

Civile Ord. Sez. 3 Num. 9809 Anno 2019

Presidente: ARMANO ULIANA

Relatore: GORGONI MARILENA

Data pubblicazione: 09/04/2019

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 15751-2017 R.G. proposto da:

COMUNE DI OTRANTO, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Mauro Finocchito, con domicilio eletto in Roma, Corso del Rinascimento n. 11, presso lo Studio Legale Associato Giovanni Pellegrini;

- *ricorrente* -

contro

RUSSO FERNANDO e FRASSANITO MASSIMO, rappresentati e difesi dall'Avv. Silvio Bonea, con domicilio eletto in Roma, via Nizza n. 46, presso l'Avv. Claudio Magnanti

- *controricorrenti* -

avverso la sentenza n. 327/17 della Corte d'Appello di Lecce, depositata il

23/03/2017, notificata il 13/04/2017.

Udita la relazione svolta nella Camera di Consiglio del'8 febbraio 2019 dal Consigliere Marilena Gorgoni

FATTI DI CAUSA

Fernando Russo e Massimo Frassanito citavano in giudizio, dinanzi al Tribunale di Lecce – sez. Maglie – il Comune di Otranto, adducendo di essere stati incaricati di progettare e di dirigere i lavori per la costruzione di una scuola alberghiera in Otranto, di avere redatto il progetto che, approvato dalla Giunta Comunale, era stato inviato, dal Comune di Otranto, al Ministero del Lavoro e della previdenza sociale, al fine di ottenere il finanziamento per la sua realizzazione; poi, al CIPE; quindi, alla Commissione per il Grande Giubileo del 2000 e, da ultimo, alla Provincia di Lecce.

Non avendo ricevuto dal comune committente il compenso per l'attività professionale svolta, nonostante vari solleciti, si rivolgevano all'Ordine degli Architetti di Lecce per la determinazione del compenso loro spettante ed ottenevano dal Tribunale di Lecce decreto ingiuntivo per complessive L. 408.076.310, oltre agli interessi.

Il Comune di Otranto proponeva opposizione al decreto ingiuntivo che veniva accolta dal Tribunale di Lecce, con sentenza del 28.11.2013, e confermata dalla Corte d'Appello di Lecce (sent. n. 88/07). In entrambi i casi i giudici ritenevano che facesse difetto il presupposto della forma scritta *ad substantiam*, richiesta per i contratti conclusi da pubbliche amministrazioni.

Fernando Russo e Massimo Frassanito citavano in giudizio il Comune di Otranto per ottenerne la condanna al pagamento di euro 245.573,93 a titolo di arricchimento senza causa. Il Tribunale di Lecce, accogliendone la domanda, con sentenza n. 1593/2014, condannava il Comune di Otranto al pagamento di euro 115.000,00 a titolo di arricchimento ingiustificato oltre alle spese di lite.

L'Ente comunale ricorreva in appello avverso la sentenza di prime cure, dinanzi alla Corte d'Appello di Lecce che, con la sentenza n. 327/17, depositata il 23/03/2017 e notificata il 13/04/2017, rigettava il gravame e compensava le spese.

Il Comune di Otranto propone ricorso per la cassazione di tale sentenza, formulando tre motivi, illustrati con memoria, cui resistono con controricorso Fernando Russo e Massimo Frassanito.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo il Comune di Otranto denuncia la violazione dell'art. 2042 c.c. e dell'art. 23, comma 4, del dl 2/3/1989, n. 66 nonché la falsa violazione dell'art. 2041 c.c., in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c.

L'Ente comunale imputa alla Corte d'Appello di aver individuato erroneamente il momento costitutivo dell'obbligazione della P.A. nella delibera di conferimento dell'incarico di progettazione piuttosto che in quello di utilizzazione dei progetti, a suo avviso, coincidente con l'inoltro della richiesta dei finanziamenti necessari a realizzarli ovvero in quello di consegna da parte dei progettisti degli elaborati all'amministrazione.

Solo con riferimento a tale data – quella di utilizzazione del progetto da parte del Comune – il giudice *a quo* avrebbe dovuto verificare se sussistesse il carattere di sussidiarietà prescritto dall'art. 2042 c.c. ovvero se i due professionisti avessero altra azione tipica proponibile nei confronti del Comune o di terzi.

Contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza gravata, secondo il Comune, i professionisti avrebbero potuto esperire l'azione di cui all'art. 23, comma 4, del dl. n. 66/1989, alla stregua del quale ove vi sia stata l'acquisizione di beni o servizi in violazione dell'obbligo indicato nel comma 3 – il quale richiede per ogni spesa da parte della P.A. la deliberazione autorizzativa nelle forme previste dalla legge e divenuta o dichiarata esecutiva nonché la registrazione dell'impegno contabile sul competente capitolo del bilancio di previsione – il rapporto obbligatorio intercorre, ai fini della controprestazione e per ogni altro effetto di legge, tra il privato fornitore e l'amministratore o il funzionario che abbiano consentito la fornitura.

Senonché, non essendovi stata l'acquisizione dei progetti da parte di alcun amministratore o funzionario del Comune di Otranto, per il ricorrente, la sentenza impugnata avrebbe erroneamente ritenuto sussistente il meccanismo

di sostituzione dell'originario rapporto intercorso tra i professionisti e l'ente pubblico con altro rapporto, improntato a schemi privatistici, con gli amministratori o funzionari agenti che avevano consentito la fornitura al momento del conferimento dell'incarico, essendo stati acquisiti i progetti solo con la delibera di giunta n. 100 del 7.3.89.

Il motivo, che contiene plurimi profili di censura, è infondato sostanzialmente perché non coglie la *ratio decidendi* della sentenza impugnata.

Il ricorrente insiste sui presupposti applicativi del dl 66/1989 e vi si diffonde in maniera puntuale ed analitica, lamentando che la Corte li abbia disattesi. Le prospettazioni, complessivamente considerate, non mettono a fuoco, però, la motivazione della sentenza impugnata e danno erroneamente per presupposta proprio la soluzione scartata dal giudice *a quo*, cioè quella di una sorta di novazione soggettiva di fonte normativa del rapporto obbligatorio originario che sarebbe dovuto intercorrere con l'ente pubblico in un rapporto privatistico con l'amministratore ed il funzionario.

La Corte d'Appello, al contrario, con una motivazione che le argomentazioni deduttive dell'amministrazione comunale hanno appena scalfito ha:

a) rilevato l'irretroattività dell'art. 23 del dl 66/89 (cfr. Cass. Sez. un. 26/05/2015, n. 10798);

b) individuato nel 2 marzo 1989 la data della sua entrata in vigore;

c) ritenuto il momento di conferimento dell'incarico di progettazione coincidente, in base agli artt. 1326 e ss. c.c., con quello dell'assunzione della delibera di Giunta Comunale n. 90 del 15.2.198.;

d) concluso, ai fini della individuazione dei presupposti di cui all'art. 2042 c.c., che l'applicazione del dl 66/89 non poteva essere invocata dai progettisti;

e) condiviso la statuizione del giudice di prime cure, secondo cui l'affidamento dei due professionisti era sorto già con la delibera di conferimento dell'incarico, anche sulla scorta di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 23 del dl 66/89;

f) rigettato l'argomentazione del ricorrente che faceva leva sul fatto che solo con la consegna degli elaborati progettuali la prestazione professionale poteva dirsi utilmente acquisita dalla P.A., in ragione della sentenza a Sezioni Unite n.

10798/2015 di questa Corte che ha ritenuto non più necessario, ai fini dell'esperimento dell'azione di ingiustificato arricchimento nei confronti della P.A., il riconoscimento dell'*utilitas* da parte di quest'ultima, optando per una valutazione oggettiva dell'arricchimento.

Tutti gli argomenti descritti, ed in particolare l'ultimo, inducono a ritenere che la Corte d'Appello abbia correttamente ritenuto che la delibera di conferimento dell'incarico fosse sufficiente ad ingenerare nei due professionisti il legittimo affidamento circa l'avvenuto conferimento dell'incarico, evidenziando la consapevolezza da parte della P.A. della prestazione indebita che, peraltro, nulla aveva fatto per respingerla (sent. n. 10798/2015, cit.), ed a dimostrare la inconferenza di molti degli argomenti dei ricorrenti, i quali, anche quando fondati su richiami a precedenti di questa Corte – peraltro, non sempre utili a sorreggere la deduzione: in Cass. 04/01/2017, n. 80, la prestazione di forniture di attrezzature per ufficio non era stata richiesta dall'amministrazione, ma inviata per visione – si riferiscono ai presupposti di applicazione del dl 87/99, di cui nel caso di specie non può farsi questione.

