

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DI APPELLO DI NAPOLI
III SEZIONE CIVILE BIS

nella persona dei Magistrati:

| | |
|--------------------------|------------------|
| dott. Stefano Chiappetta | Presidente |
| dott. Erminia Baldini | Consigliere rel. |
| dott. Giorgio Sensale | Consigliere |

riuniti in Camera di Consiglio, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile n. 4483 R.G. dell'anno 2009 vertente

TRA

Cafaggi Giancarlo e Incos Ingegneria e Costruzioni srl, in persona dell'ing. Giancarlo Cafaggi, amministratore e legale rappresentante della stessa, con sede sociale in Napoli alla via Schipa n. 32, entrambi rappresentati e difesi dal Prof. Avv. Andrea Pisani Massamormile, presso il quale elettivamente domiciliato in Napoli, alla via Francesco Caracciolo n.10, in virtù di procura a margine dell'atto di appello;

Appellanti

E

l'Associazione Italo - Americana di Napoli "American Studies Center", in persona del legale rappresentante dott. Francesco Cappelli rappresentata e difesa dal prof. avv. Biagio Grasso, ed elettivamente domiciliata presso il suo studio sito in Napoli, alla via dei Mille n. 40, in virtù di procura a margine della comparsa di costituzione in appello;

Appellata

E

Avv.ti Antonio Scotti Galletta, Nicola Scotti Galletta e Marco Scotti Galletta con studio in Napoli, via Carducci n.18, rappresentati e difesi da se stessi;

Appellati

E

Prof. Avv. Raffaele Rascio, Avv. Lucio Militerni e Notaio Claudio Trinchillo;



Appellati contumaci

Conclusioni

Gli appellanti principali si sono riportati alle conclusioni dell'atto di appello ed alle memorie autorizzate in corso di causa.

L'Associazione si è riportata alle conclusioni della comparsa di costituzione.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto notificato il 10-11 novembre 2009 Cafaggi Giancarlo e la Incos Ingegneria e Costruzioni srl (in seguito Incos) hanno proposto appello avverso le sentenze n. 3455/05 e n. 9871/08 pronunciate dal Tribunale di Napoli rispettivamente in data 29.3.2005 e 26.9.2008.

L'atto di appello riporta in primo luogo lo svolgimento del processo della sentenza n.9871/08: <<<<Con atto di citazione notificato in data 16.05.2000, l'ing. Cafaggi. Giancarlo e la Incos s.r.l. (in seguito denominati anche "parte attrice" o "attori") convenivano in giudizio l'Associazione Italo Americana di Napoli (in seguito denominata anche "parte convenuta" o "convenuta") esponendo e deducendo quanto segue:

1. L'Associazione Italo Americana di Napoli, proprietaria di un immobile con un'antistante area di circa 2400 mq, sito in Napoli Via A. D'Isernia n. 36, identificato al NCT di Napoli alla partita 4541, foglio 91, p.lla 119, nel maggio 1995 incaricò l'ing. Cafaggi di eseguire uno studio di fattibilità tecnico-urbanistica, finalizzato alla costruzione di un parcheggio interrato su due livelli, per complessivi 64 posti auto. In base alla L. 122/89 (cd. Legge Tognoli) e alla delibera n. 327194 del Comune di Napoli i posti auto così costruiti dovevano divenire pertinenziali agli appartamenti nelle zone contigue e pertanto l'intenzione dell'Associazione era quella di alienarli ai proprietari delle abitazioni site in dette zone al prezzo di mercato.
2. . Dopo aver effettuato lo studio di cui al descritto incarico, l'ing. Cafaggi stipulava con l'Associazione un contratto preliminare in data 27.07.1995 in virtù del quale si obbligava per sé o per persona da nominare ad acquistare un diritto di superficie sul sottosuolo della suddetta area, dove l'impresa prescelta avrebbe realizzato un parcheggio su due livelli di complessivi 64 posti auto. In detto contratto veniva stabilito il prezzo del diritto di superficie in Lire 250.000.000, il cui pagamento sarebbe avvenuto mediante la compensazione con il costo di costruzione di 14 posti auto che l'Associazione si riservava in proprietà. Il diritto di superficie dei rimanenti 50 posti auto sarebbe divenuto dell'ing. Cafaggi o della società da egli indicata, che così avrebbero potuto alienarli ai proprietari degli appartamenti siti nelle vicinanze.



3. Il contratto era condizionato al rilascio della concessione edilizia che l'Associazione si obbligava a richiedere al Comune di Napoli, obbligandosi anche a proporre le impugnative necessarie in caso di diniego dell'Amministrazione. Tale condizione avrebbe dovuto verificarsi necessariamente entro il 30.06.1997, pur essendo riservato all'Associazione il diritto di prorogare tale termine.

4. Il contratto stabiliva che in caso di inefficacia dello stesso l'Associazione era obbligata a non utilizzare il progetto redatto dall'ing. Cafaggi, commettendo a terzi l'appalto per la realizzazione dell'opera.

5. Il contratto conteneva una clausola compromissoria per le controversie da esso derivanti a favore di un collegio arbitrale che avrebbe dovuto decidere in modo irrituale secondo equità.

6. A seguito dell'opera professionale espletata dall'ing. Cafaggi l'Associazione il 22.05.1996, invece di richiedere il rilascio della concessione edilizia, comunicò al Comune di Napoli la denuncia di inizio di attività ai sensi dell'art. 9 comma 7 d.l. n. 154/1990 con la quale dichiarava che l'11.06.1996 avrebbe iniziato la costruzione del parcheggio indicato nell'elaborato progettuale. Alla denuncia di inizio di attività presentata al Comune era allegato tra l'altro, l'atto di costituzione del vincolo pertinenziale autenticato dal notaio Naschi il 15.05.1996, con il quale il dott. Cappelli, presidente dell'Associazione convenuta, si impegnava a trasferire il diritto di



superficie sui posti auto da costruire direttamente ai proprietari delle unità immobiliari contigue, nonostante l'obbligo precedentemente assunto nei confronti dell'ing. Cafaggi.

7. Successivamente la convenuta continuò ad avvalersi dell'opera professionale dell'ing. Cafaggi. In particolare, nel giugno 1996, previa comunicazione al Servizio Fitosanitario regionale e verifica dello stato degli alberi soprastanti il piazzale ove doveva essere costruito il parcheggio, l'Associazione convenuta incaricò la Incos s.r.l., società designata in esecuzione del preliminare, della rimozione delle piante malate dal piazzale ove sarebbe sorto il parcheggio, per un costo di Lire 53.106.953 oltre Iva. Nel novembre 1996 l'Associazione conferì al Cafaggi delega per chiedere al Comando Provinciale VV.FF. di Napoli il parere sulla realizzazione del progetto di parcheggio predisposto dallo stesso professionista, parere che veniva rilasciato con esito favorevole il 10 dicembre successivo.

8. Nel marzo 1997 il Comune di Napoli diffidava l'Associazione a sospendere i lavori, ritenendo che le opere descritte dall'ing. Cafaggi non fossero iterabili giusta il decreto n. 154-96. Avverso tale decisione l'Associazione non proponeva impugnativa, né chiedeva concessione edilizia in sostituzione della denuncia respinta.

9. Il 6.05.1997 l'ing. Cafaggi depositava, su incarico dell'Associazione, richiesta di approvazione del progetto alla Soprintendenza ai beni artistici ed ambientali, la quale il 19.6.1997 esprimeva parere favorevole con prescrizioni.

10. Nel luglio 1997 l'Associazione, avvalendosi del professionista, formalizzò la promessa di vendita dei posti auto al prezzo di complessive Lire 3.769.000.000 circa, ai proprietari degli appartamenti dei fabbricati contigui, mediante la sottoscrizione degli atti di prenotazione e l'incasso degli anticipi. Nel giugno 1998 l'Associazione dava incarico ai notai Naschi e Trinchillo di predisporre i preliminari di costituzione dei diritti di superficie per i posti auto da costruire a favore dei proprietari degli appartamenti contigui che li avevano prenotati in precedenza.

11. Dato che il costruttore, contrariamente a quanto stabilito dal contratto preliminare di appalto, non avrebbe più acquisito il diritto di superficie su 50 posti auto, promessi agli utenti finali, venivano predisposte a favore della Incos diverse modalità di pagamento dell'appalto.

12. Con delibera del 4.6.1998 l'Associazione autorizzava il suo presidente a costituire i già promessi diritti di superficie a favore degli utenti finali secondo il progetto redatto dall'ing. Cafaggi nonché secondo le



successive modifiche, e ad incassare dagli acquirenti il prezzo di mercato, ciò che avveniva effettivamente nell'estate del 1998. In particolare, il progetto imprenditoriale veniva organizzato in modo che l'ente percepisse un guadagno netto del 22% del prezzo delle vendite, prezzo totale corrispondente a Lire 5.113.000.000 e che all'impresa venisse riconosciuto un importo pari al 78% del prezzo, vale a dire Lire 3.988.000.000 oltre Iva con cui la Incos avrebbe coperto i costi sostenuti e da sostenere per l'opera e avrebbe ottenuto il suo guadagno. Negli atti di prenotazione l'Associazione proponeva agli acquirenti il pagamento o mediante accollo di un mutuo edilizio che si impegnava a richiedere, o mediante successivi bonifici da eseguire su un conto corrente bancario intestato alla Incos, a firma congiunta del notaio dell'Associazione e dell'amministratore della società.

13. La Incos in seguito realizzava indagini geognostiche e geotecniche del sottosuolo, con un costo di Lire 32.000.000; individuava la quota e la posizione dei plinti di fondazione dell'edificio confinante, per accertare l'allocazione dei sottoservizi esistenti nell'area; rispondeva attraverso l'opera dell'ing. Cafaggi alla richiesta di informativa nel frattempo pervenuta da parte dei condomini confinanti. L'ing. Cafaggi, acquisiti i dati geotecnici e geognostici, redigeva una nuova relazione, apportava le modifiche necessarie al progetto esecutivo, dotato di calcoli statistici e capitolato speciale di appalto, e predisponeva un disciplinare di condominio.

14. Nel settembre 1998 la Incos ristrutturava la sede dell'Associazione, seguendo dei lavori per i quali la società restava ancora creditrice di Lire 71.592.056.

15. Contestualmente l'ing. Cafaggi otteneva il rilascio del certificato di destinazione urbanistica del terreno, accertava all'UTE di Napoli la situazione catastale per procedere al frazionamento del suolo e otteneva dai VV.FF. approvazione delle modifiche apportate al progetto.

16. In difformità rispetto al deliberato associativo, nel febbraio 1999, il dott. Cappelli incaricava il notaio Trinchillo di redigere un contratto costitutivo del diritto superficie a favore della Incos s.r.l. Il contratto era condizionato sospensivamente al rilascio della concessione. Lo stesso notaio predisponeva un secondo schema contrattuale, sempre condizionato al rilascio della concessione edilizia, con cui la Incos si obbligava alla vendita dei costituenti posti auto a favore di coloro che li avevano prenotati dall'Associazione. Con tali regolamenti l'Associazione intendeva liberarsi delle obbligazioni verso l'ing. Cafaggi, verso la Incos s.r.l. e verso i fruitori finali, nonché trasferire il rischio imprenditoriale del progetto all'appaltatrice, e tanto trovava



spiegazione nel fatto che nell'immobile e sull'antistante area di terreno di proprietà della convenuta erano stati commessi negli anni '60 abusi edilizi, consistenti nell'abbassamento della quota dell'area scoperta per consentire l'accesso ai locali terranei del fabbricato con mutamento della loro destinazione. Per tali abusi l'Associazione aveva richiesto condono edilizio senza aver tuttavia ancora ottenuto l'approvazione del Comune.

Deducevano gli attori che la circostanza era stata artatamente taciuta dall'Associazione in precedenza, e che successivamente il dott. Cappelli, consapevole di non poter ritardare ulteriormente il progetto in attesa della definizione della pratica, aveva incaricato il notaio Trinchillo di redigere i descritti contratti in modo da trasferire sulla Incos il rischio della mancata approvazione del condono e del mancato rilascio della concessione.

Gli attori deducevano altresì che il lodo arbitrale emesso dal collegio cui erano deferite, in virtù della clausola compromissoria, le controversie derivanti dal contratto preliminare sottoscritto il 27.07.1995, adito dall'attore stesso onde sentir decidere secondo equità su molteplici questioni, che aveva rigettato tutte le istanze dell'attore, era stato emesso sulla base di errori di fatto riconoscibili ed essenziali, ed era viziato da errori di decisione, invalidità, omissione di decisione, violazione del mandato, nullità per violazione della imparzialità del collegio.

L'ing. Cafaggi deduceva inoltre di avere diritto al compenso per le attività professionali prestate a favore dell'Associazione, nella misura di Lire 471.877.000 per la progettazione, oltre IVA, CPA, interessi e rivalutazione; di avere diritto alla somma di Lire 120.050.000 per tutte le altre prestazioni e per l'ulteriore assistenza prestata, oltre accessori; di avere diritto al rimborso per le spese sostenute per gli atti legali ed amministrativi e all'indennità prevista per la revoca dell'incarico in data anteriore al suo completamento. Deduceva inoltre il diritto della Incos s.r.l. al corrispettivo per l'opera di rimozione degli alberi, ammontante a Lire 53.106.000, di tutte le indagini geologiche e geotecniche effettuate, ammontante a Lire 32.000.000 e della ristrutturazione dei locali di proprietà dell'ente, nella misura di Lire 71.592.000 oltre accessori, nonché il diritto dell'appaltatrice ad essere soddisfatta e tenuta indenne di quanto già pagato e di quanto avrebbe dovuto pagare a terzi, ed eventualmente all'ing. Cafaggi, nonché del mancato guadagno, e il diritto del professionista e dell'appaltatrice al risarcimento dei danni contrattuali ed extracontrattuali e precontrattuali in misura da determinarsi.



