

Civile Sent. Sez. 2 Num. 9152 Anno 2019

Presidente: MANNA FELICE

Relatore: BELLINI UBALDO

Data pubblicazione: 02/04/2019

SENTENZA

PU

sul ricorso 1750-2015 proposto dalla:

EDILCITY s.n.c., in persona del socio amministratore Pilato Flavio, rappresentata e difesa dagli Avvocati FRANCESCO PAOLO VIDETTA, LIVIO ERNESTO GIACOMO GALLIANO e PAOLO FEDERICO VIDETTA, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del dott. Marco Gardin in ROMA, VIA LAURA MANTEGAZZA 24

- ricorrente e controricorrente all'incidentale -

contro

CONTI CASE DUE s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore* Luigi Liore, rappresentata e difesa dall'Avvocato ALESSANDRO VALENTINI, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'Avv. Giancarlo Contento in ROMA, VIA I GOIRAN 23

- controricorrente e ricorrente incidentale -



avverso la sentenza n. 4794/2013 del TRIBUNALE di TORINO, depositata il 16/07/2013;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 26/10/2018 dal Consigliere Dott. UBALDO BELLINI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CARMELO SGROI, che ha concluso per il rigetto del ricorso principale e per l'assorbimento o l'inammissibilità del ricorso incidentale;

uditi gli Avvocati FRANCESCO PAOLO VIDETTA per la ricorrente e GIANCARLO CONTENTO per la controricorrente e ricorrente incidentale, che hanno concluso, rispettivamente, come in atti.

FATTI DI CAUSA

Con atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo, notificato in data 29.7.2010, la CONTI CASE DUE s.r.l. conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Torino, Sez. distaccata di Moncalieri, la EDILCITY s.n.c. di Pivato Arturo & Flavio esponendo che: a) con contratto di appalto stipulato in data 18.2.2005 la Conti Case Due s.r.l., in persona dell'allora amministratore Maurizio Crosato, aveva appaltato alla Edilcity la costruzione di fabbricati residenziali nel Comune di Chieri, Via Perotti-Via Lazzaretti; b) la Edilcity si era impegnata alla realizzazione di un complesso residenziale destinato a civile abitazione, suddiviso in tre lotti, il primo costituito dalle scale A, B, C e D, il secondo dalle scale E, F, G ed H e il terzo dalle scale I, L e M, al prezzo complessivo di € 9.800.000,00, oltre IVA; c) il termine per l'esecuzione dell'opera era di giorni 510 naturali, consecutivi continui per ciascun lotto ed era prevista una penale per ritardo nella misura di € 1.500,00 al giorno; d) i lavori

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

venivano avviati, con riferimento al primo lotto in data 12.11.2005 con termine al 6.4.2007; con riferimento al secondo lotto in data 1.7.2006 con termine al 23.11.2007 e con riferimento al terzo lotto in data 1.1.2007 con termine al 25.5.2008; e) la Edilcity in data 26.3.2009 aveva accumulato un ritardo di 73 giorni per il primo lotto, 171 giorni per il secondo e 315 giorni per il terzo lotto e non aveva ancora ultimato le opere; in data 15.6.2009 era ancora presente la gru in cantiere; f) l'opponente aveva corrisposto la somma di € 9.379.199,90, oltre ad € 30.456,98 a titolo di opere di urbanizzazione realizzate su aree private ed asservite all'uso pubblico; g) l'opponente aveva svincolato la somma di oltre € 500.000,00 a fronte delle difficoltà della Edilcity; h) le opere presentavano difformità rispetto a quanto concordato e non erano state eseguite a regola d'arte, per cui non era stato possibile effettuare il collaudo, vizi prontamente denunciati e riconosciuti dalla Edilcity; i) in data 8.9.2009 vi era stata una nuova denuncia di fenomeni infiltrativi e veniva concordato un sopralluogo; l) in data 16.4.2010 la Conti Case Due aveva contestato il pagamento delle fatture 67/2008 e 19/2010, oggetto della procedura monitoria; m) aveva nuovamente denunciato i vizi e i ritardi e aveva evidenziato che sussisteva un credito per le penali a favore di Conti Case Due di € 800.000,00.

In diritto, la opponente contestava la fondatezza della pretesa creditoria di Edilcity, essendo relativa allo svincolo di somme con riferimento ai lotti due e tre; proponeva eccezione di inadempimento, evidenziando che il contratto prevedeva la trattenuta di una somma a garanzia e deduceva che era sfornita di fondamento l'asserzione della Edilcity che Conti Case Due

avesse accettato senza riserve l'opera, in quanto l'accettazione presupponeva la verifica delle opere, che non c'era stata. Nel caso di specie, Conti Case Due aveva solo preso in consegna provvisoria i singoli lotti e non vi era stata un'accettazione tacita, stante la denuncia dell'inadempimento e dei vizi, tra l'altro, riconosciuti dalla Edilcity. Chiedeva al Tribunale di accertare che nulla era dovuto, proponendo domanda riconvenzionale, volta a ottenere una condanna di Edilcity al risarcimento dei danni e della penale.

