Cassazione civile sez. II - 20/08/1993, n. 8799. Pres. Girone. Est. Santilli.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 29.6.84 il notaio dott. Roberto M. - premesso che i sigg. Pietro e Carlo R. non gli avevano corrisposto l'onorario di L. 5.319.650 per l'opera professionale da lui prestata in loro favore per la redazione di quattro atti pubblici - li convenne davanti al Tribunale di Perugia chiedendo la loro condanna al pagamento della somma sopra indicata, con interessi e spese.

Costituendosi, i convenuti eccepirono che il notaio aveva errato la redazione dell'atto di divisione la cui formazione era stata a lui commessa, avendo trascurato che i beni, secondo quanto disposto dalla donazione per atto del notaio T. 18.12.52, da cui provenivano, avrebbero dovuto essere attribuiti per un terzo a Carlo e Pietro R., quali figli del defunto donatario Giuseppe R., per un altro terzo a Marisa R., figlia del defunto donatario Adriano R., e per il restante terzo ad Antonello, Massimo e Marco R., quali figli del defunto donatario Giuseppe R., nonché ai figli nascituri di quest'ultimo, onde all'atto avrebbero dovuto partecipare, previa autorizzazione del giudice tutelare, anche i predetti nascituri nella persona del padre che li rappresentava; che, dovendo i beni a loro assegnati nella divisione costituire garanzia ipotecaria di un prestito da loro richiesto al Medio Credito regionale, il notaio dell'ente, in conseguenza della cennata omissione, si era rifiutato di redigere l'atto di iscrizione di ipoteca, con

la conseguenza che la concessione del prestito era stata rinviata fino alla presentazione di atto di divisione privo della cennata omissione, che essi convenuti avevano fatto stendere a diverso professionista. Chiesero pertanto il rigetto della domanda attrice e dispiegarono domanda riconvenzionale per il risarcimento dei danni da essi subiti in conseguenza del ritardo nella concessione del prestito.

Con sentenza 17.10.86 l'adito tribunale accolse la domanda del M. e respinse la riconvenzionale contro di lui proposta, osservando che non era stata fornita prova nè della colpa del notaio, nè del danno che si assumeva derivato dall'errore nella redazione dell'atto, e che comunque era risultato che il professionista si era offerto di provvedere gratuitamente alla correzione del rogito.

Proposta impugnazione da parte dei R., la Corte d'Appello di Perugia con sentenza 22.2.89, pur ritenendo che il M. fosse incorso in errore, redigendo l'atto di divisione dei beni donati senza preoccuparsi della necessaria partecipazione ad essa dei figli nascituri di Mario R., ed altresì che tale errore fosse attribuibile e colpa del professionista, affermò peraltro, da un lato, che l'atto non conteneva nei confronti di Pietro e Carlo R. un'attribuzione di quota diversa da quella loro spettante, posto che l'omissione riguardava i rapporti all'interno della discendenza di Adriano R., e, dall'altro, che l'atto stipulato senza la partecipazione dei genitori in rappresentanza dei figli nascituri e senza l'autorizzazione del giudice tutelare, in violazione dell'art. 320-3 c.c, non era comunque nè nullo, nè inefficace, ma soltanto annullabile ad istanza del genitore esercente la patria potestà sul figlio minore, del figlio e dei suoi aventi causa, onde dalla prestazione difettosa

dell'opera del professionista non era derivato danno. A tale proposito la stessa corte rilevò, per un verso, che il lamentato pregiudizio (esborso per la rettifica dell'atto e pagamento di interessi passivi in attesa della concessione del mutuo) non era ricollegabile all'errore del notaio, che inoltre si era messo a disposizione dei clienti per la correzione gratuita dell'atto, mentre i R. si erano a torto rifiutati di valersi dell'opera del dott. M., rinunciando così all'esercizio dei diritti loro riconosciuti in caso di difetti o difformità dell'opera; e, per un altro verso, che i R. non avevano dato la dimostrazione dell'esborso per l'atto di rettifica, nè delle esposizioni bancarie cui asserivano di aver soggiaciuto per il ritardo nella erogazione del prestito, non essendo ammissibili le prove da loro dedotte al riguardo, concernendo i relativi capitoli giudizi o circostanze irrilevanti o comunque già acquisite al processo.

