rosaria - Presidente -

Dott. ORICCHIO Antonio - Consigliere -

Dott. FALASCHI Milena - Consigliere -

Dott. GIANNACCARI Rossana - rel. Consigliere -

Dott. CRISCUOLO Mauro - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 19238/2015 proposto da:

COMUNE BARCELLONA POZZO DI GOTTO, in persona del Commissario straordinario, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DEI VILLINI 15, presso lo studio dell'avvocato MICHELE MIRAGLIA, rappresentato e difeso dall'avvocato CHIARA MOSTACCIO;

- ricorrente -

contro

P.G., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA LUNIGIANA 6, presso studio dell'avvocato GREGORIO D'AGOSTINO, rappresentato e difeso dall'avvocato MARIO INTILLISANO;

- controricorrente -

avverso la sentenza non definitiva n. 401/2005 depositata il 4/8/2005 e la sentenza definitiva n. 307/2014 della CORTE l'APPELLO di MESSINA, depositata il 29/04/2014;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 22/03/2019 dal Consigliere ROSSANA GIANNACCARI.

Svolgimento del processo

1. Il processo trae origine dall'opposizione proposta dal Comune di Barcellona Pozzo di Gotto avverso il decreto ingiuntivo, emesso in favore dell'architetto P., con il quale

veniva ingiunto al Comune il pagamento della somma di Lire 99.436.115 a titolo di compenso professionale.

1.1. Il Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto, con sentenza del 22.10.2002, accoglieva l'opposizione e, per l'effetto, revocava il decreto ingiuntivo opposto. Il giudice di primo grado accertava che l'incarico era stato validamente conferito al P. con la delibera N. 578 del 1988 e con successive delibere che facevano riferimento all'approvazione di progetti redatti "in prosecuzione rispetto a quello originario". Rigettava, tuttavia, la domanda del P. poichè non si era avverata la condizione sospensiva di cui all'art. 5 del disciplinare di incarico, che subordinava il compenso del professionista alla corresponsione del finanziamento da parte dell'Assessorato Regionale della Cooperazione, Commercio ed Artigianato.

1.2. Proposto gravame dal P., resistito dal Comune di Barcellona Pozzo di Gotto, la Corte d'Appello di Messina, con sentenza non definitiva N. 401 del 4.6.2015, accoglieva l'impugnazione e, per l'effetto, revocava il decreto ingiuntivo opposto.

1.3. Per quanto ancora rileva in sede di legittimità, il giudice d'appello accertava che si era formato il giudicato interno sulla validità del contratto di prestazione d'opera, in quanto il Comune di Barcellona Pozzo di Gotto non aveva proposto appello incidentale avverso la pronuncia di rigetto dell'eccezione di nullità del contratto. Era invece nulla- secondo la corte territoriale - la clausola che subordinava il compenso del P. alla percezione del finanziamento, attesa la natura onerosa del rapporto professionale intercorso tra il professionista ed il Comune. La corte di merito rimetteva, quindi, la causa sul ruolo per la determinazione del compenso e, espletata la consulenza tecnica d'ufficio, con sentenza definitiva N. 307/2014, in parziale accoglimento dell'appello, revocava il decreto ingiuntivo e condannava il Comune di Barcellona Pozzo di Gotto al pagamento in favore del professionista della somma di Euro 42.648,67.

2. Il Comune di Barcellona Pozzo di Gotto ha proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza non definitiva, di cui si era riservata l'impugnazione all'udienza collegiale del 30.1.2006, unitamente alla sentenza definitiva, affidandosi a quattro motivi, illustrati con memoria difensiva depositata in prossimità dell'udienza.

2.1. Ha resistito con controricorso P.G..

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo di ricorso, si deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 1418, 1421 e 1422 c.c., della L.S. 18 novembre 1923, n. 2240, artt. 16 e 17, degli artt. 100, 324, 329 e 346 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, per avere la corte territoriale dichiarato inammissibile l'eccezione di nullità del contratto per carenza di forma scritta, proposta con l'atto di opposizione e con la comparsa di costituzione in appello, ritenendo erroneamente che il Comune avrebbe dovuto proporre appello incidentale. Sostiene il ricorrente che il giudice di primo grado non si era pronunciato sull'eccezione di nullità del contratto per carenza di forma scritta ad substantiam ma sulla legittimità delle delibere comunali di conferimento dell'incarico e di finanziamento del progetto, sicchè nessun giudicato interno poteva essersi formato sulla validità del contratto. Il Comune non era quindi

tenuto a proporre appello incidentale in relazione ad un'eccezione di nullità mai formulata; in ogni caso, poichè era vittorioso nel giudizio di primo grado, era sufficiente la riproposizione delle sue difese, ai sensi dell'art. 346 c.p.c., tanto più che l'eccezione di nullità, benchè rilevabile d'ufficio, era stata riproposta nella comparsa di costituzione del giudizio d'appello.

