

N. 1811/10 Sent.
N. 15795/05 R. C.
N. 2275 Cron.
N. 3691 Rep.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE CIVILE E PENALE DI VERONA
SEZIONE QUARTA

nella persona del dott. Pier Paolo Lanni ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 15795 del Ruolo Generale degli Affari Contenziosi dell'anno 2005 del Tribunale di Verona, posta in decisione all'udienza del 26.11.09 e vertente

TRA

rappresentati e difesi dall'Avv.to _____, ed elettivamente domiciliati presso il suo studio in Verona in virtù della procura a margine dell'atto di citazione

- attori -

E

rappresentata e difesa dall'Avv.to _____ ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in virtù della procura a margine della comparsa di costituzione e risposta

- convenuta -

Conclusioni dell'attore: "In via principale: previo accertamento dell'inadempimento da parte del sig. _____ delle obbligazioni assunte con il contratto del 04.04.2001 dichiararsi risolto il predetto

contratto d'appalto, e per l'effetto condannarsi il sig. _____
alla restituzione di tutte le somme ricevute in adempimento del
predetto contratto, ovvero la maggiore o minore somma che sarà
ritenuta di giustizia, con gli interessi legali dalla domanda al saldo. In
via subordinata accertarsi e dichiararsi la sussistenza delle difformità e
dei vizi nell'opera eseguita dall'impresa edile _____ in base
al contratto concluso con il condominio _____ in data
04.04.2001 e, per l'effetto, ridursi proporzionalmente il prezzo dovuto
dal committente e condannarsi la convenuta alla restituzione della
somma ricevuta che risultasse in eccesso rispetto al prezzo accertato.
In via riconvenzionale: accertarsi e dichiararsi la sussistenza di
difformità e dei vizi nell'opera eseguita dall'impresa edile _____
in base al contratto d'appalto concluso con il condominio _____
in data 04.04.01 e per l'effetto, rigettarsi la
domanda riconvenzionale ai sensi dell'1667 III co. c.c.. In ogni caso:
condannarsi altresì il convenuto sig. _____ al risarcimento dei
danni subiti e subendi dagli attori nonché alla rifusione delle spese
sostenute per il procedimento di accertamento tecnico preventivo.
Con vittoria di spese, diritti e onorari ivi comprese le spese legali per il
procedimento di accertamento tecnico preventivo *ante causam* ."

Conclusioni del convenuto: "In via principale: respingersi le domande
attoree in quanto inammissibili per intervenuta decadenza e/o
prescrizione ai sensi dell'art.1667 c.c. e comunque perché infondate
per i motivi di cui in narrativa. In via riconvenzionale: accertato
l'inadempimento del Condominio _____ del pagamento della
somma di € 30.849,36, o nella maggiore o minore somma che il
Giudice riterrà di giustizia, oltre interessi dalla data della contestazione

al saldo. In ogni caso: spese, diritti ed onorari interamente rifiuti. In via istruttoria: si chiede l'ammissione di prova per testi sulle circostanze esposte in narrativa nei punti da 1) a 10) nella parte in fatto dell'atto di citazione, e da 1) a 5) della parte in diritto del medesimo atto, con riserva di altri."

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 20.12.05, _____, _____ e _____, quali condomini del Condominio _____ hanno convenuto in giudizio l'impresa Edile _____, deducendo che: il 04.04.2001 il condominio _____ aveva stipulato un contratto di appalto con la convenuta avente ad oggetto il rifacimento degli intonaci, della copertura dell'edificio e dei frontalini dei poggiali dell'immobile condominiale, concordando per l'opera il prezzo di € 130.000.000 oltre ad IVA e quale termine finale per l'esecuzione dei lavori il 11.06.01; i lavori, iniziati nel mese di aprile del 2001, erano stati sospesi nell'agosto dello stesso anno dalla ditta appaltatrice, prima che questa ultimasse la tinteggiatura di una parte della facciata condominiale; con lettere del 29.09.01 e del 20.11.01 gli attori avevano contestato alla ditta i vizi dell'opera eseguita, sospendendo i pagamenti pattuiti; con lettera del 03.12.01 il convenuto si era dichiarato disponibile ad eseguire nuovamente la tinteggiatura, secondo il campione di tinta scelto dai condomini, e a levigare la malta da questo stesa sulle pareti; il 24.01.02, dato che le opere non erano state eseguite, gli attori avevano nuovamente contestato l'idoneità dell'opera realizzata, riservandosi di agire in giudizio per il risarcimento dei danni subiti; il 06.03.02, in occasione di un incontro tra le parti, la convenuta si era nuovamente impegnata a rinnovare

l'esecuzione di alcuni dei lavori eseguiti, a provvedere alla stuccatura delle crepe dell'intonaco, a sostituire i marmi delle finestre e a sistemare il tetto; nonostante ciò e nonostante il pagamento di acconti per complessive L. 111.000.000 la convenuta aveva omesso qualsiasi intervento; quindi, il 30.01.04 gli attori avevano istaurato un procedimento per accertamento tecnico preventivo, finalizzato alla descrizione dei lavori e conclusosi con il deposito il 09.09.04 di una relazione peritale da parte del CTU Ing. _____, confermativa delle contestazioni degli attori circa la mancanza di planarità ed uniformità dell'intonaco esterno, la presenza di cavillature e fessurazioni dello stesso e l'inidoneità della posa dei coppi della copertura.