Hanno proposto ricorso per cassazione Pietro e Carlo R. con atto notificato il 18.12.89; mentre l'intimato vi resiste con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con un primo motivo si denuncia la contraddittorietà della motivazione della sentenza impugnata per aver la corte accolto la domanda dell'attore e respinto la riconvenzionale, non in coerenza con l'affermazione che il notaio, in quanto tenuto a tradurre la volontà dei contraenti nello strumento tecnicamente più idoneo al conseguimento del risultato da essi ripromessosi e ad adoperarsi a tal fine con la diligenza e la perizia di un professionista avveduto, era venuto meno alla diligenza da lui dovuta, redigendo - in una

situazione non implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà - un atto di divisione senza la doverosa ed autorizzata partecipazione di nascituri di Mario R., nella persona del medesimo; e per avere ritenuto che mancava un danno riconducibile a tale difettosa prestazione, non tenendo conto che il notaio del Mediocredito aveva ragione di non iscrivere l'ipoteca, essendo la garanzia prestata inidonea in quanto basata su titolo annullabile.

La censura non è fondata. Tra le ragioni che la corte di merito ha esposto a sostegno della statuizione di rigetto della riconvenzionale, c'è comunque il rilievo della carenza di ogni prova della sussistenza di un danno subito dal Ferrari in conseguenza della difettosa prestazione professionale compiuta dal notaio, rilievo che è esaustivamente inidonea da solo a giustificare l'impugnata decisione. Infatti, poiché la detta riconvenzionale era diretta ad ottenere non una sentenza di condanna generica, che presuppone il solo accertamento della potenziale idoneità lesiva del fatto generatore della responsabilità fatta valere in giudizio, ma una decisione concernente anche il quantum debeatur, il difetto di prova delle conseguenze pregiudizievoli dell'illecito (nella specie imperfetto adempimento di obbligazione contrattuale), che costituiscono il contenuto del petitum, comporta il rigetto della domanda al risarcimento del danno. Orbene, non essendo stata investita tale assorbente argomentazione da alcuna osservazione critica da parte dei ricorrenti, a nulla rilevano le doglianze in ordine alle ulteriori, ma puramente additive, considerazioni che la stessa corte d'appello ha ritenuto di dover formulare a sostegno della sua statuizione.

Con un secondo mezzo si denuncia la violazione degli artt. 2043, 2230, 2226-3 e 1668-1 c.c.; secondo i ricorrenti infatti il danno causato dal notaio sarebbe stato comunque risarcibile ex art. 2043 c.c; inoltre sarebbe stato del tutto erroneo il riferimento all'art. 2226 c.c.; non applicabile al contratto di opera professionale; infine, il compenso non sarebbe stato comunque dovuto pur essere mancata una prestazione professionale utilizzabile da parte del notaio, non avendo al riguardo rilievo il fatto che lo stesso si fosse offerto di procedere gratuitamente alla integrazione dell'atto, non avendo gli attuali ricorrenti alcuna obbligazione di servirsi del professionista una volta venuto meno l'indispensabile rapporto di fiducia con lui.

Il primo profilo della censura è privo di pregio. Invero, la mancata prova del danno conduce necessariamente, come si è rilevato nella disamina del precedente motivo d'impugnazione, al rigetto della domanda di risarcimento, qualunque sia il titolo che si faccia valere a suo fondamento. Questa corte, peraltro non può esimersi dal rilevare, avendo i signori R. fatto valere, come si è sopra osservato, la responsabilità del notaio per la difettosa prestazione prevista nell'obbligazione da lui assunta nel contratto di opera professionale con essi intercorso, che appare del tutto estranea alla domanda ogni prospettazione di una pretesa responsabilità del professionista ex art. 2043 c.c; attesta la diversità della causa petendi ad essa soggiacente, e di cui, comunque, sarebbe assai arduo individuare i presupposti, a cominciare dalla violazione del dovere del neminem ledere, che costituisce la necessaria premessa dell'obbligazione aquiliana.

Sgombrato pertanto il campo da tale problema, si deve osservare che, avendo la stessa corte di appello riconosciuto che il notaio era venuto meno all'ordinaria diligenza nell'espletamento dell'opera professionale commessagli, redigendo con atto (non implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, onde la sua responsabilità prescindeva dalla sussistenza di una colpa grave) che si era rivelato inidoneo al conseguimento della sua finalità, non era coerente con tale premessa l'affermazione che i R. avrebbero dovuto ugualmente corrispondere l'onorario richiesto.

