

Civile Ord. Sez. 1 Num. 4255 Anno 2020

Presidente: CAMPANILE PIETRO

Relatore: SCOTTI UMBERTO LUIGI CESARE GIUSEPPE

Data pubblicazione: 19/02/2020

sul ricorso 18780/2015 proposto da:

Comunità Montana Trigno Monte Mauro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma Via Mazzini 4 presso lo studio dell'avvocato Aldo Pinto e rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Guida, in forza di procura speciale a margine del ricorso,

-ricorrente -

contro

Regione Molise, in persona del Presidente *pro tempore*, domiciliata in Roma Via Dei Portoghesi 12 presso l'Avvocatura Generale dello Stato che la rappresenta e difende *ex lege*

-controricorrente -

nonché contro

Costruzioni Falcione Geom. Luigi Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

ORD.
3710
2019

Via Dei Gracchi 39 presso lo studio dell'avvocato Adriano Giuffrè e rappresentata e difesa dall'avvocato Renato Rizzi in forza di procura speciale in calce al ricorso,

-controricorrente -

nonchè contro

De Marinis Antonio, elettivamente domiciliato in Roma Piazza Irnerio 29 presso lo studio dell'avvocato Elena Contini e rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Bellotti e Antonio Bruscano, in forza di procura speciale in calce al controricorso,

-controricorrente -

nonchè contro

D'Errico Nicola, elettivamente domiciliato in Roma Piazza Irnerio 29 presso lo studio dell'avvocato Elena Contini e rappresentato e difeso dall'avvocato Marco D'Errico in forza di procura speciale a margine del controricorso,

-controricorrente
incidentale -

contro

Comunita' Montana Trigno Monte Mauro, Costruzioni Falcione Geom. Luigi Srl, De Marinis Antonio, Regione Molise,

- intimati -

nonchè contro Costruzioni Falcione Geom. Luigi Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma Via Dei Gracchi 39 presso lo studio dell'avvocato Adriano Giuffrè e rappresentata e difesa dall'avvocato Renato Rizzi in forza di procura speciale in calce al ricorso,

-controricorrente al ricorso incidentale-

avverso la sentenza n. 237/2014 della CORTE D'APPELLO di CAMPOBASSO, depositata il 20/08/2014;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 15/10/2019 dal Consigliere UMBERTO LUIGI CESARE GIUSEPPE SCOTTI

FATTI DI CAUSA

1. Con atto di citazione notificato il 12/2/2000 la Costruzioni Falcione geom.Luigi s.r.l. (di seguito, semplicemente: Falcione) ha convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Larino-Sezione distaccata di Termoli la Comunità Montana Monte Mauro (di seguito, semplicemente: Comunità Montana) in relazione all'intercorso appalto dei lavori relativi al progetto esecutivo di recupero e valorizzazione del centro storico del Comune di Montenero di Bisaccia del 15/12/1994 e alla successiva perizia di variante del 14/4/1995, per ivi sentirla condannare al pagamento in suo favore della somma di £ 260.051.886, per illegittima sospensione dei lavori dal 5/7/1996 al 1/2/1998, della somma di £ 89.919.268 per maggiori oneri non contabilizzati di cui alle riserve n.1 e 1B, delle somme a saldo dei certificati di pagamento n.5 e 5 *bis* e del saldo dei lavori, nonché degli interessi legali e moratori per ritardato pagamento degli stati avanzamento lavori (SAL) n.1,3,5 e 5 *bis*, il tutto oltre rivalutazione e interessi.

Si è costituita in giudizio la Comunità Montana, chiedendo il rigetto delle domande attoree e ottenendo la previa chiamata in causa in rivalsa e a garanzia della Regione Molise, per non aver rispettato le scadenze di erogazione della singole rate di finanziamento, nonché del Direttore dei lavori arch. Antonio De Marinis e l'Ingegnere capo ing.Nicola D'Errico, per le responsabilità connesse ai rispettivi incarichi.

Si è costituito in giudizio il terzo chiamato arch.De Marinis, chiedendo il rigetto delle domande nei suoi confronti e a sua volta proponendo domanda riconvenzionale volta ad ottenere dalla

Comunità Montana il pagamento del residuo corrispettivo spettantegli per £ 62.966.565.