Sulla base di tali deduzioni gli attori hanno chiesto la dichiarazione di risoluzione del contratto di appalto stipulato dalle parti per inidoneità dell'opera realizzata dalla convenuta e la condanna di quest'ultima alla restituzione degli acconti ricevuti, nonché al risarcimento dei danni.

Con comparsa di costituzione e risposta, depositata il 17.02.06, si è costituita in giudizio la convenuta ed ha eccepito in via preliminare la decadenza e la prescrizione dell'azione di garanzia esercitata dagli attori ex art. 1667 c.c., mentre nel merito ha contestato di aver riconosciuto i vizi denunciati ed ha negato l'imputabilità degli stessi alla propria opera.

La convenuta ha quindi chiesto il rigetto della domanda degli attori e la loro condanna al pagamento del corrispettivo residuo di € 30.849,36 (pari alla differenza tra il corrispettivo complessivamente maturato per i lavori eseguiti, pari a L. 161.732.692, e gli acconti pagati dagli attori, pari a L. 102.000.000).

prezzo; ma nel caso di inadempimento dell'appaltatore, il divieto posto dall'art. 1453, comma 2, cod. civ. impedisce al committente che abbia proposto domanda di risoluzione di mutare tale domanda in quella di adempimento, ma non anche di chiedere la riduzione del prezzo (domanda, questa, che non integra una domanda nuova rispetto a quella originaria di risoluzione perché fondata sulla stessa "causa petendi" e caratterizzata da un "petitum" più limitato)." (Cass. n. 24948/07).

Quanto, invece, al merito della causa, va premesso che: 1) è pacifica tra le parti la riconducibilità del rapporto contrattuale tra le stesse intercorso alla fattispecie dell'appalto e quindi le domande di risoluzione del contratto e di risarcimento danni proposte dagli attori trovano fondamento nella garanzia prevista dagli artt. 1667 e ss c.c.; 2) i lavori eseguiti dall'appaltatrice sono stati minuziosamente accertati dalla CTU espletata nel corso del giudizio, la cui relazione peritale depositata il 10/2/07 sul punto può essere posta a base della decisione (tanto più ove si consideri che non è stata formulata dalle parti alcuna contestazione al riguardo); 3) tenuto conto delle risultanze della CTU, può ritenersi accertata la circostanza che l'appaltatrice abbia eseguito la quasi totalità dei lavori concordati con il contratto del 4/4/01 e gli ulteriori lavori richiesti dagli attori in corso d'opera (indicati a pag. 2 della comparsa di costituzione è risposta), lasciando il cantiere nell'agosto del 2001 (circostanza, quest'ultima, pacifica tra le parti); 4) il corrispettivo maturato per tali lavori può essere quantificato nella somma di € 83.527,96 (iva compresa), posto che la deduzione formulata al riguardo a pag. 13 della comparsa di costituzione è risposta non è stata specificamente contestata dagli attori nella fase di definizione del *thema*

decidendum è può quindi ritenersi provata; 5) gli acconti versati dagli attori devono essere quantificati in € 52.678,60, come riconosciuto dalla convenuta, posto che la deduzione degli attori circa il pagamento di una maggior somma è rimasta priva di qualsiasi riscontro probatorio.

Ciò chiarito, va esaminata in via preliminare l'eccezione di decadenza e prescrizione della garanzia formulata dalla convenuta.

Al riguardo va premesso che "il riconoscimento dei vizi e delle difformità dell'opera e l'assunzione dell'impegno ad eliminarli da parte dell'appaltatore implicano non soltanto l'accettazione delle contestazioni e la rinuncia a far valere l'esonero dalla garanzia previsto dall'art. 1667 cod. civ., ma determinano altresì l'assunzione di una nuova obbligazione, sempre di garanzia, diversa ed autonoma rispetto a quella originaria, che non necessita di alcuna accettazione formale della controparte, cui attribuisce il medesimo diritto di agire per i vizi ormai "ex adverso" riconosciuti e, quindi, svincolato dal termine decadenziale e soggetto al solo termine prescrizione ordinario" (Cass. n. 19560/09).