Si costituiva in giudizio la Edicity s.n.c., la quale assumeva che: aa) il contratto conteneva un insieme di regole formalistiche volte a ridurre a *nudus minister* l'impresa esecutrice ed era stato disatteso nella sua esecuzione dalla committente, avendo la stessa affidato le opere di urbanizzazione ad altra impresa; bb) vi era stata una continua ingerenza del committente che aveva aggiunto altre opere oggetto di pattuizioni verbali; cc) Conti Case Due non aveva corrisposto la somma di € 9.379.199,90, ma una cifra inferiore; dd) non sussisteva ritardo in quanto il termine di 510 giorni per ogni fase decorreva dalla data della certificazione di inizio lavori, che nella specie non era stata emessa, per cui cadeva la prescrizione di durata rigidamente predeterminata; ee) le date indicate dall'attrice non erano vere e non erano coerenti con quanto previsto nel contratto; ff) la committente aveva modificato il cronoprogramma e il progetto; gg) non era stato redatto il progetto esecutivo e la Direzione dei Lavori era stata condotta a voce; hh) nessun collaudo era stato eseguito, nessun verbale di consegna era stato redatto e soprattutto non era stato rispettato il disposto contrattuale secondo cui la consegna doveva avvenire secondo i modi che sarebbero stati concordati

tra le parti; ii) la consegna era certificata dal verbale di consegna che l'incaricata alle vendite aveva fatto sottoscrivere agli acquirenti; ll) i lavori erano stati ritardati dalla presenza degli acquirenti condomini che transitavano nel cantiere e da un infortunio mortale occorso a un dipendente di un subappaltatore; mm) la committente si era rifiutata di fare un conteggio delle opere dare/avere nella primavera del 2010.

In diritto, la Edilcity eccepiva la nullità della domanda riconvenzionale, nonché la decadenza della denuncia dei vizi poiché la consegna dell'ultimo palazzo era avvenuta nell'ottobre 2008, mentre i vizi erano stati denunciati solo in data 8/14.7.2009. Asseriva, da un lato, che le disponibilità conciliative transattive non potevano costituire riconoscimento dei vizi, vizi anzi contestati, e dall'altro che vi era stata consegna e accettazione di ciascun lotto senza riserve, con decadenza della garanzia da vizi e difformità. Eccepiva che non erano dovute penali trattandosi di un appalto a regia (in subordine chiedeva la riduzione delle stesse). Assumeva di vantare un credito per varianti e opere extra contratto che azionava in via riconvenzionale, chiedendo la condanna di Conti Case Due al pagamento della somma ad esse relativa; di confermare il decreto ingiuntivo opposto e di respingere la domanda di condanna al pagamento della penale o comunque di ridurla. In subordine, chiedeva di poter chiamare in causa i subappaltatori, al fine di essere manlevata in caso di soccombenza.

Chiamati in causa, si costituivano la BROCCO GRANITI s.r.l. e la B&B s.r.l. La prima esponeva che: aaa) in data 14.3.2006 aveva stipulato con Edilcity contratto di subappalto avente ad oggetto "fornitura e posa di rivestimento per facciate

in Santafiora, la fornitura di lavorati in Santafiora, bisello, gocciolatoio, posa in opera di scale, posa in opera pavimenti pianerottoli, posa zoccolino a correre, posa zoccolino gradini. Posa copertine e davanzali e spallette"; bbb) aveva provveduto alla regolare fornitura ed esecuzione delle opere appaltate; ccc) non era mai pervenuta alcuna denuncia nei termini in merito all'esecuzione delle opere eseguite e del materiale fornito; ddd) i vizi lamentati non erano imputabili alla Brocco Graniti s.r.l., in quanto il materiale non presentava porosità e le coperture erano fissate come da indicazione dell'appaltatore; eee) la posa delle soglie in pietra era avvenuta in epoca anteriore alla sigillatura e posa in opera della pavimentazione dei balconi, eseguiti da soggetto terzo. In diritto eccepiva la decadenza e la prescrizione del diritto dell'appaltante alla garanzia dei vizi.

La B&B s.r.l., a sua volta, esponeva: aaaa) di aver stipulato con Edilcity un contratto di subappalto in data 21.12.2005 e di avere eseguito le prestazioni previste nel contratto; bbbb) che Edilcity non aveva mai comunicato alla B&B denunce di vizi e difetti; cccc) che la controversia tra Edilcity e B&B si era conclusa con una transazione. In diritto, eccepiva la decadenza dall'azione di manleva, non avendo la Edilcity comunicato i difetti nei termini di legge, difetti che, in ogni caso, erano imputabili al mancato isolamento del sottofondo dei balconi, opera questa non di pertinenza della B&B e l'inammissibilità dell'azione per effetto della transazione.

La Conti Case Due eccepiva l'inammissibilità della domanda riconvenzionale della Edilcity, e in data 12.1.2011 depositava querela di falso avente ad oggetto i documenti da 47 a 54 prodotti dalla Edilcity.

