

§ 3. RESPONSABILITÀ DECENNALE.

SOMMARIO.

365. Committente: rifiuto di ricevere la consegna di un edificio costruito senza le regole dell'arte e con cattivi materiali; consegna fatta; azione esperibile solo nei casi indicati dall'art. 1639 del Codice civile; caratteri del pericolo di rovina di un fabbricato; tempo utile dell'azione.
366. Opera ordinata ed eseguita dalla pubblica amministrazione: consegna fatta agli interessati; responsabilità pei vizi di costruzione.
367. Costruzione di una tubulatura per condotta di acque: equiparazione, per la garanzia delle opere, al caso di rovina parziale o totale, della deviazione delle acque, per vizi di costruzione; distinzione dei danni per la qualità dei materiali, dai danni per errori del progetto d'arte.
368. Consegna susseguita da accettazione: libera l'artefice da ogni responsabilità pei difetti dell'opera; deterioramento della cosa commessa alla lavorazione di un artefice; presunzione di colpa di questo.
369. Azione di garanzia contro l'imprenditore per la rovina dell'edificio: decorrenza; consegna; collaudo.
370. Regola dall'art. 1635 del Codice civile applicabile anche alle opere pubbliche: ingegnere direttore e intraprenditore; responsabilità per difetti del piano e per vizi del suolo sia che la perdita avvenga nel corso della costruzione sia dopo la collaudazione; opere aggiunte necessarie; obbligo dell'appaltatore di sospendere i lavori se riconosce il difetto del piano e il vizio del suolo.
371. Responsabilità decennale: opera notevole; tetto di una casa.
372. Garanzia decennale: riguarda solo gli appalti a prezzo fatto e non quelli a misura.
- 373 e 374. Art. 1638 delle abolite leggi civili napoletane: responsabilità estesa anche al pericolo imminente di rovina; termine di dieci anni; quando decorre.
375. Il termine del decennio non può prolungarsi al trentennio sotto pretesto di dolo e frode nella esecuzione dell'opera.
376. Intraprenditori: rovina dell'edificio da loro costruito; rigetto delle deduzioni degli intraprenditori dirette a scemare o togliere la loro responsabilità; nomina di periti per la constatazione del vizio di costruzione proposta dal committente.
377. In tesi generale l'applicabilità dell'art. 1639 del Codice civile non può subordinarsi all'esito delle proposte prove testimoniali.
378. Appaltatore, azione di pagamento di opera collaudata e liquidata: Comune appaltante, azione di garanzia contro l'appaltatore; azioni separate, giudizi separati.
379. Imprenditore e architetto: garanzia; divisibilità; indennità.
380. Architetto e imprenditore: istruzioni del committente; responsabilità.
381. Architetto e imprenditore: solidarietà.
382. Rovina dell'edificio: presunzione che sia avvenuta, sino a prova contraria, per colpa dell'architetto o imprenditore.

383. Azione in responsabilità: azione speciale indipendente dal contratto e d'ordine pubblico.
384. Massima prescrizione di dieci anni stabilita dal Codice di commercio: applicabilità ai soli casi nei quali non è stabilita prescrizione più breve; non contempla il caso dell'art. 1639 del Codice civile.
385. Responsabilità per difetto di costruzione: abbraccia la mancanza delle regole dell'arte, l'impiego di materiali cattivi e l'insufficiente spessore dei muri; materiali forniti dall'appaltante; obbligo dell'appaltatore di rifiutarli se difettosi, ecc.; l'ubbidienza dell'appaltatore all'ingegnere direttore dei lavori non lo libera dalla responsabilità.
386. La prescrizione di cui è parola all'art. 1639 del Codice civile non è interrotta da una citazione giudiziale, ecc.
387. Il decidere se un edificio sia o no notabile spetta al prudente arbitrio del giudice: responsabilità dell'architetto per la viziosa costruzione di un acquedotto.
388. Muro di cinta di un giardino: se è opera alla quale si possa estendere la garanzia decennale.

365. Il committente può negarsi a ricevere la consegna di un edificio costruito dal cottimista senza le regole dell'arte e con cattivi materiali; ma una volta seguitane la consegna, l'azione contro il cottimista non può sperimentarsi che nei casi tassativamente indicati dall'art. 1639, cioè rovina totale o parziale od evidente (se non imminente) pericolo di rovina.

Quest'azione non può utilmente promuoversi che nel termine di dieci anni dal compimento delle fabbriche e di due anni dal giorno in cui si è manifestato il pericolo di rovina; sicchè se la rovina avvenga nel primo anno dalla consegna, l'azione non può sperimentarsi in tutto il tempo del decennio, sìvvero nel solo biennio successivo all'avvenuta rovina o all'evidente pericolo di rovina (*La Legge*, 1881, II, 227, C. C. di Napoli, 3 febbraio 1881; *Lamacchia c. D'Ambra*; *Foro it.*, I, 606).

— Il pericolo di rovina di un fabbricato di cui all'art. 1639 deve avere due caratteri: essere evidente, manifestarsi per segni di rovina immancabile, essere se non imminente, almeno prossimo.

Le due condizioni o due estremi del pericolo devono verificarsi ambedue nel decennio per potersi avere ancora l'azione in garanzia contro l'appaltatore.

L'azione per indennità poi deve essere istituita nei due anni dalla caduta totale o parziale, oppure dal mostrarsi del pericolo evidente (Sentenza della Corte d'Appello di Trani, 12 marzo 1880; *Lamacchia e D'Ambra*; *R. Giur. Trani*, 1880, 552).

366. Trattandosi di opera ordinata ed eseguita dalla pubblica amministrazione, essa, non ostante la consegna fattane agli interessati, è sempre tenuta pei vizii di costruzione a rispondere verso i privati in proprio, nè può agire in via di garanzia verso coloro nel cui interesse l'opera stessa venne eseguita (Sentenza della Corte d'Appello di Genova, 31 dicembre 1878; Ministero dei lavori pubblici c. Brignole, Casanova; *Eco Gen.* 1879; I, 55).

367. La costruzione di una tubulatura per condotto delle acque non esime l'imprenditore da responsabilità per la garanzia, equiparandosi al caso di rovina totale o parziale la deviazione e il deprezzamento delle acque quando mettessero capo a vizii di costruzione del canale.

Quando l'imprenditore costruisce sotto la direzione di un ingegnere, se i danni derivino dalla qualità dei materiali e dalla esecuzione dei lavori, la garanzia è dello imprenditore, non così se derivino dal progetto d'arte (Sentenza della Corte d'Appello di Napoli, 18 novembre 1881; D'Ambrosio c. Comune di Mirabella Eclano; *Gazz. Proc.* XVI, 544; *Bett.* 1882, 132).

368. La consegna susseguita dall'accettazione di un lavoro per parte del committente libera l'artefice da ogni responsabilità per i difetti del lavoro stesso.

La perdita e il deterioramento della cosa commessa alla lavorazione di un artefice deveasi fino a prova contraria ascrivere a colpa dell'artefice anzichè a vizio della cosa (*La Legge*, 1879, I, 277, Corte d'Appello di Genova, 13 maggio 1878; Spinaponti c. Massa).

369. Nell'appalto di costruzioni il termine per l'azione di garanzia contro l'imprenditore per la rovina dell'edificio, decorre non dalla materiale consegna dell'edificio medesimo, ma dalla sua collaudazione regolarmente fatta ai termini del contratto.

Il collaudo non estingue la garanzia decennale dell'appaltatore per vizii dell'edificio.¹

L'imprenditore, che non sia semplice cottimista, è responsabile pei danni dell'edificio, quand'anche siasi sempre attenuto

¹ Se Compita l'opera l'intraprenditore ne ottenne il collaudo e riportò dall'Amministrazione appaltante una rinuncia ad ogni ulteriore pretesa, mediante corrispettivo, non è più responsabile di alcun danno quand'anche l'edificio cada. (Sentenza della Corte d'Appello di Torino, 1 luglio 1859; Giurisprudenza Bettini, anno 1859, parte II, pag. 639.)

alle istruzioni dell'appaltante (Sentenza della Corte d'Appello di Genova, 23 aprile 1883; Comune di Sestri Ponente c. Venzano e Mongiardino; *Eco Gen.* 1883, *civ.* 170; *Bett.* 1883, 414; *La Legge*, 1883, II, 456; *Monitore tecnico-legale degli ingegneri*, 1888, p. 21).

La Corte, ecc.

Attesochè l'esercizio dell'azione d'indennità contro l'imprenditore per rovina manifestatasi in un edificio da esso costruito è bensì limitato ad un biennio, ma ciò segue nel caso di applicabilità dell'articolo 1639 del Codice civile, cioè, quando la fabbricazione fosse già compiuta.

Attesochè non può dirsi compiuta l'opera, finchè il proprietario, che deve goderlo e disporne, non abbia riconosciuto che la stessa fu eseguita pienamente a regola d'arte e secondo il progetto ed i termini del contratto d'appalto. Occorre quindi che siasi proceduto ad un esame e ad una seria verifica dei lavori e che questi siano accettati come completi e perfetti in ogni loro parte; e così il compimento di una fabbricazione si identifica col regolamento finale dei conti o col ricevimento dell'opera o colla costituzione in mora di prenderne la consegna; è dal giorno in cui questi atti seguirono che l'opera si ha per compiuta; è allora soltanto che si verifica una vera e definitiva consegna.

Attesochè qualora siasi convenuto che il proprietario appaltante andrà in possesso dell'edificio, ma che la collaudazione seguirà dopo un certo determinato tempo, non può dirsi che tal presa di possesso equivalga alla consegna nel senso surriferito; giacchè pendente il collaudo non può conoscersi ancora se tutti i lavori siano compiuti, e se altri possano occorrere per la loro perfezione, come superiormente si accennò. E nel frattempo se l'opera rovinasse non sarebbe regolata colla summenzionata disposizione, giacchè il termine per la garanzia non avrebbe ancora avuto il suo principio, stante che l'opera non era compiuta; e neppure sarebbe il caso di ricorrere all'altro termine per l'esercizio di detta azione, mentre non è cominciato a decorrere quello per la garanzia, ed in tal caso rimangono applicabili invece le regole comuni: presa di possesso o consegna provvisoria che verificasi per lo più nel caso di costruzioni, in cui sono interessate pubbliche Amministrazioni, alle quali premendo per ragione di pubblico servizio di potere avere il godimento più sollecito della cosa, le accettano, ma colla riserva della collaudazione, la quale sta per tenere sospesi gli effetti della vera consegna definitiva.

Attesochè nel concreto caso per l'articolo 25 del capitolato di appalto il collaudo doveva aver luogo dopo sei mesi dalla consegna, e per questa poi coll'antecedente articolo 23 si stipulava che, durante il periodo di tempo tra il giorno della ultimazione dei lavori e quello della definitiva loro collaudazione l'impresa doveva mantenere tutti i lavori in perfetto stato di regolarità e d'integrità, riparando a tutti i guasti, degradazioni e consumi che per qualsiasi cagione ordinaria ed inevitabile o straordinaria ed accidentale venissero a soffrire, ed essendo l'impresario obbligato a fare la consegna dell'opera alla stazione appaltante tosto compiuta, si dichiarava, che a carico della medesima cadevano i guasti provenienti dall'uso dell'opera stessa.

Attesochè pei termini di siffatte condizioni, chiaramente si evince, che il

Comune di Sestri Ponente desiderando pel pubblico servizio delle scuole di andare al più presto possibile in possesso dei locali a tal'uopo fatti costruire, apponeva la suindicata condizione colla riserva espressa che pendente la collaudazione esso non rispondeva di nulla, tranne dei consumi provenienti dall'uso, e quindi non riconosceva ancora per consegnati definitivamente e per compiuti gli edifizii a termine di legge, volendo responsabile l'impresa per ogni guasto proveniente da qualsiasi causa: e giusta i summentovati principii non è il caso di ricorrere all'articolo 1639 del Codice civile, per cui il Comune poteva opportunamente esercitare l'azione di garanzia anche pei cedimenti e rovine verificantesi nel 1873, le uniche per le quali sarebbe decorso il biennio, dacchè si manifestarono, dal momento che il collaudo non avrebbe avuto luogo.

Attesochè ad arrestare l'esercizio di detta azione non può fare ostacolo il pagamento dei mandati del 1875, perchè quand'anche da tal fatto si volesse trarne una presunzione pel collaudo, questo sarebbe seguito, allorchè ebbe luogo l'approvazione consiliare, cioè nel 7 novembre 1876, ossia dopo che era già stato introdotto il giudizio. Nè per siffatto contegno del Comune può arguirsi una tacita accettazione dei lavori come compiuti, ed una rinuncia alla predetta indennità, mentre a riconoscere tale, supposto stava la pendenza del giudizio: e questo sussistendo, sarebbe occorsa una esplicita dichiarazione sul proposito per paralizzare gli effetti della già sperimentata azione, mantenutasi sempre viva.

E se si dovesse stare poi a quanto si accenna dal Venzano nei suoi capitoli dedotti a prova, sembrerebbe che tale collaudo fosse seguito contemporaneamente alla consegna, e quindi prima del termine stabilito, ed in modo puramente orale: lo che nel concreto del caso non potrebbe suffragare, per trattarsi di opera di qualche importanza e per la quale occorrevano verifiche, scandagli, saggi ed un atto formale, il quale doveva essere per iscritto, se dovevasi rimettere, sia pure in forma di certificato, dall'ingegnere direttore alla stazione appaltante, conforme a quanto è prescritto dal suaccennato articolo 25 del capitolato.

Quanto all'appello incidente, ossia sull'ammissibilità o no della prova proposta del Venzano per la sua rilevanza:

Attesochè la umanità e l'interesse pubblico richiedono che le costruzioni non possano mettere in pericolo la sicurezza dei cittadini; e perciò il legislatore a tutela di ciò per la pubblica incolumità e per ragioni d'ordine pubblico, volle responsabili architetto e intraprenditore delle costruzioni da loro dirette ed eseguite, le quali sebbene avessero tutte le apparenze di solidità, nullameno si trovassero affette da vizii occulti, i quali le facessero crollare, e che il tempo solo può rendere manifesti: e ciò in omaggio anche ai principii della romana sapienza: *quod imperitia peccavit culpam esse. — Imperitia culpaè adnumeratur.*

Nè ad esonerare l'appaltatore può influire il collaudo dell'opera, giacchè questo ha per iscopo di verificare e certificare che la stessa è compiuta ed eseguita in perfetta regola d'arte, secondo le prescrizioni tecniche prestabilite, in conformità del contratto e sulle proporzioni del disegno, onde autorizzare l'appaltatore ad ottenere il completo pagamento dell'opera e la restituzione del deposito e lo svincolo della garanzia, ed esonerarlo da qualsiasi responsabilità per difetti della cosa, indipendenti dai predetti vizii occulti. Lo che riscontrasi anche nella lettera e nello spirito della Legge sui lavori pubblici (articoli 364 e 365) faciente parte integrante del contratto d'appalto di cui si tratta per l'articolo 13 del capitolato e del relativo regolamento 19 dicembre 1875, n. 2854 (articoli 102 e

109); salvo che per patto speciale espresso si fosse derogato a ciò: il che non risulta.

Che a questa deroga non può supplire l'essersi eseguiti i lavori colla continua assistenza dell'ingegnere comunale e coll'approvazione dell'ingegnere direttore, non ostante che si possa pure dall'appaltatore aver manifestato qualche dubbio sulla solidità del sistema, e che ciò non venisse apprezzato dal direttore dei lavori (che è quanto forma oggetto della prova dedotta).

Ed infatti, se ciò potesse suffragare, in allora quando si subordina il contratto alla sorveglianza e alle prescrizioni dell'ingegnere direttore, lo che segue specialmente allorchè sonovi interessate pubbliche Amministrazioni, scomparirebbe la detta responsabilità dell'appaltatore, il quale dovrebbe considerarsi come un materiale cottimista esecutore degli ordini altrui, privo di ogni propria libertà di azione, mentre invece il direttore dei lavori, non ha potere per rappresentare la stazione appaltante come contraente ed obbligarla, essendo l'ufficio ed attribuzione di lui ristretta a prendere l'iniziativa di ogni disposizione necessaria, affinchè i lavori, a cui è preposto, progrediscano e vengano eseguiti in perfetta regola d'arte ed in conformità dei relativi progetti e contratti: e qualunque possano essere le prescrizioni da lui emanate non può per esse rimanere obbligato l'appaltatore, se non in quanto lo porti il contratto stesso, e non oltre, per rimanere esso estraneo ad ogni eccesso, ed anzi talvolta può l'ingegnere direttore trovarsi pur esso responsabile verso la stazione appaltatrice.