Orbene, nel caso di specie la convenuta, a seguito di ripetute contestazioni dei vizi degli intonaci e della tinta (v. missive del 29/9/02 e del 20/11/01 allegate come documenti nn. 2 e 3 del fascicolo di parte attrice), con dichiarazione del 3/12/01 (allegato n. 4 del fascicolo di parte attrice) si è espressamente impegnata al "rifacimento della tinta" e all'eliminazione delle imperfezioni dell'intonaco, mentre, a seguito della contestazione dei vizi relativi alla copertura (v. missiva del 24/9/02 allegato n. 10 del fascicolo di parte attrice), con dichiarazione resa in un'assemblea condominiale del marzo 2003 (come confessato dalla stessa parte all'udienza del

1°/7/08 in sede di interrogatorio formale) si è espressamente impegnata a "rifare il manto di copertura".

Può quindi giudicarsi acquisita la prova del fatto che la convenuta, dopo aver ricevuto le contestazioni dei vizi, ha assunto nei confronti degli attori l'impegno di eseguire nuovamente tutti i lavori interessati dalle contestazioni stesse, così assumendo una nuova obbligazione (sempre di garanzia) soggetta al termine ordinario decennale di prescrizione.

Pertanto, le eccezioni preliminari della convenuta devono ritenersi infondate.

Ciò posto, si può quindi procedere all'accertamento della sussistenza dei vizi dedotti a fondamento delle domande proposte con l'atto di citazione.

Al riguardo la CTU espletata nel corso del giudizio, la cui relazione depositata il 10/2/07 deve intendersi integralmente richiamata *per relationem* in questa sede, ha accertato, anche sulla base della descrizione contenuta nella relazione depositata nel procedimento per accertamento tecnico preventivo espletato *ante causam*, che: 1) l'intonaco posato dalla convenuta sulle facciate dell'edificio degli attori presenta vizi di planarità, cavillature, difformità cromatiche, fenomeni degenerativi, non risolvibili con tentativi di completamento della tinteggiatura, e tali da far ritenere che l'opera della convenuta non presenti adeguate caratteristiche di finitura e si caratterizzi per un risultato inaccettabile dal punto di vista estetico; 2) l'eliminazione di questi difetti richiede la stesura sull'intonaco di un intonachino colorato dello spessore di pochi millimetri, previa esecuzione di un'operazione di pulizia e riparazione degli ammaloramenti, del rifacimento dell'intonaco nella zona basale

delle pareti mediante la demolizione e la sua ricostruzione per un'altezza di almeno 50 cm e realizzazione di una zoccolatura di 20 cm di altezza; 3) la copertura del tetto presenta un disallineamento dei coppi, tale da determinare uno scivolamento degli stessi verso la gronda, con possibile loro caduta e sversamento dell'acqua piovana oltre il canale di gronda stesso, e tale da richiedere il completo rimaneggiamento del manto stesso; 4) più precisamente, l'eliminazione di questi vizi richiede il rimaneggiamento del manto, con l'integrazione dei coppi necessari a mantenere file serrate ed allineate, nonché nella zona sopra la scala d'accesso alla terrazza, la demolizione dei vecchi coppi residui e la stesura di una guaina impermeabilizzante; 5) il costo complessivo delle opere di ripristino è pari ad € 45.657,23 oltre ad IVA, e quindi € 50.222,95 (si richiama sul punto l'allegato n. 4 della relazione peritale depositata il 10/2/07).

Gli accertamenti e le conclusioni del CTU appaiono immuni da censure di carattere tecnico o logico e possono essere quindi posti a base della decisione.

In particolare, sotto il profilo tecnico può richiamarsi, in quanto condivisibile, la risposta alle osservazioni dei consulenti tecnici di parte contenuta nelle pagine da 17 a 21 della relazione depositata il 10/2/07.

Sotto il profilo giuridico, invece, meritano un approfondimento le contestazioni degli attori circa la necessità di considerare tra i danni la spesa di € 1291,22 sostenuta nell'ottobre del 2004 per alcuni interventi di ripristino della copertura e le spese da sostenere per le pratiche edilizie, la progettazione e la direzione dei lavori necessari per l'eliminazione dei vizi e le contestazioni della convenuta circa l'imputabilità dei vizi dell'intonaco alla mancanza di un'opera (la

zoccolatura) non prevista del contratto d'appalto e alla tipologia di intonaco scelta dagli stessi attori.

Per ciò che concerne le prime va rilevato che: a) la deduzione della spesa di € 1291,22 è rimasta priva di qualsiasi riscontro probatorio (non sono state prodotte le fatture relative agli interventi e l'unico capitolo di prova articolato sul punto, il capitolo 9 della memoria depositata il 5/11/07, non è stato ammesso in quanto formulato in modo generico e tale da implicare valutazioni); b) le spese accessorie concernenti gli interventi di ripristino accertati dalla CTU non sono prevedibili, in quanto gli attori hanno omesso qualsiasi allegazione circa la figura professionale eventuale di cui intenderanno avvalersi e circa le spese del procedimento amministrativo eventualmente necessario.