1.1. Il motivo non è fondato.

1.2. Dall'esame degli atti processuali, consentito in ragione della natura del vizio dedotto, costituente error in procedendo, risulta che già con l'atto di opposizione a decreto ingiuntivo, il Comune di Barcellona Pozzo di Gotto aveva dedotto la nullità del contratto per carenza di forma scritta ad substantiam ed aveva contestato la validità delle delibere comunali, in quanto in esse non erano indicati l'ammontare delle spese ed i mezzi per farvi fronte.

1.3. Il Tribunale, pronunciando sull'eccezione di nullità del contratto, aveva ritenuto valido "l'atto con cui era stato conferito l'incarico per la redazione del programma esecutivo del progetto per cui è causa", costituito dalla delibera N. 578 del 1983 (pag.6 della sentenza di primo grado). Conseguentemente, il giudice di prime cure aveva esaminato il profilo della nullità del contratto e, indipendentemente dalla correttezza della decisione, aveva ritenuto validamente conferito l'incarico al P. sulla base della citata delibera.

1.4. Poichè il Comune era risultato soccombente sulla questione di merito, avrebbe dovuto proporre appello incidentale per evitare che sulla validità del contratto si formasse il giudicato.

Come affermato di recente da questa Corte a Sezioni Unite, con sentenza del 12/05/2017, n. 11799, la necessità dell'appello incidentale sussiste anche in caso di c.d. soccombenza teorica, ovvero in presenza di un esito favorevole al convenuto, che però, abbia visto respinta una sua eccezione di merito da parte della sentenza di primo grado, sia con una motivazione espressa, sia con una motivazione che, pur non enunciando espressamente il rigetto, lo evidenzi indirettamente, cioè riveli, in modo chiaro ed inequivoco, che il giudice parimenti abbia inteso rigettare l'eccezione.

Con la decisione citata, le Sezioni Unite hanno consolidato l'orientamento già espresso con la precedente sentenza, sempre a Sezioni Unite del 19 aprile 2016, n. 7700, con riguardo ad un'eccezione c.d. di merito svolta dal convenuto o comunque da colui che, difendendosi rispetto all'azione altrui assuma quella posizione sostanziale; qualora il giudice di primo grado si sia pronunciato affermandone l'infondatezza, e, tuttavia, l'azione sia stata rigettata nel merito per altra ragione, il convenuto formale o sostanziale, di fronte all'appello della controparte che si dolga di tale rigetto, per ottenere che il giudice d'appello riesamini la decisione del giudice di primo grado di rigetto dell'eccezione, proporre appello incidentale e non può limitarsi, invece, alla c.d. mera riproposizione dell'eccezione, ai sensi dell'art. 346 c.p.c. Ne consegue che il Comune, pur vittorioso nel giudizio di primo grado - in quanto era stata accolta la sua opposizione avverso il decreto ingiuntivo proposto dal P. - era risultato soccombente in relazione all'eccezione di nullità del contratto sicchè, per evitare la formazione del giudicato sulla validità del contratto, avrebbe

dovuto proporre appello incidentale.

2.Con il secondo motivo, deducendo la violazione dell'art. 1421 c.c., degli artt. 99 e 112 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4; il ricorrente si duole della decisione della corte territoriale, che ha ritenuto la nullità della clausola che subordinava il compenso del professionista alla corresponsione del finanziamento da parte della Regione. Osserva il ricorrente che nè in primo, nè in secondo grado aveva dedotto la dichiarazione di nullità di detta clausola, perchè ciò presupponeva l'esistenza di un contratto sottoscritto tra le parti, che, nella specie, non sussisteva. La corte di merito avrebbe, quindi, erroneamente dichiarato d'ufficio la nullità di una clausola dello schema del disciplinare di incarico, avente mera efficacia interna all'ente pubblico, di carattere autorizzatorio, che non si era tradotto in un atto contrattuale, sottoscritto dal rappresentante dell'ente e dal professionista. La Corte di merito sarebbe, pertanto incorsa nel vizio di ultrapetizione, per aver dichiarato la nullità di una clausola di un contratto inesistente, di cui era stata eccepita la nullità.

3.Con il terzo motivo di ricorso, deducendo la violazione dell'art. 1421 c.c., degli artt. 99 e 112 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, il ricorrente ripropone, sotto il profilo della violazione di legge, la questione del rilievo d'ufficio della nullità della clausola del disciplinare di incarico, costituente parte integrante della delibera della Giunta Municipale N. 578 del 1983, che assume priva di rilevanza esterna.