Gli argomenti volti a superare la conclusione della Corte, secondo cui il momento relativamente al quale verificare la sussidiarietà dell'azione esperita dai due architetti non fosse quello dell'utilizzazione della prestazione da parte del Comune di Otranto – le Sezioni unite hanno, infatti, ritenuto l'utilizzazione della prestazione non un atto di riconoscimento dell'*utilitas*, bensì un mero fatto dimostrativo – si risolvono in un tentativo di aggiramento della chiara *ratio decidendi* della Corte territoriale fondato su una evidente tautologia: il fatto costitutivo dell'arricchimento ingiustificato non può che coincidere col momento in cui il Comune ha tratto utilità dai progetti, seppur prescindendo da un formale atto di riconoscimento della stessa (p. 8 del ricorso), e i due momenti, quello costitutivo dell'obbligazione, ex art. 2041 c.c., e quello oggettivo dell'arricchimento coincidono, non essendoci alcun atto oggettivo di utilizzazione dei progetti antecedente alla delibera di loro approvazione (pp-11-12 del ricorso).

Le Sezioni unite di questa Corte, cui il Collegio salentino ha prestato adesione, invece, hanno inteso attribuire irrilevanza al riconoscimento esplicito

ovvero implicito dell'*utilitas* – l'utilizzazione dei progetti dei due architetti per avanzare domanda di finanziamento o il momento della consegna degli elaborati da parte dei due progettisti invocati dal Comune si sostanziano inequivocabilmente in atti di riconoscimento esplicito dell'*utilitas* della prestazione professionale – per fondare la tutela dell'Amministrazione, attingendo dal diverso principio della imputabilità dell'arricchimento, cioè garantendola contro il pericolo che essa subisca iniziative che i terzi, pur presentandosi come ingiustamente depauperati, abbiano assunto contro il suo volere o comunque senza che i suoi organi rappresentativi ne avessero contezza.

Per di più, le Sezioni unite hanno avuto bene a mente l'indirizzo giurisprudenziale (richiamato anche dal ricorrente alle pp. 11-13 del ricorso) che ravvisava l'*utilitas* nel fatto che la P.A., ad esempio, si fosse servita della prestazione del privato per corredare pratiche amministrative, ma hanno affermato esplicitamente di volerlo superare, perché, per quanto più duttile di altri, "non abbandona il tradizionale argomento, secondo cui l'esperimento dell'azione di arricchimento nei confronti della P.A. richiede un *quid pluris*, qual è il riconoscimento dell'*utilitas*", e si differenzia dagli altri orientamenti solo relativamente alla forma del riconoscimento "che dovrebbe essere un elemento neutro".

2. Con il secondo motivo l'Ente comunale lamenta la violazione dell'art. 101, comma 2, c.p.c., e dell'art. 111, comma 2, Cost. in relazione all'art. 360 n. 4 c.p.c., nonché la falsa applicazione dell'art. 23, comma 3, del DL 2.3.89 n. 66, in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c.

Il ricorrente, con questo mezzo, sottopone allo scrutinio di legittimità plurime censure. Lamenta il ricorso all'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 23, comma 4, del dl n. 66/89 – in particolare il richiamo di due sentenze del giudice delle leggi, le nn. 257/97 (gli estremi della decisione sono errati, si tratta invece della sentenza n. 295/97) e 446/95, le quali hanno riconosciuto la legittimità costituzionale dell'art. 23, comma 4, del dl n. 66/89 che fonda sul provvedimento di formale conferimento dell'incarico, poi non regolarizzato, il presupposto perché il terzo agisca nei confronti dell'amministratore o del

funzionario responsabile, riconoscendo a quest'ultimo la possibilità di avvalersi dell'art. 2041 c.c., nei confronti della P.A., ed al terzo la facoltà di agire *utendo iuribus* del funzionario o dell'amministratore nei confronti della P.A. – anche contestualmente alla proposizione della domanda per il pagamento del prezzo nei confronti di costui – in via surrogatoria ex art. 2900 cod. civ. "per assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni" quando il patrimonio del funzionario (o amministratore) non offra adeguata garanzia.

Tale richiamo, utilizzato da entrambi i giudici di merito per individuare nel momento dell'adozione della delibera di conferimento dell'incarico, benché nulla, la costituzione del diritto dei professionisti ad ottenere l'indennizzo, è stato ritenuto lesivo del diritto di difesa e del contraddittorio da parte del ricorrente, perché avrebbe impedito alla difesa del Comune di far rilevare la diversa *ratio* ivi sottesa, relativa all'ipotesi dell'esecuzione di lavori di somma urgenza.