Per ciò che concerne invece le seconde, va rilevato innanzi tutto che il CTU non ha imputato la causa dei vizi al tipo di miscela prescelta per l'intonaco, mentre il riferimento alla mancanza di una zoccolatura come possibile concausa dei vizi non inficia il giudizio di prevalente imputabilità degli stessi all'esecuzione dell'opera non a regola d'arte da parte della convenuta.

In ogni caso, come precisato anche dalla giurisprudenza di legittimità, "in tema di contratto di appalto, l'appaltatore è tenuto a realizzare l'opera a regola d'arte, osservando, nell'esecuzione della prestazione, la diligenza qualificata ai sensi dell'art. 1176, 2° comma, cod. civ. quale modello astratto di condotta, che si estrinseca (sia egli professionista o imprenditore) nell'adeguato sforzo tecnico, con impiego delle energie e dei mezzi normalmente ed obiettivamente necessari od utili in relazione alla natura dell'attività esercitata, volto all'adempimento della prestazione dovuta ed al soddisfacimento

dell'interesse creditorio, nonché ad evitare possibili eventi dannosi. Anche laddove egli si attenga alle previsioni del progetto altrui, come nel caso in cui il committente predispone il progetto e fornisce indicazioni sulla relativa realizzazione, l'appaltatore può comunque essere ritenuto responsabile per i vizi dell'opera se, nel fedelmente eseguire il progetto e le indicazioni ricevute, non segnala eventuali carenze ed errori, giacché la prestazione da lui dovuta implica anche il controllo e la correzione degli eventuali errori del progetto, mentre va esente da responsabilità laddove il committente, pur reso edotto delle carenze e degli errori, gli richieda di dare egualmente esecuzione al progetto o gli ribadisca le indicazioni, in tale ipotesi risultando l'appaltatore stesso ridotto a mero "nudus minister", cioè passivo strumento nelle mani del primo, direttamente e totalmente condizionato dalle istruzioni ricevute senza possibilità di iniziativa o vaglio critico" (v. Cass n. 12995/06).

Nel caso di specie la convenuta non ha allegato, come era suo onere, di aver evidenziato agli attori la necessità dell'opera di zoccolatura per la conservazione dell'intonaco o l' inidoneità della miscela di intonaco prescelta. Ne consegue che la sua responsabilità contrattuale per i vizi in esame dovrebbe essere comunque affermata anche nel caso in cui si ritenessero fondate le contestazioni sull'imputabilità dei vizi stessi alle scelte contrattuali degli attori..

In forza delle considerazioni esposte i vizi denunciati dagli attori devono ritenersi sussistenti e deve affermarsene l'imputabilità ad un'esecuzione della prestazione contrattuale da parte della convenuta non conforme ai canoni previsti dall'art. 1176 c.c.

Inoltre, considerato che il risultato complessivo dell'intonacatura si è rivelato esteticamente inaccettabile,

considerato che in relazione al manto di copertura si rende necessario un completo rimaneggiamento, e considerata infine l'entità degli interventi di ripristino complessivamente necessari (pari ai 5/8 dell'importo complessivo dei lavori), deve ritenersi sussistente quell'inadeguatezza dell'opera rispetto alla sua destinazione, necessaria per la dichiarazione di risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1668, comma 2, c.c.

Pertanto, la domanda principale degli attori deve giudicarsi fondata e va accolta.

Ne conseguente il rigetto della domanda della convenuta di pagamento del saldo del corrispettivo e l'accoglimento della domanda degli attori di ripetizione delle somme versate a titolo di acconto.

Questo risultato, peraltro, si rivela *prima facie* iniquo, in quanto la prestazione dell'appaltatore, sia pure viziata, non è apparentemente ripetibile, sicché gli attori potrebbero ritenere l'opera realizzata dalla convenuta ed utilizzarla per porre in essere i necessari interventi di ripristino, così ottenendo un'opera compiuta e funzionale al solo costo degli interventi di ripristino.

Per capire se si tratti di iniquità effettiva e quali siano i rimedi, sono necessari alcuni brevi cenni sulla recente elaborazione giurisprudenziale e dottrinale relativa ai rimedi restitutori.

Al riguardo va premesso che si condivide l'opinione, prevalente in dottrina, secondo cui il corrispettivo versato in esecuzione di un contratto poi risolto per inadempimento della parte che l'ha ricevuto diviene l'oggetto di un'obbligazione restitutoria e non certo risarcitoria. D'altra parte, i tentativi di ricondurre il corrispettivo versato in tali ipotesi nella categoria del danno,

evidenziandone la natura di esborso inutile, sono rimasti isolati anche nel panorama giurisprudenziale.

