

Cass. civ. Sez. II, 28-10-2004, n. 20869

Fatto Diritto P.Q.M.

AVVOCATO E PROCURATORE Responsabilità professionale
DANNI IN MATERIA CIV. E PEN. Danno in genere
SPESE GIUDIZIALI CIV. Responsabilità processuale aggravata in genere

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE SECONDA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CALFAPIETRA Vincenzo -Presidente

Dott. NAPOLETANO Giandonato -Consigliere

Dott. BOGNANNI Salvatore -rel. Consigliere

Dott. TROMBETTA Francesca -Consigliere

Dott. TRECAPELLI Giancarlo -Consigliere

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

PEPE ROSARIO, (deceduto) e per esso gli eredi: FIACCHETTI AMELIA ELVIRA, PEPE ANTONELLA, PEPE FRANCESCO, PEPE MASSIMO, elettivamente domiciliato in ROMA VIA OSLAVIA 30, presso lo studio dell'avvocato ALBERTO DENTE, che lo difende unitamente all'avvocato FALCETTA ROBERTO, (manca procura notarile) giusta delega in atti;

-ricorrenti -

contro

D'AMICO SERAFINA;

-intimata-

e sul 2[^] ricorso n. 26699/01 proposto da:

D'AMICO SERAFINA, elettivamente domiciliata in ROMA VIA CICERONE 28, presso lo studio dell'avvocato GIOVANNA PANSINI, che la difende, giusta delega in atti;

-controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

PEPE ROSARIO (deceduto) e per esso gli eredi;

-intimato -

avverso la sentenza n. 584/00 della Corte d'Appello di PALERMO, depositata il 26/06/00;

udita la relazione della causa svolta nella Pubblica udienza del 23/06/04 dal Consigliere Dott. Salvatore BOGNANNI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. GAMBARDELLA Vincenzo che ha concluso per rigetto ricorso principale, accoglimento ricorso incidentale.

Svolgimento del processo

Con atto di citazione notificato il 4 dicembre 1992 D'Amico Serafina espose quanto segue: su ricorso del proprietario confinante Malpede Gennaro, il Pretore di Monreale, con provvedimento del 27 gennaio 1983, le aveva ordinato di sospendere i lavori di costruzione di un edificio sul proprio fondo sito in via Provinciale di Pioppo, rimettendo poi le parti davanti al Tribunale competente per valore;

il Tribunale, davanti al quale la causa era stata riassunta, aveva rigettato la domanda proposta da Malpede tendente alla demolizione della nuova costruzione, con sentenza del 24 gennaio 1985; in entrambi i giudizi ella era stata difesa dall'avv. Rosario Pepe, il quale dopo la sentenza, aveva agito contro Malpede per ottenere il risarcimento dei danni conseguiti alla sospensione dei lavori incautamente richiesta e revocata dal Tribunale; il Tribunale di Palermo, però, con sentenza dell'11 febbraio 1989, poi confermata in appello e passata in giudicato, aveva dichiarato inammissibile la domanda risarcitoria da lei formulata e l'aveva condannata alle spese affermando che essa trovava la propria esclusiva disciplina nell'art. 96 c.p.c. e pertanto non poteva essere proposta ad un giudice diverso da quello che aveva deciso la causa di merito; pertanto, dopo avere tutto ciò premesso, col predetto atto la D'Amico citò in giudizio davanti al Tribunale di Palermo l'avv. Pepe e chiese che fosse accertata la sua responsabilità per l'opera professionale prestata in modo negligente e che lo stesso fosse condannato al risarcimento dei danni cagionatili, pari a 25 milioni di lire, oltre a 5 milioni e 500 mila lire che aveva dovuto pagare al Malpede come spese di giudizio.

Nel costituirsi in giudizio l'avv. Pepe contestò la domanda e ne chiese il rigetto.

Con sentenza in data 25 novembre 1996 il Tribunale rigettò la domanda attorea.

A seguito dell'impugnazione proposta dalla D'Amico il contraddittorio tra le parti si instaurò nuovamente davanti alla Corte d'appello di Palermo la quale, con sentenza in data 26 giugno 2000, accolse in parte l'appello e, in parziale riforma della decisione di primo grado, condannò l'avv. Pepe a pagare alla D'Amico la somma di 5 milioni e cinquecentomila lire da costei versate a suo tempo al Malpede, con gli interessi legali e la rifusione parziale delle spese di giudizio.

Affermò la Corte d'appello nella sua decisione che l'avv. Pepe era certamente incorso in responsabilità dato che il risarcimento per responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c. può essere chiesto soltanto al giudice investito della cognizione della causa di merito;

tuttavia non vi erano elementi certi per ritenere che, se quella domanda ex art. 96 c.p.c. fosse stata ritualmente proposta, essa sarebbe stata accolta, dato che mancava completamente la prova -il cui onere era a carico di D'Amico -che in quel processo Malpede avesse agito senza la normale prudenza, condizione indefettibile per la pronunzia di risarcimento ex art. 96. Sussisteva invece la responsabilità dell'avv. Pepe in ordine al pagamento delle spese di giudizio che D'Amico aveva dovuto effettuare a favore di Malpede a seguito del giudizio, da lei autonomamente instaurato, per chiedere i danni, giudizio conclusosi con la dichiarazione di inammissibilità della sua domanda in 1° e 2° grado.