Si è costituito in giudizio il terzo chiamato ing.D'Errico, chiedendo il rigetto delle domande nei suoi confronti.

Si è costituita in giudizio la terza chiamata Regione Molise, eccependo l'inammissibilità della sua chiamata in causa e l'incompetenza al proposito del giudice ordinario in favore del collegio arbitrale di cui all'art.15 della convenzione del 7/8/1989 e chiedendo comunque il rigetto delle domande nei suoi confronti.

Con sentenza n.12 del 2006 il Tribunale di Larino- Sezione distaccata di Termoli ha dichiarato cessata la materia del contendere quanto alla domanda di cui al punto IV dell'atto di citazione (inerente il saldo dei certificati di pagamento n.5 e 5 bis), ha rigettato le ulteriori domande avanzate in via principale dalla società attrice, ha dichiarato inammissibile la domanda riconvenzionale proposta dal terzo chiamato arch.De Marinis, ha condannato la società attrice al pagamento delle spese processuali in favore della Comunità Montana e dei terzi chiamati D'Errico, De Marinis e Regione Molise.

2. Avverso la predetta sentenza hanno proposto appello in via principale la Costruzioni Falcione Geom.Luigi s.r.l. e in via incidentale la Comunità Montana, mentre hanno resistito i terzi chiamati De Marinis, D'Errico e Regione Molise.

La Corte di appello di Campobasso con sentenza del 20/8/2014, in parziale accoglimento dell'appello principale dell'impresa Falcione, ha condannato la Comunità Montana a corrisponderle la somma di € 134.305,59 (pari a £ 260.051.886), oltre rivalutazione monetaria dalla data di ripresa dei lavori (2/2/1998) al saldo, oltre interessi sulla somma progressivamente rivalutata; ha altresì rigettato l'appello incidentale della Comunità Montana; ha compensato integralmente le spese del primo grado del giudizio fra tutte le parti in causa; ha condannato la Comunità

Montana a rifondere le spese del giudizio di secondo grado all'attrice e alla Regione Molise, come pure ai terzi chiamati De Marinis e D'Errico.

3. Avverso la predetta sentenza del 20/8/2014, non notificata, con atto notificato il 23/7/2015 ha proposto ricorso per cassazione la Comunità Montana Trigno-Monte Mauro, in liquidazione, già Comunità Montana Monte Mauro, svolgendo undici motivi.

Con atto notificato il 23/9/2015 ha proposto controricorso la Falcione, chiedendo la dichiarazione di inammissibilità o il rigetto dell'avversaria impugnazione.

Con atto notificato il 7/10/2015 ha proposto controricorso l'arch.De Marinis, chiedendo il rigetto dell'avversaria impugnazione e tuttavia argomentando in ordine alla fondatezza dei motivi n.3,4 e 5 del ricorso principale.

Con atto notificato il 5/10/2015 ha proposto controricorso la Regione Molise, chiedendo il rigetto dell'avversaria impugnazione.

Con atto notificato il 7/10/2015 ha proposto controricorso e ricorso incidentale l'ing.Nicola D'Errico, chiedendo il rigetto dell'avversaria impugnazione principale, quanto ai motivi 1,2,8,9 e 10, e instando, a sua volta, con il supporto di due motivi (il primo adesivo ai motivi 3,4 e 5 del ricorso principale), per la cassazione della sentenza di secondo grado.

Con atto notificato il 12/11/2015 l'Impresa Falcione ha proposto controricorso in relazione al ricorso incidentale dell'ing.D'Errico, chiedendo la dichiarazione di inammissibilità o il rigetto di tale impugnazione.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso principale, proposto ex art.360, n.4,cod.proc.civ., la ricorrente denuncia nullità della

sentenza per violazione degli artt.276, comma 1, 352 e 158 cod.proc.civ.