Esclusa la possibilità di attribuire alle restituzioni valenze risarcitorie (e quindi la possibilità di detrarre dalla restituzione il vantaggio economico tratto dalla prestazione della controparte nell'ambito dell'operazione di accertamento e quantificazione del danno, con il ricorso all'istituto, di creazione giurisprudenziale, della *compensatio lucri cum damno*), una parte della giurisprudenza di merito (v. ad esempio Trib. Roma 1°/7/04 in *Corriere Giuridico* 2004, 1502 e ss), nel tentativo di porre rimedio all'iniquità del sistema delle restituzioni nell'ipotesi in cui una delle due prestazioni derivanti dal contratto non sia ripetibile, e sulla scorta di isolati precedenti di legittimità (Cass. n. 638/90 e Cass. 4849/91), ha affermato l'applicabilità del "diritto dei contratti", e in primo luogo del principio di corrispettività, alle obbligazioni restitutorie, giungendo ad applicare nell'ordinamento interno la c.d. "teoria del saldo" di derivazione tedesca (*Saldotheorie*), secondo cui il creditore di una prestazione restituenda, in virtù del legame funzionale che caratterizza le obbligazioni restitutorie, deve calcolare a suo carico il valore della controprestazione che non può più restituire.

Questa impostazione trova riscontro in numerose opinioni dottrinarie, anche risalenti nel tempo, non classificabili unitariamente se non dal punto di vista della conclusione sostenuta. Gli argomenti richiamati da tali opinioni sono diversi e, secondo una ricostruzione necessariamente esemplificativa, sono riassumibili nella valorizzazione del contratto caducato quale fonte "invertita" delle obbligazioni restitutorie (con conseguente estensione a quest'ultima della disciplina contrattuale), nel recupero della distinzione tra *condictio*

sine causa e condictio ob causam finitam, nell'evidenziazione della corrispondenza tra la conclusione su indicata ed il fine ultimo della disciplina della ripetizione dell'indebitto, ossia quello di evitare l'arricchimento senza causa, nel richiamo dell'art. 1464 c.c quale indice normativo della rilevanza di un legame funzionale tra le obbligazioni restitutorie conseguenti alla caducazione del contratto ed infine nel richiamo delle codificazioni di diritto uniforme europeo, ove le obbligazioni restitutorie sono disciplinate in modo da garantire il ripristino delle situazioni patrimoniali dei contraenti nei limiti e nel modo in cui ciò risulti ragionevole, in relazione alla natura del contratto risolto (ed infatti, secondo i Principi *Unidroit*, ed in particolare il 7.3.6., a seguito della risoluzione del contratto, ciascuna delle parti può pretendere la restituzione di quanto abbia fornito, a condizione che a sua volta, restituisca quanto ricevuto, e, qualora ciò non sia possibile, o non sia appropriata la restituzione in natura, la stessa dovrà avvenire, se ragionevole, per equivalente in denaro, mentre secondo i Principi di diritto europeo dei contratti, ed in particolare il 9.309, qualora la prestazione non sia suscettibile di restituzione, la parte che l'ha eseguita deve ricevere una somma ragionevolmente corrispondente al valore che la prestazione aveva per la controparte).

Tuttavia gli argomenti di volta in volta richiamati, per quanto suggestivi, non appaiono idonei a giustificare la fondatezza della tesi.

Come infatti rilevato dalla parte prevalente della dottrina: a) la disciplina dell'indebitto contenuta nel codice civile (art. 2033 e ss c.c.) è volutamente neutra e non contiene alcun riferimento al principio di corrispettività o alle regole del diritto dei contratti; b) la disciplina dell'indebitto, nella sua generalità e in assenza di limitazioni espresse, si

applica indistintamente alle ipotesi di carenza originaria o sopravvenuta della causa delle prestazioni, come confermato anche dal richiamo contenuto nell'art. 1463 c.c. (e dall'irragionevolezza di una limitazione dell'applicabilità degli artt. 2033 e ss c.c. all'ipotesi della risoluzione per impossibilità sopravvenuta); c) né comunque emergono dal sistema indici per separare una materia, quella dell'indebito, disciplinata omogeneamente dal codice civile (come confermato dalla riunificazione dell'intera disciplina nel titolo VII del Libro delle obbligazioni a fronte della ripartizione della disciplina nelle Sezioni dei "quasi contratti" e del "pagamento" del codice del 1865), introducendo una distinzione, di creazione dottrinarie, tra azione generale di ripetizione e azione speciale di restituzione conseguente alla caducazione di un contratto (con le precisazioni, però, di seguito esposte); d) la previsione della rilevanza dell'interdipendenza delle prestazioni con riferimento all'ipotesi eccezionale della risoluzione parziale per impossibilità sopravvenuta (art. 1464), conferma l'opposta regola generale in tutte le altre ipotesi di caducazione del contratto; e) le codificazioni internazionali del diritto dei contratti non hanno valore cogente e riflettono il risultato delle scelte normative di altri ordinamenti (così i Principi di diritto europeo dei contratti muovono dal presupposto dell'irretroattività della risoluzione, conformemente a quanto previsto negli ordinamenti di *common law*).