Ed infatti l'architetto od ingegnere direttore, come l'imprenditore, se cadono amendue in errori per mutua condiscendenza, rendono egualmente compartecipi e responsabili; e così pure si viene ad assumere tale responsabilità dall'imprenditore, allorchè credendo di fare osservazioni ed opposizioni alla esecuzione dei lavori si acquieta ed accetta la opinione e le prescrizioni del direttore, invece di respingere l'una e rifiutarsi per le altre, o di provocare dalla stazione appaltante analogo provvedimento onde mettersi al coperto da ogni conseguenza: e col sottomettersi per compiacenza alla esecuzione di un fatto che agli occhi della legge è colposo e che degenera in contravvenzione, rimangono di nessun effetto come ordini, qualsiasi prescrizione emanata, od avviso spiegato dal direttore relativamente ad un lavoro pericoloso; per cui l'impresa non può trarne scuse ammissibili, per presentarsi temerario il suo operato, e pel quale *spondet peritiam artis*, giacchè l'imprenditore che si è incaricato per appalto di costruire un edificio, esercitando questa lucrosa industria, deve avere le cognizioni opportune per eseguirlo esattamente e solidamente, rendersi ragione dello stato per applicarvi i lavori ed in tutto apparecchiare le basi: su di che concordano la dottrina e la giurisprudenza e le discussioni del Consiglio di Stato, che precedettero il Codice Napoleonico nello stabilire siffatta responsabilità degli imprenditori ed architetti.

E nel concreto caso trattasi precisamente di un imprenditore di tale categoria, il quale pei fatti che si vorrebbero porre in essere, non può dirsi che gli venisse tolta quella libertà d'azione che gli spettava.

Che ciò stante si appalesa chiaramente la irrilevanza della prova dall'appaltante dedotta, e perciò devesi per questo capo riformare la sentenza appellata.

— Solo la collaudazione dell'opera segna il principio del decennio di garanzia a carico dell'imprenditore.

Il biennio stabilito per la prescrizione dell'azione d'indennità contro l'imprenditore comincia a decorrere non dal giorno della rovina, ma da quello dell'accertamento della colpa dello stesso imprenditore.

Non corre la prescrizione dell'azione di indennità contro l'imprenditore che, obbligato alla manutenzione sino al collaudo, non lo aveva fatto eseguire, e non si era curato di fare accertare la causa della rovina dell'opera (Sentenza della Corte d'Appello di Cagliari, 18 luglio 1877; Fiori e Denegri c. Comune di Senori; *Foro*, I, 92).

370. La regola sancita dall'articolo 1635 del Codice civile, si applica quand'anche si tratti di un'opera pubblica.

L'ingegnere direttore, e nello stesso tempo intraprenditore, è responsabile della perdita avvenuta per difetti del piano e per vizii del suolo.

L'articolo 1639 del Codice civile è applicabile sia che la perdita avvenga in corso di costruzione, sia dopo di essere stata l'opera collaudata e consegnata.

Nella specie, l'impresa assunse la responsabilità dell'opera per effetto di patto speciale.

La responsabilità della rovina del ponte non può gravare sulla provincia per non aver approvato le opere aggiunte proposte.

La provincia non si negò all'esecuzione delle opere proposte.

Trattandosi di opere aggiunte, reputate necessarie ed urgenti per la sicurezza e stabilità del ponte, l'articolo 342 della Legge sulle opere pubbliche dà obbligo all'impresario a compierlo sulla semplice richiesta dell'ingegnere direttore.

L'intraprenditore deve sospendere la continuazione dell'opera, se ha riconosciuto il difetto del piano e del vizio del suolo (Sentenza della Corte d'Appello di Catania, 22 dicembre 1882; Prefetto di Catania c. Charles; *Giur. Cat.* 1883, 1; *Bett.* 1883, 246; *Ann. Amm. fn.* 1883, 60; *Cons. Amm.* 1883, 76).

371. La responsabilità che, in forza dell'articolo 1815 del Codice Albertino (1639 di quello vigente), spetta all'architetto e all'imprenditore di opere costrutte a prezzo fatto, pei vizii intrinseci ed occulti che il solo tempo può scoprire e manifestare negli edifici, ha tutto il suo effetto per 10 anni, malgrado l'accettazione pura e semplice del lavoro finito, fatta per parte del committente.

Deve annoverarsi fra le opere considerevoli indicate dal predetto articolo anche la costruzione del tetto di una casa come

quello che ne costituisce una parte principale, e dev'essere eseguito in modo di assicurarne la stabilità e la durata (*La Legge*, 876, V, Corte d'Appello di Genova, 3 aprile 1865, Traverso c. Bianchetti).

372. La garanzia decennale contemplata dell'articolo 1815 del Codice civile Albertino (1639 di quello vigente) riguarda solo gli appalti a *prezzo fatto* e non quelli a *misura*.

La circostanza che per un appalto sia stato proclamato un prezzo complessivo per evitare di aprir la gara su ciascheduno dei prezzi unitarii indicati nell'elenco annesso al capitolato, non può far ritenere che l'appalto sia seguito a *prezzo fatto* se nel capitolato è detto espressamente che i lavori sono appaltati a *misura ed a numero* ai prezzi indicati nell'elenco.

Molto meno può ritenersi applicabile a un tale appalto la suddetta garanzia decennale se nel capitolato siasi stabilito che la collaudazione dovesse ritardarsi di alcuni mesi dopo la ultimazione dei lavori e di un termine più lungo pei lavori di falegname, e che il prezzo dei lavori si dovesse pagare in epoche determinate e l'ultima rata quattro mesi dopo la collaudazione.

In questo caso devesi ritenere che le parti abbiano inteso di attribuire alla collaudazione il vero carattere e la forza giuridica di assolutoria per l'appaltatore delle assunte obbligazioni (*La Legge*, 46, IV, Cons. di Stato, 4 gennaio 1864; Negro c. Comune di Vico Canavese).

373. La responsabilità dell'intraprenditore preveduta dall'articolo 1638 delle abolite leggi civili napoletane, non è limitata al solo caso che l'edifizio sia rovinato in tutto o in parte ma si estende anche al caso di pericolo imminente (*La Legge*, 96, XIII, Corte d'App. di Napoli, 17 ottobre 1873; Amato c. De Nava).

374. Il periodo di dieci anni stabilito dall'articolo 1638 delle abolite leggi civili napoletane per la garanzia dovuta dagli architetti ed appaltatori, cominciava a decorrere dalla consegna, non dal compimento dell'opera.

Il termine di due anni assegnato dal capoverso dell'art. 1639 del Codice civile vigente per promuovere l'azione d'indennità decorre dal dì dell'avvenimento del danno (Sentenza della Corte di Cassazione di Napoli, 8 gennaio 1881; Bucci c. Provincia di Molise; *Gazz. Proc.* XV, 607; *G. Trib. Nap.* XXX, 698).

375. Verificato nel decennio il caso della garanzia dovuta dall'imprenditore, devesi da questo momento calcolare il ter-

mine prefisso dalla legge all' esperimento dell' azione del committente.

Tale termine non può mai prolungarsi al trentennio sotto pretesto di dolo e frode nella esecuzione dell' opera (*La Legge*, 1886, II, 482, C. C. di Napoli, 18 febbraio 1886; Municipio di Altamura c. Barbero).

376. L' *intraprenditore* è responsabile della rovina dell' edificio, se accade per difetto di costruzione o per vizio del suolo, pel corso di dieci anni, malgrado la verificaione dei lavori o la rifazione dell' opera.

Trattandosi di difetto di costruzione vi si ravvisa quella colpa dell' intraprenditore che è il presupposto per obbligarlo alla relativa indennità, e questa colpa non può determinarsi che al seguito di perizia, ossia di parere di persone tecniche e non può risultare dal deposito di testimoni (Sentenza del Tribunale di Milano, 10 agosto 1888; Conti c. Sommaruga e Pasini).

IN FATTO

Con istromento 7 ottobre 1884 in atti Dott. Alemanni il signor Ernesto Conti appaltava ai capimastri Sommaruga Pietro e Pasini Ettore la costruzione di una casa di civile abitazione in via A. Tadini, n. 3, sulla base di disegni predisposti ed ai patti al capitolato allegati, per il prezzo à *forfait* di L. 187.000. Quella casa venne eretta dagli imprenditori; se non che nel 6 marzo 1888 repentinamente senza una causa apparente, schiantavasi l' impalcatura d' una camera al primo piano nobile nell' appartamento goduto da Cavalca Virginio.

Chiamati gli assuntori Sommaruga e Pasini coll' opera del capomastro Coluri fecero eseguire la ricostruzione del pavimento e sottostante soffitta rovinata. In quell' incontro, in concorso dell' ing. Edoardo Rossi incaricato dal Conti, procedetesi alla visita di altre impalcature e si constatò che altro quattro richiedevano urgenti riparazioni per scongiurare il pericolo di rovina, riparazioni che furono eseguite sotto la direzione del Caluri, avendo li imprenditori somministrato le *poutrelles* per rinforzo.

Siccome l' ingegnere Rossi aveva riconosciuta la necessità di procedere alla rinnovazione di altri soffitti onde rimuovere il timore di rovina, li assuntori Sommaruga e Pasini si rifiutarono di proseguire nelle volute operazioni e non vollero soddisfare quelle eseguite dal capomastro Caluri; così il Conti ritenendo concorrere gli estremi di cui all' art. 1639 del Cod. civ., azionava avanti questo Tribunale li Sommaruga e Pasini con citazione 25 aprile 1888, Usciere Fojanini.

Colla scrittura privata 14 maggio 1888 (Reg. il 2 giugno, n. 14295, Volume 358, fog. 3 con L. 10,80) l' imprenditore Sommaruga, che prometteva e s' impegnava anche pel suo socio Pasini, riconosceva stare a carico di essi assuntori a senso dell' art. 1639 del Cod. civ. tutte le opere di ripristino delle impalcature, plafoni ed accessori di decorazione nei *locali* già designati ed ispezionati dall' ingegnere e si obbligava al pagamento delle relative indennità; col

capo terzo prometteva di fare le ricerche e verifiche di altri pavimenti e plafoni in bisogno di riparazioni, ma per questa parte si convenne di lasciare impregiudicata la questione.

In seguito di che l'attore riassunse la causa, inscritta a ruolo n. 764 e venne portata in spedizione all'udienza del giorno sette corrente nella quale i procuratori delle Parti presero le conclusioni tenorizzate in principio.

IN DIRITTO

Attesochè le deduzioni delle parti richiamano il collegio all'esame della tesi: « È fondata l'azione dallo attore promossa contro li Sommaruga e Pasini per l'indennità a senso dell'art. 1639 del Cod. civ. ? » Ed al riguardo si osserva :

Che la legge dichiara responsabile l'imprenditore della rovina dell'edificio se accade per difetto di costruzione o per vizio del suolo, pel corso dei dieci anni, malgrado la verifica o la rifazione dell'opera, perchè ordinariamente l'edificio al momento nel quale la costruzione è completa ha tutte le apparenze della solidità, mentre i difetti di costruzione non si rilevano che dopo uno spazio di tempo più o meno lungo.

L'imprenditore è responsabile malgrado la verifica dei lavori, perchè egli era tenuto, in un interesse pubblico, di garantire la solidità del fabbricato che egli si impegnava di costruire in conformità delle regole d'arte; infatti compromettendo la solidità dell'edificio, compromette la sicurezza pubblica. L'articolo 1639 del Cod. civ. ha tolto la discrepanza della giurisprudenza francese sui principi che informavano le disposizioni degli art. 1792 e 2270 del Codice Napoleone, avendo riunite insieme le due disposizioni. Secondo il nostro Codice verificandosi uno dei casi enunziati nel detto art. l'imprenditore è responsabile e deve soddisfare l'indennità voluta.

Attesochè li Sommaruga e Pasini coll'istromento 17 ottobre 1884 assunsero con obbligazione solidale la costruzione della casa in via Tadini, n. 3, a cottimo, o come si dice *à forfait*, a prezzo fatto. Essi come imprenditori sono quindi tenuti responsabili della solidità di quella casa per la durata di anni dieci, a mente dell'art. 1639 del Cod. civ. E poichè non è contestato che nel marzo scorso rovinò una impalcatura di soffitto, e successivamente si constatarono altri pavimenti e plafoni bisognevoli di urgente riparazione; che il Sommaruga riconobbe dover riparare a mente del precitato art. 1639 del Cod. civ., era il caso di dover verificare se quella parziale rovina e rilevati pericoli di evidente rovina dipendono da difetti di costruzione, nel qual caso si verifica quella colpa dell'imprenditore che è il presupposto per obbligarlo alla relativa indennità.

Questa colpa non può che determinarsi in seguito a perizia, ed il Tribunale trovava appunto di accogliere la domanda relativa, prima di proseguire alla disamina del merito.

L'importanza e qualità dei rilievi occorrenti rendono opportuno la nomina di tre periti. L'economia dei giudizi poi suggeriva di estendere l'oggetto della perizia anche alla determinazione dei coefficienti per l'indennità dovuta dai convenuti.

Attesochè non si ravvisano influenti ed ammissibili le prove per interrogatorio e per testimoni proposte dal convenuto pel noto assioma: *frustra probatur quod probatum non relevat*, imperocchè è inutile verificare se il Conti abbia per-

sonalmente ed a mezzo di incaricato sorvegliato i lavori, ed abbia in ultimo prestato il collaudo, inutile conoscere se il legname adoperato fosse stato approvato od anche ordinato dal Conti; li imprenditori Sommaruga e Pasini sono tenuti a garantire la solidità dell'edifizio in conformità delle regole d'arte, e sono sempre tenuti a rispondere della rovina parziale o totale o della temuta rovina ognivolta che sia constatato dipendere da difetto di costruzione, difetto che deve risultare dal parere di persone tecniche e non dal deposito di testimonio.

Trattandosi di incombente interlocutorio dovevasi riservare al definitivo il giudizio sulle spese.

La provvisoria esecuzione era nella specie consentita dal combinato disposto degli art. 363 e 409 del Cod. di proc. civ., trattandosi di danni per riparazioni urgenti, e che non ammettono ritardo e di causa contro imprenditori di fabbriche che rivestono la qualità di commercianti ed in dipendenza di atto della loro industria, giusta l'art. 3, n. 7 del Cod. di comm.

Per tali motivi dichiara, prima e avanti ogni cosa sospesa ogni decisione di merito e sulle spese, ammettersi la prova peritale a mezzo di tre ingegneri all'oggetto:

1° di constatare previi gli assaggi e ricerche allo intento necessarie, se i pavimenti e soffitti sottostanti di compendio della casa di proprietà Conti in via Tadini, n. 3, e che verranno in corso delle operazioni peritali additati, ed identificati nella Relazione Peritale, presentino difetti radicali di costruzione da doverne inferire il pericolo evidente di rovina più o meno prossima anche esternamente in parte additato da inclinazioni, screpolature ecc. ecc., e ciò per la qualità e stato ammalorato dei legnami che li compongono, sia per essere le travi di troppo piccole sezioni e poste ad una distanza tra loro troppo grande per resistere allo sforzo al quale sono destinate, sia per altri motivi che verranno indicati dai periti;

2° di determinare quali opere debbono farsi ai pavimenti e sottostanti soffitti, di cui al capo I°, onde metterli in condizioni tali che si possa dire rimosso ogni pericolo evidente di rovina per difetto di costruzione, avuto riguardo al peso ed in genere alla sua destinazione; quali le spese occorrenti per le opere stesse e per riparazioni o rinnovazioni delle tappezzerie, decorazioni e finimenti in genere conseguenti.

Nominati in periti gli ing.^{ri} Magriglio Tranquillo, via S. Vicenzino, n. 5, Janetti Pietro, via Meravigli, n. 16, Comini Antonio, via Pietro Verri, n. 7, ai quali si assegna il termine di due mesi dalla prestazione del giuramento per la presentazione della relazione peritale in questa Cancelleria; delegato il giudice estensore per ricevere il giuramento dei periti avanti al quale si rimettono le parti per quanto è di rito.

Ordinarsi la provvisoria esecuzione non ostante appello e senza cauzione.

OSSERVAZIONI.