Esperita la fase istruttoria, con sentenza n. 4794/2013, depositata in data 16.7.2013, il Tribunale di Torino, dichiarati inutilizzabili alcuni documenti sia di parte convenuta che di parte attrice, dichiarava la falsità del documento prodotto *sub* 47 dal convenuto limitatamente alla sottoscrizione di Maurizio Crosato, apposta in calce all'annotazione del 31.1.2006 e disponeva l'annotazione della sentenza sull'originale del documento, che si trovava sotto sequestro penale; revocava il decreto ingiuntivo opposto; accertato il credito di Edilcity pari a € 4.955,77 e il controcredito di Conti Case Due pari a € 523.501,84, operata la compensazione, dichiarava tenuta e condannava la Edilcity al pagamento in favore di Conti Case Due della somma di € 518.745,87, oltre a interessi legali dalla data della sentenza al saldo; respingeva la domanda di manleva proposta da Edilcity nei confronti e B&B s.r.l., e quella proposta nei confronti di Brocco Graniti s.r.l., condannando Edilcity alle spese di lite e di CTU.

Avverso detta sentenza proponeva appello Edilcity insistendo per l'accoglimento di tutte le domande già proposte in primo grado nei confronti di Conti Case Due s.r.l., mentre non proponeva alcun motivo di appello nei confronti dei terzi chiamati.

Conti Case Due s.r.l. si costituiva contestando l'appello e proponendo appello incidentale avverso il capo della sentenza che aveva accolto solo parzialmente la sua domanda di condanna della Edilcity s.n.c. al risarcimento del danno per il ritardo, con applicazione della clausola penale, insistendo per la condanna dell'appellante al pagamento della somma di € 800.000,00 già chiesta in primo grado.

L'appellata B&B s.r.l. si costituiva, rilevando che nessuna domanda era stata proposta nei suoi confronti e chiedeva il rigetto dell'appello. L'appellata Brocco Graniti s.r.l. rimaneva contumace.

Alla prima udienza l'appellata Conti Case Due dichiarava di subordinare l'appello incidentale al mancato accoglimento dell'eccezione dell'art. 348 bis c.p.c..

Con ordinanza del 13.11.2014, la Corte d'Appello di Torino, visti ed applicati gli artt. 348 *bis* e *ter* c.p.c., dichiarava inammissibile l'appello proposto da Edilcity s.n.c. e la condannava alle spese del grado; dichiarava compensate tra l'appellante e la B&B s.r.l. le spese del grado.

Edilcity s.n.c. propone ricorso in cassazione avverso la sentenza del Tribunale di Torino, ai sensi dell'art. 348 *ter* c.p.c., depositata il 16/07/2013 sulla base di sei "sezioni" di censure a loro volta suddivise in motivi; resiste Conti Case Due con controricorso e ricorso indientale condizionato sulla base di un motivo, cui, a sua volta, resiste la ricorrente principale con controricorso. Entambe le parti hanno depositato rispettive memorie.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. – Nella sezione prima ("sulla legittimazione e sulla prova del danno"), la società ricorrente, con il primo motivo, lamenta innanzitutto la «Violazione per falsa applicazione degli artt. 81 e 100 c.p.c. in relazione all'art. 360, nn. 3 e 4 c.p.c..- Violazione degli artt. 112 e 115 c.p.c. in relazione all'art. 360 n. 4 c.p.c. - Violazione per falsa applicazione degli artt. 1667 e 1669 c.c. in relazione all'art. 360, n. 3 c.p.c.», in quanto il Tribunale ha inquadrato la fattispecie nelle previsioni dell'art. 1669 c.c.,

secondo cui la legittimazione alla domanda di risarcimento del danno spetta al committente e ai suoi aventi causa. Muovendo dal fatto che il Tribunale avrebbe qualificato gravi i difetti dell'opera, ai sensi dell'art. 1669 c.c., e che, pertanto il termine di decadenza fosse di un anno, la società ricorrente sostiene che la vendita a terzi di tutte le unità abitative realizzate avrebbe privato la Conti Case del diritto alla garanzia, non avendo essa subito alcun danno in proprio e così essendo priva di interesse e di legittimazione al riguardo; laddove questa, oltre a non aver subito alcun danno, non neppure ha provato alcun danno in prima persona. In ogni caso, la legittimazione sarebbe esclusa dallo stesso contratto d'appalto, il cui art. 19 *bis* prevede che le varianti al progetto richieste dagli acquirenti delle singole unità abitative sarebbero state gestite direttamente con l'impresa, esonerando e manlevando la committenza da tali incombenze.

1.1. – Il motivo è inammissibile.

1.2. – Il Tribunale basa la propria decisione sul fatto che i difetti dell'opera erano stati denunciati già nel luglio del 2009 e quindi ancor prima dell'ultimazione dell'opera, aggiungendo (evidentemente solo *ad abundantiam*) che si sarebbe trattato di difetti gravi e, quindi, soggetti al disposto di cui all'art. 1669 c.c.

Non è dunque sulla applicazione di tale norma che si fonda la *ratio decidendi* del Tribunale, sicché risulta inammissibile, in sede di giudizio di legittimità, il motivo di ricorso che censuri un'argomentazione della sentenza impugnata svolta, appunto, *ad abundantiam*, e pertanto non costituente *ratio decidendi* della medesima. Invero, un'affermazione siffatta, contenuta nella sentenza impugnata, che non abbia spiegato alcuna influenza sul dispositivo della stessa, essendo improduttiva di effetti giuridici

non può essere oggetto di ricorso per cassazione, per difetto di interesse (*ex plurimis* Cass. n. 8755 del 2018; Cass. n. 23635 del 2010; Cass. n. 24591 del 2005).