Gli attori chiedevano pertanto:

- A) *A) La declaratoria di nullità o l'annullamento del lodo irrituale.*
- B) *B) Previa declaratoria di validità del contratto preliminare in data 27.07.1995, l'accertamento della violazione da parte della convenuta degli obblighi di correttezza e buona fede nelle trattative e nella esecuzione del contratto stesso e delle sue integrazioni;*
- C) *La condanna della convenuta a pagare all'ing. Cafaggi il corrispettivo per l'attività professionale svolta;*
- D) *La condanna di cui al punto C anche nell'ipotesi in cui si ritenesse l'inefficacia del contratto preliminare, stante l'utilità dell'opera svolta e l'inadempimento della committente;*
- E) *La condanna della convenuta al pagamento a favore della Incos s.r.l. dei costi sostenuti nell'esecuzione dell'appalto, e comunque dei costi sostenuti e da sostenersi per le opere già eseguite, oltre al mancato guadagno e al risarcimento di tutti i danni subiti;*
- F) *F) La condanna di cui al punto E anche nell'ipotesi in cui si ritenesse inefficace il contratto preliminare del 27. 7.1995, per la sussistenza di un ulteriore contratto tra le stesse parti;*
- G) *La condanna della convenuta al risarcimento di tutti i danni di natura contrattuale ed extracontrattuale prodotti all'ing. Cafaggi e alla Incos s.r.l., agli indennizzi e alle indennità a qualunque titolo ai predetti dovuti;*
- H) *La condanna della convenuta al pagamento di interessi e rivalutazione;*



I) La condanna della convenuta al pagamento delle spese del giudizio arbitrale e al rimborso di quanto eventualmente anticipato, con vittoria di spese processuali.

Si costituiva la convenuta in data 30.06.2000, deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza delle domande tendenti ad ottenere la declaratoria di nullità o l'annullamento del lodo, la genericità e l'infondatezza delle restanti domande di parte attrice, e spiegando domanda riconvenzionale nei confronti del Cafaggi e della Incos s.r.l. per il risarcimento dei danni derivati all'Associazione a causa della ingiustificata ed illegittima trascrizione della domanda arbitrale effettuata da parte attrice, che avrebbe impedito di condurre a buon fine trattative intraprese dalla convenuta con altri imprenditori.

Chiedeva pertanto dichiararsi l'inammissibilità della domanda di invalidazione del lodo per errore di fatto e l'infondatezza della domanda concernente gli altri profili di invalidità del lodo; in via subordinata chiedeva dichiararsi l'improcedibilità della richiesta di decisione sul merito, stante la perdurante validità della clausola compromissoria. Chiedeva inoltre il rigetto delle richieste di rimborso spese avanzate dagli attori, e in via subordinata la concessione a loro del solo indennizzo nei limiti dell'arricchimento; il rigetto della richiesta di risarcimento del danno extracontrattuale; l'accoglimento della domanda riconvenzionale e per l'effetto la condanna degli attori al risarcimento del danno derivato alla Associazione dalla illegittima trascrizione della domanda arbitrale; la condanna degli attori per lite temeraria, con vittoria di spese processuali.

Con memorie ex art. 183 comma 5 c.p.c., depositate rispettivamente in date 11.04.2001 e 19.04.2001, le parti precisavano le loro domande. Nella specie, con riguardo al richiesto risarcimento del danno per lite temeraria ex art. 96 c.p.c. parte convenuta precisava che esso derivava dall'aver essa dovuto sostenere il costo di un giudizio arbitrale instaurato a fronte di una domanda totalmente infondata e che tale danno poteva quantificarsi in Lire 190.000.000.

Nelle more del procedimento, con atto di citazione notificato in data 3.12.01 il prof avv. Raffaele Rascio, l'avv. Lucio Militerni ed il notaio Claudio Trinchillo, premesso che era stata deferita ad essi, in qualità di arbitri la controversia insorta tra le parti, relativa all'esecuzione del contratto preliminare stipulato in data 27.07.1995 e, tra l'altro, che, nonostante essi avessero adempiuto al mandato ricevuto, l'ing. Cafaggi e la Incos s.r.l. non avevano corrisposto a loro quanto dovuto per l'opera prestata, li convenivano in giudizio innanzi a questo Tribunale, chiedendo che, detratto l'acconto già corrisposto e



la parte regolarmente pagata dall'Associazione, i convenuti fossero condannati in solido al pagamento della somma di Lire 110.000. 000 oltre spese generali, rivalutazione, interessi e maggiorazione per la complessità delle questioni trattate ed oltre al compenso per il segretario pari a lire 8.000.000.

Si costituivano i convenuti con comparsa depositata il 29.01.2002, chiedendo il rigetto della domanda attorea, la declaratoria della nullità del contratto preliminare in data 27.07.1995 ai sensi dell'art. 40 L 4711985, per l'esistenza di una condizione sospensiva impossibile, per l'esistenza di una clausola meramente potestativa, l'accertamento del dolo dell'Associazione per aver sottaciuto i vizi del bene compromesso in vendita, la declaratoria di nullità e l'annullabilità del lodo arbitrale, nonché deducendo l'eccessività delle pretese creditorie degli arbitri.

In via riconvenzionale i convenuti chiedevano la condanna degli arbitri alla restituzione della somma di Lire 53.132.000, pari ad Euro 27.440,39, corrisposta quale acconto del lodo arbitrale. Chiedevano altresì la chiamata in causa degli avv.ti Antonio, Nicola e Marco Scotti Galletta perché fossero condannati alla restituzione della somma per reintegrare l'ing. Cafaggi nelle somme sborsate per l'esperimento dell'arbitrato irrituale, nonché alla restituzione dei compensi corrispostigli per Lire 23.455.200, pari ad Euro 12.113,60, oltre interessi ed accessori. Chiedevano inoltre chiamarsi in causa l'Associazione Italo Americana di Napoli per sentirla condannare al pagamento dell'importo complessivo di Lire 156.699.009, pari ad Euro 80.927,8, al risarcimento del danno sofferto dall'ing. Cafaggi e dalla Incos s.r.l. per perdita di chance, al risarcimento dei danni sofferti dall'ing. Cafaggi per il mancato pagamento del corrispettivo per l'opera professionale svolta, consistente nella redazione di due progetti esecutivi nonché nell'effettuazione di tutti gli adempimenti di natura burocratica, tecnica e amministrativa, tutti danni da quantificarsi in corso di causa, oltre rivalutazione ed interessi, con vittoria di spese processuali da attribuirsi al difensore anticipatorio.



Con comparsa depositata in data 22.05.2008 si costituivano i terzi chiamati Antonio, Nicola e Marco Scotti Galletta chiedendo la cancellazione di alcune frasi offensive contenute nella comparsa dei convenuti Cafaggi ed Incos ai sensi dell'art. 89 c.p.c., nonché la declaratoria di inammissibilità o il rigetto delle domande svolte nei loro confronti, con vittoria di spese.

Con comparsa depositata in data 11.06.02 si costituiva l'Associazione Italo Americana di Napoli dichiarando di rifiutare il contraddittorio sulle domande attinenti alla validità del lodo, sollevando eccezione di difetto di giurisdizione sulle domande relative al preliminare per la presenza della clausola compromissoria, e chiedendo pertanto la propria estromissione dal giudizio e la condanna dell'ing. Cafaggi e della Incos s.r.l. al risarcimento danni per lite temeraria.

Con provvedimento emesso il 12.11.2002 veniva disposta la riunione delle due cause.

Con provvedimento in pari data veniva disposta la cancellazione di alcune espressioni offensive contenute nella comparsa di risposta dei convenuti Cafaggi ed Incos s.r.l.

Svoltesi le udienze istruttorie, all'udienza del 16.12.2003 le parti, a ciò invitate, concludevano come segue:

- 1) L'ing. Ca/aggi e la Incos s.r.l. concludevano riportandosi agli atti introduttivi e, con riguardo al risarcimento del danno, affinché il Tribunale:*
 - a) in accoglimento della domanda riconvenzionale condannasse gli arbitri alla restituzione di Lire 53.132.000 pari ad Euro 27.440,39;*
 - b) in accoglimento della chiamata in causa condannasse gli avv.ti Antonio, Nicola e Marco Scotti Galletta pagamento a favore del Cafaggi della somma di Lire 23.455.200 pari ad Euro 12.113,60 oltre interessi ed accessori;*
 - c) in accoglimento della domanda riconvenzionale condannasse l'Associazione Italo Americana di Napoli a pagare all'ing. Cafaggi tutte le prestazioni professionali da egli svolte in favore dell'Associazione nel quinquennio 1995/1999, per l'ammontare complessivo di Lire 591.927.009, pari ad Euro 305.704,79, secondo l'analisi dettagliata allegata al verbale dell'udienza di precisazione delle conclusioni del 16.12.2003;*



d) *in accoglimento della domanda riconvenzionale condannasse l'Associazione Italo Americana di Napoli a pagare alla Incos s.r.l. la somma di Lire 767.189.009 pari ad Euro 396.220,06, di cui Lire 147.389.009, pari ad Euro 76.120,08, per lavori eseguiti dalla Incos per conto dell'Associazione, e Lire 619.800.000, pari a Euro 320.100,00, per risarcimento del danno sofferto dalla Incos per perdita di chance nel quinquennio 1995-1999, secondo l'analisi dettagliata allegata al verbale dell'udienza di precisazione delle conclusioni del 16.12.2003;*

e) *Condannasse le altre parti rispettivamente a corrispondere rivalutazione ed interessi con vittoria di spese processuali.*

Le altre parti concludevano riportandosi ai propri atti.

Con sentenza depositata in data 29.3.2005 il Tribunale di Napoli, Terza Sezione Civile, in persona del giudice monocratico dott.ssa Maria Balletti, decideva la causa come segue: "A) Non definitivamente pronunciando sulle domande, avanzate da Cafaggi Giancarlo e dalla Società Incos s.r.l., in persona del suo legale rappresentante ing. Giancarlo Cafaggi, tanto in via principale nel giudizio recante il N R.G. 5474/2000, che in via riconvenzionale nel giudizio NR.G. 18886/01 nei confronti dell'Associazione Italo Americana di Napoli American Studies Center, in persona del legale rappresentante p. t. dott. Francesco Cappelli, così provvede, ogni contraria istanza ed eccezione disattesa e rigettata;

1)rigetta le domande, aventi ad oggetto la declaratoria di nullità, ovvero l'annullamento, tanto del contratto preliminare in data 27 luglio 1995 che del lodo arbitrale irrituale, reso il 27 febbraio 2000 dal prof Raffaele Rascio, dall'avv. Lucio Militerni e dal notaio Claudio Trinchillo;

2) relativamente alle altre domande rimette la causa in istruttoria, come da separata ordinanza;

3) spese al definitivo;

B)definitivamente pronunciando sulla domanda, avanzata nel giudizio N R. G. 18886/01 dal prof avv. Raffaele Rascio, dall'avv. Lucio Militerni e dal notaio Claudio Trinchillo nei confronti di Cafaggi Giancarlo e della Società Incos s.r.l., in persona del suo legale rappresentante ing. Giancarlo Cafaggi, e sulla domanda riconvenzionale avanzata da questi ultimi nei confronti dei primi, così provvede ogni contraria istanza ed eccezione disattesa e rigettata:



1) accoglie la domanda, per quanto di ragione e, per l'effetto, condanna Cafaggi Giancarlo e la Incos s.r.l., in persona del suo legale rappresentante ing. Giancarlo Cafaggi, in solido, al pagamento della somma di Euro 23.430 61 in favore degli arbitri, oltre agli interessi, nella misura legale, dalla domanda (6-12-2001) al saldo;

2) 2) rigetta la domanda riconvenzionale;

3) 3) condanna Cafaggi Giancarlo e la Società Incos s.r.l., in persona del suo legale rappresentante ing. Giancarlo Cafaggi, in solido, al pagamento, in favore degli arbitri delle spese di lite che liquida in Euro 275,80 per esborsi, Euro 2.100,00 per diritti, Euro 2.300,00 per onorari, oltre rimborso forfetario spese generali, IVA, CPA come per legge;

C) Definitivamente pronunciando sulla domanda avanzata da Cafaggi Giancarlo e dalla società Incos S.r.l. in persona del suo legale rappresentante ing. Giancarlo Cafaggi, nel giudizio recante N RG. 18886101, nei confronti degli Avv.ti Antonio, Marco e Nicola Scotti Galletta così provvede, ogni contraria istanza ed eccezione disattesa e rigettata:

1) rigetta la domanda;

2) condanna Cafaggi Giancarlo e la Società Incos s.r.l., in persona del suo legale rappresentante ing. Giancarlo Cafaggi, in solido, al pagamento, in favore degli avv.ti Antonio, Marco e Nicola Scotti Galletta [così da doversi intendere il diverso testo oggetto di probabile refuso di cui non consta la correzione], delle spese di lite che liquida in Euro 95,60 per esborsi, Euro 1.700,00 per diritti ed Euro 1.000,00 per onorari, oltre rimborso forfetario spese generali, IVA e CPA come per legge".