L'art. 1639 del Cod. civ. sancisce la responsabilità dell'architetto e dell'imprenditore, se nel corso di dieci anni dal giorno in cui fu compiuta la fabbricazione di un edifizio o di altra opera notevole, l'uno o l'altra rovina in tutto o in parte, o presenta evidente pericolo di rovinare per difetto di costru-

zione o per vizio del suolo, ed aggiungiam noi, per induzione, secondo la dottrina e la giurisprudenza, per vizio del piano, sebbene ne sia stato fatto il collaudo ¹ e ne sia stato pagato il prezzo, ² e sebbene l'architetto e l'imprenditore siano siati espressamente esonerati dal committente stesso da ogni responsabilità, trattandosi qui di cosa di ordine pubblico. ³

Ora essendo avvenuta nell'edifizio in questione la rovina di un'impalcatura di soffitto, ed essendosi constatato che altri soffitti avevano bisogno di urgenti riparazioni, era indispensabile di verificare le cause di ciò, la entità dei danni relativi, le opere necessarie, ecc., e per tutto questo occorreva una perizia. Quindi ben fece il Tribunale ad ordinare la perizia; ma dovevansi lasciare impregiudicate le altre prove e deduzioni, non ritenendo noi, come ha ritenuto il Tribunale, del tutto non *influenti e inammissibili* le prove per interrogatorio e per testimoni proposte dai convenuti.

Il Tribunale per sostenere la sua tesi di rigetto di tali prove, premesso il noto lardellino (troppo elastico, a dire il vero, come del resto lo sono quasi tutti gli assiomi forensi) « *frustra probatur quod probatum non relevat* », osservava che era *inutile* di verificare se il Conti avesse personalmente e per mezzo d'incaricato sorvegliato i lavori, ecc., *inutile* se il legname adoperato fosse stato approvato od anche ordinato dal Conti.

Gli intraprenditori, esso soggiunge, sono tenuti a garantire la solidità dell'edifizio in conformità delle regole d'arte, e SONO SEMPRE ⁴ TENUTI a *rispondere della rovina parziale o totale o della temuta rovina*, ogni volta che sia constatato dipendere da difetto di costruzione, *difetto che deve risultare dal parere di persone tecniche e non dal deposito di testimoni*; poichè come il Tribunale aveva già detto più sopra, trattandosi di difetto di costruzione vi si ravvisa quella colpa dell'intraprenditore che è il presupposto per obbligarlo alla relativa indennità; e questa colpa non può che determinarsi in seguito a perizia.

A noi sembra prima di tutto che il Tribunale abbia troppo assolutamente e leggermente respinto l'ammissione delle prove proposte, le quali potevano e possono essere utili per la misura della responsabilità.

Non bisogna stare al nudo art. 1639. È un fatto che in materia di responsabilità per costruzioni vi concorrono tutti: committenti, architetti, intraprenditori, assistenti e operai. Ora appunto per commisurare la parte di ciascuno, e così per aumentare, limitare od escludere la responsabilità in uno o nell'altro, è mestieri chiarire bene i fatti dal più piccolo al più grande, e quindi tutte le prove consentite dalla legge sono buone ed ammissibili.

Il rigetto *a priori* di una prova proposta a tale riguardo include denegata giustizia.

¹⁻² Vedasi, tra le altre, al n. 369, la sentenza della Corte d'Appello di Genova del 23 aprile 1883, Comune di Sestri Ponente, Venzano, Mongiardino.

³ LOCRE, *Législation civile*, XIV, n. 18-19.

Vedasi anche nel nostro *Monitore* (fasc. 1-2, 1888, pag. 7 e seg.) l'articolo in cui è svolta la tesi: « Se gli architetti e gli imprenditori possano mediante convenzioni od in altro modo esonerarsi dalla responsabilità o limitarla. »

⁴ Questo *sempre* è la negazione assoluta di ogni principio di solidarietà in materia di responsabilità: è la completa ignoranza della dottrina e della giurisprudenza italiana, francese e belga.

Potremmo a sostegno citare diverse decisioni francesi, non avendone finora trovata nessuna dei nostri Tribunali; ma il lettore può riscontrarle nelle nostre *Istruzioni pratiche sulla responsabilità civile e penale degli ingegneri, architetti, intraprenditori, ecc.*, dove noi abbiamo a lungo parlato (pag. 232 e seg., 290, ecc.) della solidarietà tra architetto, intraprenditore e proprietario, in materia di responsabilità, a seconda che si tratti di vizi del piano, di vizi della costruzione e di vizi del suolo, come pure allorchè si sieno violate le leggi e i regolamenti di polizia, di edilizia e viabilità e di vicinanza, o quando vi sia delitto o quasi delitto nel fatto rilevato.

Il Tribunale poi per coonestare il suo ragionamento dice che gli intraprenditori sono sempre responsabili ogni volta che sia constatato che la rovina dipende da difetto di costruzione, e questo non può risultare che dal parere di persone tecniche e non dal deposto di testimoni.

Qui ci sembra che il Tribunale esca di carreggiata.

Sia pure che il difetto di costruzione debba essere constatato da periti. Questa constatazione peritale può valere per istabilire la responsabilità in sé stessa, ma per istabilire la misura di ciascun responsabile è d'uopo ricorrere a quelle prove che pure uscendo dalla cerchia peritale, hanno sempre importanza non lieve per istabilire certi fatti che possono concorrere benissimo ad illuminare il magistrato nell'apprezzamento della misura della responsabilità.

È vero che dimostrato dai periti il difetto di costruzione, si ha buono in mano per ritenere responsabile il costruttore, ma questo, seppure responsabile di diritto, non ha meno la facoltà di provare che la sua responsabilità è stata più o meno determinata dal fatto di altri.

Quindi l'asserzione del Tribunale, giusta in certo qual modo in sé, è per lo meno posta lì senza nesso, senza concatenamento d'idee, sragionatamente.

Però dirà taluno che il Tribunale è stato conseguente a sé stesso. Esso aveva già dichiarato (senza però dimostrarlo come era suo obbligo *morale e legale*) non influenti e inammissibili le prove per interrogatorio e per testimoni; per cui non poteva, nè doveva preoccuparsi d'altro: così si giustifica un errore con un altro errore; poichè il Tribunale, prima di dichiarare non influenti e inammissibili le prove proposte doveva studiare bene la questione e vedere se all'infuori della perizia, che può solo constatare il difetto materiale di costruzione per la successiva determinazione di diritto della responsabilità, potevano esservi ragioni di far ricorso a quelle altre prove che tendono a scemare di fatto o togliere assolutamente la responsabilità risultante dalla perizia.

Non si dimentichi infatti che i convenuti si proponevano di provare, tra le altre cose, che il proprietario non contento di aver lui stesso assegnato una data qualità di legname per la impalcatura dei soffitti, nella specie la qualità detta pecchia, e di averla fatta porre in opera nella stagione invernale, aveva anche fatto pressione affinchè la costruzione fosse stata sollecitamente ultimata.

Ora è chiaro che il fatto del proprietario che ha voluta una celerità straordinaria nella esecuzione dei lavori, ed ha per ciò stesso paralizzato il buon andamento di essi, ha una certa importanza nella misura della responsabilità; poichè in tal caso la estensione della responsabilità dovrebbe essere appunto determinata in ragione della colpa commessa dal proprietario, che ha voluto che la costruzione sia fatta nelle condizioni di prestezza eccezionale.

Un'altra circostanza che poteva avere una qualche influenza sulla misura

della responsabilità si era quella che il proprietario andava e veniva continuamente nel cantiere, controllava e faceva controllare i lavori, si ingeriva in certo qual modo nella costruzione, sorvegliando il da fare, ecc.

Se non che gli intraprenditori si assumevano di provare ben altro: egli lo offrivano una prova di un'importanza capitale, quale è quella che egli *eseguivano le opere indicate dal capomastro del committente signor Conti!* E si noti che nello espletamento delle prove dedotte potevan magari risultare anche quei fatti che per la dottrina e per la giurisprudenza sono validissimi a rendere inammissibile la domanda di indennità promossa dal proprietario, o per lo meno diminuirne la portata ¹.

Laonde concludiamo: sia pure (come abbiamo già detto) che si debba prima di tutto constatare con perizia il difetto di costruzione, ma non deve essere poi preclusa la via a dimostrare che se c'è difetto di costruzione e quindi responsabilità, questa non pesa intiera sopra uno, ma va condivisa con altri per tutti quei fatti che hanno concorso più o meno inopinatamente, più o meno colposamente a determinarla.

Se fosse diversamente il costruttore sarebbe sempre responsabile lui solo e non ci sarebbe quindi più solidarietà tra committente, architetto e intraprenditore: solidarietà che il Codice stesso contempla parlando nell'art. 1639 di architetto e di intraprenditore. Anche nell'art. 1152, sott'altro aspetto, dice che ognuno è responsabile del danno che ha cagionato non solamente per un fatto proprio, ma anche per propria negligenza od imprudenza. ²

Noi non discutiamo qui il carattere in sè stesso, la entità, la efficacia giuridica in linea di responsabilità dei fatti dedotti, molti dei quali, a dire il vero, o sono mal formulati e articolati o non sono ritenuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza come diminuenti od escludenti la responsabilità del costruttore, il quale, deve anzitutto attenersi scrupolosamente ai piani e disegni, seguire liberamente le regole dell'arte respingendo qualunque suggestione, da qualunque parte venga, non conforme ad esse, e impiegare buoni materiali rifiutando per conseguenza i cattivi chiunque sia che glieli fornisca: diciam solo che il rigetto *a priori* di una prova legale proposta sia un'offesa alla giustizia; tanto più quando i fatti dedotti possono per lo meno illuminare il magistrato nella commisurazione della responsabilità.

377. In tesi generale l'applicabilità dell'art. 1639 del Codice civile non può subordinarsi all'esito delle proposte prove testimoniali; ma queste debbonsi ammetterē in specie quando siano influenti (Sentenza del Tribunale civile di Bologna, 10 dicembre 1891, Pedrini contro Bettini).

¹ Vedansi le citate *Istruzioni pratiche* alla pagina 284 e seguenti.

² Vedasi la sentenza al n. 379 in fondo alla seconda questione. Vedasi pure la sentenza al n. 381.

FATTO.

Mediante atto di citazione 18 maggio 1891 a mezzo dell'Usciere Calanchi Alfonso, l'odierna appellante Pedrini Virginia conveniva avanti la Pretura di Vergato l'ing. Bettini Ulisse, per sentirlo condannato a pagarle L. 340 ed accessori a titolo d'indennità a sensi dell'art. 1639 Cod. civ., e ciò in base alla seguente fattispecie. Sosteneva l'attrice che esso ing. Bettini si era assunto, come architetto e imprenditore, la ricostruzione d'un edificio urbano che doveva sorgere a Vergato, e infatti sorse sui ruderi dell'antica Pretura, onde servisse come effettivamente serve ad uso albergo, sotto il titolo di Hôtel Vergato. Che fra i lavori a quell'uopo progettati ed eseguiti noveravansi la ricostruzione di un muro, che serviva di sponda destra ad un canale d'acqua corrente nell'interno dell'abitato, e impediva che a traverso il muro stesso provenissero infiltrazioni nelle cantine del nuovo edificio.

Che nel 14 maggio 1889 pochi istanti dopo che il lavoro di quel muro era stato dall'ing. Bettini collaudato, il muro stesso era crollato e le acque del canale, irrompendo nei sottoposti vani, avevano inondato talune botteghe, circostanti e finitime, sicchè per quella innondazione la Pedrini era stata astretta a prestare indennizzi per la complessiva cifra dianzi notata.

Deferiva all'uopo apposito interrogatorio. Ma dopo le risposte datevi dal convenuto, essa convertì gli articoli d'interrogatorio in altrettanti di prova testimoniale, alla quale però il convenuto recisamente si oppose. Una Sentenza 4 agosto 1891 dello stesso Pretore, respingendo la proposta prova testimoniale assolveva completamente l'ing. Bettini dalle domande avversarie e condannò la Pedrini al rimborso delle spese.

Di questa Sentenza la Pedrini gravossi, appellandosi al Tribunale con atto notificato il 1° settembre p. p. ed è di questo appello che ora si tratta, le Parti avendolo rispettivamente discusso, come alle conclusioni dianzi trascritte.

DIRITTO.

Attesochè il Tribunale sia precipuamente chiamato a giudicare, se le eccezioni accampate dall'appellato ing. Bettini contro l'azione spiegata dalla Pedrini all'appoggio dell'art. 1639, 1ª parte del Cod. civ., siano o meno attendibili. E si dice, *a sensi di quell'articolo e della prima parte di esso*, perchè per la legge del quasi-contratto giudiziale, le eccezioni che non si possono sollevare d'ufficio devono essere unicamente esaminate, in quanto la parte le abbia opposte e sino al limite dalla parte stessa tracciato. Attesochè quindi sia mestieri vedere se, nella specie del caso l'azione decennale d'indennità voluta da quell'articolo riguardi un edificio od altra opera notevole e se la rovina di questo, imperocchè di rovina siasi nella fattispecie parlato, fosse per avventura dovuta a difetto di costruzione, non essendo il caso di parlare di vizio del suolo, perchè non segnalato dalla parte attrice.

Il primo Giudice, argomentando più dai concetti fondamentali della Legi-

slazione e Giurisprudenza francese che dalla Paesana,¹ ha escluso che nel caso in esame concorresse il duplice requisito dell'opera notevole e del difetto di costruzione, e questa esclusione egli volle proclamata allo stato delle cose, e cioè prima ancora che avessero luogo le prove testimoniali invocate dall'attore.

Se non che il Tribunale avvisa che così facendosi, la sentenza del 1° Giudice non appaia abbastanza confortata in diritto e in fatto. E valga il vero; non appare al Tribunale esatto e sufficiente a chiarire il concetto del Legislatore, il sostenere come fa la sentenza appellata, che l'espressione *opera notevole* da esso usata a spiegare l'altra parola *edificio*, debba intendersi ristretta a quei soli lavori che di per sé sfuggono al controllo di una superficiale ispezione. Questa è e può essere stata una delle cagioni di raffronto fra il concetto generico di opera notevole e la specifica figura di costruzioni secondarie le quali nella Giurisprudenza pratica (come ad esempio nella Sentenza della Corte d'Appello di Milano 25 gennaio 1888) per avventura si presentarono all'esame de' Magistrati; ma da ciò non può inferirsi alcuna esclusione di figure le quali al concetto del Legislatore altrimenti corrispondono.

Egli è infatti positivo che la frase « Edificio od altra opera notevole, anzi notevole », comprende in primo luogo l'edificio in sé medesimo e per via di adentellato od assimilazione tutte quelle costruzioni che all'edificio stesso siano sostanziali e non ne formino un trascurabile accessorio. Ora se appena si parte da questo concetto e lo si applica al fatto in esame non potrà revocarsi in dubbio che un muro, il quale sia destinato a contenere le acque di un rivo nei confini d'un canale artificiale, e nello stesso tempo ad impedire che le medesime acque per filtrazione penetrino nell'interno d'un edificio stabile ed importante come l'*Hôtel Vergato*, debba essere considerato non solo come opera notevole, ma essenziale alla consistenza e stabilità dell'intero edificio.

Troppo è infatti notorio quale nemico diuturno e pertinace sia l'acqua corrente la quale trovi un principio di sfogo diversivo attraverso alla compagine delle sponde sue, ed a quale pericolo si esponga questa compagine se promiscuamente destinata a servire di muro od anche solo di parete ad un edificio contiguo, imperocchè e muro e parete una volta scompaginati dalle infiltrazioni, o trascineranno l'edificio a rovina, o ne muterebbero in pozzanghera gli ambienti sottostanti.

Che poi nella specie, anche solo trattandosi di prematura rimozione delle armature e puntelli che salvaguardavano la costruzione nuova possa per avventura parlarsi di difetto di costruzione, è parimenti evidentissimo. È difetto la im-

¹ Rimprovero sbagliato! Prima di tutto il Codice civile italiano è in molti punti la copia testuale di quello francese e l'art. 1639 è identico agli art. 1792 e 2270 del Codice Napoleone, meno l'aggiunta del biennio per la decorrenza dell'azione per l'indennità. In secondo luogo si contano a centinaia e centinaia le decisioni francesi in materia di responsabilità dei costruttori dai casi più complicati a quelli più minuti, mentre noi ne abbiamo appena una quarantina e per giunta parecchie sono barocche, come quella della Corte d'Appello di Milano del 28 gennaio 1888, citata dallo stesso Tribunale colla data 25 gennaio 1888. e da noi riportata integralmente con alcune osservazioni in fondo al presente paragrafo.

perfezione, il mancamento per cui la casa non ha tutto ciò che le si conviene. Riportando questo concetto classico e generale ad una costruzione muraria, diremo che questa può avere difetti transitorii, e difetti permanenti.