2. – Relativamente alla medesima prima sezione, con il secondo motivo, la ricorrente deduce la «Violazione dell'art. 1227 c.c. in relazione all'art. 360, nn. 3 e 4 c.p.c.», giacché – pur premesso di avere essa proposto la questione non in primo grado ma in appello – il Tribunale non ha compiuto alcuna indagine a proposito del concorso di colpa del danneggiato, eludendo il proprio preciso dovere che sussiste anche d'ufficio (Cass. n. 2641 del 2013), aggiungendo che la direzione dei lavori era stata affidata ad un geometra, il quale non si era attivato per ridurre il danno, e che non era la ricorrente a dover provare nulla, ma il giudice a dovere indagare se vi fosse colpa del danneggiato per difetto di progettazione.

2.1. – Il motivo non è ammissibile.

2.2. – Ai sensi dell'art. 366, primo comma, n. 4, c.p.c. il ricorso deve contenere i motivi per i quali si chiede la cassazione della sentenza impugnata. Se è vero che l'indicazione dei motivi non necessita dell'impiego di formule particolari, essa tuttavia deve essere proposta in modo specifico, vista la sua funzione di determinare e limitare l'oggetto del giudizio della Corte (Cass. n. 10914 del 2015; Cass. n. 3887 del 2014). Ciò richiede che i motivi posti a fondamento dell'invocata cassazione della decisione impugnata debbano avere i caratteri della specificità, della completezza e della riferibilità alla decisione stessa (Cass. n. 14784 del 2015; Cass. n. 13377 del 2015; Cass. n. 22607 del 2014). E comporta, tra l'altro, l'esposizione di argomentazioni intelligibili ed esaurienti ad illustrazione delle dedotte violazioni di

norme o principi di diritto (Cass. n. 23804 del 2016; Cass. n. 22254 del 2015).

Il motivo in esame, nella sua genericità, è carente di tali requisiti; laddove, poi, esso si risolve in un'inammissibile sollecitazione ad effettuare una nuova valutazione di risultanze di fatto come emerse nel corso del procedimento, così mostrando la ricorrente di anelare ad una surrettizia trasformazione del giudizio di legittimità in un nuovo, non consentito, giudizio di merito, nel quale ridiscutere tanto il contenuto di fatti e vicende processuali, quanto ancora gli apprezzamenti espressi dal giudice di merito non condivisi e per ciò solo censurati al fine di ottenerne la sostituzione con altri più consoni ai propri desiderata; quasi che nuove istanze di fungibilità nella ricostruzione dei fatti di causa possano ancora legittimamente porsi dinanzi al giudice di legittimità (Cass. n. 5939 del 2018).

3. – Nella sezione seconda ("sul risarcimento del danno relativo alla copertura dei balconi"), la ricorrente, con il terzo motivo, denuncia la «Violazione dell'art. 112 c.p.c. per extrapetizione in relazione all'art. 360 n. 4 c.p.c. - Violazione dell'art. 111 Cost. per omessa motivazione in relazione alle risultanze della CTU in relazione all'art. 360, n. 3 c.p.c. - Violazione degli artt. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c. in relazione all'art. 360, n. 4 c.p.c.», osservando che il vizio di extrapetizione si rivela sotto due diversi aspetti: a) la Conti Case Due non aveva mai chiesto il rifacimento integrale della copertura dei balconi e non aveva mai sostenuto che fossero stati realizzati in difformità dal progetto, limitandosi a chiedere al CTU di individuare i rimedi necessari per evitare le infiltrazioni e il costo per l'eliminazione della causa e il ripristino delle parti

ammalorate (e del resto, nelle conclusioni la resistente chiedeva di condannare la Edilcity al risarcimento di tutti i danni patiti in dipendenza dell'omessa o difforme esecuzione delle opere di cui al contratto, non essendo contemplato il rifacimento integrale della copertura dei balconi alla richiesta di risarcimento del danno); b) il CTU aveva del tutto omesso di calcolare l'importo necessario per un'opera di restauro per sostituirci arbitrariamente un'operazione di sostituzione e rifacimento totale (e quindi il Tribunale non avrebbe dovuto prendere in considerazione la somma calcolata dal CTU, bensì avrebbe dovuto riconvocare il medesimo quanto meno per chiarimenti). Il Tribunale, condividendo acriticamente quanto stabilito dal CTU, ha incluso nel risarcimento del danno la somma di € 55.531,88, non richiesta da Conti Case.

3.1. -Il motivo non è fondato.

3.2. - Va rilevato che il risarcimento e/o la eliminazione dei danni da difformità dell'opera può richiederne anche il totale rifacimento, senza che ciò determini un vizio di extrapetizione.