Con contestuale ordinanza depositata in data 29.3.2005 il Tribunale di Napoli ammetteva la prova per testi, riservandosi all'esito la valutazione dell'opportunità di disporre CTU in ordine ai punti (per l'accertamento e la determinazione delle prestazioni professionali eseguite dall'ing. Cafaggi a favore della sua committente Associazione e per la quantificazione dei compensi dovuti e per l'accertamento, determinazione e quantificazione economica dell'entità dei lavori eseguiti dalla Incos su richiesta della convenuta) della memoria istruttoria di parte attrice, "e che in



particolare, sulla scorta della documentazione prodotta e delle risultanze della prova testimoniale" provvedesse "ad accertare e quantificare le prestazioni eseguite dal Cafaggi e dalla Incos in favore dell'Associazione" (cfr. ordinanza 17.01-29.03.2005 in atti.

Con comparsa di costituzione di nuovo difensore depositata il 18.5.2005 gli avv.ti Giacomo e Giovanni Carini per l'ing. Cafaggi e la Incos s.r.l. proponevano riserva di gravame avverso la sentenza non definitiva n. 3455-05 emessa dal Giudice dr.ssa Balletti in data 17.01-29.03.2005. Successivamente, assegnata la causa al Giudice dr. Raffaele Sabato, veniva assunta la prova per testi e disposta secondo il mandato già indicato con succinto quesito nell'ordinanza in data 17.01- 29.03.2005.

Espletata la CTU, alle udienze del 13.12.2007 e dell'8.01.2008 le parti, a ciò invitate, precisavano le conclusioni. Parte attrice concludeva riportandosi ai propri scritti difensivi e affinché il Tribunale:

- a) dichiarasse la violazione da parte dell'Associazione Italo Americana degli obblighi di correttezza e buona fede a cui era tenuta in sede di trattative e di esecuzione del contratto preliminare del 27.07.1995 e successive integrazioni;*
- b) condannasse l'Associazione a pagare al professionista tutto quanto dovutogli per l'attività esperita, ed in particolare a pagare l'importo di Euro 80.468,00 per l'attività professionale svolta dal 27.07.1995 al 30.06.1997, e l'importo di Euro 133.826,00 per l'opera prestata dal 1.07.1997 al 1998, a titolo, contrattuale, precontrattuale o extracontrattuale, e in subordine a titolo di indebito arricchimento;*
- c) condannasse l'Associazione al pagamento a favore della Incos s.r.l. dei lavori eseguiti tra l' 1.07.1997 e il 1998, in Euro 48.827,00 e al risarcimento del danno da mancato guadagno o perdita di chance in Euro 771.537,00, nonché al risarcimento degli ulteriori danni subiti;*
- d) condannasse l'Associazione a riva/ere l'ing. Cafaggi e la Incos s.r.l. delle spese del giudizio arbitrale in Euro 64.425,00.*

L'Associazione Italo Americana concludeva riportandosi ai propri atti e la causa veniva riservata in decisione

Firmato Da: BALDINI ERMINIA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: bba28 - Firmato Da: DELLA GATTA PIETRA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 1ab614fa052934580fef6cc552c7929b
Firmato Da: CHIAPPETTA STEFANO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 5bebe



La sentenza n. 9871/2008 così statuiva:<<) *Dichiara improcedibile la domanda di risarcimento del danno da inadempimento del contratto preliminare stipulato in data 27.07.1995;*

- 2) *Rigetta la domanda di risarcimento del danno precontrattuale relativamente alla fase antecedente alla formazione del contratto preliminare in data 27.07.1995;*
- 3) *Condanna l'Associazione Italo Americana di Napoli - American Studies Center a pagare a favore di Cafaggi Giancarlo la complessiva somma di Euro 33.207,82 a titolo di responsabilità contrattuale, oltre interessi legali a far data dalla domanda giudiziale (16.05.2000);*
- 4) *Condanna l'Associazione Italo Americana di Napoli - American Studies Center a pagare a favore di Cafaggi Giancarlo la complessiva somma di Euro 10.346,70 a titolo di responsabilità precontrattuale, oltre interessi legali a far data dalla domanda giudiziale (16.05.2000);*
- 5) *Condanna l'Associazione Italo Americana di Napoli - American Studies Center a pagare a favore della società Incos s.r.l. la complessiva somma di Euro 28.069,43 a titolo di responsabilità contrattuale, oltre interessi legali a far data dalla domanda giudiziale (16.05.2000);*
- 6) *Condanna l'Associazione Italo Americana di Napoli - American Studies Center a pagare a favore della società Incos s.r.l. la complessiva somma di Euro 3.191,70 a titolo di responsabilità precontrattuale, oltre interessi legali a far data dalla domanda giudiziale (16.05.2000);*
- 7) *Condanna l'Associazione Italo Americana di Napoli - American Studies Center a pagare a favore della società Incos s.r.l. la complessiva somma di Euro 5391,81 a titolo di indebito arricchimento, oltre interessi legali a far data dalla domanda giudiziale (16.05.2000);*
- 8) *Dichiara improcedibili le domande riconvenzionali proposte dall'Associazione Italo Americana di Napoli -American Studies Center;*
- 9) *pone definitivamente a carico di entrambe le parti per un mezzo ciascuna le spese di CTU, la cui anticipazione è stata disposta nei confronti del consulente provvisoriamente a carico di parte attrice, condannando la parte convenuta alla conseguente rifusione;*
- 10) *compensa per il resto le spese processuali tra le parti>>*

Precisate le conclusioni, la Corte si è riservata la decisione alla scadenza dei termini ex art.190 cpc.

- 1) *Gli appellanti, sulla base dei motivi indicati nell'atto di appello, hanno così concluso: riformare le impugnate sentenze n. 3455/05, pronunciata il 17 gennaio - 29 marzo 2005 dal Tribunale di Napoli, 3a*



Sezione Civile, dott.ssa Maria Balletti, non notificata e n. 9871/08, pronunciata il 26 giugno - 26 settembre 2008 dal Tribunale di Napoli, 3a Sezione Civile, dott.Raffaele Sabato, non notificata, nonché il lodo arbitrale comunicato in data 1 marzo 2000, reso inter partes e;

- 2) *per l'effetto, accertare e dichiarare la validità e l'efficacia del contratto preliminare stipulato tra l'Associazione Italo Americana di Napoli e l'ing. Giancarlo Cafaggi in data 27 luglio 1995;*
- 2) *sempre per l'effetto, dichiarata l'efficacia del contratto preliminare stipulato addì 27 luglio 1995 e l'inadempimento contrattuale della Associazione, condannare quest'ultima al risarcimento del danno da essa Associazione cagionato agli appellanti, a titolo di responsabilità contrattuale e precontrattuale (quest'ultima con riferimento alle attività svolte anteriormente alla sottoscrizione del contratto preliminare), oltre al pagamento dei compensi e corrispettivi spettanti in ragione delle attività professionali svolte ed ai costi già sopportati dagli appellanti e non pagati dall'Associazione, nonché interessi e rivalutazione monetaria dalla data del contratto ovvero, in subordine, dalla data di compimento delle singole attività, quantificati secondo i criteri individuati da pag. 18 a pag. 44 della comparsa conclusionale depositata dagli appellanti nel primo grado di giudizio in data 7 marzo 2008;*
- 3) *in via subordinata, quand'anche si reputi inefficace il preliminare condannarsi l'Associazione al pagamento dei compensi e corrispettivi maturati dagli appellanti per le attività dagli stessi posti in essere in adempimento di obblighi comunque derivanti dal contratto preliminare, oltre gli interessi, rivalutazione monetaria dalla data del contratto, ovvero, in subordine, dalla data di compimento delle singole attività, quantificati secondo i criteri individuati nelle precedenti difese del primo grado di giudizio e, in particolare, da pag. 18 a pag. 44 della comparsa conclusionale depositata dagli appellanti nel primo grado di giudizio in data 7 marzo 2008;*
- 4) *in via ancor più gradata, accertare e dichiarare che tutte le attività svolte dagli appellanti vanno ricondotte ad accordi di natura contrattuale (anche in ragione di singole specifiche deleghe ricevute) ovvero, in alternativa, riconoscere l'utilità o l'arricchimento procurati alla Associazione attraverso la realizzazione delle attività medesime. Per l'effetto, condannare l'Ente appellato al pagamento delle competenze e corrispettivi in favore degli appellanti, oltre interessi e rivalutazione monetaria dalla data del compimento delle attività e sino al soddisfo; ovvero, nella ipotesi alternativa, condannare l'Associazione al pagamento delle indennità, oltre interessi e rivalutazione monetaria dalla data del*



compimento della attività e sino al soddisfo. Per entrambe le domande, secondo i criteri individuati da pag. 18 a pag. 44 della comparsa conclusionale depositata dagli appellanti nel primo grado di giudizio in data 7 marzo 2008;

6) in via ulteriormente gradata, condannarsi la Associazione al pagamento di tutte le attività già riconosciute dal Tribunale, secondo la quantificazione ed i criteri di calcolo individuati nelle memorie depositate nel primo grado di giudizio, tenuto conto degli errori rilevati nella consulenza di ufficio (come dedotto da pag. 18 a pag. 44 della comparsa conclusionale depositata in data 7 marzo 2008 e da uniti allegati);

7) per tutte quante le domande, condannare la convenuta al risarcimento del danno di natura contrattuale, extracontrattuale e precontrattuale, cagionati all'ing. Giancarlo Cafaggi ed alla Incos S.r.l., anche a titolo di mancato guadagno e perdita di chances, quantificati secondo i criteri individuati da pag. 18 a pag. 44 della comparsa conclusionale depositata dagli appellanti nel primo grado di giudizio in data 7 marzo 2008;

8) in ogni caso, condannare l'Associazione al pagamento delle spese di lite liquidate nelle sentenze gravate nonché del giudizio arbitrale; iva e cpa come per legge;

In via istruttoria:

1) si chiede rinnovarsi la consulenza tecnica d'ufficio, stante la palese erroneità della stessa, al fine della esatta determinazione delle singole attività;

2) si chiede di essere autorizzati alla prova testimoniale sui capitoli non ammessi nel primo grado di giudizio ed individuati ai paragrafi che precedono.

Si è costituita l'Associazione Italo - Americana di Napoli "American Studies Center" (in seguito solo Associazione), ed ha così concluso: “respingere l'appello promosso dalla INCOS e dall' ing. Cafaggi avverso le sentenze nn.3455/05 e 9871/08 emesse dal Tribunale di Napoli per inammissibilità, improponibilità, infondatezza in fatto ed in diritto dei motivi ivi esposti anche in via istruttoria;

accogliere l'appello incidentale per la riforma parziale della sentenza n. 9871/08 come richiesto sopra, anche dichiarando inammissibili le domande nuove promosse nel corso del primo grado dagli appellanti e riformando le statuizioni del primo giudice su queste.

Con vittoria di spese del doppio grado di giudizio.



Si sono costituiti gli avv.ti Antonio Scotti Galletta, Nicola Scotti Galletta e Marco Scotti Galletta, i quali hanno chiesto dichiararsi improponibile ovvero inammissibile l'appello con vittoria delle spese.

Riservatasi la decisione, la Corte ha disposto una integrazione della ctu espletata in I grado.

All'esito si è riservata la decisione, assegnati i termini ex art.190 cpc.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Va preliminarmente rilevato,in ordine alla citazione in giudizio nel presente grado degli avv.ti Scotti Galletta nonché del Prof.Avv. Raffaele Rascio, dell'Avv. Lucio Militerni e del Notaio Claudio Trinchillo, che le domande formulate dai predetti o nei confronti dei predetti sono state decise in via definitiva dalla sentenza n.3455/05, pubblicata il 29.3.2005, con statuizioni non impugnate tempestivamente ed anzi nient'affatto impugate in questa sede, ove gli appellanti principali non hanno formulato conclusioni nei confronti delle suddette parti.

Ciò posto,avverso le statuizioni non definitive della sentenza stessa, con comparsa di costituzione di nuovo difensore depositata il 18.5.2005 gli avv.ti Giacomo e Giovanni Carini per l'ing. Cafaggi e la Incos s.r.l. proponevano *riserva di gravame avverso la sentenza non definitiva n. 3455-05 emessa dal Giudice dr.ssa Balletti in data 17.01-29.03.2005.*

Ciò posto, con i motivi 1-4 gli appellanti principali lamentano:” Erronea interpretazione della volontà delle parti. Efficacia del contratto preliminare del 27 luglio 1995. Rinunzia implicita alla condizione sospensiva. 2) Erronea interpretazione della volontà delle parti. Efficacia del contratto preliminare del 27 luglio 1995. Redazione di bozze contrattuali. 3) Efficacia del contratto. Grave inadempimento contrattuale della Associazione. Responsabilità contrattuale della Associazione. 4) Validità del contratto. Grave inadempimento contrattuale della Associazione. Violazione dei doveri di buona fede e correttezza nella esecuzione del contratto. Responsabilità contrattuale della Associazione.”

Con tali censure le parti ripropongono la tesi già sostenuta in sede di lodo arbitrale secondo cui i contraenti,una volta compreso che la condizione apposta al contratto (rilascio della concessione edilizia entro il 30.6.1997) non si sarebbe potuta verificare, non avrebbero abbandonato l'assetto di interessi regolato nella scrittura del 1995 ma avrebbero inteso dare impulso all'esecuzione dei lavori e proseguire nell'iter contrattuale con rinunzia alla condizione. Lamentano di conseguenza il grave inadempimento



contrattuale della Associazione agli obblighi assunti con il preliminare e chiedono la condanna della stessa al risarcimento dei danni da responsabilità contrattuale (ed extracontrattuale).

Tali censure sono inammissibili. Invero le questioni riproposte con l'appello sono state già risolte dagli arbitri i quali hanno concluso che *“le circostanze ed i comportamenti indicati da Cafaggi non sono per nulla univocamente significativi nel senso da lui affermato”*.