Sarà difetto transitorio la mancanza momentanea di coesione e consistenza come usasi in linguaggio tecnico di *Presca*, ed a questa momentanea mancanza supplicano armature e puntelli, di guisa che se questi siano anzi tempo levati, il difetto transitorio potrà esplicarsi e rivolgersi in una caduta od in un pericolo di caduta sì e come al detto articolo.

Sarà difetto permanente la mancanza d'alcuno di quei requisiti che alla stabilità d'un muro convengono ed allora si avrà assoluta imperfezione di compagine e costante pericolo di sfacelo.

Quindi è, che in tesi generale, l'applicabilità dell'art. 1639 non poteva subordinarsi all'esito delle proposte prove testimoniali, le quali quanto fossero e siano nella specie influenti, non è chi non veda, appena se ne esamino i sette articoli che formavano oggetto d'interrogatorio avanti il 1° Giudice.

Senza uopo d'altri incumbenti, dunque, l'esperimento di quella prova testimoniale che in primo grado non fu ammessa, servirà senz'altro d'indice sicuro al giudizio che il Tribunale sarà per dare intorno alla vertenza, tanto oggettivamente nei rapporti già rilevati colla località e natura dell'edificio in questione, quanto soggettivamente nei rapporti dell'ing. Bettini, intorno al quale ogni definitivo giudizio sarebbe, allo stato degli atti, prematuro.

Per questi motivi, il Tribunale, in riforma dell'appellata sentenza 31 luglio-4 agosto 1891 dal Pretore di Vergato, sospeso ogni giudizio sul merito e spese, ammette la prova testimoniale sui seguenti articoli:

1.° Se sia vero che l'ing. Bettini assumesse la direzione dei lavori di restauro e riparazione all'Hôtel Vergato e se fra questi lavori vi fosse la ricostruzione d'un muro che serve di sponda al canale per proteggere l'edificio dalle infiltrazioni;

2.° Se sia vero che una parte di questo muro, per circa $\frac{1}{3}$ di sua lunghezza complessiva venisse ultimato nel 14 maggio 1889 nel quale di fu collaudato dal Bettini, che dopo esaminatolo parti dicendo che tutto andava bene e che bastava lo si lasciasse asciugare per 15 giorni prima di ricoprirlo col vòltino;

3.° Se sia vero che dopo mezz'ora dal collaudo, sulle 6 circa pom., il muro cadesse, e l'acqua si rovesciasse invadendo le botteghe di Rubini Virginia, Gentilini Attilio, Gandolfi Giovanni e Bonzani Gaetano;

4.° Se sia vero che i danneggiati reclamarono i danni, ed anzi uno di essi, il Bonzani, citò l'attrice con atto 3 giugno di quell'anno avanti questa Regia Pretura;

5.° Se sia vero che l'attrice stessa sorsò ai danneggiati per tacitarli L. 340, oltre le spese del suo legale, e quelle occorse per la ricostruzione del muro;

6.° Se sia vero che dopo tale disastro l'ing. Bettini non volle più oltre prestare la sua assistenza per la nuova ricostruzione di parte del muro caduto, e per la ricostruzione degli altri due terzi, cosicchè il padre dell'attrice dovette assumere la direzione di tale lavoro conducendolo a compimento senz'altri incidenti spiacevoli;

7.° Se l'ing. Bettini fosse incaricato della scelta dei muratori e se egli li applicasse ai singoli lavori.

Riserva la controprova come di diritto. Ordina che gli esami testimoniali siano raccolti dal Giudice avv. Sommariva, all'uopo delegato, e rimette le parti avanti di lui per gli opportuni incumbenti.

OSSERVAZIONI.

È curioso che il Pretore di Vergato abbia negato all'attrice la prova per testimoni (la quale in sostanza tendeva allo scopo di mettere in essere la colpa e quindi la responsabilità dell'ing. Bettini), affermando che l'azione spiegata dall'attrice era basata sull'art. 1639 dal Codice civile e che gli estremi di quest'azione non si riscontravano nel caso speciale, e quindi era un fuor d'opera l'invocare la prova della colpa, poichè non si trattava di opera notevole, avendo l'attrice detto che il muro dopo la sua caduta era stato *condotto a termine senza altri incidenti spiacevoli sotto la direzione di suo padre, COMMERCIANTE DI GRANAGLIE*, e perchè essa aveva pur dichiarato che il muro in questione era rovinato *per essergli stati tolti i puntelli di sostegno, prima che avesse fatto presa*: e così non solo si era escluso che il muro fosse un'opera notevole, ossia di tale entità da rendere impossibile al committente di verificarne la solidità (come se all'epoca in cui rovinò ne fosse già stata fatta la consegna!), ma eziandio che esso fosse rovinato per difetto di costruzione (come se non fosse una grave imprevidenza quella di levare i puntelli di un muro, o le centine o armature di un arco o di una vòlta, ecc., quando la muratura non è consolidata ¹).

Ed è ancora più curioso che lo stesso Pretore abbia poi ammesso la responsabilità dell'ingegnere in virtù dei principii generali del diritto (art. 1218 e

¹ È amena in questo punto la comparsa d'appello dell'avvocato dell'ingegnere, il quale elogia enfaticamente il Pretore, perchè ritenne che per avere l'attrice detto *nell'atto introduttivo del giudizio, che è atto di parte e vincola al quasi-contratto giudiziale, che appena costruito detto muro di sponda, per essergli stati tolti i puntelli di sostegno, prima che avesse fatto presa, esso venne atterrato dall'acqua del canale, non si trattava più di rovina per vizio di costruzione, ma di rovina per essere stati tolti i puntelli prima del tempo* e per non avere l'acqua del canale avuto riguardo a ciò, ancorchè l'abbia fatto per ammonire chi levò i puntelli ad avere un'altra volta più giudizio!?

Quindi la Pedrini fece male a ricorrere all'art. 1639, perchè doveva invece dell'ingegnere far ricerca di chi levò i puntelli, fosse pure per ordine dell'ingegnere, poichè doveva lui stesso avere il criterio di non levarli, e procedere contro di questo ai termini dell'art. 1151. Peccato che non le abbia suggerito di chiamare in giudizio il canale o meglio il Dio Pluvio che in quei giorni l'aveva fatto un pochettino ingrossare!

Del resto, uscendo dalla burla, è un errore madornale il dire che i puntelli necessari ad una costruzione non ne facciano parte, tantochè l'adoperarne dei deboli in riguardo allo sforzo od alla solidità del muro, ed alla sua dimensione ed ubicazione, o levarli troppo presto in modo che per questo l'opera rovini, non costituisca un vizio di costruzione; essendo chiaro che con ciò si sono violate le regole dell'arte circa la messa in opera e l'impiego dei materiali, di cui deve rispondere l'ingegnere che diresse i lavori, perchè doveva lui ordinare e regolare la levata dei puntelli.

1224) in ordine alla *colpa contrattuale* e dopo abbia consigliato l'attrice a spiegare l'azione derivante dalla *colpa aquiliana* o *extra-contrattuale* (art. 1151 e seg.), come se non differissero in modo da essere contrario alla logica giuridica il confonderne le rispettive disposizioni, e come non si opponesse a ciò la *cosa giudicata*. E si ha il coraggio di chiamare dottissima ed elaborata una tale sentenza! (Comparsa conclusionale stampata dell'Avv. E. Casali, p. 13 in fine.)

Il Pretore dunque in primo luogo ha confuso due cose che pel loro istituto, per la legge stessa sono distinte e separate, e peggio le ha confuse senza bisogno, perchè egli una volta che aveva riconosciuto esservi colpa nell'ingegnere Bettini doveva senz'altro pronunciarsi in merito, sia in dipendenza dell'art. 1639 del Codice civile, sia in dipendenza dell'art. 1218, sia in dipendenza dell'art. 1151, come più gli piaceva, perchè l'attrice domandava puramente e semplicemente l'emenda del danno causatole dal fatto da essa lamentato. Ma il Pretore ha detto in sostanza che colpa c'era, è vero; però l'attrice non gli aveva indicato o meglio non aveva indovinato l'articolo che egli avrebbe *eventualmente* applicato, come se nell'atto di citazione si dovesse mettere a lato del fatto esposto l'analoga *precisa* sanzione di legge, e guai se non è precisa, perchè il richiamo di disposizione diversa è peggio che non richiamarne nessuna, dovendo la parte, non il giudice, applicare ai fatti articolati nella citazione l'analoga *precisa* disposizione di legge!?

Ci sembra proprio di essere ai tempi di Roma antica, quando Ulpiano scriveva: « *quisque actionem agere velit, eam edere debet* » (lib. I, D. de edendo), e quando le azioni erano espresse con formule sacramentali. Ma ognuno sa che oggi queste formule sono abolite e che per l'art. 134 del Cod. di Proc. civ., n. 2, è sufficiente indicare i fatti in compendio e gli elementi di diritto costituenti la ragione dell'azione, con le conclusioni della domanda e con l'offerta di comunicazione per originale o per copia dei documenti sui quali esse si fondano.

Anche secondo le discussioni della Commissione legislativa la ragione dell'azione deve risultare dalla *narrativa dei fatti* (Verbale, n. 17; seduta 11 maggio 1865), spettando al magistrato determinare quale sia l'azione che sgorga dal fatto narrato ed applicare le sanzioni articolate nella legge. E quindi è affatto indifferente che la parte citi o no un articolo, qualifichi bene o male un'azione, quante volte dai fatti narrati sorga la ragione per la quale la domanda debba essere accolta. Questo è ormai un *jus receptum*, invocabile molto più nei giudizi pretoriali.

Il Ricci (n. 280) riassumendo in sostanza la sentenza della Corte di Cassazione di Torino del 9 luglio 1878 dice press' a poco, che per le odierne leggi non è più necessario che l'attore con una formula sacramentale indichi l'azione che egli spiega contro il convenuto: si richiede bensì che *s'indichi la cosa costituente l'oggetto della domanda* con le particolarità che servono a determinarla, e che si espongano i fatti in compendio e le ragioni di diritto che sorreggono la domanda coll'offerta di comunicazione dei documenti, dei quali l'attore intende valersi (art. 134, n. 2 e 3).

Non è del pari necessario indicare nell'atto di citazione gli articoli di legge, sui quali la domanda è fondata: chè anzi l'aver erroneamente indicato un articolo in luogo di un altro non nuoce all'accoglimento della domanda, perchè ricercare ed applicare la legge è ufficio del giudice, non delle parti. È però ne-

cessario che sia ben determinato nell'atto di citazione l'oggetto della domanda. Questo è il precipuo scopo della citazione, perchè il convenuto non può difendersi se ignora che cosa si richieda da lui. Gli è perciò che il successivo articolo 145 dichiara nulla la citazione, in cui siavi incertezza sull'oggetto della domanda.

Ora l'oggetto della domanda della Pedrini era ben chiaro e determinato; essa chiedeva l'emenda dei danni derivatile dalla caduta di un muro, e la ragione del suo chiedere la derivava dalla responsabilità che pesava sull'ingegnere che diresse la costruzione di quel muro. Fa quindi meraviglia che il Pretore, pur ritenendo esistere tale responsabilità abbia respinto la domanda unicamente perchè non vi erano indicati gli articoli del Codice che egli preferiva di applicare, all'infuori dell'art. 1639 che egli riteneva inapplicabile!

Del resto l'art. 1639 non è che l'applicazione pura e semplice dei principii generali contenuti nel titolo delle obbligazioni e dei contratti in genere, al contratto speciale di locazione d'opera, e per conseguenza la responsabilità dell'architetto non è già creata da quell'articolo, sibbene dai principii generali. Infatti la base di entrambe le disposizioni è la colpa.

L'azione relativa dunque non diversifica da quella nascente dai principii generali, dal contratto, dall'obbligazione in genere; ma bensì da quella nascente dalla legge (delitti e quasi-delitti).

Il Laurent (XXVI, n. 50) nel commentare l'art. 1792 del Cod. civ. fr. (1639 di quello italiano) osserva che sebbene il detto articolo non parli di colpa, pure la parola garanzia (responsabilità) implica l'esistenza di una colpa.

Egual pure è il fine o il fondamento: l'emenda dei danni; poichè l'articolo 1218 parla di risarcimento dei danni e l'articolo 1639 di azione d'indennità.

Lo stesso Laurent (n. 43) riduce tutta la differenza fra le disposizioni generali e quella speciale ad una questione di prescrizione, ed il Vita-Levi (volume II, n. 234) fa invece consistere la differenza in ciò, che mentre pei principii generali il vizio della costruzione dev'essere dimostrato, per l'art. 1639 è presunto pel solo fatto della rovina di questa.

Ma la differenza principale, che non cambia però il carattere dell'azione, sta in ciò che la colpa dell'architetto per l'art. 1639 è d'ordine pubblico (come è d'ordine pubblico quella aquiliana [art. 1151]); mentre la colpa contrattuale dell'art. 1218 è d'ordine privato, e l'azione in ordine a questa si può spiegare dal committente, in fatto di costruzioni, quando non si tratti di edifizii o di altra opera notevole o quando in generale non ricorrano gli estremi dell'articolo 1639; ma, dopo la consegna dell'opera, questa azione, se concerne puramente i vizi di essa, non si può più utilmente esperire; perchè il committente doveva verificarla prima di riceverla e non ricevere in consegna una cosa non conforme ai patti. Dunque se il Pretore non riteneva applicabile al caso l'articolo 1639, doveva indubbiamente far ricorso all'art. 1128, *quantunque non citato dall'attrice*.

Dispone infatti questo art. che: « Chi ha contratto un' obbligazione è tenuto ad adempierla esattamente ed in mancanza al risarcimento dei danni. »

E l'art. 1224 stabilisce alla sua volta che: « La diligenza che si deve impiegare nell' adempimento dell' obbligazione abbia questa per oggetto l'utilità di una delle parti o di ambedue, è sempre quella di un buon padre di famiglia, ecc. »

L'architetto che assume di costruire un fabbricato per conto altrui, fa un contratto di locazione d'opera in virtù del quale incontra un'obbligazione che è sottoposta alle norme generali di diritto contenute negli art. 1218 e 1224, e che ha per oggetto due condizioni principali:

1.^o L'opera dev'essere eseguita in un tempo stabilito ed in un modo determinato.

2.^o L'opera deve rispondere a quelle condizioni di solidità e quindi di durata che sono comuni ai lavori murarii.

Ma se è agevole a chiunque di constatare se una determinata fabbrica sia stata eseguita nel termine stabilito e secondo il progetto preventivamente fatto e approvato; difficilissimo invece, anzi impossibile, è lo stabilire *a priori*, se la medesima per il modo col quale fu costruita, pel terreno sul quale fu inalzata, pei materiali impiegati, ecc., presenti quel grado di solidità che la renda lungamente durevole; laonde a garanzia del committente fu dal Codice patrio stabilito all'art. 1639 che « se nel corso di dieci anni dal giorno in cui fu compiuta la fabbricazione di un edificio o di altra opera notevole, l'uno o l'altra rovina in tutto od in parte, o presenta evidente pericolo di rovinare per difetto di costruzione o per vizio del suolo, l'architetto o l'intraprenditore ne sono responsabili ».

La responsabilità dell'architetto verso il suo committente è adunque duplice, perocchè in linea generale egli è tenuto a rispondere della colpa contrattuale di cui agli art. 1218 e 1224 e per la durata di dieci anni in linea speciale, nei casi contemplati dall'art. 1639, ed è responsabile altresì, come ogni altra persona, della colpa aquiliana, ai termini dell'art. 1151 e seguenti del Codice civile. Ma queste due specie di responsabilità, che, a primo aspetto possono confondersi fra loro, sono tanto differenti che l'una non ha niente di comune con l'altra.

L'art. 1151 implica la mancanza di convenzione fra colui che cagiona il danno, e quegli che rimane leso dal fatto dannoso, mentre la responsabilità che incombe all'architetto per gli art. 1218 e 1639 è quella che egli incontra in forza della convenzione.

La responsabilità che pesa sull'autore di un delitto o di un quasi-delitto è generale, indipendente assolutamente dalla professione che egli esercita, e se un architetto può essere obbligato in forza dell'art. 1151 e seguenti del Codice civ. per un danno arrecato, ciò accade perchè egli è autore del fatto dannoso e nient'altro, non perchè è architetto o perchè siavi qualche convenzione fra lui e la persona danneggiata; giacchè questa obbligazione nasce dalla legge per l'ordine pubblico e non ha nulla di comune col contratto di locazione d'opera, ed egli è obbligato di rifare il danno che cagiona come qualsiasi altra persona.