D'altra parte, anche l'esigenza di assicurare equità al sistema delle restituzioni conseguenti alla caducazione del contratto, deve essere stemperata, atteso che: a) la parte che subisce l'azione di ripetizione a seguito di caducazione del contratto può a sua volta domandare la ripetizione della propria prestazione; b) in particolare, laddove non sia possibile la ripetizione e al di fuori delle ipotesi

previste dagli artt. 2037 e 2038 c.c. (così in particolare per le prestazioni di fare o di far godere), deve ammettersi in via generale le ripetizioni della prestazione per equivalente monetario, determinato con riferimento al valore di mercato della prestazione non ripetibile al momento della caducazione del contratto (v., proprio con riferimento alla risoluzione di un contratto di appalto, e in particolare alla ripetizione per equivalente della prestazione dell'appaltatore, Cass. 12162/07, Cass. n. 738/07 e Cass. n. 2871/92); c) laddove poi la prestazione non sia ripetibile neanche per equivalente monetario (così nell'ipotesi di prestazione avente ad oggetto un'opera che, per la sua inidoneità, è priva di un valore di mercato, come nel caso dedotto in giudizio, avente ad oggetto la posa di un intonaco inidoneo o la realizzazione di un manto di copertura che richiede un intervento di rifacimento integrale) la parte che ha eseguito la prestazione può esercitare l'azione di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c. ed ottenere un indennizzo commisurato al vantaggio economico (per lo più, risparmio di spesa) che la controparte tragga dalla prestazione non ripetibile; d) qualora la parte che subisca l'azione restitutoria conseguente alla caducazione di un contratto faccia valere a sua volta il diritto alla ripetizione della propria prestazione o il diritto all'indennizzo ex art. 2041 c.c. si perviene ad un riequilibrio unitario della posizione economica delle parti, corrispondente a quello perseguito dalla *Saldotheorie*.

Semmai un profilo di iniquità può ravvisarsi nella sfasatura temporale tra i momenti di accertamento ed adempimento delle due obbligazioni restitutorie nell'ipotesi in cui la parte convenuta in una causa di caducazione del contratto e restituzione della prestazione ricevuta, non proponga a sua volta una domanda di

ripetizione della prestazione eseguita o di pagamento dell'indennizzo ex art. 2041 c.c., dovendo instaurare una nuova causa a tal fine.

Ma in questa prospettiva il problema diviene prettamente processuale e involge la questione della rilevabilità d'ufficio delle obbligazioni restitutorie, una volta accertata la caducazione del contratto.

Sul punto la giurisprudenza, facendo propria un'autorevole tesi dottrinale sostenuta agli inizi del '900, ha sempre sottolineato l'autonomia dell'azione restitutoria rispetto a quella caducatoria, evidenziando la diversa *causa petendi* della prima rispetto alla seconda, in quanto fondata non già sul contratto caducato, ma in opposizione ad esso. Su questa premessa, in particolare, la giurisprudenza, evidenziando anche la mancanza nel nostro ordinamento di previsioni circa l'automaticità del sistema restitutorio (a differenza di quanto previsto in altri ordinamenti) e la rispondenza del meccanismo restitutorio agli interessi privati delle parti (alla cui autonomia è quindi rimessa la scelta se azionarne o meno gli effetti), è pervenuta più volte alla conclusione che "in materia contrattuale, pur essendo l'obbligo di restituzione della prestazione un effetto naturale della risoluzione del contratto, non di meno sul piano processuale è necessario che la parte proponga specifica domanda ai fini di detti effetti restitutori" (così Cass. 2652/09, v. anche Cass. nn. 7829/03, 20257/05, 2439/06).

Questa conclusione, però, ferma restando la correttezza dell'assunto di partenza (ovvero l'autonomia dell'azione di ripetizione rispetto all'azione di risoluzione e l'esclusione dell'automaticità degli effetti restitutori) merita di essere rivista, o meglio adattata a seconda della fattispecie dedotta nei singoli giudizi.

In particolare, nel caso (corrispondente a quello dedotto nel presente giudizio) in cui una parte agisca in giudizio per ottenere la caducazione del contratto e la ripetizione della propria prestazione e il convenuto si limiti a contestare la fondatezza della domanda di risoluzione e della conseguente domanda restitutoria, ma non proponga a sua volta una domanda subordinata di ripetizione della propria prestazione, non sembrano ravvisabili ragioni idonee ad escludere la rilevabilità d'ufficio del credito restitutorio del convenuto (purché, ovviamente, le allegazioni delle parti consentano di individuarne i presupposti costitutivi ed il contenuto).