Questa Corte ha affermato che, anche in presenza dei presupposti per domandare la risoluzione del contratto di appalto, il committente può limitarsi a chiedere l'eliminazione, a spese dell'appaltatore, delle difformità o dei vizi da cui l'opera risulta affetta, pure se tale eliminazione sia possibile solo attraverso l'integrale rifacimento dell'opera medesima (Cass. n. 3454 del 1996). E che la responsabilità dell'appaltatore per le difformità ed i vizi dell'opera, va quantificata nella spesa necessaria per l'eliminazione dei vizi anche ove questa comporti l'integrale rifacimento dell'opera (Cass n. 5948 del 2000; cfr. anche Cass. n. 7061 del 2002).

Orbene, sia la CTU che la sentenza impugnata danno risposta alla domanda della Conti Case Due di individuare i rimedi atti a impedire le infiltrazioni. Tale domanda risulta sufficientemente ampia da ricomprendere anche l'integrale rifacimento della copertura dei balconi, soluzione questa atta a eliminare in via definitiva la causa delle suddette infiltrazioni; laddove il giudice di primo grado non aveva alcun obbligo di accogliere un'eventuale richiesta di convocazione del CTU a chiarimenti, rientrando la medesima nel suo prudente apprezzamento e nei poteri discrezionali che la legge gli riserva. Il mancato esercizio di tale potere non è censurabile in sede di legittimità (Cass. n. 7594 del 2001; Cass. n. 4057 del 1990).

4. – Relativamente alla medesima seconda sezione, con il quarto motivo, la ricorrente lamenta la «Violazione dell'art. 111 Cost. per motivazione contraddittoria in relazione all'art. 360, n. 3 c.p.c. - Violazione degli artt. 132 c.p.c. e 118 disp. att. in relazione all'art. 360, n. 4 c.p.c. - Violazione per falsa applicazione dell'art. 1226 c.c. in relazione all'art. 360, n. 3 c.p.c.», in quanto il Tribunale ha riconosciuto che il rifacimento integrale della copertura dei balconi avrebbe comportato una miglioria, limitando il relativo ammontare al 10%, senza tuttavia motivare il ricorso alla equità.

4.1. – Il motivo non è fondato.

4.2. – Questa Corte ha affermato che, qualora sia provata, o non contestata, l'esistenza del danno, il giudice può far ricorso alla valutazione equitativa non solo quando è impossibile stimarne con precisione l'entità, ma anche quando, in relazione alla peculiarità del caso concreto, la precisa determinazione di esso sia difficoltosa (Cass. n. 11370 del 2006; cfr. in senso

conforme, già Cass. n. 20283 del 2004; Cass. n. 8004 del 2005; Cass. n. 8615 del 2006; nonché Cass. n. 22386 del 2006; Cass. n. 9244 del 2007). La sussistenza di siffatta, quantomeno difficoltosa, determinazione – che nella specie giustifica il ricorso alla valutazione ex art. 1226 c.c. – emerge chiaramente, seppur implicitamente, dalla ampia ed articolata motivazione del Tribunale in merito alla assai complessa individuazione della genesi ed eziologia dei danni ed alla conseguente eliminazione e costi degli stessi.

5. – Nella terza sezione (“sulla penale da ritardo”), la ricorrente (osservando che il contratto d’appalto prevedeva una esorbitante penale da ritardo pari ad € 1.500,00 al giorno, che il Tribunale ha ritenuto ammontasse a 544 giorni; e ciò nonostante gli abbattimenti operati dal giudice di primo grado a causa di un incidente mortale, avvenuto nel cantiere di uno dei subappaltatori, e tenuto conto che l’impresa aveva dovuto operare per la costruzione dei lotti 2 e 3 quando gli immobili del lotto 1 erano già abitati), con il quinto motivo, deduce la «Violazione dell’art. 112 c.p.c. in relazione all’art. 360 n. 4 c.p.c. - Violazione per falsa applicazione dell’art. 1815 c.c. (usura) in relazione all’art. 360 n. 3 c.p.c. - Violazione per falsa applicazione degli artt. 1343 e 1418 c.c. (causa giuridica) in relazione all’art. 360 n. 3 c.p.c. - Violazione per falsa applicazione degli artt. 1382 e 1384 c.c. (clausola penale) in relazione all’art. 360 n. 3 c.p.c. - Incostituzionalità dell’art. 1815 c.c. in quanto non contempla l’ipotesi di nullità delle clausole penali abnormi», in quanto il Tribunale non ha affrontato la problematica della nullità della clausola ex art. 13 del contratto d’appalto, dovuta al carattere usurario. Ciò comporta la

violazione dell'art. 112 c.p.c., nonché dell'art. 1815 c.c., in quanto l'irragionevole ammontare della penale giornaliera concretizzerebbe un *quid* strettamente analogo all'usura.