La responsabilità invece regolata dagli art. 1218 e 1639 deriva dalla obbligazione che egli contrae in virtù di un contratto di locazione d'opera, ed egli in questo caso risponde di una colpa contrattuale della quale è responsabile come debitore (Laurent, vol. XXVI, n. 26), in virtù dell'art. 1218 in linea generale e in virtù dell'art. 1639 in linea speciale, se si tratti di edificio o di altra opera notevole rovinato in tutto o in parte o presentante evidente pericolo di rovinare per difetto di costruzione o per vizio del suolo.

Stabilito così che la responsabilità che incombe all'architetto per l'art. 1639 non ha nulla di comune con quella a cui può soggiacere in forza dell'art. 1151

e seguenti del Cod. civ. è chiaro che l'azione colla quale si può far valere in giudizio il diritto nascente dell'una, è assolutamente diversa e distinta dall'azione da esperirsi per far valere il diritto nascente dall'altra.

Abbiamo già detto che in sostanza il Pretore colla sentenza appellata assolse il Bettini dalla domanda d'emenda di danni in base all'art. 1639; ma ne riconobbe la responsabilità in virtù dei principii generali (art. 1218) e riserbò all'attrice l'azione per una identica domanda basata sull'art. 1151.

Oltre l'errore già accennato più sopra, qui si opporrebbe la cosa giudicata. Infatti come far valere questa nuova domanda dopo quella sentenza, una volta che secondo le nostre leggi la domanda è caratterizzata dalla *litis contestatio* che circoscrive il campo della controversia, e non dagli argomenti e molto meno dagli articoli che si citano: tanto è vero che i magistrati danno alle volte ragione per argomenti o in forza di articoli che non furono dalle parti accampati? Ed è appunto il criterio della cosa giudicata, quanto all'identità della causa quello che secondo la sentenza della Corte di Cassazione di Roma 27 febbraio 1889 (*Riv. giurid.*, 1889, 258; Ottani c. Foschieri) vale a risolvere la questione se in un medesimo giudizio si sia cangiata la causa del domandare.

Ed ora non possiamo a meno di rimarcare alcuni errori che si trovano nella comparsa conclusionale d'appello dell'avvocato dell'ingegnere Bettini.

Alla pag. 12 di detta comparsa stampata si legge: « Come già notammo la garanzia decennale, di cui all'art. 1639 del Codice civile, è dettata nell'*interesse esclusivo* del committente », e così si mette dietro le spalle la ragione essenziale, precipua di quell'articolo, che è la ragione, di ordine pubblico, avendo voluto il legislatore salvaguardare per quanto era possibile la vita dei cittadini dall'ingordigia degli speculatori che pur di lucrare non guarderebbero a cimentarla con pessime costruzioni, se la legge non li tenesse responsabili, oltrechè in via penale, anche in via civile.

E tanto è ciò vero, che appunto, perchè si tratta di sanzione di ordine pubblico, non sarebbe valido il patto del committente verso l'architetto o l'imprenditore tendente a liberar questi dalla responsabilità a loro riguardo stabilita dall'art. 1639.

E soggiunge: perchè il committente: « si trova nell'impossibilità di verificare tosto che il lavoro è compiuto se il medesimo sia solido e durevole; mentre la stabilità dell'opera col volgere degli anni dimostra apertamente che l'architetto e l'intraprenditore adempiono fedelmente alle obbligazioni assunte. Questo e non altro (buon prò gli faccia!) è il principio di diritto su cui basa l'art. 1639, e la NOTABILITÀ dell'opera, di cui l'architetto o l'imprenditore sono responsabili per dieci anni non può essere considerata altro che sotto questo riguardo, escluso ogni altro criterio che potesse desumersi dall'uso al quale L'OPERA SIA DESTINATA » !!!???

« Nella maggior parte dei casi (prosegue a blasfemare l'avv. Casali) un'opera *notevole* sarà destinata ad un uso *notevole*, ma quest'ultimo non potrà mai servire di guida per determinare la responsabilità del costruttore. Può attraversarsi un fiume passando su di un ponte in muratura, o su di un debole e malfermo ponticello di legname. L'uso al quale queste due opere sono destinate è identico e se la impetuosità delle acque le demolisce, la possibilità del passaggio dall'una all'altra sponda è tolta in tutti e due i casi (bella scoperta!?). Ma chi oserebbe di affermare che la stessa responsabilità che grava sul costruttore del

ponte in muratura, pesi sul costruttore del ponticello di legno?» (e pensare quanto ci avrà messo a ponsare questa castroneria che ha che fare qui come il cavolo a merenda!)

E a pagina 13 prosegue cerveloticamente: «Ed anche non avuto riguardo all'uso cui un'opera è destinata, questa non potrà MAI divenire notevole, solo perchè fa parte di un'opera notevole. Se questa tesi volesse ammettersi, un comignolo, ad esempio, sarebbe un'opera notevole solo perchè fa parte di una casa (no, caro burlone, non lo è per questo, ma perchè tanto il comignolo, ¹ come il tetto o qualunque parte di esso, e così anche le torrette o capi di condotti di camino, debbonsi fare con cura e con regola d'arte, poichè rovinando posson recar danno grave alla casa, agli inquilini che l'abitano e ai passanti), e quindi l'architetto ed il costruttore dovrebbero rispondere per 10 anni della sua caduta, così dicasi dei soffitti, ecc., ecc.» (Ha fatto bene a mettere questi due ecc., perchè se avesse seguitato chi sa quante corbellerie avrebbe detto! Dunque, ricordiamoci bene, un soffitto per l'avv. Casali, non è opera notevole; gli auguriamo però che abiti una casa i cui soffitti siano fatti da un costruttore che più esperto di lui della giurisprudenza sappia quale responsabilità incorrerebbe su lui se i soffitti che costruisce non fossero solidi. Gli diciamo solo, che persino *gli intonachi dei soffitti sono reputati* opera notevole (V. pag. 26 delle nostre *Istruzioni pratiche sulla responsabilità dei costruttori*).

Dopo ciò l'estensore di questa strampalata comparsa si rallegra, perchè il Pretore respinse «*anche il capitolo di prova testimoniale relativo alla scelta dei muratori addetti alla costruzione, come frustraneo, perchè assolutamente inconcludente*»: quasi che la scelta dei muratori non influisca per l'art. 1639 (e non solo per l'art. 1151!) maggiormente sulla misura della responsabilità se fatta dall'ingegnere stesso anzichè dal committente, nel caso di cattiva costruzione, come del resto han riconosciuto autori e magistrati (vedansi le citate nostre *Istruzioni*).

Fortunatamente il Tribunale ha ritenuto ammissibili tutti i capi di prova testimoniale respinti dalla sentenza appellata, ed ha fatto benissimo a riconoscere che nella fattispecie si trattava di vera e propria responsabilità, ai termini dell'art. 1639 del Codice civile, per essere il muro costruito un'opera notevole rovinata per vizio di costruzione.

378. Promossa dall'appaltatore l'azione di pagamento dell'opera collaudata e liquidata, non può il Comune appaltante col l'azione d'indennità per sè stante ed appoggiata ad una fattispecie tutta propria, invece di formulare una vera e propria domanda riconvenzionale, paralizzare l'azione dell'appaltatore col chiedere la riunione delle due cause, e così coinvolgerlo nella lunga procedura delle perizie e delle prove.

¹ Non sappiamo in qual senso abbia voluto adoperare questa parola, se, cioè, come la più alta parte dei tetti che spiovano da più di una banda, o come quel pezzo di legno che forma e regge la spina del tetto, o come quella specie di embrice fatto a basto rovescio per uso di coprir la spina del tetto, o come volgarmente si dice la testa di camino.

Le due azioni così promosse sono e devono stare separate (Sentenza del Tribunale civile di Bologna, 5 marzo 1891; Paltretti c. Comune di Vergato).

FATTO.

Con sua deliberazione consigliere 18 settembre 1884 il Municipio di Vergato stabilì la costruzione di un Cimitero per la Parrocchia di Montecavaloro.

Questa deliberazione poggiasse: a) Sopra un progetto di costruzione redatto dall'ing. Giuseppe Vitali, al quale era stata anche demandata la scelta del luogo opportuno. b) Sopra un rapporto 27 aprile 1883 della Commissione nominata dal Prefetto e composta del Sindaco di Vergato, del prof. Adolfo Casali membro del Consiglio Sanitario provinciale e dell'ing. Capuri ufficiale del Genio civile, nel quale rapporto si conoscevano rispondenti alle prescrizioni del regolamento in vigore tanto la località scelta, che la qualità del terreno, solo reclamandosi una maggiore estensione d'area, perchè il cimitero stesso rispondesse all'entità della popolazione cui doveva servire.

A soddisfare quindi a questo voto della Commissione, il Municipio incaricò il proprio ing. cav. Luciano Monari, perchè redigesse il progetto definitivo, che egli depositò il 30 maggio 1886.

Di qui l'avviso d'asta 20 luglio detto anno, col quale la Giunta di Vergato indiva l'appalto per la costruzione di detto cimitero; *in conformità del progetto 30 maggio 1886 del sig. ing. cav. Luciano Monari*. Fra le condizioni dell'appalto va notata quella dell'art. 2 di detto Bando, ove si dice che l'appaltatore *resta vincolato alla osservanza del capitolato speciale d'oneri annesso al progetto del signor ing. Monari*.

L'appalto fu deliberato nel 23 luglio detto anno a Gelsomino Paltretti, e nel 4 agosto successivo venne dal Paltretti e dal Municipio predetto stipulato il relativo contratto, all'esecuzione del quale il Paltretti pose mano tanto che poteva consegnare al Comune l'opera compiuta nel 1° giugno 1887.

Nel 10 dicembre dello stesso anno l'ing. Monari compilò lo stato finale, dal quale risultava che l'importare dei lavori eseguiti ascendeva a L. 6080.08 nella qual cifra veniva dal Paltretti accettato.

L'ing. Giuseppe Melani, a seguito di *deliberazione consigliere 25 maggio 1888* e di lettera 28 giugno successivo, veniva incaricato ed assumevasi di collaudare l'opera, al quale scopo, come appare dallo stesso atto di collaudo, egli recavasi sulla faccia del luogo il 12 luglio 1888 in concorso: 1.° dell'ing. Monari, direttore dei lavori; 2.° di Don Felice Nanni delegato a sorvegliarli; 3.° dell'appaltatore Paltretti.

Ma una poco lieta sorpresa doveva toccare a quei collaudatori, ed infatti la relazione di quella visita che appare consegnata dal Melani il successivo 12 agosto detto anno, porta le seguenti testuali dichiarazioni. Ivi: « *la prima cosa che venne osservata e che produsse un'impressione sfavorevole fu il riconoscere che i muri perimetrali del Cimitero, dell'Ossario e camera mortuaria, come pure la volta del pavimento erano di recente screpolati.* »

Ora discendendo alla ricerca delle cause che avevano portato sì grave danno all'opera recente il perito collaudatore rilevò anzitutto « *che si era cinta l'area piana con buoni muri, costrutti con OTTIMI MATERIALI (pietrame DI ARENA-*

RIA QUARZOSA) calce idraulica OTTIMA, sabbia di cava delle migliori, malta calcare confezionata nelle debite proporzioni e di OTTIMA PRESA.

La vera sede del fenomeno era dal Perito collaudatore riconosciuta invece « nel doppio franamento riscontrato nelle sottoposte argille scagliose, in seguito all'aver ridotto a piano il doppio spiovente del contrafforte e con ciò impedito alle acque sotterranee di scorrere superficialmente e costrette ad attraversare il suolo fino all'incontro delle argille scagliose stesse, che constatava a quindici metri e più di profondità. Avvertiva che questo franamento non poteva prevedersi se non dietro studio geologico particolare della località e che di fronte a tale sconcertante risultato nessuna responsabilità era da attribuirsi all'impresa, la quale curò in tutto, per quanto la riguardava, le opere murarie: NÈ MANCAVA ALLE MEDESIME LA DOVUTA STABILITÀ IN RAPPORTO ALLE DIMENSIONI LORO ASSEGNATE, solo essendo a deplorarsi la scelta delle località. »

Il collaudo quindi si operava, con una lieve riduzione di L. 30 del prezzo per fatto di due poco percettibili sgretoli negli spigoli di alcuni laterizi e nelle committiture con cemento fra pezzo e pezzo della copertina, di guisa che l'appaltatore veniva accreditato della somma di L. 6050.08.

Questo collaudo veniva accettato dal Paltretti ed approvato dal Consiglio comunale con una deliberazione 19 ottobre 1888, colla quale liquidò l'importo dell'opera in L. 6050.08.

Questa deliberazione, osservate le modalità burocratiche, fu resa esecutoria dal Sotto-prefetto di Vergato nel 20 novembre dello stesso anno.

Se non che il Comune predetto, dopo avere pagato un acconto di L. 1000 non soddisfece le residuali successive, di guisa che il Paltretti Gelsomino dopo una serie lunghissima di vane promesse di pagamento appena si fossero ottenuti i fondi a ciò necessari, di che fan fede le lettere prodotte in atti, ruppe gli indugi e con atto di citazione 1° luglio 1890 convenne, avanti questo Tribunale, il Comune predetto in persona del suo Sindaco cav. G. Battista Burdese, perchè fosse condannato a pagargli la residuale somma di L. 5050.08 cogli interessi di mora del 6 %, rufuse le spese ed i danni.

Nell'udienza del 12 febbraio p. p. le parti conclusero rispettivamente come in epigrafe.

ED IN DIRITTO.

Attesochè la riunione di questa causa coll'altra di indennizzo di che alla citazione 26 luglio 1890 spiccata ad istanza dell'Amministrazione convenuta contro il Gelsomino Paltretti, riunione che appare chiesta dall'Amministrazione predetta e negata dal Paltretti stesso, non si ravvisa allo stato degli atti meritevole di accoglimento.

E di vero: perchè si potesse far luogo alla riunione invocata sarebbe stato mestieri che il Municipio di Vergato, lungi dallo spiegare un'azione per sè stante appoggiata ad una fattispecie tutta propria quale si legge nella citazione introduttiva di questo speciale giudizio, avesse invece formulata una vera e propria domanda riconvenzionale la quale si vedesse, fin dai primordi, nella sua forma esterna rispondente al disposto dell'art. 100, N. 3 del Codice di Procedura civile. Ora questo non fu fatto: vi ha invece una citazione tutta propria la quale avrà la sua sorte più o meno lentamente sperabile, secondo che le asserite irregola-

rità (che non sonosi scoperte dallo ing. Vitali se non al 3 di luglio del 1890, e cioè due giorni dopo la notifica della citazione fatta ad istanza Paltretti al Sindaco di Vergato) saranno o no confortate da documenti o prove attendibili sì e come allo svolgimento che possa ottenere questa lite.

Ma intanto non potendosi disconoscere che la citazione costituisce un vero e proprio contratto giudiziale non si può far diventare azione riconvenzionale quella che originariamente fu plasmata come azione di ricostruzione e di indennizzo per sè stante e le due cause devono perciò rimanere distinte, anche per ragione della differente loro condizione, l'una di parata a giudizio, l'altra di incompleta e bisognevole di più lunga istruttoria.

Ora, scendendo al merito della domanda di pagamento di L. 5.050,08 che il Paltretti ha rivolto contro l'Amministrazione comunale di Vergato, non può disconoscersi che essa promana da irrefutabili documenti di perfetta liquidità del credito, troppo a lungo, nella sua *soluzione vera*, indugiata.

Attesochè infatti, senza dire che l'avviso d'asta ed il capitolato d'appalto contenevano una formale promessa di pagamento in determinate rate, ad opera ultimata e collaudata, riesce a fior d'evidenza che, non solo il collaudo si operò con tutte le solennità in tali affari consigliate ed imposte dalla legge, ma fu approvato in una deliberazione consigliare che munita del visto del Sotto-prefetto di Vergato divenne per ciò stesso esecutiva, a mente di quanto dispone l'art. 61 della nuova legge comunale e provinciale.

In questo stato di cose altro obbligo non correva al Comune di quello all'infuori di spiccare il relativo mandato di pagamento. Ma questo appunto non si fece che in parte, ed allegandosi necessità di provvedere fondi, i quali una buona ed oculata amministrazione dovrebbe avere stanziato in bilancio prima di indire una qualsiasi opera che porti aggravio al bilancio stesso, si procrastinò un pagamento che da tempo avrebbe dovuto essere compiuto, si aggravò il Comune del non indifferente canone del 6 %, poichè così premesso nel capitolato d'appalto per tutto il periodo di mora e si venne meno quindi a quella promessa formale che coll'apertura dell'asta si era pubblicamente fatta, violando il precetto contenuto nell'art. 1218 del Codice civile.