4.1 motivi, che vanno trattati congiuntamente per la loro connessione, in quanto volti a censurare, sotto diversi profili, la declaratoria di nullità di un atto privo di rilevanza esterna, sono fondati.

4.1. Il contratto d'opera professionale con la P.A., ancorchè quest'ultima agisca iure privatorum, deve rivestiregla forma scritta ad substantiam. L'osservanza della forma scritta richiede la redazione di un atto recante la sottoscrizione del professionista e dell'organo dell'ente legittimato ad esprimerne la volontà all'esterno, nonchè l'indicazione dell'oggetto della prestazione e l'entità del compenso, dovendo escludersi che, ai fini della validità del contratto, la sua sussistenza possa ricavarsi da altri atti (quali, ad esempio, come nella specie, la delibera dell'organo collegiale dell'ente che abbia autorizzato il conferimento dell'incarico) ai quali sia eventualmente seguita la comunicazione per iscritto dell'accettazione da parte del medesimo professionista (Cass. n. 24679 del 2013; cfr. anche Cass. n. 21477 del 2013). Nè è sufficiente che il professionista accetti, espressamente o tacitamente, la delibera a contrarre, poichè questa, anche se sottoscritta dall'organo rappresentativo medesimo, resta un atto interno, che l'ente può revocare ad nutum (Cass. n. 1167 del 2013).

4.2. Il contratto mancante del succitato requisito è nullo e non è suscettibile di alcuna forma di sanatoria, sotto nessun profilo, poichè gli atti negoziali della P.A. constano di manifestazioni formali di volontà, non surrogabili con comportamenti concludenti (Cass. n. 22501 del 2006; nello stesso senso, Cass. n. 15488 del 2001).

4.4. Nel caso di specie, con l'atto di opposizione a decreto ingiuntivo e con la comparsa di costituzione nel giudizio di appello, il Comune di Barcellona Pozzo di Gotto aveva chiesto la dichiarazione di nullità del contratto concluso con il professionista per assenza della forma scritta ad substantiam.

La Corte d'appello non si è pronunciata sulla nullità del contratto ma di una clausola della delibera della Giunta Municipale N. 578 del 1983, contenente il disciplinare di incarico, che, all'art. 5, prevedeva che l'onorario fosse subordinato all'approvazione ed al finanziamento del progetto.

Tale clausola aveva efficacia interna all'ente e lo autorizzava al conferimento dell'incarico al professionista, che avrebbe dovuto perfezionarsi con un atto sottoscritto dalle parti, non essendo ipotizzabile la conclusione del contratto attraverso il consenso o in forma tacita.

Ha errato, pertanto, la Corte d'appello nel dichiarare la nullità di un atto privo di rilevanza esterna, come la delibera della Giunta Municipale.

Tale profilo di nullità non era stato dedotto nei giudizi di merito - avendo il Comune contestato la validità del contratto per assenza di forma scritta ad substantiam - nè poteva essere rilevato d'ufficio perchè la clausola del disciplinare di incarico, prevista nella delibera della Giunta Municipale, non aveva rilevanza esterna.

5.Va dichiarato assorbito il quarto motivo di ricorso, con cui si deduce l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, oggetto di discussione tra le parti, relativo alle responsabilità per il mancato relativo finanziamento dell'opera.

6. La sentenza va, pertanto cassata in relazione ai motivi accolti e rinviata innanzi ad altra sezione della Corte d'appello di Messina, che provvederà anche in ordine alle spese del giudizio di legittimità e si atterrà al seguente **principio di diritto: "Il contratto d'opera professionale con la pubblica amministrazione deve rivestirei, la forma scritta ad substantiam. L'osservanza della forma scritta richiede la redazione di un atto recante la sottoscrizione del professionista e dell'organo dell'ente legittimato ad esprimerne la volontà all'esterno, nonchè l'indicazione dell'oggetto della prestazione e l'entità del compenso. La sussistenza del contratto non può ricavarsi dalla delibera dell'organo collegiale dell'ente che abbia autorizzato il conferimento dell'incarico, in quanto si tratta di un atto di rilevanza interna di natura autorizzatoria".**

P.Q.M.

Accoglie il secondo e terzo motivo di ricorso, rigetta il primo e dichiara assorbito il quarto, cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia, anche per le spese del giudizio di legittimità, innanzi ad altra sezione della Corte d'appello di Messina.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Seconda Civile della Corte di Cassazione, il 22 marzo 2019.

Depositato in Cancelleria il 15 giugno 2020