Come già evidenziato nella I sentenza impugnata all'arbitrato libero non sono applicabili mezzi di impugnazione previsti dalla legge processuale ed in particolare dagli artt.827 ss cpc; la pronuncia degli arbitri liberi può invece essere oggetto di annullamento per i motivi di impugnazione previsti propri dei contratti ed in particolare per incapacità degli arbitri e delle parti e per l'esistenza di vizi nel processo formativo della volontà contrattuale.

I vizi denunciati dagli odierni appellanti principali sono stati ritenuti insussistenti dal Tribunale con la I sentenza impugnata e solo tale pronuncia può costituire oggetto di appello.

Peraltro sia la sentenza 3455/05 che la sentenza 9871/08 hanno convincentemente confermato la valutazione degli arbitri circa la insussistenza della volontà delle parti di proseguire nel rapporto anche dopo il mancato avveramento della condizione sospensiva e della rinuncia a tale condizione.

Con il quinto motivo *“Impugnativa del lodo arbitrale. Competenza del giudice a decidere nel merito”* si censura la seguente affermazione della sentenza 9871/08, relativa alle pretese risarcitorie che il Cafaggi in proprio e nella qualità aveva azionato nei confronti della Associazione: *”tutte le domande aventi causa petendi basata sul contratto preliminare non possono essere oggetto di cognizione dell'Autorità Giudiziaria, stante la presenza della clausola compromissoria”* richiamando i principi del giusto processo e di economia processuale (art.111 Cost.) nonché il disposto dell'art.1349 cc.

Il motivo è infondato. Invero il richiamo ai principi costituzionali dettati dall'art.111 è del tutto inconferente in quanto la devoluzione della controversia ad arbitrato irrituale, in forza di espressa clausola comporta la improponibilità della domanda giudiziale (Cassazione SU 16044/2002; Cassazione civile, sez. I, 19/05/2016, n. 10332).

Peraltro la previsione di una clausola compromissoria risponde anche ad esigenze di speditezza nella soluzione delle controversie tra le parti le quali devono imputare a se stesse l'eventuale mancata sottoposizione alla cognizione degli arbitri di tutte le questioni coperte dalla clausola compromissoria;



nella specie gli odierni appellanti avevano peraltro proposto in sede arbitrale le pretese risarcitorie, che gli arbitri avevano ritenuto infondate relativamente a quelle derivanti dal preteso inadempimento contrattuale della Associazione e inammissibili relativamente a quelle derivanti dalla pretesa responsabilità extra contrattuale della Associazione (su cui si è pronunciata la sentenza 9871/08 come si vedrà in seguito).

Il richiamo al disposto dell'art.1439 cc è poi del tutto inconferente.

Con il sesto motivo "*Nullità del lodo:Vizio del consenso. Omissione di aspetti essenziali della vicenda. Erronea valutazione dei fatti da parte del Collegio arbitrale*" si ripropone la questione della asserita erronea valutazione delle circostanze di fatto sul contegno tenuto dall'Associazione che non avrebbe riferito né al Cafaggi ed alla Incos né ai terzi prenotatari dei posti auto l'esecuzione in epoca anteriore al preliminare di opere abusive, omessa informazione tale da incidere sulla formazione del consenso.

Si censura la sentenza 3455/05 che ha ritenuto-si assume apoditticamente- che la censura non attenesse ad un errore di fatto bensì ad un errore di giudizio da parte del Collegio arbitrale. In realtà il Tribunale ha argomentato che i motivi di impugnazione relativi all'obbligo assunto dalla Associazione di chiedere la concessione edilizia pur essendo consapevole che questa non avrebbe potuto essere rilasciata prima della conclusione dell'iter amministrativo del condono ed alla violazione dell'obbligo di richiedere detta concessione "*hanno ad oggetto pretesi errori di giudizio e non errori di fatto,che sarebbero stati commessi dal Collegio arbitrale. Infatti non viene prospettato da parte attrice un travisamento od una falsa rappresentazione della realtà, in cui sarebbero incorsi gli arbitri,ma soltanto una erronea valutazione di comportamenti e fatti,acquisiti al procedimento arbitrale.Ne deriva che le doglianze,a prescindere dalla loro fondatezza,non possono condurre ad invalidare la decisione,atteso che,per quanto sopra si è detto,l'impugnazione per errore è limitata dalla giurisprudenza al solo errore sostanziale, con esclusione dell'errore di diritto e/o di giudizio*". Tale ampia e condivisibile motivazione non è stata specificamente censurata dagli appellanti per cui l'impugnazione è sul punto inammissibile.

Ad abundantiam si aggiunge che viene prospettato che la mancata informazione avrebbe inciso sulla prestazione del consenso del Cafaggi,tema non introdotto nel giudizio arbitrale.

Con il motivo sub 6 b gli appellanti lamentano che il collegio arbitrale avrebbe glissato sul fatto che l'Associazione non aveva impugnato, come avrebbe dovuto secondo una precisa pattuizione contrattuale



(art.11), il provvedimento di diniego proveniente dalla P.A. Censurano il rilievo del Tribunale secondo cui tale aspetto non sarebbe stato oggetto di specifica allegazione assumendo di contro che l'eccezione di inadempimento della Associazione per violazione dell'art.11 sarebbe contenuta nella più ampia domanda di risoluzione per inadempimento dell'intero contratto preliminare formulata nei confronti della Associazione.

Rileva al contrario la Corte che il Tribunale ha correttamente evidenziato che il Cafaggi nel procedimento arbitrale aveva posto a base della richiesta di risarcimento dei danni per inadempimento dell'Associazione unicamente *“l'inadempienza dell'Associazione, scaturita dall'ingiustificato rifiuto a stipulare il contratto di trasferimento”* (in proposito si vedano le conclusioni della memoria depositata in data 27.10.1999, pagina 19 sub III, in cui si legge: *Subordinatamente, darsi atto della inadempienza scaturita dall'ingiustificato rifiuto a stipulare il contratto di trasferimento e dichiarare l'Associazione Italo Americana tenuta a risarcire i danni subiti dall'ing. Cafaggi in proprio e nella qualità liquidandoli in £...*”

Ha quindi concluso che *“in mancanza di una specifica allegazione di parte, non competeva al Collegio arbitrale rilevare d'ufficio eventuali altri comportamenti dell'Associazione, integranti inadempimento contrattuale”*.

Con i motivi 6 c e 6 d gli appellanti lamentano l'errore degli arbitri laddove hanno ritenuto che le attività compiute dalle parti successivamente al mancato avveramento della condizione non fossero da considerare *“univocamente significative”* perché non rientrerebbero in quelle *“modifiche al progetto”* previste ed ammesse dall'art.11 del preliminare. Censurano pure le sentenze impugnate laddove hanno interpretato il comportamento delle parti nel senso del definitivo abbandono del regolamento degli interessi originariamente sottoscritto.

In proposito si richiamano le osservazioni sulla inammissibilità delle censure alla valutazione compiuta dagli arbitri, tenuto conto dei limiti di impugnazione relativamente all'arbitrato irrituale.

La sentenza n.3455/05 ha ritenuto che gli elementi di fatto acquisiti (comportamento delle parti ed atti richiamati anche dagli odierni appellanti) fossero stati valutati dagli arbitri senza alcun travisamento. Tale convincimento è sorretto da un analitico esame dei suddetti elementi di fatto e da un'ampia e convincente motivazione (pagine 28, 29 e 30), che si richiama in questa sede, non specificamente



censurata dagli appellanti i quali si sono limitati a reiterare la diversa tesi sostenuta già dinanzi agli arbitri.

In particolare la sentenza, come già aveva fatto il lodo, ha esaminato pure la delibera del consiglio di amministrazione dell'Associazione del 4.6.1998, su cui insistono gli appellanti per sostenere che dalla stessa si evincerebbe la volontà dell'Ente di dare esecuzione al preliminare. Il Tribunale, premesso che tale delibera prevedeva la costituzione di tanti diritti di superficie da parte dell'Associazione in favore dei futuri acquirenti dei posti auto ad un prezzo non inferiore a quello di mercato e che era stata esaminata dagli arbitri, ha al contrario condiviso l'osservazione degli arbitri sul fatto *“che detto programma negoziale sia completamente diverso da quello originario, in quanto contempla la stipula di nuovi atti e l'intervento di altri soggetti, assolutamente non previsti nel preliminare, con la conseguenza che essi non possono essere interpretati quali atti esecutivi del preliminare, univocamente idonei a dimostrare una volontà di proroga del termine del 30 giugno 1997”*.

Il Tribunale ha anche osservato, concludendo l'esame di detta questione: *“D'altra parte emerge dagli atti di causa che sia il Cafaggi che l'Associazione erano pacificamente convinti che il preliminare, come predisposto, non potesse avere pratica attuazione, in quanto, secondo la normativa vigente, tra i requisiti per l'ottenimento della concessione edilizia, era necessaria la pertinenzialità del posto auto ad un immobile esistente nelle vicinanze ed occorreva pertanto allargare il programma negoziale anche a coloro che fossero in possesso di tale requisito. Conseguentemente incominciarono ad acquisirsi “le prenotazioni di circa 40 persone”; entrambe le società interessate si predisposero a dare attuazione al nuovo programma (si veda la delibera del 4 giugno 98 della A.S.C., nonché il verbale di assemblea ordinaria del 21-12-1998 della INCOS, costituente l'allegato n.34 della produzione di parte Cafaggi, con cui l'Assemblea delibera, tra l'altro, l'apertura di un conto corrente presso il Banco di Napoli per potervi ricevere i versamenti che saranno eseguiti dai committenti dei lavori per la costruzione del parcheggio da parte della INCOS).*

Così stando le cose, risulta evidente che essendo stato l'originale programma negoziale, consacrato nel preliminare, sostituito da altro tipo di programma in fase di formalizzazione, del tutto diverso, non è possibile interpretare le attività di attuazione di detto nuovo programma come atti “univocamente orientati a prorogare il termine, pattuito nel preliminare” (pag.30).



Solo nella comparsa conclusionale depositata in data 11.3.2013, e quindi del tutto tardivamente, poi, gli appellanti censurano la sentenza n.9871/08 laddove non avrebbe tenuto conto del fatto che la DIA è perfettamente equivalente alla richiesta di concessione edilizia, come sarebbe provato dalla Delibera del Comune di Napoli n.327 del 2.9.1994, il che confermerebbe la volontà delle parti di proseguire nel rapporto secondo l'originale regolamentazione. Hanno altresì sostenuto che parimenti costituirebbe prova della esecuzione del contratto l'atto di obbligo con cui l'Associazione si era impegnata a creare un vincolo pertinenziale, in favore dei futuri acquirenti, dei cinquanta posti auto a costruirsi, attraverso la cessione dei diritti di superficie dell'ing. Cafaggi, finalizzata alla realizzazione del vincolo.

A tutto voler concedere, si richiama l'ampia e convincente motivazione della sentenza n.9871/08 fondata peraltro anche su altri elementi (pagine 18 e 19) che si intende richiamata in questa sede.

Con il settimo motivo gli appellanti denunciano "Nullità del lodo. Violazione del mandato. Mancato tentativo di conciliazione". Deducono che gli arbitri avrebbero disatteso la funzione dispositiva che le parti avevano loro attribuito *"avendo il Collegio ritenuto di non poter modificare né regolare la vicenda, nonostante che essi avessero mandato a tal fine, proprio in virtù della natura della procedura arbitrale voluta dalle parti. Il che implica la nullità del lodo per assenza della causa essenziale"*.

Anche in tal caso gli appellanti si sono limitati a riproporre la tesi sostenuta in I grado, senza censurare specificamente le argomentazioni del Tribunale che, nella sentenza n.3455/05, ha ritenuto che la funzione transattiva non è coesistente all'arbitrato irrituale e che pertanto il lodo non doveva necessariamente concludersi con una transazione.

Con l'ottavo motivo gli appellanti denunciano "Nullità del lodo. Parzialità dell'arbitro" con riferimento al fatto che uno degli arbitri, il Notaio Trinchillo, sarebbe stato privo del requisito della imparzialità per avere rivestito il ruolo di Notaio di fiducia dell'Associazione.

Il Tribunale nella sentenza n.3455/05, ha ritenuto infondato il rilievo sulla base di una duplice motivazione. Ha infatti ritenuto che l'assenza di terzietà degli arbitri deve essere proposta e dedotta attraverso l'azione ex art.1726 cc e, cioè, prospettando una giusta causa di revoca e la nullità della determinazione, che nella specie non era stata proposta; ha aggiunto che non era stata fornita la prova rigorosa del rapporto di causa ed effetto tra la decisione dell'arbitro e la sua asserita parzialità.



Gli appellanti non hanno però specificamente censurato la prima argomentazione (in rito) del Tribunale, non contrapponendo alcuna argomentazione ai rilievi del primo giudice.

Orbene si richiama il principio affermato dalla Suprema Corte, secondo cui, quando una decisione si fonda -come nella specie- su distinte ed autonome rationes decidendi, ognuna delle quali sufficiente, da sola, a sorreggerla, perché possa giungersi alla riforma della stessa è indispensabile, da un lato, che il soccombente censuri tutte le riferite rationes, dall'altro che tali censure risultino tutte fondate. Ne consegue che, rigettato (o dichiarato inammissibile) il motivo che investe una delle riferite argomentazioni, a sostegno della sentenza impugnata, sono inammissibili, per difetto di interesse, i restanti motivi, atteso che, anche se questi ultimi dovessero risultare fondati, non per questo potrebbe mai giungersi alla riforma della sentenza impugnata, che rimarrebbe pur sempre ferma sulla base della ratio ritenuta corretta (Cassazione civile, sez. III, 24/05/2006, n. 12372;Cassazione civile, sez. III, 14/02/2012, n. 2108;Cassazione civile 21 ottobre 2005 n. 20454.).