Attesochè quindi il credito del Paltretti sia perfettamente liquido.

Che essendo in sè fruttifero e riguardando una somma di denaro, la domanda dei danni formulata nella citazione, deve a mente dell'art. 1231 del Cod. civile convertirsi in quella degli interessi convenzionali dal dì della mora, cioè dalla data dello stato finale in avanti, salvo decurtazione delle somme che a titolo di interessi moratorii e convenzionali risulterà essersi pagate.

Attesochè l'esecuzione provvisoria della sentenza è appoggiata al disposto dell'art. 365 del Cod. di proc. civ., comechè poggiante sopra documenti ufficiali parificati all'atto pubblico o quantomeno alla scrittura privata riconosciuta.

Che le spese di questa lite devono porsi a carico del Comune soccombente. Per questi motivi

IL TRIBUNALE

Definitivamente provvedendo con Sentenza provvisoriamente eseguibile non ostante appello e senza cauzione :

Reietta ogni altra istanza, conclusione od eccezione e segnatamente quella

di riunione di cause, condanna il Municipio di Vergato, in persona del suo Sindaco cav. Burdese Giov. Battista, a pagare all'attore Paltretti Gelsomino la somma di L. 5.050,08 per le cause di che in libello in una agli interessi 6% su detta somma che risultassero non pagati dal di della mora, e cioè dalla data dello stato finale sino al saldo.

Lo condanna ancora alla rifusione delle spese di lite, che saranno liquidate dal Giudice estensore della presente all'uopo delegato.

OSSERVAZIONI.

Non era ancora pubblicata questa giustissima sentenza e quindi da noi affatto ignorata, quando ricevemmo da un amico la comparsa conclusionale fatta pel Comune di Vergato dall'on. Deputato avv. Rodolfo Rossi.

Appena letta, profetizzammo all'amico una sentenza sfavorevole pel Comune, perchè le sue difese ci parevano mediocri in teoria, come mosaico di lardellini spigolati qua e là e male accozzati, e sbagliate affatto in procedura.

Infatti dal momento che il Comune non aveva esercitato l'azione in garanzia quando poteva e doveva; dal momento che, dopo perizie stragiudiziali, da esso promosse, aveva dato a fare allo stesso appaltatore i lavori di riparazione e li aveva accettati¹ lasciando forse l'adito ad appigli sulla mancata diligenza di manutenzione per sua parte, non doveva, di fronte all'azione di pagamento dei lavori promossa dall'appaltatore, esercitare, in modo per sè stante, l'azione in responsabilità, perchè le due cause non potevano essere riunite, da un lato avendosi il fatto di un'opera già eseguita, ristaurata, presa in consegna e collaudata, e dall'altro avendosi solamente l'asserzione non ancora legalmente provata e moralmente pregiudicata dall'azione promossa dall'appaltatore, che quell'opera non sarebbe stata eseguita a dovere.

Evidentemente coll'azione separata in via di responsabilità, azione tutta propria, offrendosi largo campo di opposizione all'avversario, si doveva invece affrontare il giudizio promosso da questo, subordinatamente alla riconvenzione pei danni ed alla eccezione al pagamento dei lavori, perchè non eseguiti a regola d'arte, con pessimi materiali e sopra un suolo non atto a sostenerli.

Così non si sarebbe dato luogo a due sentenze separate, poichè il giudice avrebbe dovuto pronunziare avanti tutto sulla riconvenzione e sulla eccezione al pagamento dell'opera *minacciante rovina*, con una sentenza interlocutoria per l'ammissione della perizia, senza entrare nel merito della causa fino a che non fosse compiuta l'istruttoria.

Anche la comparsa avversaria non è scevra di errori. Ci par di vedere

¹ Sappiamo bene che la verifica o la rifazione dell'opera nulla tolgono alla potenzialità dell'azione in responsabilità, perchè ordinariamente l'edificio all'epoca in cui la costruzione è completa ha tutte le apparenze della solidità, mentre i difetti di costruzione non si rivelano che dopo uno spazio di tempo più o meno lungo; ma il Comune, che già conosceva i difetti dell'opera che fu anche da esso fatta riparare dal medesimo appaltatore, non doveva aspettare di essere citata al pagamento per esercitare l'azione di responsabilità, che poteva sembrare per ciò un pretesto per non pagare.

due ciechi a fare alle bastonate! Fra i tanti ricordiamo quello che il collaudo fa cessare la responsabilità decennale, salvochè pei difetti occulti¹; quello dell'approvazione del suolo, secondo la legge sanitaria, che non ha che fare col suolo fabbricabile, ossia capace di sopportare una costruzione; quello sulla *non notabilità* dell'opera, ecc., ecc.

Un'altra osservazione sulle conclusioni prese dal Comune.

L'azione dell'articolo 1639 del Codice civile si riduce in sostanza ad una azione d'indennità: quindi parlare di ricostruzione, è fuori di luogo.² Ci sono, è vero, due sole decisioni una italiana ed una francese che ne parlano (e noi non ne conosciamo altre); ma queste non sono conformi nè alla lettera, nè allo spirito dalla legge. Come infatti si potrebbe obbligare l'imprenditore a riparare o ricostruire l'edificio da lui costruito, rovinato o minacciante rovina? Il giudizio **promosso in base all'articolo 1639 del Codice civile** deve solo constatare il fatto e pronunciare o no la emenda dei danni.

Concludiamo che l'azione promossa dal Comune non poteva sortire l'intento che si era avuto nel promoverla, di far sospendere quella promossa dall'appaltatore. Solo potevasi ciò conseguire colla riconvenzione e colla eccezione al pagamento, che in ultima analisi conducevano all'azione di responsabilità per altra via; poichè il credito vantato dall'appaltatore diveniva un credito litigioso e quindi non esigibile di fronte alla domanda di una perizia per la constatazione dei vizii dell'opera, di cui si chiedeva il pagamento e dei conseguenti danni.

E taglia il vero. L'autorità giudiziaria davanti cui pende la causa principale è competente a conoscere dell'azione in riconvenzione dipendente dal titolo dedotto in giudizio dall'attore, o dal titolo che già appartiene alla causa principale *come mezzo di eccezione*.

Avevamo già scritto queste poche osservazioni, quando ci vennero comunicate le due sentenze del Tribunale di Bologna 5 e 12 marzo 1891, colla prima delle quali si rigettava la riunione delle due cause e si condannava il Comune di Vergato al pagamento verso l'appaltatore Paltretti e colla seconda si confermava il rigetto della riunione delle due cause e si ammetteva la perizia rispetto alla località nella quale si fece la costruzione del cimitero di Montecavaloro ed alle dimensioni dei muri perimetrali.

Sappiamo che il Municipio di Vergato, assistito dall'on. deputato avv. Rodolfo Rossi, ha appellato da entrambe le sentenze alla Corte d'Appello di Bologna, presentando una comparsa conclusionale non meno errata di quella già presentata al Tribunale. E non poteva essere diversamente; poichè sbagliato il primo passo irremissibilmente, anche il secondo doveva essere sbagliato.

Lo ripetiamo: il Municipio doveva citare il Paltretti dopo che il collaudo dei lavori da esso compiuti faceva noto che questi non erano stati compiuti a

¹ E giacchè abbiamo ricordato i vizii occulti, ci piace affermare che è nostra opinione che il tempo per esercitare l'azione di responsabilità cominci solo dal giorno in cui i vizii occulti, i quali sono quasi sempre fraudolenti, si siano scoperti o manifestati.

² V. più sotto il n. 379, nel testo della sentenza, alle parole in carattere egiziano.

dovere. Invece il Municipio si contentò di farne riparare i difetti dallo stesso appaltatore e tirò via. E si aggiunga che approvò la somma liquidata collo stato finale dei lavori compilato dall'ingegnere cav. Monari!

Il Municipio in questo stato di cose non doveva aspettare dunque di essere citato dal Paltretti al pagamento per promuovere l'azione di responsabilità. Esso doveva agire subito e seppure gli era piaciuto di barcamenare, dopo la citazione del Paltretti doveva, in via riconvenzionale, non con azione separata, di per sè stante, opporsi al pagamento della somma chiesta dal Paltretti, perchè i lavori non erano stati eseguiti a regola d'arte e si erano quindi verificati dei danni a suo carico. E poteva ben fondarsi sull'art. 1639 del Codice civile, qualora ci fosse stato rovina o pericolo evidente di rovina.

Insomma il Municipio commise il grave errore di agire *separatamente* in via di responsabilità, buccinando a torto rovine e pericoli che finora non si sono verificati, e domandare nientemeno, in base all'art. 1639 del Cod. civ., che parla solo di rovina o di pericolo evidente di rovina (e non di semplici *scretolamenti di mattoni o di semplici incrinature*) e perciò è solo in questi due casi applicabile, la *ricostruzione del cimitero*, mentre il detto articolo parla solo di *azione d'indennità*.

E giacchè abbiamo ricordato la seconda comparsa conclusionale del Municipio, crediamo utile di riportarne alcuni brani:

Nelle pagine 11 e 12 si ripete che le due cause sono connesse, perchè vertono fra le stesse parti, per il medesimo oggetto ed all'*identico scopo* (oggetto e scopo però agli antipodi!).

Non si vuol capire che la connessione ci sarebbe stata soltanto se il credito del Paltretti non fosse stato già liquidato con atto formale dall'ingegnere direttore dei lavori, riconosciuto ed approvato dal Municipio nelle forme legali, ed il Paltretti avesse chiesto in giudizio la liquidazione del suo credito; perchè l'azione promossa dal Comune in quest'altro caso avrebbe avuto influenza sulla liquidazione stessa per la risoluzione delle questioni con essa fatte circa i lavori eseguiti dal Paltretti e dei quali questi domandava la liquidazione.

Ma la comparsa scherza sulle parole, come se avesse che fare non con magistrati d'appello, ma con scolaretti di quarta elementare, e dice che il Paltretti domanda il pagamento di un credito che asserisce liquido, mentre egli lo dice ed è liquidato in tutta regola. Eppoi si ha il coraggio di esclamare che « Cause più connesse di queste non sapremmo trovare ».

È curiosa poi la comparsa (pagina 15 in fine) dove dice che « La prescrizione decorre dal giorno in cui si conosce e si è manifestato o la ruina o l'evidente pericolo di ruina dell'edificio o di altra opera notevole compiuta. *La verifica richiede una operazione complessa: vale a dire prima la NOTIZIA della ruina o del pericolo di ruina (e questa notizia è un'operazione?), poi l'accertamento o verifica dello stato delle cose. Ma tanto la notizia come la verifica si deve AVERE e fare per un'opera o edificio compiuti: orbene la costruzione del cimitero di Montecavaloro ANCHE DOPO LA RELAZIONE DI COLLAUDO, non poteva reputarsi un'opera compiuta, perchè l'intraprenditore Paltretti doveva eseguire i lavori di difesa e consolidamento prescritti dall'ingegnere Melani* » mentre l'ingegnere direttore dei lavori cav. Monari aveva approvato l'opera con analogo stato finale e liquidazione l'ammontare in L. 6.080,08, togliendo solo lire trenta dall'ammontare totale di lire 6.080,08, *pel fatto di due poco percettibili scretoli negli spigoli di alcuni laterizi*

e nelle commettiture con cemento fra pezzo e pezzo della copertina: sgretoli che son diventati incrinature, crepacci, fenditure, ecc. ecc. dopo la citazione del Paltretti per essere pagato.

Più sotto poi si confondono le attribuzioni del perito collaudatore con quelle del perito giudiziale e tutte le conclusioni esorbitano dall'art. 1639, perchè non hanno connessione con rovina o minaccia evidente di rovina, che da che si contende non si è mai verificata che a chiacchiere.

379. Non può dirsi indivisibile l'obbligo, che l'imprenditore e l'architetto hanno di rendere indenne il proprietario nel caso che le opere siano rovinate o presentino pericolo evidente di rovinare.

La indennità dovuta a norma dell'articolo 1639 del Codice civile deve di necessità essere determinata dopo che siano riparate le opere medesime (Sentenza della Corte di Cassazione di Napoli, 17 dicembre 1886; Avitto c. Mucciaccia).

Questioni. — 1.º Regge il primo mezzo del ricorso, relativo alla pretesa contraddizione?

2.º Può dirsi indivisibile l'obbligo, che l'imprenditore e l'architetto hanno di fare indenne il proprietario in caso che i lavori siano rovinati, o presentino pericolo evidente di rovinare?

3.º La indennità dovuta a norma dell'art. 1639 del Cod. civ. deve di necessità essere determinata dopo che sieno riparati i lavori medesimi?

4.º Che pel deposito e le spese?

Sulla prima e seconda. — Attesochè con atto di febbraio 1884 Tommaso Avitto affermando che il fabbricato di sua proprietà in Piano del Colle, costruito in seguito di contratto di appalto dal muratore Nicola Mucciaccia, trovavasi in evidente e prossimo pericolo di rovinare, citava tanto l'appaltatore, che l'ingegnere Danise, quale autore del progetto e direttore dei lavori, chiedendo la loro condanna solidale a demolire il fabbricato, ed a ricostruirlo a loro spese, ed in mancanza i danni-interessi.

In seguito di perizia da cui risultò che in effetti vi era pericolo di rovina in due vani inferiori e superiori al lato sud, ed ancora che la responsabilità doveva ricadere non solo sull'ingegnere e sull'appaltatore, ma anche sul proprietario, che aveva fornito materiali di cattiva qualità, la Corte di Appello di Trani con sentenza del 22 febbraio 1886 nel riformare parzialmente il pronunziato del Tribunale di Commercio di Bari, condannò Danise e Mucciaccia, senza il vincolo della indivisibilità, ad abbattere e ricostruire nel termine di giorni novanta i quattro vani verso il lato suddetto ed in conformità della relazione di perizia.

E decorso inutilmente il cennato termine furono invece condannati il Mucciaccia a pagar a favore del proprietario Avitto L. 271.30 e Danise L. 1.085.20.

Contro questa sentenza Avitto propone ricorso per diversi mezzi. Col primo sostiene che il dispositivo involga delle statuizioni contraddittorie, poichè mentre col capo primo si condanna esclusivamente Danise, e Mucciaccia a de-

molire e ricostruire i quattro vani, col capo secondo nel tradurre l'obbligazione di fare in quella di dare, si condannano i medesimi Danise e Mucciaccia soltanto al rimborso di cinque sestì delle spese occorrenti alla demolizione e ricostruzione dei vani anzidetti, lasciandone un sestò a carico del proprietario, e si aggiunge pure che altra contraddizione vi ha nello stesso capo primo, poichè mentre si condannano due persone a demolire ed a ricostruire, il che è cosa assolutamente indivisibile, si soggiunge poi che la condanna è senza obbligo di indivisibilità.

Attesochè in ordine a questo mezzo debbesi dapprima notare, che la Corte nelle considerazioni ha dichiarato di approvare il parere dei periti, i quali ritengono che pei danni seguiti nel casamento fossero responsabili in determinate proporzioni non solo l'ingegnere, e l'appaltatore, ma ancora il proprietario, che aveva avuto il torto di fornire materiali di cattiva qualità. Con siffatta spiegazione ogni contraddizione svanisce, in effetti, mentre la Corte vedeva di non poter pronunziare una condanna contro di Avitto, ed a favor dello Avitto istesso, condannava invece alla ricostruzione dei lavori i soli Danise e Mucciaccia, escludendo però il vincolo della indivisibilità, e col capo secondo in correlazione di ciò che si era detto col capo primo, condannava Danise e Mucciaccia l'uno a quattro sestì, e l'altro ad un sestò delle spese occorrenti per la ricostruzione, il che importa che l'altra sesta parte restava a carico del proprietario a norma della ripartizione fatta dai periti. In conseguenza di che, pur ritenendosi che la Corte avrebbe potuto con maggior chiarezza spiegare il suo concetto, debbesi concludere che la excepta contraddizione non esiste, poichè il secondo capo del dispositivo vale a chiarire il concetto, che informa il capo primo, oltre a che il ricorrente non avrebbe ragione di dolersi della formula seguita nel cenato capo primo, poichè torna interamente a suo vantaggio. Nè può farsi un addebito alla Corte per aver tolto il vincolo della indivisibilità, poichè l'obbligo della indennità imposto dallo articolo 1639 del Cod. civ. è cosa di sua natura divisibile, e quando la Corte ha condannato Danise e Mucciaccia a demolire e ricostruire ha indicato un mezzo per attuare la responsabilità che poteva pur tornar meno grave ai convenuti, senza omettere però di tradurre in cifra l'ammontare della indennità, e nella proporzione indicata dai periti, per modo che giustamente si è tolto l'obbligo della indivisibilità, e quindi all'uopo non vi era qualsiasi contraddizione.