Contro la sentenza l'avv. Pepe ha proposto ricorso per Cassazione e formulato due motivi d'impugnazione.

D'Amico Serafina ha depositato controricorso e proposto ricorso incidentale sulla base di un solo motivo, poi illustrato con memoria.

Con atto intestato "comparsa di costituzione di nuovo procuratore" Fiacchetti Amelia nonchè Pepe Antonella, Francesco e Massimo hanno dichiarato che l'avv. Pepe era deceduto dopo la proposizione del ricorso per Cassazione e che essi, in qualità di eredi, si costituivano in giudizio per mezzo di un nuovo difensore, come da procura speciale in calce al predetto atto.

Motivi della decisione

I due ricorsi proposti contro la stessa sentenza sono stati preliminarmente riuniti a norma dell'art. 335 c.p.c..

Va innanzi tutto rilevata l'irritualità della "costituzione" degli eredi Pepe in considerazione sia dell'inapplicabilità nel giudizio di legittimità dell'istituto dell'interruzione, sia della totale mancanza di prova della morte dell'avv. Pepe e della qualità di (unici) eredi dei soggetti che tali si dichiarano, sia della mancanza di forma notarile alla procura in calce al predetto atto rilasciata all'avv. Falletta.

1) Col primo motivo del ricorso principale l'avv. Pepe denuncia violazione degli artt. 2043 c.c. e 96 co. 2 c.p.c. -Sostiene che la Corte d'appello ha errato quando ha disatteso la sua tesi (fondata su Cass. 3 dicembre 1981 n. 6407) secondo cui è possibile esercitare l'azione ex 96 c.p.c. quando, per ragioni attinenti alla stessa struttura del processo, non sussista la possibilità di chiedere la tutela in base alla predetta norma innanzi allo stesso giudice investito della causa di merito; afferma che, infatti, proprio per tale ragione, attinente alla struttura del processo, egli non poteva chiedere i danni ex art. 96 c.p.c. in sede cautelare o in sede di riassunzione davanti al Tribunale; in tale sede egli avrebbe potuto conseguire solo una condanna del Malpede ai danni liquidati in via equitativa, liquidazione che non avrebbe certamente soddisfatto la D'Amico che aveva subito danni ben più consistenti per la sospensione dei lavori protrattasi per due anni consecutivi; era necessario, invece, proporre una domanda in separata sede allo scopo di accertare, con opportuna consulenza tecnica d'ufficio, l'ammontare esatto dei danni subiti; inoltre, una domanda di danni ex art. 96 c.p.c. avrebbe comportato un prolungamento del giudizio, in contrasto con la necessità di conseguire al più presto la revoca dell'ordine di sospensione dei lavori; infine, era stato necessario chiedere in via autonoma il risarcimento dei danni ex 2043 c.c. perchè questa norma ha un più ampio raggio d'azione rispetto a quella di cui all'art. 96 c.p.c.; aveva errato anche il Pretore allorchè, nel disporre la sospensione dei lavori, non aveva imposto a Malpede una cauzione ed ha errato quindi la CA quando ha ritenuto non applicabile al caso di specie l'art. 2043 c.c..

La doglianza è infondata.

Come risulta dalla sentenza impugnata, la CA - premesso che ai fini dell'accertamento dell'inadempimento di un avvocato in ordine alle obbligazioni derivanti dal contratto d'opera professionale stipulato col cliente, il comportamento del legale deve essere valutato alla stregua di un criterio di diligenza imposta ad un professionista di media preparazione ed attenzione, sempre che l'incarico affidatogli non involga la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà -ha ritenuto che non vi fossero elementi certi per ritenere che, se fosse stata proposta nel giudizio conclusosi con il rigetto della domanda di demolizione formulata da Malpede, la domanda di danni

sarebbe stata accolta, perchè mancava completamente la prova -il cui onere era a carico della D'Amico - che in quel processo Malpede avesse agito senza la normale prudenza (condizione indefettibile per l'applicazione della norma ex art. 96 co. 2 c.p.c);

per tale ragione non era possibile ravvisare alcun inadempimento nel comportamento del difensore.

Dalla motivazione ora riassunta consegue che, mancando su questo punto la soccombenza - presupposto indefettibile per la proposizione dell'impugnazione -il motivo di ricorso va rigettato per difetto di interesse per quella parte che attiene alla mancata proposizione della domanda di danni per lite temeraria davanti al Tribunale in sede di riassunzione della causa precedentemente instaurata davanti al Pretore.