Ad abundantiam si aggiunge che l'argomentazione in rito del primo giudice trova conferma nei principi espressi dalla Suprema Corte che ha affermato che, in considerazione della natura privata dell'arbitrato irrituale, in cui difetta pertanto il profilo pubblicistico, non sussiste un principio di ordine pubblico di imparzialità dell'arbitro e non trova conseguentemente applicazione l'istituto della ricsuazione,previsto dall'art. 815, comma 1, c.c. solamente per l'arbitrato rituale (Cassazione civile, sez. II, 25/06/2005, n. 13701).

Inoltre è stato affermato che *“Nell'arbitrato irrituale la assenza di terzietà dell'arbitro deve essere necessariamente dedotta e proposta attraverso l'azione di revoca del mandato prevista dall'art. 1726 c.c. (Cassazione civile, sez. I, 29/05/2000, n. 7045).*

Con il nono motivo gli appellanti sostengono,in subordine, che la condizione sospensiva deve considerarsi avverata,per causa imputabile alla Associazione, ex art.1359 cc.

L'Associazione rileva che tale eccezione è stata sollevata per la prima volta con il presente appello.

Nella comparsa conclusionale depositata in data 11.3.2013 gli appellanti replicano: *“innanzitutto,i termini della questione e le circostanze di causa sono ormai note al Collegio,per avere ripercorso gli appellanti,in più di un'occasione,il profilo relativo al mancato verificarsi della condizione per esclusiva colpa dell'Associazione. Tale questione, a ben vedere, costituisce un leit motiv della presente*



controversia, sicchè è davvero un fuor d'opera affermarne sia la mancata indicazione del capo della sentenza impugnato, sia la novità della censura". Aggiungono che in ogni caso la circostanza per cui la condizione deve intendersi come "verificata" corrisponde ad una obiettiva lettura della prosecuzione dei rapporti nell'ottica di una funzionale esecuzione del contratto che non trova condivisione nell'interpretazione del Tribunale laddove afferma che il contratto non sarebbe mai divenuto efficace per il mancato verificarsi della condizione. Assumono infine che la censura in esame non ha comportato né una nuova *causa petendi* (e, quindi, una *mutatio libelli*) né una diversa indagine sull'esposizione del fatto e sulle ragioni di dritto originariamente introdotte nel primo giudizio.

Tali deduzioni non sono condivisibili, in quanto sia nel giudizio arbitrale che in I grado nella causa proposta contro l'Associazione gli odierni appellanti hanno sostenuto la perdurante efficacia del contratto, nonostante il mancato rilascio della concessione edilizia entro il termine del 30.6.1997, asseritamente non essenziale, ed anche addirittura la rinuncia dei contraenti ad avvalersi di siffatta condizione, per cui è innegabile che invocare per la prima volta in appello il disposto dell'art.1359 cc introduce un *thema decidendum* del tutto nuovo e quindi inammissibile.

Con il decimo motivo gli appellanti deducono "Subordinatamente: Inefficacia del contratto preliminare. Sopravvivenza delle obbligazioni derivanti dal contratto". Oltre a ribadire ancora una volta, sulla base della citata delibera del consiglio di amministrazione dell'Associazione del 4.6.1998, la censura della interpretazione dei giudici di prime cure sulla inefficacia del preliminare, che la Corte ha in precedenza ritenuta infondata, gli appellanti assumono che, qualora la Corte confermi la predetta inefficacia, comunque le attività da essi compiute dovrebbero ritenersi eseguite in adempimento degli obblighi derivanti dal preliminare. Deducono che alcune prestazioni previste nel contratto ed altre non previste ma chiaramente discendenti da esso, secondo una lettura ed un comportamento conformi a buona fede e correttezza, andavano poste in essere pur in pendenza della condizione; altre prestazioni andavano poste in essere pur dopo la scadenza del termine per l'avverarsi della condizione perchè di natura "conservativa". Per tali ragioni tali prestazioni sarebbero state oggetto di deleghe, di incarichi o di ratifica dell'Associazione attribuiti agli appellanti prima e dopo lo scadere di tale termine per cui tali attività vanno retribuite.



Con l'undicesimo motivo,collegato al decimo, deducono "Responsabilità per inadempimento della Associazione. Risarcimento del danno". Assumono l'obbligo risarcitorio per inadempimento contrattuale della Associazione che avrebbe continuato a richiedere l'attività professionale del Cafaggi, con o senza deleghe, manifestando l'intento di proseguire il rapporto contrattuale e per altro verso avrebbe omesso di onorare gli obblighi contrattuali,ingenerando peraltro nelle proprie controparti contrattuali il legittimo affidamento alla continuazione del rapporto negoziale ed al buon esito del progetto.

Osserva la Corte che il Tribunale nella sentenza n.9871/08 ha ritenuto che le domande aventi causa petendi basata sul contratto preliminare non possono essere oggetto di cognizione dell'Autorità Giudiziaria,stante la presenza della clausola compromissoria, al pari della domanda di risarcimento del danno per violazione del dovere di buona fede nella esecuzione del contratto,pure con riguardo alla fase di pendenza della cognizione (pag.16).

Gli appellanti non hanno censurato tale rilievo se non con quanto dedotto nel quinto motivo già esaminato e ritenuto infondato.

Sui pretesi incarichi o deleghe della Associazione si dirà in seguito con riferimento al motivo n.12.

Con il dodicesimo motivo gli appellanti censurano la sentenza definitiva (N.9871/08) per il "mancato o parziale riconoscimento dei compensi in relazione alle attività poste in essere dall'ing. Giancarlo Cafaggi e dalla Incos". In particolare lamentano il mancato riconoscimento di alcun compenso, risarcimento o indennità in relazione al rilievo planoaltimetrico dell'area ed alla relazione geotecnica predisposti dal Cafaggi, evidenziando che detti elaborati erano necessari e prodromici alla costruzione del parcheggio.

Occorre premettere che il Tribunale nella sentenza definitiva (capi 9 e 10) nell'esaminare le domande di adempimento contrattuale proposte dagli attori ha ritenuto necessario distinguere,con argomentazioni non specificamente censurate dagli appellanti,- tra le attività compiute dagli attori nel cd. primo periodo (27.7.1995-30.06.1997,e cioè dalla data di stipulazione del preliminare alla data finale prevista per l'avveramento della condizione)- quelle derivanti da un incarico della Associazione e quelle che, seppure volte alla realizzazione del programma negoziale, non furono eseguite in virtù di uno specifico incarico. Ha quindi escluso il diritto degli attori al corrispettivo per queste ultime attività in quanto, dovendosi comunque prescindere dall'apprezzamento della conformità del comportamento dell'Associazione agli obblighi di correttezza e buona fede, per la rilevata preclusione dovuta alla clausola compromissoria, ha



ritenuto l'insussistenza dell'obbligo della Associazione di corrispondere al Cafaggi il corrispettivo per l'opera prestata *“atteso che egli, come previsto nel contratto,redasse i progetti quando la condizione non si era ancora verificata,sapendo ed accettando il rischio che l'intera operazione contrattuale rimanesse priva di effetti e che le prestazioni professionali da lui effettuate restassero senza compenso alcuno”*(pag.21).

Sulla base di tali premesse, il Tribunale ha rigettato la domanda di pagamento del corrispettivo in relazione al rilievo planoaltimetrico ed alla relazione geologica in quanto tali elaborati non furono utilizzati per la D.I.A. né in relazione ad essi risultava che il Cafaggi avesse ricevuto uno specifico incarico dall'Associazione.

Gli appellanti si sono limitati a dedurre in proposito del tutto genericamente che detti elaborati erano necessari e prodromici alla costruzione del parcheggio ed in particolare che l'esatto rilievo dell'area era indispensabile alla redazione del progetto, senza censurare specificamente le argomentazioni del Tribunale.

Gli appellanti lamentano poi che il Tribunale ha rigettato la domanda di pagamento del compenso per la predisposizione del regolamento della comunione (redatto dal Cafaggi) e delle relative tabelle millesimali nonostante la palese meritevolezza e propedeuticità di tali elaborati; aggiungono che l'Associazione nella citata delibera del 4.6.1998 aveva stabilito di costituire per quote millesimali il diritto di fare e mantenere posti auto, così implicitamente riconoscendo la necessità ed in ogni caso l'utilità di tale attività.

Anche in tal caso non sono state però specificamente censurate le argomentazioni del Tribunale. Quest'ultimo, sulla base delle richiamate argomentazioni preliminari esposte ai capi 9 e 10 della sentenza, ha infatti rilevato che la redazione del regolamento condominiale faceva parte degli obblighi assunti dal Cafaggi con il preliminare e che,data la sopravvenuta inefficacia di tale negozio e non risultando agli atti che la redazione del regolamento fosse stato oggetto di accordo diverso tra il Cafaggi e l'Associazione né che il primo avesse ricevuto uno specifico incarico, ha rigettato la domanda.

Ha parimenti ritenuto inaccoglibile la domanda di indennizzo per indebito arricchimento dell'Associazione rilevando che,*”posto il carattere sussidiario dell'azione, è esclusa,come detto,*



l'utilizzabilità della stessa nel caso in cui il contratto dedotto in giudizio, validamente stipulato dalle parti, si sia rivelato improduttivo di effetti a causa del mancato avveramento di una condizione".

Quest'ultima osservazione-relativa alla mancata sussidiarietà dell'azione esperta nella specie e non censurata- consente di superare il richiamo degli appellanti alla delibera del 4.6.1998.

Gli appellanti lamentano inoltre che il Tribunale non ha accertato l'utilità né il titolo della redazione del progetto diretto alla Soprintendenza posto che proprio nella delibera del 4.6.1998 l'Ente aveva autorizzato la costituzione del diritto di superficie in favore dei terzi proprietari: *"il tutto secondo il progetto redatto dall'ing. Cafaggi (e future varianti e modifiche) e che ha già ricevuto l'approvazione de VV.FF. ...e della Soprintendenza dei Beni AA.SS. di Napoli..."* ratificando in tal modo l'operato del tecnico in funzione dello scopo del progetto. Evidenziano pure che detta attività trova anche diretto titolo nell'art.11 del preliminare.

Orbene l'attività di redazione degli elaborati progettuali in questione -presentati alla Soprintendenza in data 6.5.1997, come accertato da primo giudice- non può essere compensata in virtù dell'art.11 del contratto per le osservazioni espresse dal Tribunale ai capi 9 e 10 della sentenza, già in precedenza riportate e non specificamente censurate.

Proprio il richiamo all'art.11 del contratto evidenzia che si tratta di un'attività espletata dal Cafaggi in esecuzione del preliminare stesso *"sapendo ed accettando il rischio che l'intera operazione contrattuale rimanesse priva di effetti e che le prestazioni professionali da lui effettuate restassero senza compenso alcuno"* come argomentato dal Tribunale.

Il fatto che l'Associazione nella citata delibera del 4.6.1998 abbia previsto l'utilizzazione del progetto redatto dal Cafaggi, approvato dalla Soprintendenza, al fine di costituire il diritto di superficie in favore dei terzi e quindi in vista della realizzazione del parcheggio (sia pure con modalità negoziali diverse da quelle contemplate dal preliminare) è unicamente significativo del riconoscimento dell'utilità di tale progetto. Tale riconoscimento non comporta però in favore del Cafaggi neppure l'indennizzo per ingiustificato arricchimento in quanto, come rilevato dal primo giudice, va escluso l'arricchimento dell'Associazione perché l'ottenimento del nulla osta della Soprintendenza non ebbe il seguito sperato per la mancata realizzazione del progetto di costruzione del parcheggio.



Sempre nello stesso motivo gli appellanti lamentano il mancato accoglimento delle domande di pagamento delle attività “individuate nella consulenza tecnica d'ufficio *sub* n. 8 (raccolta delle prenotazioni e trattative con gli acquirenti),¹² (redazione di un nuovo disciplinare di condominio),¹³ (attività svolta per l'ottenimento di mutui agevolati),¹⁴ (studio relativo all'ottenimento di benefici *ex lege* 449/97) e 15 (ulteriore attività di raccolta delle prenotazioni).

Lamentano che *”Tali attività, invero, con un criterio non condivisibile, non sono state riconosciute dal Tribunale, poichè, secondo quanto motivato nella sentenza definitiva, sarebbero afferenti ad opere professionali svolte dall'ing. Cafaggi e dalla Incos in un arco temporale successivo alla scadenza del termine fissato per l'avveramento della condizione (cd. secondo periodo); secondo tale prospettazione, il Giudice, ne ha negato l'utilità e/o il riconoscimento del titolo, affermando la mancanza di <<strumentalità rispetto alla realizzazione del progetto>> (par. 37 della sentenza definitiva, n. 9871/08), così ponendo ingiustificatamente nel nulla l'opera svolta dagli appellanti. Ancora una volta si dovrà far riferimento alla citata delibera della Associazione nella quale si riconosce, anche per i posti auto, l'utilità dell'attività svolta dal Cafaggi e non accertata dal Tribunale (cfr., doc. n. 18, I prod., cit, delibera 4 giugno 1998, inciso riportato supra, par. 10.2 e sub b) del presente paragrafo).*

Ma l'erroneo orientamento manifestato dal Tribunale emerge ancor di più ove proprio il primo Giudice afferma che << ... lo svolgimento di queste attività (..) avvenne con l'assenso dell'Associazione, la quale pure era interessata a che la costruzione del parcheggio avvenisse al più presto come dimostra la circostanza che essa non solo non si oppose alla effettuazione da parte dell'ing. Cafaggi di tutte le opere descritte e dei rilievi all'uopo necessari, ma compì alcune



attività volte al medesimo fine ... >> (cfr. sentenza definitiva, n. 9871/2008, par. 36). Tale motivazione, sia pur riferita per giustificare una responsabilità precontrattuale, a ben vedere evidenzia non soltanto le utilità ricevute dalla Associazione, ma anche (ove fosse necessario) lo specifico incarico da essa affidato agli appellanti per il compimento delle attività medesime.