In questo caso infatti, gli effetti restitutori conseguenti alla caducazione del contratto entrano nel *thema decidendum* per effetto della specifica domanda dell'attore e nella manifestazione di volontà del convenuto di consolidare i vantaggi economici derivanti dal contratto (per effetto dell'opposizione alla domanda di risoluzione e alla domanda restitutoria della controparte) può ritenersi implicita (salvo che sia espressamente esclusa) la volontà di conseguire quanto meno i minori vantaggi economici derivanti dal meccanismo restitutorio conseguente alla risoluzione di quel contratto (ferma restando la diversa *causa petendi* dei due crediti).

Pertanto, il rilievo d'ufficio del credito restitutorio del convenuto non sembra porsi in contrasto con il principio dell'esclusione dell'automaticità degli effetti restitutori né con quello del rispetto dell'autonomia delle parti nella scelta se azionare o meno i rimedi restitutori.

Con la tesi esposta non si vuole arrivare alla conclusione della ravvisabilità di una domanda riconvenzionale condizionata di ripetizione, implicita nella difesa oppositiva alla domanda restitutoria

della controparte, ma si vuole semplicemente sostenere che in una simile fattispecie il credito restitutorio del convenuto è rilevabile d'ufficio per determinare l'effettiva entità del credito restitutorio dell'attore, oggetto di specifica domanda.

Più precisamente, la tesi esposta trova fondamento sul punto nel consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità (rispondente, tra l'altro, ad esigenze di equità e di economia dei giudizi, ossia quelle stesse esigenze che giustificano l'affermazione della corrispettività dei diritti restitutori), secondo cui, qualora sia chiesto in giudizio il pagamento di un credito e dalle reciproche allegazioni delle parti emerga l'esistenza di un debito dell'attore nei confronti del convenuto derivante dallo stesso rapporto, il giudice può procedere, anche in difetto di una specifica eccezione di parte o della proposizione di un'autonoma domanda riconvenzionale, ad una compensazione "atecnica" o "impropria", ossia ad un accertamento contabile delle reciproche pretese con la funzione di determinare il saldo del rapporto di dare avere sussistente tra le parti (v., da ultimo, Cass. n. 7624/10).

E' pur vero che l'orientamento in questione è stato affermato quasi esclusivamente in caso di crediti derivanti da un unico rapporto contrattuale e che, secondo la puntualizzazione contenuta in alcune sentenze (v. per tutte Cass. SU 775/99), l'operatività di questo meccanismo dovrebbe ritenersi limitata alle ipotesi in cui i crediti derivanti dall'identico rapporto siano legati da un "vincolo di corrispettività".

Ma, sotto il primo profilo, è sufficiente evidenziare che il richiamo del medesimo "rapporto" nelle sentenze in esame deve ritenersi riferito alla medesima fonte (intesa in senso ampio) di

entrambe le obbligazioni, per cui sembra sostenibile l'applicabilità (estensiva) di tale orientamento anche alle obbligazioni restitutorie conseguenti allo stesso contratto caducato, in quanto si caratterizzano per un comune meccanismo di derivazione giuridica, posto che l'accertamento giudiziale della caducazione rappresenta per esse un comune presupposto necessario (pur non costituendone la fonte in senso tecnico).

Peraltro, la giurisprudenza di legittimità è già pervenuta a questa conclusione (applicabilità del meccanismo della compensazione atecnica alle obbligazioni restitutorie), sia pure in casi isolati (v. Cass. n. 2943/80 e n. 20324/04), valorizzando la possibilità di ricondurre le obbligazioni restitutorie derivanti da un contratto caducato ad un comune "rapporto giuridico complesso".

Sotto il secondo profilo, invece, va in primo luogo evidenziato che l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità, anche dopo la pronuncia del 1999, ha continuato ad affermare l'applicabilità generalizzata del meccanismo della compensazione atecnica alle obbligazioni derivanti dal medesimo rapporto, senza attribuire alcuna rilevanza alla configurabilità o meno di un vincolo di corrispettività tra le obbligazioni stesse (v., tra le altre, Cass. nn. 15796/09, 5024/09, 28855/08, 3628/07, 16349/07, 20324/04, 11943/02, 16561/02).

In secondo luogo va rilevato che l'orientamento espresso dalla pronuncia del 1999 muove dall'esigenza di evitare un ampliamento eccessivo della compensazione atecnica al fine di eludere, in modo ingiustificato, l'applicazione delle disposizioni processuali e sostanziali relative alla compensazione tecnica (v. in particolare Cass. n. 12327/05) e si basa sul tenore dell'art. 1241 c.c. (che non contiene