Inoltre, come risulta dalla lettura della decisione impugnata, la Corte d'appello ha ravvisato una responsabilità dell'avvocato nel fatto di avere instaurato ex novo un autonomo giudizio davanti al Tribunale per chiedere la condanna di Malpede al risarcimento dei danni derivati alla D'Amico dalla sospensione dei lavori di costruzione; domanda che sia il Tribunale sia la Corte d'appello avevano dichiarato inammissibile perchè rientrante nella competenza esclusiva ed inderogabile del giudice investito del merito della causa a cui i danni si riferivano e quindi non proponibile in un separato giudizio.

In quella sede sia il Tribunale che la CA qualificarono quella proposta dalla D'Amico come domanda di danni per lite temeraria ex art. 96 co. 2 c.p.c. e la decisione su questo punto, costituente legittimo esercizio da parte del giudice del potere di qualificazione della domanda mediante attribuzione alla stessa del suo esatto nomen juris (alla sola condizione, che però non ricorre nel caso di specie, che ciò non implichi mutamento dei fatti su cui la domanda si fonda) non può formare oggetto di riesame, dato che è contenuta in una sentenza ormai definitiva, che poteva essere censurata solo se tempestivamente impugnata con ricorso per Cassazione.

Deve rilevarsi, comunque, che la tesi difensiva del ricorrente (basata sulla giurisprudenza di cui alla sent. 3 dicembre 1981 n. 6407, cui possono aggiungersi Cass. 11 febbraio 1988 n. 1473 e Cass. 18 febbraio 2000 n. 1861) non è applicabile nella specie, dato che le citate massime si riferiscono al caso in cui all'esecuzione di un provvedimento cautelare non abbia fatto seguito l'instaurazione di un giudizio nel quale la controparte potesse inserire la pretesa risarcitoria ex art. 96 c.p.c.: solo in tale caso (o in quello analogo di cui alla più recente massima) il soggetto passivo del sequestro può far valere la responsabilità del sequestrante a norma dell'art. 96 c.p.c. in separato ed autonomo giudizio.

Il motivo di ricorso si risolve per il resto nella mera prospettazione delle proprie tesi difensive e nell'indiretta inammissibile richiesta d'una più favorevole decisione di merito, per cui esso va disatteso perchè infondato.

2) Col secondo motivo il ricorrente denuncia difetto di motivazione su un punto decisivo della controversia, dato dal fatto che la domanda di responsabilità contro il Malpede era stata voluta dalla D'Amico e dai suoi familiari, i quali avevano consegnato ad esso difensore una relazione del loro tecnico di fiducia.

Anche questo motivo è infondato.

Innanzitutto il ricorrente non indica da quale prova ritualmente assunta nel corso del giudizio la circostanza del consenso della cliente risulti dimostrata, sicchè la sua affermazione, contenuta nelle conclusioni precisate in secondo grado e riportate nell'epigrafe della sentenza impugnata, devono considerarsi alla stregua d'una mera tesi difensiva che il giudice di merito non è tenuto ad esaminare espressamente e può pertanto considerarsi disattesa per incompatibilità con la decisione adottata.

In secondo luogo l'omissione è del tutto irrilevante, nel senso che l'esame della circostanza -se provata -non avrebbe certamente condotto ad una decisione diversa da quella adottata.

Infatti questa Corte Suprema ha già avuto modo di affermare (con sent. 18 maggio 1988 n. 3463,

che si condivide e qui si conferma) che la responsabilità professionale dell'avvocato, la cui obbligazione è di mezzi e non di risultato, presuppone la violazione del dovere di quella diligenza media esigibile a norma dell'art. 1176 co. 2 c.c., la quale violazione, ove consista nell'adozione di mezzi difensivi pregiudizievoli al cliente, non è nè esclusa nè ridotta per la circostanza che l'adozione di tali mezzi sia stata sollecitata dal cliente stesso, essendo compito esclusivo del legale la scelta della linea tecnica da seguire nella prestazione dell'attività professionale.

Il ricorso, in conclusione, è infondato nella sua interezza e va pertanto rigettato.

3) Con l'unico motivo a sostegno del ricorso incidentale, la D'Amico denuncia omessa pronunzia su un'ulteriore voce di danno, costituita dalle spese, competenze ed onorari dei due gradi del giudizio di risarcimento instaurato contro il Malpede e conclusosi con la sentenza di inammissibilità, da lei pagati al proprio difensore avv. Pepe.

Il motivo è infondato.

Dalla lettura delle conclusioni della D'Amico riportate nell'epigrafe della sentenza impugnata non risulta una domanda dal contenuto precisato nel motivo in esame, nè la ricorrente incidentale indica in quale atto difensivo o verbale di causa la domanda in questione sia stata proposta sottoponendola al contraddittorio con l'avversario in modo da far sorgere per il giudice di merito il dovere di pronunziarsi su di essa.

Non ricorrendo il denunciato vizio di omessa pronunzia, il ricorso incidentale va rigettato.

4) Ricorrono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.O.M.

La Corte riuniti i ricorsi li rigetta e compensa le spese.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Seconda Civile, il 23 giugno 2004.

Depositato in Cancelleria il 28 ottobre 2004