Orbene si rileva che il Tribunale ha escluso che per le prestazioni rese dagli attori a favore della Associazione vi fu uno specifico incarico per cui ha rigettato le domande di adempimento contrattuale avanzate dalle parti attrici.

Ha però ritenuto che lo svolgimento da parte del Cafaggi, in proprio e nella qualità, successivamente al 30.6.1997, mentre erano in corso trattative per la definizione di un nuovo accordo, di alcune attività prodromiche rispetto alla realizzazione del parcheggio (tra le quali non ha però ricompreso quelle oggetto del motivo in esame), *“sia pure in assenza di uno specifico incarico, avvenne con l'assenso dell'Associazione, la quale pure era interessata a che la costruzione del parcheggio avvenisse al più presto come dimostra la circostanza che essa non solo non si oppose alla effettuazione da parte dell'ing. Cafaggi di tutte le opere descritte e dei rilievi all'uopo necessari, ma compì alcune attività volte al medesimo fine ...”* Sulla base di tali rilievi e del comportamento dell'Associazione nel corso delle trattative svoltesi tra il 1997 e il 1999, ritenuto contrario al dovere di buona fede ex art.1337 cc ha affermato la responsabilità precontrattuale dell'Ente in relazione a tale condotta.

Il Tribunale ha però escluso dal risarcimento le attività oggetto della censura in esame *“atteso che si trattava di attività collaterali delle quali non risulta la strumentalità rispetto alla realizzazione del progetto”*.

Ciò posto, il rilievo degli appellanti secondo cui dal passo motivazionale riportato nel motivo in esame si evincerebbe lo specifico incarico affidato dalla Associazione ai deducenti per il compimento delle attività in questione è privo di pregio. Invero il primo giudice ha escluso la sussistenza di tale incarico rilevando solo che le parti nello svolgimento delle trattative per la definizione di un nuovo accordo si attivarono nel compiere alcune attività volte al medesimo fine



della costruzione del parcheggio e che l'Associazione non fu pertanto contraria alla esecuzione delle prestazioni compiute dal Cafaggi, in proprio e nella qualità, a tal fine (tra le quali -come già evidenziato- non ha ricompreso quelle oggetto del motivo in esame).

Quanto poi alla censura sulla mancata strumentalità delle attività in questione alla realizzazione del progetto non è sufficiente il richiamo degli appellanti all'inciso della delibera della Associazione del 4.6.1998 (*"costituire per quote millesimali il diritto di fare e mantenere posti auto"*) che non menziona specificamente le attività in esame; la delibera fa solo riferimento, successivamente, al progetto del parcheggio redatto dal Cafaggi ed approvato dai Vigili del Fuoco e dalla Soprintendenza.

Con il tredicesimo motivo gli appellanti lamentano "Erroneo rigetto della domanda di responsabilità precontrattuale".

Il Tribunale, in ordine alla fase delle trattative che hanno condotto alla stipulazione del preliminare, ha seguito l'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui non è configurabile, neanche in astratto, la responsabilità precontrattuale nel caso in cui il contratto alla formazione del quale le trattative erano volte si sia validamente concluso.

Gli appellanti citano il diverso orientamento di cui alla sentenza n.19024/2005 che effettivamente sembra ormai prevalere nella giurisprudenza della Suprema Corte: *"La violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, stabilito dall'art. 1337 c.c., assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche, quale dolo incidente (art. 1440 c.c.), se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; in siffatta ipotesi, il risarcimento del danno deve essere commisurato al "minor vantaggio", ovvero al "maggior aggravio economico" prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto"* (Cassazione civile, sez. I, 29/09/2005, n. 19024).



Detto orientamento è stato di recente ribadito dalla sentenza della Cassazione civile, sez. I, 23/03/2016, n. 5762).

In motivazione si legge infatti: (v. Cass. n. 24795/2008) *questa Corte ha ritenuto che l'azione di risarcimento danni ex art. 2043 c.c., per la lesione della libertà negoziale sia esperibile allorchè ricorra una violazione della regola di buona fede nelle trattative che abbia dato luogo ad un assetto d'interessi più svantaggioso per la parte che abbia subito le conseguenze della condotta contraria a buona fede, e ciò pur in presenza di un contratto valido ovvero, nell'ipotesi di invalidità dello stesso, in assenza di una sua impugnativa basata sugli ordinari rimedi contrattuali (v. Cass. n. 21255/2013).*

Pertanto, la circostanza che il contratto sia stato validamente concluso non è di per sè decisiva per escludere la responsabilità della parte, qualora a questa sia imputabile - all'esito di un accertamento di fatto che è rimesso al giudice di rinvio - l'omissione di informazioni rilevanti nel corso delle trattative, le quali avrebbero altrimenti, con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contenuto del contratto”.

Orbene gli appellanti adducono a fondamento della richiesta risarcitoria per responsabilità precontrattuale della Associazione l'omessa comunicazione da parte di quest'ultima al Cafaggi dei precedenti abusi edilizi compiuti nell'area da destinare a parcheggio e del mancato rilascio del condono edilizio, circostanze che avrebbero impedito il rilascio della concessione edilizia relativa alla realizzazione del parcheggio stesso.

Deve però rilevarsi, a tutto voler concedere, che dalle stesse deduzioni degli appellanti si evince che il Cafaggi sarebbe stato indotto a stipulare il preliminare nell'errato convincimento della realizzabilità del parcheggio anche sotto il profilo urbanistico e che, di conseguenza, se fosse stato informato dall'Associazione dei pregressi abusi edilizi non condonati, non avrebbe stipulato il contratto. Infatti l'omessa informazione addebitata alla Associazione riguarderebbe proprio, secondo la prospettazione degli appellanti, la possibilità di avveramento della condizione di efficacia del contratto.



Non viene allegato quindi il diverso caso in cui la preventiva conoscenza da parte del Cafaggi delle circostanze suddette avrebbe comportato una diversa conformazione del contenuto del contratto - che non è neppure concretamente prospettata- ipotesi da cui la giurisprudenza prima richiamata fa discendere la sussistenza di una responsabilità precontrattuale anche qualora il contratto sia stato concluso.

Si aggiunge che il Cafaggi, nello scritto di suo pugno datato 3.2.1999, dallo stesso prodotto in I grado, mostra di aver esaminato la pratica di condono *“che l’Associazione mi ha fatto studiare”* ed esprime il parere che *“lo spianamento (sbancamento) di 80 cm. del piazzale non costituiva abuso e non doveva essere condonato (come in effetti non è stato condonato)”*.

Il Cafaggi, dunque era consapevole del preteso abuso (che non riteneva tale) almeno da tale momento e nonostante ciò ha proseguito nell’operazione ed, a nome della Incos di cui è legale rappresentante, ha dichiarato nella lettera del 1.3.1999 dallo stesso prodotta in grado e diretta al Notaio Trinchillo di accettare ogni rischio inerente alla mancata realizzazione del progetto anche a causa del diniego dell’autorizzazione edilizia: *“La INCOS accetta di correre il rischio imprenditoriale che, in caso diniego iniziale dell’autorizzazione edilizia, la porterebbe ad avere lavorato invano a questo progetto sin dal 1996, ed ad aver speso inutilmente somme ingentissime per rilevati, studi, progettazioni..... La Incos accetta il rischio, connesso all’attività imprenditoriale, di riuscire a ricavare utili da un’operazione complessa come questa. La Incos accetta il rischio di avere lavorato a vuoto ove mai intervenisse il blocco in corso d’opera anzidetto perché accetterebbe anche di restituire le somme che non fossero state ancora impiegate nelle opere; ma la Incos non può accettare una clausola che la vedrebbe unica soccombente”*.

Con il quattordicesimo motivo gli appellanti denunciano errori del consulente tecnico d’ufficio di I grado, il quale, con riferimento all’attività del Cafaggi, ha valutato le prestazioni compiute in complessive £.149.800.000 invece dell’importo richiesto di £.206.547.000.

a.1) In particolare lamentano:” Il CTU, nella valutazione delle Richieste N. 2, 3, 7, 11 dell’Ing. Cafaggi disattende le norme della Tariffa Ingegneri e Architetti (L. 143/49 e s.m.i.), infatti: il CTU riduce,



sensibilmente e senza fondamento alcuno, il valore delle opere progettate, su cui si applica il compenso percentuale - considerandone non il valore, ma soltanto il costo a netto di utili, spese generali e tasse -; così, riducendo l'importo relativo al compenso professionale che invece, in conformità delle predette Tariffe, sarebbe spettato all'ing. Cafaggi.

a.2) Il CTU riduce ulteriormente e sempre senza fondamento alcuno, il valore delle opere progettate, su cui si applica il compenso percentuale, sottraendo al valore delle opere anche la quota di parcheggio spettante all'Associazione che, invece, non deve essere detratta perché l'Ing. Cafaggi svolse la propria attività anche in relazione ad essa.

a.3) Il CTU riduce sensibilmente il compenso percentuale, applicando classi e categorie non attinenti al caso di specie.

a.4) Il CTU riduce fortemente e illegittimamente il compenso professionale applicando errati e penalizzanti coefficienti di riduzione per prestazioni professionali parziali.

a.5) Il CTU, nel valutare i compensi professionali da determinare non in percentuale sul valore, bensì secondo vacazione, considera soltanto il tempo impiegato dal professionista, mentre avrebbe dovuto considerare anche il tempo impiegato dall'intero team (composto da: progettista, collaboratore regolarmente iscritto all'Albo, collaboratore di concetto).

b) Il CTU, nella valutazione della "Richiesta n. 10" relativa alle domande dell'ing. Cafaggi (II relazione geotecnica relativa al secondo progetto), determina l'importo delle spettanze professionali, prendendo erroneamente in considerazione un valore delle opere di geotecnica del tutto inidoneo ed inconferente all'oggetto (lire 300.000.000, invece di lire 2.397.000.000).

e) Il CTU, nella valutazione della "Richiesta n. 11", relativa alle domande formulate dall'ing. Cafaggi ed al II progetto, eseguito in modo totalmente diverso e dopo ben tre anni dal progetto iniziale del 1995, oltre agli errori di cui al precedente punto a), applica l'ipotesi (A) secondo la quale valuta detto secondo progetto come mera continuazione del primo progetto, con una ulteriore sensibile decurtazione delle competenze. Invero, il consulente



avrebbe dovuto applicare l'ipotesi (B) e quindi considerare che detto progetto era distinto e separato dal primo, tenuto conto anche del lasso di tempo trascorso”.

La Corte ha disposto la convocazione del ctu a chiarimenti su alcuni dei suddetti rilievi (a.1,a.2,a.5,c) con ordinanza del 30.5.2013 e, con successiva ordinanza in data 11.6.2013, preso atto del decesso del ctu di I grado, ha nominato in sostituzione l'ing. Pignatelli Spinazzola.

All'udienza del 25.9.2014 e poi nella comparsa conclusionale in data 8.9.2016 gli appellanti hanno in primo luogo contestato il comportamento del ctu Pignatelli Spinazzola, il quale: ha omesso qualsiasi riferimento al parere reso dall'Ordine degli Ingegneri di Napoli del 11.6.2014 richiesto da lui stesso ed effettivamente ottenuto; *non ha tenuto conto dei pareri e liquidazioni parcelle dell'Ordine degli Ingegneri di Napoli chiesti e prodotti dagli appellanti nel corso dei lavori peritali, ritenendoli, illegittimamente, nuova documentazione non producibile in quella sede; inoltre, nonostante il fatto che i criteri seguiti dall'Ordine siano stati espressamente fatti propri dal CTP Ing. Stolica (cfr. pag. 26) e ripresi nelle sue note tecniche, l'Ing. Pignatelli non ha neanche motivato chiaramente il suo dissenso. Sotto il profilo della ammissibilità dell'esibizione, il CTU ha sostenuto che <<il mandato affidatogli può comprendere in via esclusiva solo l'esame della documentazione in atti alla data dell'incarico>>, chiedendo poi che la Corte valuti l'ammissibilità della nuova documentazione.*

Aggiungono *“Va peraltro evidenziato anche la contraddizione delle scelte dello stesso CTU, il quale è invece apparso incline ad accogliere documenti “nuovi” quando ha ritenuto di introdurre nel corso dei lavori un documento ritenuto necessario a formare il suo convincimento (atti relativi alla costruzione di un parcheggio del 1995, allegato alla bozza di relazione del CTU del 20 gennaio 2014) e non prodotto da alcuna delle parti di causa”.* Rilevano infine: *” Il CTU ha eccepito, erroneamente, che alle note alla CTU dell'Ing. Stolica sia allegata “nuova documentazione”, che non potrebbe essere oggetto di esame da parte sua. Tra questi documenti vi è una Circolare C.N.P.A. Ingg. Arch. del 20 novembre 1984 n. 40, da cui l'Ing. Cafaggi ha tratto un indice di costruzione di mercato che giustifica i costi di costruzione adottati: anche questo*



documento sarebbe, nell'ottica del Perito, "nuova documentazione" e, pertanto, a suo avviso non ammissibile in secondo grado.