5.1. - Con il sesto motivo, la ricorrente lamenta la «Violazione dell'art. 111 Cost. per omessa motivazione - Violazione degli artt. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c. in relazione all'art. 360 n. 4 c.p.c. - Violazione per falsa applicazione dell'art. 1382 c.c. in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c. - Violazione per falsa applicazione degli artt. 1659 e 1661 c.c. in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c. - Violazione dell'art. 360 n. 5 c.p.c.», giacché i termini originariamente pattuiti valevano fino al momento in cui l'appalto si fosse svolto secondo quanto originariamente previsto dal contratto, mentre (essendo intervenuti fatti tali da alterare in modo rilevante l'organizzazione del cantiere) si era spezzato il sinallagma, si sarebbero dovuti stipulare nuovi termini e, in difetto, il committente avrebbe dovuto provare i danni che ritiene di avere subito (Cass. n. 20484 del 2011). Sotto altro profilo, la ricorrente deduce che Tribunale avrebbe omesso l'esame dei fatti richiamati, con violazione dell'art. 360 n. 5 c.p.c.: tale esame, se effettuato, avrebbe determinato la caducazione dei termini originariamente previsti con la necessità di stipularne di altri e onere della prova a carico del committente.

5.2. - Con il settimo motivo, la ricorrente denuncia la «Violazione per falsa applicazione degli artt. 1382 e 1384 c.c. in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c.», giacché, nel momento in cui si era perfezionata la vendita degli immobili, sarebbe venuto meno lo scopo tipico della penale, per cui il relativo computo non poteva andare oltre il momento in cui il committente avesse tratto dall'opera il vantaggio che intendeva perseguire. Invece, il

Tribunale si è attenuto esclusivamente a considerazioni di carattere formale ("il termine di ultimazione delle opere coincide con la dichiarazione dell'impresa e con il certificato di fine lavori ed il collaudo in contraddittorio").

5.3. – Con l'ottavo motivo, la ricorrente lamenta la «Violazione per falsa applicazione dell'art. 1384 c.c. in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c. - Violazione dell'art. 111 Cost. per omessa motivazione - Violazione degli artt. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c. in relazione all'art. 360 n. 4 c.p.c.», nella parte in cui il Tribunale ha operato una riduzione della penale complessiva pari al 30%, che risulta inadeguata ed immotivata nel *quantum*, non avendo considerato la eccessività della penale giornaliera.

5.4. – Per la sua pregiudizialità logico-giuridica, il sesto motivo va esaminato prima degli altri.

5.5. – Esso è fondato.

5.6. – Costituisce principio consolidato che, quando, nel corso dell'esecuzione del contratto d'appalto, il committente abbia richiesto all'appaltatore notevoli ed importanti variazioni del progetto – che importino "notevoli modificazioni della natura dell'opera", che determina una sostituzione consensuale del regolamento contrattuale già in essere (v. Cass. n. 10201 del 2012; Cass. n. 19099 del 2011; Cass. n. 9796 del 2011) – il termine di consegna e la penale per il ritardo, pattuiti nel contratto, vengono meno per effetto del mutamento dell'originario piano dei lavori; perché la penale conservi efficacia, occorre che le parti di comune accordo fissino un nuovo termine. In mancanza, incombe al committente, che persegua il risarcimento del danno da ritardata consegna dell'opera, l'onere di fornire la prova della colpa dell'appaltatore (Cass. n. 20484 del

2011; conf. Cass. n. 7242 del 2001; Cass. n. 2290 del 1995; Cass. n. 2394 del 1986).

Orbene, nella specie, il Tribunale si è limitato ad osservare che il contratto prevedeva la possibilità di modifiche in seguito alle deliberazioni del Comune in ordine al progetto, "con la conseguenza che eventuali modifiche non incidevano sul termine" (v. sentenza impugnata pag. 45). Tale argomentazione, tuttavia, non risulta idonea a dimostrare la vigenza della penale, giacché l'accettazione delle modifiche richieste dal Comune non significa in sé che i tempi dovessero rimanere comunque inalterati. Tant'è che la stessa parte controricorrente (a pag. 67 del controricorso) riporta la clausola contrattuale in questione, dalla quale (assente ogni riferimento all'eventuale mutamento della tempistica) si ricava che alla preventiva accettazione delle eventuali revisioni progettuali richieste dal Comune si collegava solo il diverso fatto che la società appaltatrice non avrebbe richiesto la revisione prezzi.

Pertanto, è duplice l'errore in cui è incorso il Tribunale: da un lato, confondendo l'obbligo di applicazione delle varianti per iscritto, che incide semmai solo sul corrispettivo spettante all'appaltatore e che, ricollegandosi all'art. 1659 c.c., concerne il divieto dell'appaltatore di apportare variazioni, mentre nella specie il problema è esattamente l'opposto; dall'altro lato, ritenendo che nonostante l'accettazione delle modifiche richieste dal Comune, nel silenzio della clausola, i tempi rimanessero comunque invariati.

5.7. - Pertanto, il motivo va accolto sotto ^{il} profilo dell'omesso esame e della violazione dell'art. 1382 c.c., rimanendo così assorbiti i motivi quinto, settimo ed ottavo.