Anche in questo caso buona parte delle prospettazioni del ricorrente si dimostrano eccentriche rispetto alla *ratio decidendi* della sentenza.

In primo luogo, la Corte d'Appello non ha mai ritenuto che la costruzione della scuola alberghiera avesse i caratteri della somma urgenza, perciò non il ricorrente non ha ragione di lamentare sul punto l'omessa motivazione (cfr. § 2.3 del ricorso, p. 17).

In secondo luogo, va segnalato che già il giudice di prime cure aveva richiamato le citate sentenze della Corte costituzionale, dopo aver individuato il momento costitutivo del rapporto tra le parti in quello del conferimento dell'incarico avvenuto con la delibera n. 90/89, al fine di trovare ulteriore (rispetto agli artt. 1326 e ss. c.c.) supporto alla propria conclusione.

Ciò rende inammissibile ed inconsistente la doglianza di violazione del principio del contraddittorio formulata dal Comune istante, il quale, pur potendolo fare, non aveva denunciato (già) in sede di gravame l'asserita violazione del diritto di difesa e del contraddittorio.

Da ultimo, non risultano integrati i presupposti della c.d. terza via indicata dal ricorrente, la quale implica che il giudice d'ufficio esamini una questione di puro diritto, senza procedere alla segnalazione alle parti, onde consentire

l'apertura su di essa^{di} la discussione (Cass. 18/06/2018), n.16049); emerge in tutta evidenza che il giudice del merito ha solo ritenuto di poter trarre ulteriori argomenti volti a confermare la sua decisione, richiamando le citate sentenze del giudice delle leggi.

Nella sostanza non c'è una *ratio decidendi* che abbia applicato la disciplina relativa ai lavori di somma urgenza all'ipotesi in esame che meriti le censure del ricorrente (compresa quella di cui al § 2.2., p. 17 del ricorso).

3. Con il terzo motivo il Comune censura la sentenza impugnata per omesso esame di un fatto decisivo oggetto di discussione tra le parti, in relazione all'art. 360 n. 5 c.p.c., e per omessa pronuncia sulla censura oggetto del terzo motivo di appello, ai sensi dell'art. 360 n. 4 c.p.c., nonché per violazione dell'art. 2697 c.c., in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c.

Il motivo è inammissibile.

La tesi del ricorrente è che con il terzo motivo di appello fosse stato provato che la prima consegna aveva riguardato il progetto principale, mentre la richiesta di indennizzo riguardava anche i successivi elaborati in variante consegnati sicuramente dopo l'entrata in vigore del dl n. 66/89. Per questa ragione il ricorrente aveva chiesto che l'indennizzo fosse diminuito nella misura corrispondente; tale richiesta era stata respinta dalla Corte territoriale sul rilievo che il giudice di primo grado avesse proceduto ad una valutazione equitativa dell'indennizzo, pari alla metà circa della parcella ritenuta congrua dall'Ordine degli Architetti e che non vi fosse prova in atti che l'indennizzo avesse riguardato anche prestazioni successive ed ulteriori rispetto al progetto principale.

La Corte d'Appello, ad avviso del ricorrente, non avrebbe colto il contenuto del motivo di appello che non riguardava il criterio di liquidazione, bensì il fatto che la parcella ritenuta congrua dall'ordine professionale avesse considerato anche le prestazioni inerenti ai progetti di varianti, e, quindi, il giudice *a quo* non si sarebbe espresso sulla richiesta di riduzione della liquidazione equitativa dell'indennizzo, violando altresì il principio di distribuzione dell'onere della prova, giacché avrebbe posto a carico dell'amministrazione comunale l'onere di provare che l'indennizzo avesse riguardato anche prestazioni ulteriori e diverse rispetto al progetto principale.

Dietro i numerosi argomenti addotti dal ricorrente vi è l'evidente richiesta di accertamento e riesame dei fatti di causa, inammissibile in sede di legittimità. Il Giudice *a quo* ha chiaramente ritenuto che dalla liquidazione dell'indennizzo non emergesse in alcun modo che essa avesse tenuto conto oltre che del progetto principale anche delle successive varianti e ciò, innanzitutto, smentisce il rilievo secondo cui sarebbe incorso in un *error in procedendo*, avendo, al contrario, dichiarato il terzo motivo di appello infondato.