Sul punto ci si limita a rilevare che non solo il Perito non può ergersi anche a Giudicante con inammissibili valutazioni sulla tempestività della produzione attorea ed impedirne l'allegazione, ma anche che, comunque, contrariamente a quanto sostenuto dall'Ing. Pignatelli, questo documento era stato già esibito dagli appellanti nel primo grado di giudizio e depositato nel corso dell'udienza del 13 dicembre 2007".

In ordine al primo rilievo osserva la Corte, con valore assorbente, che il parere dell'Ordine non è vincolante per il giudice in ordine alla liquidazione degli onorari. Quanto alla circolare menzionata dagli appellanti si rileva che la stessa, è stata prodotta secondo l'assunto degli stessi appellanti, in I grado all'udienza di precisazione delle conclusioni del 13.12.2007, quindi tardivamente e peraltro risulta allegata alla comparsa conclusionale degli odierni appellanti depositata il 7.3.2008 (in vista della seconda sentenza n.9871/2008).

Quanto agli atti relativi alla costruzione di un parcheggio nel 1995, asseritamente allegati alla bozza di relazione del ctu, si rileva che tali atti non sono allegati alla relazione definitiva e non appaiono menzionati dalla stessa. Alla relazione è invece allegato l'estratto dalla pubblicazione "Prezzi e Tipologie Edilizie" del Collegio degli Ingegneri ed Architetti di Milano relativo ai costi di costruzione di un parcheggio interrato nel 1996, che il ctu ha legittimamente acquisito perchè consentitogli dall'art.194 cpc. In ogni caso il ctu ha utilizzato i dati riportati in tale pubblicazione solo quale ulteriore elemento di conferma della valutazione del primo ctu, ritenuta corretta.

Tanto premesso, in ordine alla censura sub 14.a entrambi i ctu nominati nel giudizio hanno evidenziato la mancanza, nella specie, di uno specifico computo metrico dei lavori che invece va presentato per il calcolo del compenso professionale. Ciò posto il ctu di II grado, ing. Pignatelli Spinazzola, ha evidenziato, con valutazione che appare logicamente motivata, l'evidente erroneità della pretesa degli appellanti di porre a base del calcolo per la determinazione del compenso



professionale il “costo di costruzione di mercato” pari al totale dei prezzi di vendita dei posti auto del parcheggio, quantificato in £.4.234.520.000, quindi al presumibile realizzo finale del progetto.

Il tecnico ha aggiunto che la parcella va liquidata sulla base del costo di costruzione dell’opera ed ha quindi confermato senza alcun dubbio il calcolo effettuato dal primo consulente, ing. Basile.

Quest’ultimo, nonostante la predetta carenza di uno specifico computo metrico dei lavori, ha determinato l’importo dei lavori da porre a base del calcolo del compenso professionale secondo un procedimento chiaro e che appare immune da vizi (come ritenuto anche dal secondo ctu) premettendo la necessità di *“procedere ad una analisi con riferimento a dati certi nella logica del processo di trasformazione edilizia che l’ing. Cafaggi aveva intrapreso”* (pag.25 della relazione). Il tecnico ha utilizzato i dati relativi ai prezzi di acquisto dei posti auto desunti dagli atti di prenotazione determinando il prezzo medio per posto auto; ha quindi determinato il valore dell’area sulla base della pattuizione contenuta nel contratto preliminare relativa all’esecuzione di 14 posti auto in favore dell’Associazione; ha determinato il costo tecnico di costruzione specificando che *“è il costo per l’impiego dei fattori produttivi manodopera, materiali, mezzi ed attrezzature, comprensivo delle spese generali e dell’utile di impresa”* (pag.27).

Non si può tenere conto poi del parere dell’Ordine degli Ingegneri della Provincia di Napoli del 18.12.2013 e dei tre “sviluppi parcelle” con annessi pareri del predetto Ordine, di cui gli appellanti all’udienza del 25.9.2014 hanno chiesto l’allegazione agli atti perché tardivi; in ogni caso, come già si è evidenziato, i pareri dell’Ordine non sono vincolanti.

Anche in ordine al punto 14 a.2 il II ctu ha confermato la valutazione del primo consulente in quanto “assolutamente congrua e corretta”. Ha evidenziato che l’ing. Basile, *proprio per la mancata redazione di un computo metrico estimativo e/o stima di massima, ha dovuto necessariamente e correttamente utilizzare le classiche operazioni estimative giungendo ad un costo stimato di tutto il parcheggio interrato di n.64 box all’importo complessivo di £.1.750.000.000 comprensivo quindi anche dei 14 box spettanti all’Associazione, pari a circa £/cad 27.300.000 che risulta essere quasi il doppio rispetto a costi di costruzione parametrici del gennaio 1996 estratti dalla pubblicazione*



“Prezzi Tipologie Edilizie” del Collegio degli Ingegneri ed Architetti di Milano.. che valuta in £/cad 14.300.00 il costo di costruzione per un parcheggio interrato di n.384 posti auto” (All.10).

Le censure sub 14 a.3 e a.4 sono del tutto generiche e quindi inammissibili.

In ordine al punto 14 a.5 l'indagine va limitata alla sola pratica di autorizzazione VV.FF. in quanto per le altre attività, per le quali il primo ctu ha determinato compensi a vacanza (rilievo planoaltimetrico dell'area e pratica autorizzazione della Soprintendenza BB.AA.AA. di Napoli, cfr. pag.8 della relazione dell'ing. Pignatelli Spinazzola), si è escluso qualsiasi compenso, come motivato in precedenza.

Orbene il ctu di II grado ha chiaramente evidenziato che *“per la pratica svolta presso i VV.FF. non si ritiene possano essere considerati collaboratori, in quanto normalmente è direttamente il professionista a curare i contatti presso gli Uffici per l'istruttoria e la successiva approvazione”*.

Quanto al punto 14 b, si rileva che il ctu di I grado ha fatto riferimento al costo di costruzione delle opere di sostegno determinato in relazione alla richiesta sub 3 per cui si rinvia a quanto già argomentato sub 14 a.

In ordine al punto 14 c il ctu nominato nel presente grado ha confermato l'operato del I ctu che aveva così concluso: *“il livello di approfondimento è nella sostanza lo stesso del progetto esaminato con le precedenti richieste, può cioè ripetersi che l'opera risulta definita nei suoi aspetti più generali per forma e dimensione e che sono forniti elementi ed indicazioni di maggior dettaglio, tuttavia insufficienti per una compiuta e completa definizione dell'opera nel suo insieme e nei suoi singoli elementi costitutivi”*.

Il ctu del presente grado ha quindi condiviso l'ipotesi di calcolo A) fatta dall'ing. Basile, relativa al *“compenso per le modifiche e varianti apportate al progetto originario”* evidenziando, con esauriente e convincente motivazione, che *“ il livello di dettaglio del secondo progetto risulta sostanzialmente lo stesso di quello redatto nel 1995 con alcune varianti rese necessarie a seguito delle richieste del Condominio confinante in merito alla sicurezza dell'opera in progetto, variazioni*



che tecnicamente e, di norma, avrebbero dovuto essere già analizzate e risolte in sede di progetto di massima di cui al punto 1”.

In relazione al punto B del quattordicesimo motivo, ed in particolare alla “Richiesta n. 1” della Incos vanno prese in considerazione unicamente le censure alla valutazione da parte del I ctu dell’attività di abbattimento, rimozione e trasporto a discarica di alberature, in quanto il Tribunale non ha ritenuto provato l’incarico da parte della Associazione alla Incos della esecuzione delle dedotte terapie fitosanitarie con decisione non specificamente impugnata.

Per quanto riguarda l’abbattimento degli alberi si precisa che la valutazione del ctu è stata considerata solo quale elemento di riferimento dal Tribunale che ha riconosciuto l’indennizzo per ingiustificato arricchimento liquidato in via equitativa.

In ogni caso le doglianze degli appellanti sono oltremodo generiche, in quanto essi si limitano a lamentare che il I ctu avrebbe disatteso l’ordinanza del giudice che gli imponeva di effettuare la perizia sulla scorta della documentazione prodotta e delle risultanze della prova testimoniale senza indicare gli elementi probatori ai quali fanno riferimento e che sarebbero stati trascurati dal tecnico.

Quest’ultimo, inoltre, ha rilevato la mancanza agli atti di “*elementi di dettaglio per l’esatta quantificazione delle prestazioni rese*”. Ha quindi fatto riferimento al listino della Assoverde edizione 2006-2007 e, dopo aver confrontato i dati da esso emergenti con i dati delle Tabelle del Provveditorato OO.PP. del 1996, ha decurtato i prezzi del listino Assoverde del 75%.

Tale criterio valutativo è stato condiviso anche dal ctu del presente grado ed appare corretto anche in considerazione degli scarni elementi a disposizione dell’ing. Basile, come dallo stesso evidenziato.

Anche per la richiesta n.2 della Incos la valutazione del ctu è stata considerata dal Tribunale come elemento di riferimento per la liquidazione, in tal caso, del danno da responsabilità precontrattuale.

In relazione a tale richiesta deve evidenziarsi che, come rilevato pure dal secondo ctu, la Incos non ha documentato con l’esibizione della fattura la spesa sostenuta per l’esecuzione delle indagini geologiche da essa affidate alla ditta Terra. Il ctu di I grado ing. Basile ha dunque utilizzato per la



valutazione della prestazione i costi storici desunti dal consuntivo finale relativo a prestazioni analoghe svolte nel 1997 da una ditta incaricata dal medesimo tecnico, in qualità di ctu, in un altro giudizio. La valutazione così operata è stata condivisa dal ctu del presente grado.

Le considerazioni che precedono valgono anche per le indagini sulla posizione dell'adiacente fabbricato civico 38. Si aggiunge che l'esecuzione di 5 perforazioni è stata accertata dal ctu ing. Basile sulla base della relazione geologica a proposito delle indagini geologiche e geotecniche. Per le indagini sul posizionamento delle fondazioni del fabbricato civ 38 il ctu, dopo aver chiarito di non poter disporre di ulteriori elementi, ha potuto solo ritenere presumibilmente, sulla base delle analoghe attività svolte dall'impresa da lui incaricata, quale ctu, nell'altro giudizio citato, che nella specie furono eseguite due perforazioni.

In relazione alla richiesta Incos n.3 *“Lavori eseguiti presso la sede dell'Associazione-1998”* il ctu nominato nel presente grado ha anche in tal caso ritenuto corretto l'operato del primo consulente che ha ridotto la voce *“stuccatura”* ad 1/3 della superficie complessiva di mq.2.107. Ha infatti ritenuto giustificata la suddetta riduzione: *“in considerazione di valutazioni tecniche del tutto corrette, in assenza di elementi idonei alla definizione certa circa l'estensione effettiva degli interventi di stuccatura eseguiti”*. Ha infatti evidenziato che nella richiesta viene considerata una superficie complessiva di mq. 2.107 comprensiva anche delle superfici dei soffitti che, invece, sono stati coperti con controsoffittature in pannelli in gesso.

La riduzione del 40% rispetto agli importi determinati dal ctu, operata dal Tribunale (sentenza 9871/08) per le voci di danno derivanti da responsabilità precontrattuale dell'Associazione, è poi ampiamente motivata con il ricorso al criterio dell'interesse negativo e cioè il danno *“consistente nelle perdite che sono derivante dall'aver fatto affidamento nella conclusione del contratto e nei mancati guadagni verificatisi in conseguenza delle altre occasioni contrattuali perdute”*. Il Tribunale ha quindi provveduto alla suddetta riduzione *“in assenza di indici più specifici”*, sulla base di una ragionevole stima presuntiva, secondo *l'id quod plerumque accidit*, del fatto che *“tale*



valore percentuale costituisca il normale guadagno realizzato, al netto delle spese, da coloro che svolgono prestazioni del tipo di quelle oggetto di causa”(pagine 36 e 37).

Con il quindicesimo motivo gli appellanti chiedono il risarcimento del danno per perdita di chance. Deducono che, stante l’impegno profuso sin dal ricevimento dell’incarico relativo allo studio di fattibilità tecnico-urbanistica del progetto (anteriore alla redazione dello stesso) non avrebbero potuto impiegare la propria professionalità e la propria struttura imprenditoriale per altri impegni avendo invece dovuto investire nel progetto di cui è causa le proprie risorse.

Il Tribunale, con la sentenza n.987108, ha rigettato la domanda ritenendo che gli attori non avevano *“ottemperato agli oneri di allegazione e prova dei fatti costitutivi della pretesa su di essi gravanti”*(pag.41). Ha richiamato il seguente principio giurisprudenziale *“In tema di risarcimento del danno, il creditore che voglia ottenere, oltre il rimborso delle spese sostenute, anche i danni derivanti dalla perdita di chance - che, come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non è una mera aspettativa di fatto ma un’entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione - ha l’onere di provare, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile dev’essere conseguenza immediata e diretta”*. (Cassazione civile, sez. III, 28/01/2005, n. 1752).

Sul punto sono intervenute le sezioni unite che hanno affermato: *“In caso di domanda volta a ottenere il risarcimento del danno da perdita di "chance", che come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non è una mera aspettativa di fatto ma un’entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, il creditore ha l’onere di provare, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta”* (Cassazione civile, sez. un., 27/03/2008, n. 7943).



Il principio è stato ulteriormente ribadito dalla Cassazione (cfr. le sentenze 14/05/2013, n. 11548 e 13/07/2011, n. 15385).

Orbene gli appellanti non hanno specificamente censurato il convincimento del primo giudice e si sono limitati a riproporre le deduzioni di I grado.