6. – Nella quarta sezione (“sulla *reconventio reconventionis* dell’opposto”), con il nono motivo, la ricorrente eccepisce la «nullità della sentenza ai sensi dell’art. 111 Cost. e dell’art. 360 nn. 3 e 4 c.p.c. – violazione degli artt. 112 e 183 c.p.c. e 1230, 1231 e 1661 c.c. relativamente all’inammissibilità della domanda riconvenzionale della Edilcity». Il Tribunale non ha attribuito all’art. 183 c.p.c. il contenuto disposto dal Legislatore e riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità, avendo applicato l’art. 345 c.p.c., valevole per l’appello, che vieta l’introduzione di domande nuove. Il giudice di primo grado avrebbe travisato l’insegnamento fornito dalle Sezioni unite (nella sentenza Cass. sez. un. n. 26128 del 2010) che, a proposito dell’art. 183, comma 5 c.p.c., precisa che lo *ius variandi* è il potere riconosciuto all’attore – solo se giustificato dalle attività difensive svolte dal convenuto – di proporre domande nuove (*reconventio reconventionis*). Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo la *reconventio reconventionis* nasce dalla domanda riconvenzionale formulata dall’opponente, a seguito della quale l’opposto si venga a trovare nella posizione processuale di convenuto, cui non può essere negato il diritto di difesa, rispetto alla nuova e più ampia pretesa, mediante la proposizione di una *reconventio reconventionis*.

6.1. – Il motivo non è fondato.

6.2. – Nell’ordinario giudizio di cognizione, che si instaura a seguito dell’opposizione a decreto ingiuntivo, l’opposto, rivestendo la posizione sostanziale di attore, non può avanzare domande diverse da quelle fatte valere con il ricorso monitorio, salvo il caso in cui, per effetto di una riconvenzionale formulata dall’opponente, egli si venga a trovare a sua volta in una

posizione processuale di convenuto, cui non può essere negato il diritto di difesa, rispetto alla nuova o più ampia pretesa della controparte, mediante la proposizione (eventuale) di una *reconventio reconventionis* (Cass. n. 16564 del 2018).

Di tali principi ha correttamente tenuto conto il Giudice di primo grado, là dove ha affermato che la domanda riconvenzionale proposta dal convenuto non nasceva dalle domande proposte dall'attore, ma aveva per oggetto una diversa *causa petendi* e cioè l'adempimento da parte di Conti Case al pagamento delle opere in variante ed extra contratto, mentre la domanda riconvenzionale dell'attore si fondava sul contratto, avendo ad oggetto l'accertamento dell'inadempimento del contratto per la presenza di vizi e l'accertamento dei presupposti per l'applicazione della penale (pag. 22 della sentenza). Il Collegio di prime cure ha precisato, altresì, che in un caso identico alla fattispecie per cui è causa, la Suprema Corte ha dichiarato l'inammissibilità della domanda di pagamento delle opere extra contratto, proposta dall'opposto con la comparsa di costituzione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, relativo al pagamento del corrispettivo di un appalto per l'esecuzione di lavori edili, in quanto non ammesso l'ampliamento del *thema decidendum* (Cass. n. 25598 del 2011).

Del resto, anche la sentenza delle Sezioni unite (Cass. sez. un. n. 26128 del 2010) – richiamata dalla stessa ricorrente – consente la proposizione di una nuova domanda da parte dell'opposto solo se essa nasca dalle difese dell'opponente contenute nell'atto di opposizione a decreto ingiuntivo, ma tale circostanza non ricorre nel caso in esame.

7. - Nella quinta sezione ("sulle competenze del geometra"), con il decimo motivo, la ricorrente denuncia la «Nullità della sentenza ex art. 111 Cost. e art. 360 nn. 3 e 4 c.p.c. - violazione degli artt. 2229, 2231, 1218, 1418 c.c. e R.D. n. 274/1929, art. 16 L. n. 1086/1971, art. 1 R.D. n. 2239/1939, art. 1 L. n. 1086/1971», poiché non può affidarsi a un geometra la progettazione esecutiva e la Direzione Lavori di una costruzione civile di grandi dimensioni e complessità costruttiva, comportante struttura in cemento armato, anche se un ingegnere o architetto esegua la progettazione municipale e i calcoli del cemento armato.

7.1. - Nella stessa sezione, con l'undicesimo motivo, la ricorrente eccepisce la «Nullità della sentenza impugnata ai sensi dell'art. 111 Cost. e dell'art. 360 nn. 3 e 4 c.p.c. per violazione e/o falsa applicazione delle norme di diritto, relativamente a punti decisivi poiché la nullità afferente alla nomina di un geometra a D.L. e progettista esecutivo si estenda alla parte della sentenza che nega l'inadempimento della committente, con violazione degli artt. 1176, 1218, 1418, 1460 c.c. per non avere fornito idonea D.L. con relative istruzioni e disegni esecutivi».

7.2. - Con il dodicesimo motivo, la ricorrente lamenta la «Nullità della sentenza ex art. 111 Cost. e dell'art. 360 nn. 3 e 4 c.p.c. per violazione e/o falsa applicazione di norme di diritto, relativamente a punti decisivi per la controversia e violazione degli artt. 112, 115 e 116 c.p.c. e 1218 c.c.», per non avere dichiarato la nullità/invalidità delle clausole del contratto di appalto del 18.2.2005 nelle parti direttamente connesse e dipendenti dalla nullità dell'art. 14 del suddetto contratto, e cioè gli artt. 2, 4, 9, 13 e 27. L'incarico professionale al geom. Sacco

delle opere architettoniche era inserito nel contratto di appalto e non in un separato contratto di mandato tra il professionista e la committente.