Né possono dirsi irrilevanti, come, invece, sostenuto dal ricorrente, il fatto che la liquidazione in via equitativa sia stata pari alla metà circa della parcella ritenuta congrua dall'Ordine professionale degli architetti e la circostanza che non si sia tenuto conto né dei parametri contrattuali, in conseguenza della nullità del relativo rapporto, né della parcella vistata dall'Ordine competente, ma che l'indennizzo sia stato apportato alla perdita patrimoniale effettivamente subita dai due professionisti, tenendo conto del tempo impiegato per la redazione del progetto, delle spese già riconosciute dall'Amministrazione e delle voci esposte (pp- 4-5 della sentenza impugnata).

È proprio questo, invece, il nocciolo della questione. Il fatto che la parcella vistata dall'Ordine facesse eventuale riferimento anche ai progetti redatti successivamente a quello principale è da ritenersi del tutto irrilevante, perché di essa non si è tenuto conto ai fini della liquidazione né poteva tenersene conto, giacché seconda consolidata giurisprudenza "ai fini della determinazione dell'indennizzo dovuto al professionista, la parcella, ancorché vistata dall'ordine professionale, non può essere assunta come parametro di riferimento, non trattandosi in questo caso di corrispettivo per prestazioni professionali, ma della individuazione di una somma che va liquidata, in forza delle risultanze processuali, se ed in quanto si sia verificato un vantaggio patrimoniale a favore della p.a., con correlativa perdita patrimoniale della controparte" (Cass. 28/07/2014, n.17085).

In conclusione, il ricorrente trascura i limiti propri del giudizio di legittimità e sollecita, per mezzo di una censura che investe l'apprezzamento in linea di fatto operato al riguardo dal giudice del gravame - che aveva respinto il motivo di impugnazione, annotando tra l'altro, a maggior confutazione dell'odierna

contestazione, che non risultava alcun elemento agli atti che consentisse di ritenere che l'indennizzo fosse stato liquidato valutando anche prestazioni ulteriori e successive al progetto principale – la rinnovazione dell'esame del merito delle risultanze di causa, precluso a questa Corte che non è giudice del fatto.

Tantomeno coglie nel segno la censura veicolata attraverso il rilievo di un errore circa la distribuzione dell'onere della prova: errore che non trova riscontro nella motivazione della sentenza – la quale, infatti si è limitata ad affermare che l'appellante non aveva dedotto alcuna specificazione sul punto – e che comunque è formulata in modo tale da lasciare intendere che più che una erronea distribuzione dell'onere della prova il ricorrente lamenti l'omessa motivazione da parte del giudice circa quali prestazioni fossero state escluse dalla valutazione equitativa del primo giudice.

Il percorso deduttivo del ricorrente si rileva, infatti, alquanto contraddittorio: a p. 19 rimprovera al giudice *a quo* di avere "spostato il *focus* della questione oggetto di censura (...) sul reale motivo di appello, che non atteneva alle modalità equitative, piuttosto che analitiche, con cui la parcella era stata liquidata dal primo giudice", ed a p. 20 lamenta che il giudice abbia preteso dall'amministrato²¹⁴ l'onere di provare che l'indennizzo fosse stato liquidato anche valutando "prestazioni ulteriori e successive" al progetto principale (...) laddove (...) alcun onere in tali termini poteva ritenersi sussistente in tali termini a carico dell'AC, rientrando (...) nell'onere motivazionale minimo del giudice l'illustrazione dei motivi per i quali tali ulteriori prestazioni dovessero ritenersi escluse dalla valutazione equitativa del primo giudice".

Non è chiaro, dunque, se la doglianza sia relativa alla quantificazione dell'indennizzo in quando includente prestazioni ulteriori e successive al progetto principale, di cui s'è detto, ovvero se il Comune di Otranto rivendichi l'astratto diritto ad una enunciazione in diritto circa le ragioni giustificative della loro esclusione dal calcolo dell'indennizzo.

4. Ne consegue il rigetto del ricorso.

5. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

6. Si dà atto della ricorrenza dei presupposti per porre a carico dell'Ente comunale l'obbligo di pagare il doppio del contributo unificato. 18

PQM

La Corte rigetta il ricorso e condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese in favore dei controricorrenti, liquidandole in euro 5.600,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in euro 200,00 ed agli accessori di legge.

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

Così deciso nella camera di Consiglio della Terza Sezione civile della Corte Suprema di Cassazione in data 08/02/2019.

Il Presidente
Uliana Armano



Il Funzionario Giudiziario
Innocenzo BATTISTA