La ricorrente osserva che all'udienza di precisazione delle conclusioni e assegnazione della causa a decisione tenutasi il 16/11/2011 il collegio era composto dai dottori Paolo Di Croce, Rita Carosella e Clotilde Parise; che l'ordinanza dell'8/7/2014 con cui il Collegio aveva ritenuto di sollevare questione d'ufficio assegnando all'uopo termini per controdeduzioni ex artt.101, comma 2, e 183, comma 4, cod.proc.civ., era stata invece deliberata dal il collegio era composto dai dottori Paolo Di Croce, Clotilde Parise e Giovanni Saporiti; infine che la sentenza era stata deliberata dallo stesso collegio del 16/11/2011, ossia dal collegio composto dai dottori Paolo Di Croce, Rita Carosella e Clotilde Parise.

Le norme indicate erano state violate perché dopo l'assegnazione della causa a sentenza, con la deliberazione dell'ordinanza dell'8/7/2014, la causa era stata trattata da un collegio in diversa composizione.

2. Con il secondo motivo di ricorso principale, proposto ex art.360, n.4, cod.proc.civ., la ricorrente in subordine denuncia nullità della sentenza per violazione degli artt.101,115,183,191,279, 356 e 359 cod.proc.civ. e degli artt.24 e 111 Cost.

Con l'ordinanza dell'8/7/2014 la Corte di appello aveva invitato le parti a trattare con apposite memorie la questione rilevata d'ufficio della natura della responsabilità fatta valere dalla comunità Montana nei confronti dei due professionisti (contrattuale o aquiliana) e a individuare nel primo caso il contratto, dotato di forma scritta *ad substantiam* stipulato fra costoro e l'Amministrazione pubblica.

Con memoria del 28/7/2014 la Comunità Montana aveva precisato che le parti avevano dato per scontato la natura contrattuale della responsabilità, aveva puntualizzato che l'art.101,

comma 2, cod.proc.civ. non era applicabile al giudizio e aveva chiesto termine per produrre i documenti rilevanti (delibere di incarico e convenzione scritta con l'ing.D'Errico - *rectius*: con l'arch.De Marinis), comunque allegati alla memoria.

Con la sentenza la Corte molisana era incorsa in svariati errori: in primo luogo non ha preso atto di un dato inequivoco, ossia l'inapplicabilità dell'art.101, comma 2, cod.proc.civ. ai processi instaurati prima del 4/7/2009; in secondo luogo, anche il riferimento all'art.183, comma 3, cod.proc.civ. era incongruo perché il potere dovere del Giudice doveva essere esercitato sulla base dei fatti allegati e quindi, ove fossero necessari accertamenti fattuali, sulla base delle prove acquisite, consentendo se del caso le opportune integrazioni istruttorie; inoltre il potere del giudice doveva essere esercitato sulla base dei fatti allegati e nel rispetto del principio dispositivo delle prove; poiché nessuna delle parti aveva depositato contratti scritti intercorsi fra la Comunità Montana e i due professionisti si imponeva la remissione in istruttoria per la trattazione e la produzione delle relative prove; infine la Corte non aveva disposto con formale provvedimento l'acquisizione dei documenti prodotti con la memoria dalla Comunità Montana, pur facendo ad essi riferimento e in particolare al contratto intercorso in data 26/10/1991 con il De Marinis.

3. Con il terzo motivo di ricorso principale, proposto ex art.360, n.3 e 4, cod.proc.civ., la ricorrente denuncia violazione o falsa applicazione di legge in relazione agli artt.2697 e 1223 cod.civ., nonché del combinato disposto degli artt.115,116, 167 cod.proc.civ.

Secondo la ricorrente, la sentenza aveva violato l'art.2697 cod.civ. per aver esonerato l'attore che chiedeva il risarcimento dei danni dall'onere della prova dell'esistenza del danno e dal nesso di causalità, che invece gli incombeva; del pari erronea era stata l'applicazione da parte della Corte di appello del principio di non

contestazione, perché al giudizio non si applicava la formulazione dell'art.115 cod.proc.civ. introdotta dalla novella di cui alla legge n.69 del 2009.

La ricorrente sostiene inoltre la Comunità Montana, costituendosi, aveva contestato in radice l'asserita illegittimità della sospensione dei lavori e non aveva quindi necessità di contestare anche il *quantum debeat*, perché la contestazione di un fatto si estende a quelli incompatibili con essa; la ricorrente sostiene che la contestazione della controparte circa l'*an debeat* si estende ovviamente anche al *quantum* posto che il più comprende il meno, sì che non ha senso di parlare di esonero dall'onere probatorio qualora il convenuto abbia contestato esclusivamente l'*an* e non anche il *quantum debeat*.