Al riguardo, va peraltro precisato che la corte di merito non ha qualificato esattamente l'imperfezione inficiante l'atto di divisione, che non dà luogo alla sua annullabilità, come si è erroneamente affermato nell'impugnata sentenza; infatti, essendo consistito l'errore del notaio nell'aver rogato l'atto di divisione non nel difetto della prescritta autorizzazione dell'autorità giudiziaria di cui all'art. 732 c.p.c. - il che presupponeva che i nascituri fossero stati parti della divisione - ma nel mancato intervento, nella persona dei genitori (art. 320 c.c.), anche dei figli nascituri di persona vivente (Mario R.), anche a favore dei quali era stata posta in essere la donazione dei beni da dividere, si era così determinata una situazione comportante l'inefficacia dell'atto rispetto agli esclusi.

Ciò considerato continuando nella disamina del motivo di ricorso, va osservato che non può neppure condividersi l'assunto della corte di merito secondo cui l'atto, così come era rogato, non avrebbe comunque avuto ripercussioni nella sfera dei ricorrenti, posto che l'eventuale iniziativa dei legittimati a far valere il difetto avrebbe

determinato conseguenze solo all'interno della quota della stirpe di Mario R..

Invero, una volta che i nascituri avessero partecipato, come avrebbero dovuto, alla divisione, il previsto controllo giudiziale avrebbe potuto incidere nella ripartizione dei beni sia quantitativamente, nel caso che la parte attribuita nell'atto de quo ai figli di Mario R. fosse stata ritenuta non corrispondente alla loro quota ideale, sia qualitativamente, dando comunque luogo ad una diversa assegnazione dei beni stessi. Ne derivava che l'atto, per la sua inefficacia nei confronti degli esclusi, sia pur nascituri, era viziato da una radicale inidoneità a dare la certezza, ai terzi subacquirenti degli attuali ricorrenti, del trasferimento o della costituzione a loro favore dei diritti inerenti ai beni assegnati nella divisione ai loro danti causa.

Nè infine, all'offerta del notaio M. di provvedere gratuitamente alla redazione di un atto di divisione immune dalla imperfezione che lo inficiava, poteva attribuirsi efficacia sanante del suo inadempimento, come la corte territoriale pare avere opinato.

Essendo il contratto d'opera professionale ispirato ad un necessario rapporto di fiducia tra cliente e professionista (di cui sono anche espressione le norme di cui all'art 2235 c.c.), allorché questo viene meno giustificatamente per l'imperfetto adempimento della prestazione da parte del professionista, il cliente non è tenuto ad accettare una nuova prestazione in sostituzione di quella difettosa, ma ha diritto di rivolgersi ad altri per l'espletamento di quell'incarico che era stato malamente eseguito. Nè poi ha alcun fondamento la tesi, sia pure poco più che enunciata dal giudice di appello, secondo la

quale, ai sensi del comb. disp. degli artt. 2230, 2226 e 1668 c.c, i sigg. R., rinunciando a torto all'opera del dott. M., avevano con ciò rinunciato anche ai diritti loro riconosciuti in caso di difformità e di vizi della prestazione.

Invero, a prescindere da ogni altro rilievo sulla correttezza dell'interpretazione delle norme sul contratto d'opera e di appalto sottesa nell'affermazione contenuta nella sentenza - e che sarebbe del tutto fuori luogo in questa sede - sta di fatto che esse norme non possono essere applicabili sul contratto d'opera intellettuale, il cui risultato resta pur sempre un bene immateriale, anche quando si estrinsechi in un corpus fisicamente individuabile (costituendone, per cosi dire, il mero supporto), di guisa che in esso viene a mancare la realizzazione di un opus in senso materiale su cui siano sensibilmente percepibili le difformità e i vizi che vi fossero presenti (v. cass. 9 marzo 1985 n. 1917).

L'accoglimento, per quanto di ragione, del motivo comporta la cassazione della sentenza ed il rinvio davanti alla Corte d'appello di Roma, che all'accertato imperfetto adempimento dell'obbligazione gravante sul notaio, relativamente alla redazione dell'atto di divisione de quo, nell'ambito del rapporto di opera professionale intercorso con gli attuali ricorrenti, dovrà accertare, conformandosi agli enunciati principi di diritto, se e quale compenso spetta al predetto professionista.

P.Q.M.

rigetta il primo motivo ed accoglie il secondo per quanto di ragione; cassa l'impugnata sentenza e rinvia, anche per le spese, alla Corte d'appello di Roma.

Così deliberato il 3 dicembre 1992.