alcun riferimento alla diversità di titoli) e su di un'interpretazione ragionevole dell'art. 1246 c.c. (che, nel far riferimento alla pluralità di titoli, non esclude l'applicabilità dell'istituto ai crediti derivanti dallo stesso titolo). Orbene, se appare condivisibile il rilievo del carattere non decisivo della formulazione delle disposizioni in esame (non solo dell'art. 1246, ma anche dell'art. 1241), meno convincente appare l'ulteriore argomento, in quanto: a) l'applicazione estensiva della compensazione atecnica (anche alle obbligazioni derivanti dallo stesso rapporto non legate da corrispettività) non è affatto ingiustificata, ma come evidenziato, risponde ad esigenze di equità (*rectius*: giusto processo) e di economia dei giudizi; b) per converso è proprio la disciplina della compensazione tecnica a dover essere applicata in modo restrittivo, in quanto contiene elementi di eccezionalità, prima tra tutti la preclusione del rilievo d'ufficio prevista dall'art. 1242 c.c. a fronte della regola generale della rilevabilità d'ufficio delle fattispecie estintive dell'obbligazione (v. Cass. n. 8527/09 e Cass. n. 6350/10).

Né, infine, un ostacolo all'applicabilità della compensazione atecnica può essere riscontrato nelle ipotesi in cui il credito del convenuto non sia restitutorio in senso proprio, ma indennitario ex art. 2041 c.c., posto che l'orientamento di legittimità su richiamato ne ha più volte affermato l'operatività anche nel caso in cui il credito del convenuto sia risarcitorio (v., tra le altre, Cass. 28855/08).

Ciò posto, e considerato che nella fattispecie in esame la prestazione del convenuto, e quindi l'oggetto del corrispondente credito restitutorio, ha formato oggetto delle reciproche allegazioni delle parti, può procedersi al rilievo d'ufficio di tale credito e alla

conseguente compensazione atecnica con il credito restitutorio degli attori, oggetto di specifica domanda.

Più precisamente, considerato che la prestazione del convenuto non è ripetibile per equivalente monetario, in quanto priva un valore di mercato (per le considerazioni già esposte), il suo credito va determinato ai sensi dell'art. 2041 c.c., facendo riferimento al risparmio di spesa che gli attori conseguono per effetto della ritenzione dell'opera viziata.

Questo risparmio di spesa in particolare può essere individuato nella differenza tra la somma che avrebbero dovuto pagare alla convenuta (€ 83.527,96) nel caso in cui l'opera fosse stata eseguita a regola d'arte, somma da ritenersi corrispondente ai valori di mercato di quel tipo di opera in mancanza di diverse allegazioni delle parti, e la somma necessaria in concreto per il conseguimento della piena funzionalità dell'opera consegnata dalla convenuta (€50.222,95, come accertato dal CTU), e quindi nell'importo di € 33.305,01.

Pertanto, considerato che il credito restitutorio degli attori è pari ad € 52.678,60, ed operata la compensazione atecnica dei due crediti, si perviene ad un importo € 19373,19 in favore degli attori.

Quindi, la domanda restitutoria degli attori va accolta limitatamente all'importo su indicato, oltre interessi legali dalla domanda al saldo.

Ovviamente, tale risultato non si allontana molto da quello cui si perviene applicando il principio di corrispettività alle obbligazioni risarcitorie o considerando il prezzo pagato in esecuzione di un contratto risolto come un danno da esborso inutile, ma è proprio questo l'obiettivo perseguito con la ricostruzione sostenuta per le ragioni equitative più volte richiamate.

La considerazione della spesa necessaria per le riparazioni nella determinazione degli effetti restitutori esclude che la stessa possa anche essere considerata come un danno risarcibile. Pertanto, considerato che gli attori non hanno provato ulteriori vici di danno, la domanda risarcitoria proposta con l'atto di citazione deve giudicarsi infondata e va rigettata.

Le spese di lite (incluse quelle relative all'accertamento tecnico espletato *ante causam*) seguono la soccombenza e vanno quindi poste a carico della convenuta nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sulle domande proposte da
, nei confronti della ditta
, con atto di citazione notificato il 20.12.05, e sulla domanda riconvenzionale proposta dalla convenuta nella comparsa di costituzione e risposta, così provvede:

1. dichiara la risoluzione per inadempimento della convenute del contratto di appalto stipulato dalle parti in data 04.04.2001;
2. condanna la Impresa Edile a pagare in favore di , in solido, la somma di € 19373,19, oltre interessi legali dalla domanda al saldo;
3. rigetta le ulteriori domande delle parti;
4. condanna la Impresa Edile a rimborsare a , in solido, le spese di lite che liquida in complessivi € , di cui €

per spese ed € per diritti, oltre a rimborso forfettario, IVA, se dovuta, e CPA;

5. pone le spese della CTU espletata nel procedimento per accertamento tecnico preventivo dall'ing. e le spese della CTU espletata nel corso del giudizio dall'ing.

definitivamente a carico della Impresa Edile

e quindi la condanna a rimborsare a

le somme anticipate ai

due CCTUU.

Verona,

Il Giudice

dott. Pier Paolo Lanni