La ricorrente aggiunge infine che i conteggi dell'attrice costituivano mere allegazioni difensive e non già fatti che la convenuta fosse tenuta a contestare ex art.167 cod.proc.civ.

4. Con il quarto motivo di ricorso principale, proposto ex art.360, n.3, cod.proc.civ., la ricorrente denuncia violazione di legge in relazione agli artt.336,343,344 della legge n.2248 del 1865 allegato F, degli artt.54 e 89 del r.d. 350 del 1895, degli artt.1176,1321,1372,1418,1421 e 1655 cod.civ., nonché falsa applicazione dell'art. 30 d.p.r. 1043/1962.

Secondo la Comunità Montana, la Corte molisana aveva operato una inammissibile lettura scissa dell'atto negoziale di sottomissione del 15/1/1998, non attribuendo, come sarebbe stato necessario il debito valore alla premessa, che costituiva l'antecedente fattuale e logico dell'accordo bilaterale; pertanto, posto che l'Impresa aveva riconosciuto, con espressa valenza negoziale, le cause che avevano imposto la redazione della perizia e la sospensione dei lavori, rinunciando espressamente ad ulteriori compensi, l'appaltatore non poteva, dopo la conclusione dei lavori,

asserire l'illegittimità della sospensione e richiedere ulteriori compensi e danni.

Diversamente da quanto affermato dalla Corte territoriale, la Comunità Montana aveva esplicitato le ragioni per cui la riserva finale dell'Impresa sarebbe stata radicalmente nulla, visto che essa aveva sostenuto l'incompatibilità con la stipulazione del contratto delle riserve in calce che negavano sia pur in parte il suo contenuto.

La ricorrente aggiunge che le riserve di cui all'art.54 e 89 del Regolamento di cui al r.d. 350 del 1895 potevano essere apposte solo sul registro di contabilità o su altri documenti contabili e non già sui contratti o atti di sottomissione; la ricorrente infine critica come del tutto erronea la tesi della Corte di appello per cui essendo sufficiente il raggiungimento dell'accordo sugli elementi essenziali del contratto, sarebbe stato irrilevante il dissenso espresso dalla riserva su di un elemento complementare e sussidiario.

5. Con il quinto motivo di ricorso principale, proposto ex art.360, n.3, cod.proc.civ., la ricorrente denuncia violazione di legge in relazione agli artt.1655 e 1176 cod.civ., degli artt. 324,325 e 339 della legge n.2248 del 1865 allegato F, dell'art. 30 d.p.r. 1043/1962, degli artt.2697 e 1218 cod.civ. e 115 e 116 cod.proc.civ.

Secondo la ricorrente, la sentenza aveva violato il principio in base al quale l'appaltatore, anche di opere pubbliche, non può far valere eventuali vizi e carenze progettuali dopo la stipulazione del contratto; inoltre la Corte di appello non aveva valorizzato a tal fine una prova documentale depositata in giudizio dal terzo chiamato De Marinis con altre finalità (lettera 22/5/1995 e successiva lettera 26/5/1995 dell'amministratore della società attrice), che non rappresentava certo la segnalazione di vizi progettuali ma la constatazione di una situazione di fatto rilevata e il suggerimento di

un lavoro aggiuntivo: era stata quindi la stessa Impresa a suggerire i maggiori lavori per rendere l'opera sicura e fruibile.

6. Con il sesto motivo di ricorso principale, proposto ex art.360, n.3, cod.proc.civ., la ricorrente denuncia violazione o falsa applicazione di legge in relazione all'art.91 cod.proc.civ. perché in applicazione del principio di soccombenza doveva essere confermata la sentenza di primo grado e l'Impresa Falcione doveva essere condannata al pagamento delle spese del giudizio di secondo grado e di cassazione.