Che col secondo mezzo invano si sostiene che la Corte abbia errato nell'attribuire una parte di responsabilità del danno a carico del proprietario, imperocchè la Corte ha applicato l'art. 1639 del Cod. civ. nel senso di ritenere la responsabilità dell'imprenditore e dell'architetto, e sulla considerazione poi che il proprietario aveva fornito cattivi materiali, ha ritenuto uniformemente al parere dei periti che la colpa non dovesse esclusivamente attribuirsi ai convenuti, e quindi li ha condannati soltanto a cinque sestì della intera indennità. Dacchè segue che i giudici di merito non hanno violato l'art. 1639, poichè, tenuti presenti i criterii dei periti, hanno poi provveduto a norma di legge.

Che non reggendo il secondo mezzo, debbe del pari rigettarsi il terzo, con cui sotto altro rapporto si vuol sostenere che la Corte non poteva escludere l'obbligo della indivisibilità. E qui vuolsi innanzi tutto notare che la **responsabilità** cui accenna l'art. 1639 del Cod. civ. **non è il fatto della ricostruzione, ma soltanto l'id quod interest**, cioè la **indennità**, per modo che il pro-

prietario non può pretendere che l'imprenditore rifaccia i lavori, poichè il contratto si è eseguito col compimento dalle fabbriche, e quindi non è più quistione della sua esecuzione, ma soltanto delle conseguenze derivanti dalla non esatta esecuzione dei lavori, e se la legge col mentovato art. 1639 dice che l'appaltatore e l'architetto sono responsabili, e prescrive un termine per lo sperimento dell'azione d'indennità, è d'uopo pur concludere che non vi sia alcuna azione indivisibile contro i mentovati architetto e imprenditore, dovendo invece ciascuno dirsi responsabile, a seconda del proprio inadempimento. E poichè questi principii sono stati ritenuti dalla Corte di merito, anche questo terzo mezzo debbe essere rigettato.

Sulla terza. — Attesochè non può accogliersi l'ultimo mezzo. Certo la Corte si sarebbe meglio avvisata, se l'ammontare dei danni ed interessi fosse stato determinato a *posteriori*, cioè dopo che si fossero compiuti i lavori di ricostruzione. Invece la Corte trovando giusto l'ammontare della indennità determinata dai periti ha creduto che siffatta somma fosse bastevole per riparare ai danni seguiti, e poichè trattasi di un semplice apprezzamento di fatto, questo Supremo Collegio nulla può osservare. Nè il ricorrente bene si avvisa nel ricordare l'art. 1220 del Cod. civ.; poichè esso suppone che l'obbligo di fare non si sia adempiuto, e soggiunge che il creditore può essere autorizzato a farlo adempire egli stesso a spese del debitore.

Invece nella specie l'obbligo di fare è esaurito, e non resta che l'obbligo di pagare un'indennità, imposta dal mentovato art. 1639. E poichè la Corte ha determinato l'ammontare di siffatta indennità uniformandosi al parere dei periti, è chiaro che nessuna legge ha violato, e che però anche questo mezzo debbe rigettarsi.

Sulla quarta. — Attesochè rigettandosi il ricorso, debbe il ricorrente esser condannato alle spese, ed alla perdita del deposito.

La Corte di Cassazione rigetta il ricorso di Tommaso Avitto contro la sentenza del 22 febbraio 1886, proferita dalla Corte di Appello di Trani. Condanna il ricorrente alle spese, ed alla perdita del deposito, che libera all'Erario.

380. L'architetto od imprenditore che assuma la costruzione di un edificio a prezzo prestabilito non può sottrarsi alla responsabilità addossatagli dall'art. 1729 del Codice civ. franc. corrispondente all'art. 1639 del Codice civ. ital., giustificando d'essersi uniformato ai piani, disegni ed istruzioni del proprietario.

Per evitare tale responsabilità l'architetto od imprenditore deve rifiutarsi all'esecuzione di quei lavori che si vorrebbero costruire in condizioni tali da metterne a rischio la solidità (Sentenza della Corte di Cassazione di Parigi, 23 ottobre 1888; Dubois C. Brémond; *Tem. Genov.* I, 2, 59).

381. L'articolo 1639 del Codice civile, obbligando solidamente l'architetto e l'intraprenditore, deve intendersi coordinato ai principii generali che regolano le distribuzioni dei danni e delle perdite, e quindi cessa questa solidità quando da indagini di fatto,

che è mestieri chiarire, risulti che unicamente all'uno o all'altro siano imputabili i danni (Sentenza della Corte di Cassazione di Napoli, 3 luglio 1881; De Cesare c. Valiante; *Foro I*, 1147).

382. È ammissibile l'azione d'indennità intentata contro l'architetto o imprenditore, in base all'articolo 1639 del Codice civile, per la ruina dell'opera entro i dieci anni dalla sua costruzione, sebbene essa fosse stata all'epoca della consegna dichiarata ricevibile con sentenza passata in cosa giudicata.

La ruina dell'edificio nel corso del decennio susseguente alla sua costruzione, si presume avvenuta, sino a prova contraria, per colpa dell'architetto o imprenditore (Sentenza della Corte di Cassazione di Napoli, 28 gennaio 1881; Colella c. Freda; *Foro I*, 268).

383. L'azione fondata sull'articolo 1639 del Codice civile è un'azione speciale indipendente dal contratto ed introdotto più a tutela dell'interesse generale, che a vantaggio privato dell'appaltante.

Il carattere proprio di tale azione, distinta da quella nascente dal contratto, maggiormente si rileva dal termine di prescrizione eccezionale stabilito dalla legge per l'esercizio dell'azione medesima.

Dato l'esercizio dell'azione d'indennizzo in base all'art. 1639, non può la parte attrice contemporaneamente esercitare l'azione di cui è parola nell'articolo 1218 del Codice civile, discendente dal contratto (Sentenza della Corte d'Appello di Venezia, 19 maggio 1882; Provincia di Udine c. Fabris; *Temi Ven.* 1882, 559; *Bett.* 1883, 201).

384. La massima prescrizione di dieci anni stabilita dal Codice di commercio si applica ai soli casi nei quali non è stabilita da altre leggi una prescrizione più breve; e non contempla perciò il caso dell'art. 1639 del Codice civile, il quale limita la speciale prescrizione a due anni, decorrendi non dalla data del contratto, ma *a die natae actionis*, ossia dal giorno in cui l'edificio rovina o presenta evidente pericolo di rovinare (Sentenza del Tribunale di Roma 9 aprile 1883; Fulconis c. Salvadori; *Temi Rom.* 1883, 633).

385. Se ha difetto di costruzione che impegna la responsabilità dell'imprenditore a senso dell'articolo 1639 del Codice civile, non solo quando la rovina dell'edificio è avvenuta per non essere la costruzione conforme alle regole dell'arte, ma ancor quando derivi dall'essersi impiegati materiali difettosi e da insufficiente spessore dei muri.

L'imprenditore giudica sotto la sua responsabilità dell'idoneità dei materiali che adopera; se questi gli sono forniti dallo appaltante, deve rifiutarli ove non li riconosca servibili e idonei, salvo i patti diversi del capitolato: ed il patto per cui non potesse l'imprenditore impiegare materiali nuovi se non dopo esaurito il materiale vecchio proveniente dalle demolizioni, non porta l'obbligo di impiegare quest'ultimo in quelle opere alle quali non fosse adatto, e non toglie la relativa responsabilità dell'imprenditore.

L'avere l'imprenditore ubbidito agli ordini di un direttore dei lavori preposto dall'appaltante non lo libera dalla responsabilità per l'inadempimento degli obblighi del contratto (Sentenza della Corte di Cassazione di Torino 28 dicembre 1883; Marengo c. Comune di Ponzone; *Giur. Tor.* 1884, 67; *Annali* 1884, 146).

386. La prescrizione di cui all'articolo 1639 del Codice civile, non è interrotta da una citazione giudiziale con cui, senza addurre contro l'imprenditore alcun difetto od errore di costruzione, se ne chieda semplicemente l'intervento in giudizio per rilevare l'attore dalle domande proposte da altri contro di lui, soprattutto se la detta domanda d'intervento sia poi stata respinta con giudicato.

Non è opponibile dall'appaltatore al subappaltatore la sentenza che senza il contraddittorio di questo abbia condannato il primo all'esecuzione di determinate opere (Sentenza della Corte di Cassazione di Torino 20 febbraio 1884; Guastalla c. Canova-Vercelli; *Giur. Tor.* 1884, 179).

387. Il decidere se un edificio sia *notabile* è rilasciato al prudente arbitrio del giudice che ne desume il carattere da un complesso di dati, come sarebbero l'importanza dell'opera, le difficoltà che presenta la costruzione, il costo complessivo.

Conseguentemente un architetto che costruisse ad un privato un acquedotto di irrigazione per una grande estensione di terreno, può rettamente esser chiamato responsabile della rovina di quello avvenuta entro il decennio dal compimento dell'opera (Sentenza della Corte d'Appello di Catania 13 febbraio 1880; Silvestri c. Auricella; *Foro I*, 767).

388. Il muro di cinta di un giardino non è una di quelle opere notabili, per la costruzione delle quali gli architetti e gli imprenditori debbono prestare ai proprietari committenti la garanzia decennale ai termini dell'articolo 1639 del Codice civile. Per cui, ricevuto il muro in consegna e pagato dal proprietario

committente, cessa con ciò stesso ogni ulteriore responsabilità dell'imprenditore (Sentenza della Corte d'Appello di Milano, 28 gennaio 1888; Strada c. Rizzi; *Monit. Trib.* Milano, 1888, 163; *Foro it.*, 1888, p. I, p. 190).¹

Con atto dell'8 aprile 1887, il signor Strada conveniva il signor Rizzi innanzi al Tribunale di Commercio di Milano, deducendo che per suo incarico il convenuto gli aveva costruito nel 1880 un muro di cinta al giardino ammesso alla casa di esso attore in Cormanno, pel prezzo di lire 2.927, che gli era stato anche soddisfatto; che per cattiva costruzione il detto muro era rovinato nell'inverno del 1887, per la estensione di metri 35 circa, e minacciava rovinare pei restanti metri 200 di estensione; chiedeva quindi, a norma dell'art. 1639 del Cod. civ., dichiararsi tenuto il Rizzi al risarcimento del danno derivante dalla cattiva costruzione, da liquidarsi nei modi di legge. Colla comparsa conclusionale chiedeva poi nominarsi un perito per determinare la sussistenza e la causa del danno, e la spesa occorrente per ripararlo; subordinatamente poi, in caso di contestazione, domandava l'interrogatorio del convenuto ed una prova testimoniale, per stabilire che l'opera della costruzione di quel muro di cinta era stata appaltata al Rizzi a prezzi unitari, e che il prezzo dell'opera fu liquidato amichevolmente fra esse parti su di una nota del Rizzi, che esibiva, in lire 2.927.

Contro questa domanda il convenuto rispose: che l'opera si era da lui eseguita sotto la direzione del signor Strada, e non sotto la propria, sicchè egli potesse dirsi imprenditore, e che il danno era derivato dall'aver i coloni del terreno contiguo scoperto le fondazioni; laonde conchiuse chiedendo di essere assolto dalla domanda.

Su questa contestazione avendo il Tribunale con sentenza del 28 maggio 1887, rigettato la domanda del signor Strada, egli si è appellato, riproponendo le conclusioni da lui presentate ai primi giudici. Per contrario il signor Rizzi conchiude confermarsi la sentenza appellata.

L'appello di cui trattasi deve rigettarsi. Per fermo ben osservò il Tribunale, che, a prescindere dalla questione, su cui le parti divergevano, se l'opera si fosse eseguita dal Rizzi per appalto, od invece per economia e sotto la direzione dello Strada, e conseguentemente, se il Rizzi avesse agito come vero imprenditore, od invece come semplice esecutore materiale, la questione preliminare da risolversi nella presente causa, era quella se la costruzione d'un muro di cinta di un giardino sia una di quelle opere notabili, per le quali gli architetti e gl'imprenditori debbono prestare ai proprietari la garanzia decennale ai termini dell'art. 1639 del Cod. civ. E rettamente giudicò il Tribunale nel ritenere il contrario. Di vero, se dopo la ricezione dell'opera ed il pagamento del corrispondente prezzo è dato ai proprietari di tener obbligati per dieci anni gli architetti ed imprenditori della solidità di un edificio o di altra opera notevole, ciò deriva perchè in siffatte opere non è possibile far un'esatta verifica-

¹ Consulta la sentenza della Corte d'Appello di Catania, 13 febbraio 1880; *Foro it.*, 1880, I, 767.

della loro solidità nell'atto in cui vengono consegnate; non può quindi la loro ricezione equivalere ad un'approvazione definitiva dei lavori da parte del proprietario. Ma allorchè trattasi di un semplice muro di un giardino, codesta impossibilità di verificazione da parte del proprietario non sussiste, essendogli agevole di verificare il modo ond'è stato costruito, sia per quanto riguarda i lavori fuori terra, sia per quanto riguarda le fondazioni. Non può quindi in siffatti lavori, agevolmente verificabili, consentirsi al proprietario, che, dopo averli ricevuti senza riserva e pagati, possa egli rivenire sul fatto proprio, e ritenere ulteriormente obbligato l'imprenditore.

Per le esposte ragioni, va rigettato l'appello del signor Strada nel merito; e per la parte poi riguardante le spese così del primo giudizio, come di questo stadio, possono le medesime equamente compensarsi, avuto riguardo all'indole della presente controversia, dipendente dall'apprezzamento delle circostanze speciali di fatto.

Per queste considerazioni, la Corte conferma la sentenza appellata del Tribunale di commercio di Milano del 28 maggio 1887, compensate le spese.

OSSERVAZIONI.

Premesso che per noi la responsabilità sussiste sempre, sia che venga stipulato un prezzo proporzionato alla importanza del lavoro da eseguirsi, sia che la intiera impresa venga fatta per una somma determinata anticipatamente, diremo che tanto il Tribunale di Commercio, quanto la Corte hanno frainteso lo spirito dell'articolo 1639 del Cod. civ.

È indiscutibile che la legge non può, nè deve scendere a tutte le più minute particolarità. L'articolo 1639 del Cod. civ. non poteva, nè doveva fare eccezione al principio generale. Il Tribunale quindi e molto più la Corte dovevano indagarne lo spirito, e la dottrina e la giurisprudenza li avrebbero guidati nella ricerca di quanto il detto articolo non aveva potuto, nè dovuto prevedere e regolare, ed avrebbero veduto che l'una e l'altra ammettono che la responsabilità degli architetti, ingegneri e intraprenditori debba abbracciare tutti i lavori che costoro dirigono o intraprendono, quand'anche tali lavori non possono assomigliarsi alla costruzione di un edificio.

Così avrebbero veduto che, per esempio, la costruzione di un serbatoio, di uno smaltitoio, di una chiavica o fogna, di un pozzo, di un canale, di una diga, di una condotta o presa d'acqua (Sentenza della Corte di Cassazione francese, 19 maggio 1861), come pure la pavimentazione di una strada (Sentenza della suddetta Corte, 27 agosto 1839), ecc. ecc. impegnano la responsabilità sia di chi le dirige, sia di chi le intraprende, nè più, nè meno della costruzione di una *semplice capanna* (Sentenza della Corte d'Appello di Aix, 16 marzo 1832).

La responsabilità degli intraprenditori di costruzioni, dice la sentenza della Corte d'Appello di Digione in data 13 maggio 1862 (Tournon contro Olivier), non si estende soltanto a quelle alle quali si può dare la qualifica di edificizii, ma ancora a quelle che possono essere considerate come grosse opere od opere notabili, quali un pozzo. E la ragione che ne adduce è che un pozzo (come un muro di sostegno o di cinta, aggiungiam noi colla sentenza della Corte di Cassazione francese del 10 febbraio 1835, od altra qualsiasi *particolare* costruzione che richieda un'esecuzione a regola d'arte, e che, molto più, si debba uni-

formare ai regolamenti locali di edilizia e viabilità) forma un tutto completo, la cui costruzione esige cognizioni speciali e certe condizioni di solidità, le quali non possono essere riconosciute che dopo un tempo più o meno lungo.

Qui non si tratta della confezione di un'opera, di cui tutte le parti siano *apparenti* e possono essere facilmente verificabili *al momento della consegna*.