Tantomeno essi hanno fornito “elementi oggettivi e certi dai quali desumere, in termini di certezza o di elevata probabilità e non di mera potenzialità, l'esistenza di un pregiudizio economicamente valutabile”. Essi non hanno allegato alcun dato documentale sull'attività espletata nel periodo in cui si sono verificate le vicende oggetto del presente giudizio e nell'atto di appello si sono limitati a richiamare, per la liquidazione del preteso danno, la quantificazione operata nella comparsa conclusionale di I grado depositata il 7.3.2008. Il mero richiamo a tale atto è del tutto insufficiente a supportare la censura in esame; in ogni caso nella citata comparsa conclusionale le parti hanno determinato il mancato guadagno o perdita di chance in relazione al cd. secondo periodo nella percentuale di utile del 30% dell'importo di realizzo del parcheggio da costruire nella specie, criterio del tutto inidoneo alla stregua dei principi giurisprudenziali in precedenza richiamati.

Con il sedicesimo motivo gli appellanti lamentano “Erronea valutazione delle prove testimoniali espletate. Mancata escussione dei testi di parte attorea sui capi di prova autorizzati. Reiterazione delle istanze istruttorie non accolte”.

Lamentano in primo luogo che il Tribunale non ha considerato che i testi escussi (Falchetta e Noviello) avrebbero offerto la piena prova dell'effettivo espletamento delle attività professionali ed esecutive derivanti dal contratto preliminare e funzionali alla realizzazione del progetto.

Il motivo non coglie nel segno, in quanto il Tribunale nella sentenza n.9871/08, come si è visto in precedenza, ha accertato l'effettiva esecuzione delle prestazioni da parte di entrambi gli odierni appellanti anche sulla base delle dichiarazioni testimoniali assunte ed in particolare del teste Falchetta, ma ha escluso il riconoscimento del corrispettivo per quelle attività che non risultavano eseguite in virtù di uno specifico incarico dell'associazione.



Sul punto gli appellanti, nel medesimo motivo, deducono che le dichiarazioni testimoniali riportate comproverebbero anche che le attività da essi compiute furono realizzate nell'ambito di un unico programma negoziale che le parti perseguivano sulla base di rinnovati incarichi e deleghe.

Tale tesi non trova però riscontro nelle dichiarazioni testimoniali riportate nell'atto di appello, che si limitano a riferire,peraltro a volte in modo generico, le attività svolte dagli appellanti e la presenza,in alcuni casi, di una persona non ben identificata forse appartenente all'Associazione.

In ogni caso si è già rilevata la inammissibilità dei motivi di appello con i quali gli appellanti ripropongono la tesi già sostenuta in sede di lodo arbitrale secondo cui i contraenti,una volta compreso che la condizione apposta al contratto (rilascio della concessione edilizia entro il 30.6.1997) non si sarebbe potuta verificare, non avrebbero abbandonato l'assetto di interessi regolato nella scrittura del 1995 ma avrebbero inteso dare impulso all'esecuzione dei lavori e proseguire nell'iter contrattuale con rinuncia alla condizione. Si è pure rilevato che la valutazione degli arbitri è stata confermata dalle sentenze impugnate con argomentazioni, si aggiunge, che in ogni caso non sono contrastate dalle riportate dichiarazioni testimoniali.

Infine gli appellanti deducono che il Tribunale avrebbe erroneamente ritenuto l'assunzione volontaria da parte del Cafaggi del rischio imprenditoriale dell'intera operazione,subordinando al rilascio della concessione edilizia il buon esito del programma. Richiamano stralci di dichiarazioni di alcuni testi i quali si sono però limitati ad escludere genericamente -evidentemente nei limiti di quanto da essi direttamente percepito- che il Cafaggi avesse assunto il rischio delle operazioni preliminari. E' evidente pertanto che le richiamate risultanze della prova testimoniale sono insufficienti ad escludere l'assunzione del rischio dell'operazione da parte del Cafaggi, assunzione ritenuta invece dal Tribunale sulla base di elementi ben più solidi. Nella sentenza 9871/08,infatti, il primo giudice ha fatto riferimento alle pattuizioni contrattuali che prevedevano che il Cafaggi redigesse i progetti per la realizzazione del parcheggio quando la condizione non si era ancora verificata traendone la non contestabile conclusione che egli fosse consapevole del rischio che l'intera operazione contrattuale rimanesse priva di effetti e che le prestazioni professionali da lui



effettuate restassero senza compenso alcuno e avesse accettato tale rischio. Si aggiunge pure il contenuto della dichiarazione del Cafaggi al Notaio Trinchillo del 3.3.1999 già citata in precedenza.

Al punto B del motivo in esame gli appellanti si dolgono del mancato esame dei testi sui capitoli da 27 a 31 della memoria istruttoria depositata il 28.2.2003 (relativi al trattamento sanitario alle piante che la Incos avrebbe eseguito su incarico dell'Associazione).

Al punto C del motivo in esame viene lamentata la mancata ammissione della prova testimoniale su altre circostanze (capi da 1 a 26 e da 37 a 49 della suddetta memoria istruttoria).

In ordine a tali questioni si rileva che le parti, dopo l'ordinanza che aveva deciso sulle istanze istruttorie formulate, all'udienza del 15.12.2005 si sono riservate di chiedere la modifica di tale provvedimento ma non l'hanno fatto nonostante l'assunzione della prova ammessa. In sede di precisazione delle conclusioni, poi, non hanno reiterato specificamente le istanze istruttorie non ammesse (cfr. foglio di "deduzioni e conclusioni" allegato al verbale di udienza del 13.12.2007 e verbale di udienza del 8.1.2008).

Parimenti in sede di assunzione della prova (ed in sede di precisazione delle conclusioni) non hanno insistito affinché i testimoni rispondessero anche sulle circostanze dei capi da 27 a 31 della memoria istruttoria.

Al punto 17 dell'atto di appello gli appellanti eccepiscono che le domande risarcitorie formulate in I grado sarebbero rimaste prive di contestazione. Deducono che la Associazione: a) si era limitata a sostenere in I grado che la domanda relativa alla responsabilità contrattuale era assorbita dalla clausola compromissoria; b) non aveva opposto netta contestazione alla domanda di ingiustificato arricchimento rimettendosi addirittura ad una ctu per la valutazione della stessa; c) non aveva fornito alcun allegazione specifica finalizzata al rigetto della domanda di risarcimento danni da inadempimento contrattuale.

Concludono che pertanto le domande di risarcimento formulate devono considerarsi implicitamente accettate perché non specificamente contestate per cui la decisione del Tribunale sarebbe affetta da vizio di *extrapetitum e/o ultrapetitum*.



Anche tale censura non ha pregio.

Invero i rilievi sub a) e c) sono inconferenti, atteso che il Tribunale in relazione all'eccezione di inammissibilità della domanda di risarcimento danni da inadempimento contrattuale avente causa petendi fondata sul contratto preliminare ha dichiarato improcedibile la domanda e non ha quindi esaminato il merito della stessa.

Quanto poi alla domanda di ingiustificato arricchimento la Associazione nella comparsa di risposta ha fatto riferimento al ricorso ad una ctu solo in ordine alle *“spese effettuate dall'ing. Cafaggi nel piazzale e nei locali dell'Associazione”* evidenziando però che l'onere della prova della esecuzione dei lavori e dell'effettivo vantaggio per l'Associazione incombeva sul predetto attore (*“ in ogni caso spetta all'ing.Cafaggi dimostrare che i lavori sono stati effettivamente eseguiti e che degli stessi si sia avvantaggiata l'Associazione qui convenuta”*).

Ed infatti nelle conclusioni della comparsa la parte ha chiesto il rigetto della richiesta di rimborso e solo in subordine il riconoscimento dell'indennizzo nei limiti dell'arricchimento.

Venendo all'esame dell'appello incidentale proposto dalla Associazione, quest'ultima censura in primo luogo il riconoscimento in favore del Cafaggi del corrispettivo per l'attività di presentazione della DIA e di redazione dei documenti tecnici all'uopo necessari in esecuzione di uno specifico incarico dell'Associazione.

Rileva che il primo giudice ha trascurato la documentazione in atti attestante l'assenza di uno specifico incarico e l'assunzione del rischio di impresa da parte del Cafaggi, riferendosi alla citata comunicazione del Cafaggi al Notaio Trinchillo del 1.3.1999.

La parte però omette di considerare che il Tribunale nella sentenza n.9871/08, dopo aver ritenuto che il Cafaggi avesse accettato il rischio che l'intera operazione contrattuale rimanesse priva di effetti e che le prestazioni professionali da lui effettuate restassero senza compenso alcuno ha evidenziato, con specifico riferimento alla denuncia di inizio di attività, che vi fu una specifica volontà dell'Associazione di procedere in tal senso, discostandosi dall'originario regolamento negoziale (che prevedeva la richiesta di concessione edilizia) e cercando in tal modo di rimuovere



per altra via l'ostacolo alla realizzazione del progetto rappresentato dalla mancanza della concessione stessa. Il primo giudice ha quindi ritenuto provato il conferimento dell'incarico dalla Associazione al Cafaggi sulla base di una pluralità di elementi, gravi, precisi e concordanti (cfr. pagine 22-24 della sentenza che si intendono richiamate in questa sede) che non sono stati contestati specificamente dalla appellante incidentale. Tali elementi non appaiono contrastati dalla invocata dichiarazione del Cafaggi del 1.3.1999 proprio per il rilievo del Tribunale sulla specifica volontà dell'Associazione di procedere alla richiesta della DIA, discostandosi dall'originario programma negoziale.

Parimenti va respinto l'appello incidentale avverso il riconoscimento al Cafaggi del compenso per l'opera prestata al fine del rilascio del nulla osta da parte dei Vigili del Fuoco, censurato anche in tal caso con il richiamo alla dichiarazione del Cafaggi del 1.3.1999 più volte citata. Il Tribunale ha infatti ritenuto, con motivazione non specificamente censurata, che tra le parti era intervenuto un contratto d'opera professionale collegato all'accordo programmatico di cui al preliminare ma distinto dal medesimo e ad esso successivo.

L'Associazione lamenta poi che il Tribunale ha esaminato la domanda di pagamento dell'indennizzo per ingiustificato arricchimento proposta dagli attori sebbene inammissibile perché non contenuta né nella citazione introduttiva né nelle note ex art. 183 cpc.

Il motivo è carente di interesse con riferimento alla domanda proposta dal Cafaggi perché comunque rigettata.

La domanda può però comunque considerarsi introdotta nella citazione laddove gli attori hanno chiesto, in dipendenza dei fatti esposti nell'atto e delle attività espletate, la condanna della convenuta *al risarcimento di tutti i danni di natura contrattuale ed extracontrattuale... agli indennizzi ed alle indennità a qualunque titolo ai predetti dovuti...* (cfr. capo 6 delle conclusioni della citazione di I grado).



D'altra parte, come si è visto in relazione al punto 17 dell'appello principale, la Associazione nella comparsa di risposta si è espressamente difesa rispetto a tale domanda che pertanto ha ritenuto proposta nella citazione introduttiva.

L'appellante incidentale lamenta poi anche l'esame della domanda di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale relativa al cd. secondo periodo (dopo la scadenza del termine fissato per l'avveramento della condizione) perché tardiva.

Anche in tal caso si richiama l'ampia formulazione delle conclusioni di cui al capo 6 della citazione, preceduta da una dettagliata esposizione del comportamento dell'Associazione anche successivo alla scadenza del termine per l'avveramento della condizione (in particolare pagine 13-15 della citazione) che il Tribunale ha valorizzato al fine del riconoscimento della responsabilità precontrattuale dell'Ente nel corso delle trattative svoltesi tra il 1997 e il 1999.

In conclusione gli appelli vanno rigettati.

L'esito della decisione giustifica la compensazione delle spese del presente grado tra gli appellanti principali e l'appellante incidentale.

Le spese della ctu di secondo grado vanno invece poste a totale carico degli appellanti principali, atteso che l'indagine peritale si è resa necessaria in relazione alle censure dei predetti.

Le medesime parti vanno condannate al pagamento delle spese del presente grado in favore degli avv.ti Scotti Galletta, in quanto inutilmente citati per le ragioni espresse in precedenza, e si liquidano in dispositivo.

Nulla per le spese nei confronti degli appellati contumaci.

P.Q.M.

La Corte di Appello La Corte di Appello di Napoli, pronunciando sull'appello proposto da Cafaggi Giancarlo e dalla Incos Ingegneria e Costruzioni srl avverso le sentenze n. 3455/05 e n. 9871/08, pronunciate dal Tribunale di Napoli rispettivamente in data 29.3.2005 e 26.9.2008, nonché sull'appello incidentale proposto dalla Associazione Italo-Americana di Napoli "American Studies Center", così provvede:



- a) Rigetta entrambi gli appelli;
- b) Compensa le spese del grado tra gli appellanti principali e l'appellante incidentale;
- c) Condanna Cafaggi Giancarlo e la Incos Ingegneria e Costruzioni srl,in solido, al pagamento delle spese del presente grado in favore degli Avv.ti Antonio Scotti Galletta, Nicola Scotti Galletta e Marco Scotti Galletta e le liquida in €.30,00 per spese ed €. 1.888,50 per compenso professionale;
- d) nulla per le spese nei confronti degli appellati contumaci;
- e) pone a carico di Cafaggi Giancarlo e della Incos Ingegneria Costruzioni srl,in solido,le spese della ctu del presente grado.

Così deciso in Napoli, in data 20.12.2016

Il Consigliere estensore

II

Presidente