7. Con il settimo motivo di ricorso principale, proposto ex art.360, n.5 e n.3, cod.proc.civ., dedicato al rigetto dell'appello incidentale condizionato proposto dalla Comunità Montana verso l'arch.De Marinis, la ricorrente denuncia omesso esame di fatti decisivi e la violazione delle norme che disciplinavano all'epoca le funzioni e le responsabilità del Direttore dei lavori, ossia gli artt.3,13,14 e 16 del Regolamento n. 350/1895; le affermazioni della Corte di appello poste a base della giustificazione dell'operato del Direttore dei lavori si ponevano in flagrante contrasto con la parte della sentenza che aveva affermato la responsabilità della Comunità Montana: le stesse circostanze non evidenziate a favore della convenuta avevano invece fondato l'esonero da responsabilità del Direttore dei lavori.

Secondo la ricorrente, la Corte di appello non aveva esaminati numerosi documenti prodotti dalla Comunità Montana e, più specificamente, che non erano stati esaminati i seguenti fatti storici, decisivi perché da essi emergevano la mancanza di diligenza e le inadempienze del Direttore dei lavori rispetto ai suoi obblighi di legge: informazione della Comunità Montana solo quattro mesi dopo la sospensione; disposizione della sospensione quando stavano per scadere i termini fissati dalla convenzione con la Regione; l'invito impartito ai professionisti a adeguare con

massima urgenza la perizia alle indicazioni dell'Assessorato regionale LL.PP.; la mancata adozione della richiesta di proroga alla Regione in attesa della perizia; il fatto che dopo un anno dalla sospensione era stato comunicato che la perizia era ancora incompleta; la consegna della perizia ben 14 mesi dopo la sospensione.

8. Con l'ottavo motivo di ricorso principale, proposto ex art.360,n.5 e n.3, cod.proc.civ., dedicato al rigetto dell'appello incidentale condizionato proposto dalla Comunità Montana verso l'ing.D'Errico, la ricorrente denuncia omesso esame di fatti decisivi e la violazione delle norme che disciplinavano all'epoca le funzioni e le responsabilità dell'Ingegnere Capo, ossia gli artt.3,7,11,13,14 e 57 del Regolamento 350/1895 in tema di appalto di lavori pubblici in tema di vigilanza e diretta responsabilità dell'esecuzione delle opere.

9. Con il nono motivo di ricorso principale, proposto ex art.360, n.3, cod.proc.civ., dedicato al rigetto dell'appello incidentale condizionato proposto dalla Comunità Montana verso l'arch.De Marinis e l'ing.D'Errico, la ricorrente denuncia violazione degli artt. 1173,1218,2055 cod.civ. e degli artt.3,7,11, 13,14 e 57 del Regolamento 350/1895.

La Corte di appello aveva dato rilievo alla mancanza di un documento contrattuale scritto con i due professionisti, benchè quello relativo all'arch.De Marinis fosse stato depositato; in ogni caso la responsabilità contrattuale verso l'Ente pubblico esisteva a prescindere dall'esistenza di un contratto scritto, perché quel che conta è l'esistenza di un rapporto obbligatorio che può scaturire anche da un'altra delle fonti indicate nell'art.1173 cod.civ; l'obbligazione contrattuale scaturiva direttamente dalla legge e dal plesso normativo in materia di lavori pubblici, in presenza di

accettazione e svolgimento degli incarichi conferiti assoggettati a tali norme professionisti.

10. Con il decimo motivo di ricorso principale, proposto ex art.360, n.3, cod.proc.civ., la ricorrente denuncia violazione o falsa applicazione di legge in relazione all'art.91 cod.proc.civ. perché in applicazione del principio di soccombenza doveva essere confermata la sentenza di primo grado e i professionisti dovevano essere condannati al pagamento delle spese del giudizio di secondo grado e di cassazione.

11. Con l'undicesimo motivo di ricorso principale, proposto ex art.360, n.3, cod.proc.civ., diretto contro la Regione Molise la ricorrente denuncia violazione o falsa applicazione di legge in relazione all'art.91 cod.proc.civ. La Comunità montana aveva proposto avverso la Regione appello incidentale condizionato all'accoglimento del secondo motivo di gravame dell'Impresa Falcioni, che invece era stato respinto, con il conseguente assorbimento del gravame condizionato: non vi era quindi soccombenza e le spese fra Comunità e Regione avrebbero dovuto essere compensate.