7.3. – Con il tredicesimo motivo, la ricorrente deduce la «Nullità della sentenza ai sensi dell'art. 111 Cost. e dell'art. 360 nn. 3 e 4 c.p.c. per violazione e /o falsa applicazione di norme di diritto, relativamente a punti decisivi per la controversia - violazione dell'art. 2729 c.c. e degli artt. 112, 115, 116 c.p.c., corrispondenza tra chiesto e pronunciato, valutazione degli atti di causa e delle prove, relativamente alla decisione della sentenza», secondo cui costituisce nuova allegazione quanto indicato dal convenuto a pag. 31 della comparsa conclusionale, cioè la mancanza dei documenti di cantiere, mai in precedenza allegata e quindi da considerare irrilevante. La statuizione del Tribunale è errata in quanto la ricorrente fin dalla sua costituzione aveva eccepito la carenza della D.L. nella produzione della documentazione.

7.4. – In considerazione della stretta connessione, i motivi vanno decisi congiuntamente.

7.5. – I motivi, sotto tutti i profili, sono infondati.

7.6. – La ricorrente non è parte del rapporto professionale tra progettista e/o direttore dei lavori e la società committente, ed estranea ad esso rimane, a nulla rilevando che detta nomina fosse convenuta nel contratto di appalto, né è dato comprendere in qual modo una ipotetica individuazione di un professionista non idoneo (un geometra invece di un ingegnere) avrebbe costituito inadempimento della committente nei confronti dell'appaltatore. In tal modo, parte ricorrente sembra confondere

tra nullità del rapporto tra direttore dei lavori e committenza e inadempimento dell'appalto.

D'altronde, l'appaltatore è obbligato a controllare la bontà del progetto o delle istruzioni impartite dal committente e, ove queste siano palesemente errate, può andare esente da responsabilità solo ove dimostri di aver manifestato il proprio dissenso e di essere stato costretto ad eseguirle, quale *nudus minister*, per le insistenze del committente e rischio di quest'ultimo; in mancanza di tale prova l'appaltatore è tenuto all'intera garanzia per i vizi dell'opera, senza poter invocare il concorso di colpa del progettista o del committente, né eventuali errori nelle istruzioni impartite dal D.L. (Cass. n. 8016 del 2012). Nella fattispecie, per il Tribunale è sicuramente da escludere che la Edilcity fosse un *nudus minister*, come dimostrato dalla stessa sentenza impugnata, che ha escluso la sussistenza di un appalto a regia.

7.7. – Quanto alla asserita mancanza dei documenti di cantiere, l'assunto secondo cui la ricorrente fin dalla sua costituzione aveva eccepito la carenza della D.L. nella produzione della documentazione, appare smentito dalla stessa ricorrente, che (a pagg. 128 e segg. del presente ricorso) conferma di avere trattato con completezza ed analiticità il tema della carenza della documentazione a carico della D.L. nella comparsa conclusionale (avendone fatto mero cenno nella comparsa di risposta); sicché risulta corretta la decisione del Tribunale di considerarla nuova allegazione (sentenza impugnata, pag. 27 riga 9).

8. – Nella sesta sezione ("sulla querela di falso"), la ricorrente non propone alcun motivo di impugnazione della presente sentenza, deducendo dei motivi relativi alla sentenza

resa dal Tribunale sulla proposta querela di falso, che in mancanza di specifici riferimenti alla configurabilità di specifici vizi ex art. 360 c.p.c. non assume autonomo rilievo in questa sede.

9. – Con l'unico motivo di ricorso incidentale condizionato, la controricorrente lamenta, ai sensi dell'«art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c., la violazione e la falsa applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 1382, 1384 e 2697 cod. civ. e 116 c.p.c.», con riferimento alle ampie argomentazioni in ordine alla applicazione della clausola penale nel giudizio *de quo*.

9.1. – In ragione della affermata fondatezza del sesto motivo di ricorso principale [v. *sub* 5.6.], il motivo di ricorso incidentale risulta assorbito.

10. – Sulla base di siffatte considerazioni, il sesto motivo del ricorso principale va, dunque, accolto; con assorbimento dei motivi quinto, settimo ed ottavo dello stesso ricorso principale, nonché dell'unico motivo del ricorso incidentale. Per il resto il ricorso principale va rigettato. La sentenza impugnata va cassata, nei sensi di cui in motivazione, con rinvio della causa alla Corte d'appello di Torino, altra sezione, anche in ordine alla liquidazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

La Corte accoglie il sesto motivo del ricorso principale; con assorbimento dei motivi quinto, settimo ed ottavo dello stesso ricorso principale, nonché dell'unico motivo del ricorso incidentale. Per il resto, rigetta il ricorso principale. Cassa la sentenza impugnata, nei sensi di cui in motivazione, e rinvia la stessa alla Corte d'appello di Torino, altra sezione, che

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

h

provvederà anche alla liquidazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della seconda sezione civile della Corte Suprema di Cassazione, il 20 novembre 2018.

Il Presidente
Dr. Felice Manha