12. Con il primo motivo di ricorso incidentale l'ing.D'Errico aderisce ai motivi di ricorso n.3, 4 e 5 della ricorrente principale Comunità Montana, richiamando le argomentazioni da questa espresse.

Con il secondo motivo di ricorso incidentale, proposto ex art.360, n.5 e n.3, cod.proc.civ., l'ing.D'Errico denuncia omesso esame di un fatto decisivo oggetto di discussione fra le parti e violazione di legge con riferimento all'art.1362 cod.civ.

La riserva formulata dall'appaltatrice e apposta allo schema di atto di sottomissione (doc.10 e 11) non concerneva assolutamente la legittimità della sospensione ma solamente i maggiori e nuovi

oneri non contabilizzati; la riserva apposta all'atto di sottomissione 15/1/1998 che si richiamava alla precedente apposta allo schema di atto di sottomissione del 6/6/1998 (*rectius* 1997) non aveva quindi nulla a che vedere con la legittimità della sospensione; in tal modo la Corte aveva errato omettendo di decidere sull'eccezione sollevata dal D'Errico circa l'oggetto della riserva ed aveva errato nell'interpretazione del contratto perché l'Impresa Falcione aveva approvato l'atto «senza se e senza ma».

13. La censura svolta con il primo motivo di ricorso principale è fondata e va accolta.

13.1. All'udienza di precisazione delle conclusioni e assegnazione della causa a decisione tenutasi il 16/11/2011 il collegio della Corte di appello di Campobasso era composto dai dottori Paolo Di Croce, Rita Carosella e Clotilde Parise; l'ordinanza interlocutoria dell'8/7/2014 con cui il Collegio aveva ritenuto di sollevare questione d'ufficio assegnando all'uopo termini per controdeduzioni ex artt.101, comma 2, e 183, comma 4, cod.proc.civ., era stata invece deliberata da un collegio diversamente composto, ossia dai dottori Paolo Di Croce, Clotilde Parise e Giovanni Saporiti; la sentenza impugnata era stata deliberata dallo stesso collegio del 16/11/2011, ossia dal collegio composto dai dottori Paolo Di Croce, Rita Carosella e Clotilde Parise.

13.2. E' quindi pur vero che la sentenza è stata deliberata dallo stesso collegio che aveva assunto la causa a decisione il 16/11/2011, ma l'ordinanza dell'8/7/2014 che ha evidenziato una questione rilevabile d'ufficio ex artt.101, comma 2, e 183, comma 4, cod.proc.civ., assegnando un termine di venti giorni alle parti per la formulazione di osservazioni al proposito mediante apposite memorie, è stata deliberata da un collegio diverso da quello che aveva assunto la causa a decisione.

Ciò riverbera non solo sulla validità di tale ordinanza ma anche sulla successiva decisione, che appare dipendente da tale ordinanza, come emerge dai richiami formulati alle pagine numerate 9-10 della decisione propriamente detta e in realtà 45-46, non numerate, della sentenza, sia all'ordinanza e alla sua legittimità, sia al contenuto delle memorie di trattazione da essa introdotte, sia infine alla documentazione prodotta con tali memorie.

13.3. Secondo la giurisprudenza di questa Corte vi deve essere perfetta corrispondenza tra il Collegio dinanzi al quale le parti hanno rassegnato le definitive conclusioni e che ha assunto la causa a decisione e quello che delibera la decisione (Sez. 1, 06/06/2016, n. 11581; Sez.2, 29/09/2009, n. 20859); nella fase compresa tra l'udienza di precisazione delle conclusioni ed il deposito della sentenza la persona del giudice non può essere sostituita, se non previa rinnovazione di tale udienza; nel caso di inosservanza del principio l'effetto che ne consegue è quello della nullità della sentenza; la divergenza soggettiva, in violazione della regola di cui all'art.276, comma 1, cod.proc.civ. e per quanto concerne il giudizio di appello di cui agli artt.352 e 359 cod.proc.civ., secondo cui la decisione è deliberata in segreto nella camera di consiglio a cui possono partecipare soltanto i giudici che hanno assistito alla discussione, determina un vizio di costituzione del giudice, rilevabile *ex officio* ex art.158 cod.proc.civ., salvo il disposto dell'art.161.

Il vizio, cioè, può essere fatto valere nei limiti e secondo le regole proprie dei mezzi di impugnazione ai sensi dell'art. 161, primo comma, cod. proc. civ. - sicché resta sanato in difetto di impugnazione - mentre, dall'altro, l'emersione del vizio in sede di appello non consente la rimessione della causa al primo giudice, ai sensi dell'art. 354 cod. proc. civ. (Sez. un., 02/12/2013, n. 26938; Sez.1, 18/11/2015 n. 23632; Sez.3, 29/9/2015 n. 19214).

Le Sezioni Unite di questa Corte hanno chiarito che il principio, dapprima configurato in relazione al processo svolto davanti a giudice collegiale, ma estensibile anche con riferimento a processo celebrato davanti a tribunale in composizione monocratica, rinviene la sua *ratio* nella indefettibile esigenza che la causa venga decisa dal giudice che l'aveva trattata e dinanzi al quale erano state svolte le conclusive argomentazioni difensive, quale presidio del diritto di difesa delle parti, anche – ma ovviamente non solo – con riferimento alla loro facoltà di dare corso ad un procedimento di ricusazione nei confronti del magistrato subentrato nella trattazione della causa.

13.4. Il principio esposto vale per tutte le attività previste dalla legge poste in essere dal collegio in via preliminare rispetto alla decisione e quindi non soffre deroga per l'ordinanza emessa dal Giudice ai sensi dell'art.101, comma 2, cod.proc.civ. (inserito dall'art. 45, comma 13, della l. 18/6/2009, n. 69), per concedere alle parti un termine per il deposito di memorie contenenti osservazioni, allorchè ritenga di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, nel rispetto del dovere costituzionale di rispetto del contraddittorio che vieta l'adozione di decisioni cosiddette «a sorpresa» ovvero «della terza via», come pure allorchè tale attività interlocutoria e preparatoria sia stata disposta anche in riferimento all'art.182, comma 3, divenuto 4, cod.proc.civ.

In questa, come in altre analoghe ipotesi di «incidente decisorio» previste dalla legge processuale (art.384, comma 3, cod.proc.civ. per il rilievo d'ufficio di una nuova questione da parte della Corte di Cassazione; art.197 cod.proc.civ. in tema di intervento in camera di consiglio del consulente tecnico d'ufficio), la purezza del cammino verso la formazione della volontà che si esprime e manifesta nella decisione della causa, seguito dal Giudice, monocratico o collegiale, nella composizione cristallizzata soggettivamente all'atto della ritenzione della causa in decisione,

non può essere «inquinato» dall'intervento e dall'interferenza di altri soggetti, che ne realizzino contaminazione spurie.

13.5. In particolare, l'attenta analisi dell'art.101, comma 2, cod.proc.civ. che concreta un'ipotesi paradigmatica di «incidente decisorio» conforta in modo plastico tale conclusione, laddove istituisce un nesso ineludibile tra il percorso decisorio (che si deve arrestare nel momento in cui implicherebbe la collocazione a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio) e lo stimolo dialettico nei confronti delle parti, espresso dal riferimento ad una sorta di progetto di decisione («se ritiene») alla cui base vi sia la questione rilevata d'ufficio.

Tale conclusione è sottolineata dal concetto di «riservare» la decisione, che implica la mera sospensione provvisoria e non una cesura dell'*iter* procedimentale.

13.6. Il Collegio ritiene pertanto la sussistenza della nullità denunciata dalla ricorrente dell'ordinanza interlocutoria e consequenzialmente della sentenza impugnata.

14. Ciò impone la cassazione della sentenza impugnata in relazione al motivo accolto, del tutto pregiudiziale, con l'evidente assorbimento degli altri dieci motivi di ricorso principale e del ricorso incidentale dell'ing.D'Errico, con il rinvio alla Corte di appello di Campobasso in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte

accoglie il primo motivo di ricorso principale, assorbiti gli altri e assorbito il ricorso incidentale dell'ing.Nicola D'Errico, cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia alla Corte di appello di Campobasso, in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di legittimità.



Corte di Cassazione - copia non ufficiale