Per costruire un muro di cinta, occorre fare scavazioni pei fondamenti, e non solo dalla cattiva esecuzione delle une e degli altri, ma eziandio dall'impiego di materiali più o meno viziosi può avvenirne la rovina; la quale può anche derivare pei difetti di appiombamento od altro, come per la qualità stessa del suolo o per altre circostanze: cose tutte che uno estraneo all'arte di fabbricare non può verificare all'atto della consegna.

E giacchè siamo a parlare di crollamento di muri, diremo che, in generale un muro può crollare o per essere stato male riunito o legato, o male murato, o per l'impiego di calce difettosa, o perchè i materiali si sono schiacciati, hanno ceduto, sotto il carico, o perchè il muro vien trascinato nel vuoto per il peso di un ponte o bertesca, o perchè la mancanza di catene e la spinta dei gessi hanno teso a farlo inclinare, o infine perchè le fondamenta male stabilite hanno cagionato l'avvallamento di esso.

Del resto è omai accertato dalla giurisprudenza dei Tribunali francesi e belghi, che molto prima dei nostri hanno avuto a risolvere tante e tante questioni in materia di responsabilità, che questa si estende a tutto quanto nelle costruzioni può cagionare danno al proprietario, sia che dipenda dai vizi del piano o del suolo, sia che dipenda dai difetti di costruzione o dall'impiego di cattivi materiali, sia che dipenda da imperizia o negligenza di chi ha diretto o eseguito i lavori, ecc.

A ciò si aggiunga, quanto ai muri di cinta, che essendo essi soggetti alle leggi della comunione, dell'alzamento, ecc. devono a più forte ragione essere costruiti in perfetta regola, affinchè possano essere in grado di subire eventualmente le conseguenze legali dell'esser loro. A questo proposito ci piace ricordare la sentenza della Corte di Cassazione di Torino, 7 maggio 1890 (Calderini contro Coda-Bertetto) che stabilisce che non ogni costruzione cementata, la quale presenti caratteri e forme di muro, ma quella soltanto che abbia almeno l'*importanza di un muro di cinta*, obbliga il vicino alla distanza prescritta dagli articoli 570 e 571 del Codice civile. Questo principio era stato già affermato dalla stessa Cassazione colle sentenze 11 giugno 1885 e 6 dicembre 1886, dichiarando la inapplicabilità dei citati articoli 570 e 571 ai muri di sostegno.

Di più l'articolo 504 del Codice civile italiano (606 di quello francese) comprende tra le grosse riparazioni, ossia tra le riparazioni straordinarie, il rinnovamento intero o di una parte notevole dei muri di sostegno e di cinta: ragione di più anche questa che avrebbe dovuto indurre la Corte di Appello di Milano a non valutare così leggermente l'importanza di un muro di cinta, quasi in guisa da scambiarlo con un muricciuolo qualunque o con una maceria! ¹

Terminiamo ora queste brevi osservazioni col riportare qui in riassunto, a maggior dilucidazione di quanto abbiamo già detto, i lavori e le opere attinenti

¹ V. in proposito la sentenza della Corte d'Appello di Amiens 29 maggio 1871 riportata nelle nostre *Istruzioni pratiche sulla responsabilità dei costruttori*.

più specialmente agli edifizii propriamente detti, che la dottrina e la giurisprudenza hanno qualificato, oltre quelli accennati di sopra, per grossi o notabili:

- 1.° Le fondazioni di un edificio in calcistruzzo, in rottami di pietre, in travertino, in mattoni o in palificate;
- 2.° I muri al di sopra delle basse fondazioni in qualunque materiale siano costrutti, portanti o non portanti tavolati;
- 3.° Le facciate o pareti di legno e di ferro;
- 4.° Le pile di ponte, le catene, i beccatelli, le mensole o pilastrini, le leghe, le scalee o veroni, i rivestimenti (rincalzi o rinforzi), le fontane, i lastricati, le soglie, i gradini, gli appoggi (come, per esempio, i davanzali esterni od interni delle finestre), le coperture o intelajature di pietra delle fogne, i balconi e facciate in pietra;
- 5.° Le volte in rottami di pietra, in travertino o in mattoni;
- 6.° I primi strati o sostegni di pavimenti in legno o in ferro;
- 7.° I primi strati o sostegni di pareti di legno o di pareti di ferro;
- 8.° Le intravature, i regoli o le spranghe di ferro o di legno per sostegno di un'apertura;
- 9.° Gli intonachi dei soffitti, i muri e tutte le modanature di cornici interne od esterne;
- 10.° I tramezzi di spartimento in mattoni o in assiti leggieri;
- 11.° I tubi di aereazione e di fumo costruiti sia in terra cotta in forma cilindrica, sia in vagoni o in forma rettangolare, sia in mattoni, sia semplicemente in gesso;
- 12.° Le armature di finestre, i pavimenti lavorati di quercia, le persiane e le imposte egualmente di quercia;
- 13.° Le torrette o capi di condotti di camino;
- 14.° La travatura della cima o del colmo di un edificio e gli abbaini;
- 15.° La copertura dell'edificio sia in tegole ordinarie o meccaniche, sia in ardesie inglesi, di Angers, di Saint-Louis o nostrali, sia in piombo od in zinco;
- 16.° I tubi discendenti in ghisa;
- 17.° Le diramazioni di scoli.

Noi potremmo qui enumerare anche i minuti lavori; ma questa enumerazione non ha importanza per noi; giacchè dopo di avere enumerati i grossi lavori, è facile desumerne i minuti, i quali, in poche parole, non sono altro che tutto ciò che è accessorio, che può essere spostato o tolto, senz'altro un edificio, una fabbrica o costruzione abbia a soffrire o deperire, sotto il triplice punto di vista della solidità, della chiusura e della copertura, come sarebbero, per darne un semplice esempio, gli intonachi in gesso o in malta lungo il muro che regge il colmo del tetto per ritenere i primi tegoli o garantire la base dei capi di camino, i rinzaffi (rituramenti o stoppamenti), i fori ciechi e le impiombature per branche, zampe o rampe di ferro, arpioni o cardini, ganci o gangheri, ecc., i fornelli di cucina, gli acquai, i rivestimenti in quadretti di majolica, tutto ciò che attiene alla chincaglieria, alla pittura, alla vetreria e specchieria, alla ornamentazione o decorazione o doratura, ecc., ecc.; cose tutte di ben minore importanza di un muro, sia pure di cinta! cose tutte che nulla tolgono, se difettose o malfatte, alla solidità della costruzione, e che per conseguenza non possono dar luogo a verun ricorso in garanzia dopochè sono state ricevute e ag-

gradite, mentre era agevole il verificarne e constatarne i difetti; ciò che non si può fare di un muro, sia pure di cinta!!

Avevamo già consegnato alla tipografia le surriferite osservazioni, per inserirle nel nostro *Monitore tecnico-legale dei costruttori*, quando ci è capitato fra le mani il *Monitore dei Tribunali* di Milano, il quale nel n. 8 (anno 1888) riporta colla data del 25 gennaio 1888 questa stessa sentenza, alla quale fa le seguenti annotazioni:

Di regola la consegna e la rispettiva accettazione di un lavoro valgono a prosciogliere definitivamente l'esecutore da ogni ulteriore responsabilità per gli eventuali vizi di costruzione. Lo si desume certamente dai combinati art. 1636-1639 del Cod. civ.; lo si trova riconosciuto dal Levi (Degli appalti, N. 224 e seg.), dal Ricci (Corso di dir. civ., vol. VIII, N. 234), dal Mazzoni (Locazioni, N. 303). Il Levi attribuisce anzitutto il suaccennato effetto liberatorio al *collaudo* (op. cit., N. 218), ma in seguito parifica a questo, per lo stesso effetto, la *consegna* e la *presa di possesso* o *accettazione* dei lavori (N. 225).

E del pari lo si vede ammesso dalla Corte di Genova nella Sentenza 13 maggio 1878; Spinaponti c. Massa: « La consegna susseguita dall'accettazione di un lavoro per parte del committente libera l'artefice da ogni responsabilità per difetti del lavoro stesso » (*Giurisp. ital.*, vol. XXX, 2, 806).

A codesto principio fa però un'importante deroga l'art. 1639 del Cod. civ.: questo, cioè, tiene ferma la responsabilità dell'architetto e dell'imprenditore fino a dieci anni dal di del compimento dell'opera, se trattasi della costruzione di un *edificio* o di altra *opera notabile*.

Il legislatore ha pensato che per le opere minute, di facile verificaione, il fatto dell'accettazione e presa di possesso potesse erigersi a presunzione legale di loro bontà, ma per gli edifici e per altre opere notabili credette avere l'esperienza dimostrato essere più prudente l'attendere la riprova ed il collaudo del tempo, facile essendo che un edificio, il quale presenta in apparenza tutte le condizioni di stabilità perfetta, nasconda invece in sè le cause di una prossima rovina.

E decise quindi di sperimentarne la solidità col lasciarne responsabili i costruttori per dieci anni (Mazzoni, op. cit., p. 449; Levi, op. cit., N. 231).

Ma codesta responsabilità d'altra parte è limitata alle costruzioni di edifici e di altre opere notabili. Ora se della prima parola non è troppo difficile intendere e stabilire la portata, altrettanto non può dirsi della seconda.

« Che cosa s'intenda per *edificio*, è chiaro (dice giustamente il Levi). Tale espressione comprende tutte le costruzioni fatte in muratura, in pietra, in legno, in ferro ed in altra più o meno solida materia, purchè l'opera conservi il carattere di immobile, e si incorpori al suolo. » (N. 245). Ma quali poi saranno a dirsi *opere notabili* nel senso della Legge? La parola dice per sè stessa abbastanza, ma non tutto di certo, e quindi lascia necessariamente adito a dubbi sul potersi o no qualificare una data opera siccome notabile. Il più volte citato Levi dice essere opere *notabili* « quelle di natura fissa e duratura che assumano una speciale importanza sotto il riguardo della destinazione loro e della spesa in esse erogata » (l. c.). Ma poi soggiunge essere **questione di fatto** l'apprezzare se si tratti o no di opere notabili, e tale apprezzamento essere riservato al pru-

dente arbitrio del giudice di merito. Così dice anche il Mazzoni (op. cit., n. 305); ed è d'altronde intuitivo, impossibile essendo lo stabilire *a priori* un elenco delle opere da ritenersi *notabili* per gli effetti dell'art. 1639. Perciò lo riconobbe pure la Corte di Catania giudicando che « il decidere se una costruzione sia *notabile* è lasciato al prudente arbitrio del giudice, che ne desume il carattere da un complesso di dati, come sarebbero l'importanza dell'opera, le difficoltà che presenta, il costo complessivo, ecc. » (Sentenza 13 febbraio 1880, Silvestri c. Aurichella; *Giurispr. ital.* XXXII, 2, 521).

Il Levi ed il Mazzoni citano entrambi alcuni casi nei quali la giurisprudenza di Francia ha ritenuto la responsabilità di cui si tratta per avere riscontrato nelle opere la qualifica di *notabili*. E noi stessi abbiamo verificato essersi giudicata tale la costruzione di un argine (*barrage sur une rivière*) dalla Cassazione francese il 19 maggio 1851, Milan c. Doré (Pasier. 1851, 393) e così la costruzione di una strada, dalla stessa Cassazione il 27 agosto 1839, Brame contro varii Comuni (ib. 1839, 470), e di un pozzo, dalla Corte di Parigi il 2 luglio 1828, Gaudrin c. Dubois et Gérard (ib. 1828, 178), e dalla Corte di Digione il 13 maggio 1862, De Tournon contro Olivier (ib. 1862, 548).

I succitati autori aggiungono altresì la costruzione di un muro di sostegno o di cinta, qualificata *notabile* dalla Cassazione francese con sentenza 10 febbraio 1835, che nella *Pasieris* non abbiamo trovato.

Giova però avvertire, per l'importanza che si voglia attribuire a codesti esempi di giurisprudenza, che in generale le accennate decisioni hanno anche premesso non doversi limitare la responsabilità di cui si tratta « aux édifices proprement dits ou gros ouvrages, » ma doversi estendere « à toute espèce de construction »; principio non compatibile colla disposizione limitativa del nostro art. 1639.

Quanto alla nostra giurisprudenza, sembra che non vi sieno precedenti in proposito. Però la già citata sentenza della Corte di Catania applicava la massima testè riferita ad una specie in cui trattavasi di architetto che aveva costruito un acquedotto di irrigazione per una grande estensione di terreno, e ritenendo la responsabilità di quello per la rovina di questo, avvenuta entro il decennio dal suo compimento, riconobbe altresì che l'opera stessa doveva considerarsi siccome *notabile* a senso dell'art. 1639 del Cod. civ.

La Corte di Milano non riconobbe tale carattere nella costruzione del muro di cinta di un giardino; ed a noi sembra giusto il suo giudizio, specialmente quando si rifletta alla ragione della legge, della quale abbiamo più sopra fatto cenno.

Da ciò si vede che anche il *Monitore dei Tribunali*, che del resto ha spesso buone e importanti note, ha preso la parola *notabili* nel senso puramente filologico, come se questa parola la si trovasse non in un Codice, ma in un libro qualunque, mentre essa riferendosi a disposizione legale concernente costruzioni la si doveva naturalmente prendere nel significato tecnico-legale e quindi in questo stesso significato indagarne la portata.

Certo che se le voci *notabile* o *notevole* le si vanno a cercare in un Vocabolario della lingua italiana, la Corte d'Appello di Milano e il *Monitore dei Tribunali* hanno un sacco di ragioni da vendere, ma il magistrato ed il giureconsulto non si debbono arrestare davanti alla porta di un Vocabolario e domandargli il significato letterale di una parola. Egli debbono spingersi più oltre:

debbono indagarne nella mente del legislatore, lo spirito, debbono, cioè, scrutinare quello che il legislatore, apprezzate certe circostanze, ebbe in animo di dire: e certo quando ha parlato di costruzioni il legislatore non ha voluto riferirsi altro che a queste, nelle loro diverse circostanze o nei loro diversi stati, e costruzioni od opere notabili non sono qui appunto quelle che *ordinariamente* con tale aggettivo vogliansi significare, cioè, quelle *Da essere notate, Considerabili, Degne che vi si ponga mente, Che eccedono l'uso comune, Maravigliose* (Vedi Fanfani, Vocabolario della lingua italiana); ma sibbene quelle soltanto che massime per la loro indole e per la loro destinazione o pel loro uso, ecc. devono avere quei requisiti speciali, di cui abbiamo già parlato, e che appunto per questo e non per la loro maggiore o minore entità di costo (come a torto dice la Corte d'Appello di Catania¹ subito abboccata dai superficialisti), estensione od altro, il legislatore le ha chiamate notabili.

Il conoscere a dovere le leggi non istà nel saperne valutare soltanto le parole, ma bensì nel saperne interpretare anche lo spirito: « *Scire leges, dice Paolo (ff. De reg. jur. antiq., L. 28), non est earum verba tenere, sed vim ac mentem.* »

Noi abbiamo voluto dire qualche cosa di più su tale argomento, affine di far rilevare la importanza, e quasi diremmo la necessità degli studi speciali in questa, come nelle altre materie legali, perchè chi vuole o deve abbracciare tutto lo scibile giuridico, o molte parti di esso il più delle volte cade in gravissimi errori.

¹ Vedi n. 387.

CAPITOLO III.

AZIONI RELATIVE AGLI APPALTI E AI COTTIMI;
AZIONI DI NULLITÀ E DI RESCISSIONE
DEI CONTRATTI D'APPALTO.

SEZIONE PRIMA.

Appalto quale atto civile e quale atto commerciale. Se la locazione d'opera si cambia in vendita per la somministrazione anche della materia o in mandato o società.

§ 1°. APPALTO QUALE ATTO CIVILE.

SOMMARIO.

- 389 e 408. Il Sindaco che dà in appalto la costruzione delle strade del Comune fa atto civile.
390. È atto civile la costruzione di una casa per proprio conto.
391. La cessione di una fornitura verso una stazione militare è atto civile, se i suoi effetti si limitano, fra cedente e cessionario.
- 392 e 393. I contratti d'appalto delle pubbliche amministrazioni sono atti civili.
394. Impresa di fabbriche assunta anteriormente al vigente Codice di commercio: atto civile.
395. Il capo-mastro muratore per questa sola qualità non è commerciante, se non fa che prestar l'opera sua nelle costruzioni.
- 396, 403 e 410. Non è atto di commercio la costruzione di case per porle in vendita.
397. Non fa atto di commercio l'ingegnere che dirige i lavori di un'opera ritenuta impresa commerciale fra commissionari, ecc.
- 398 e 401. Imprenditore: contratto di costruzione con fornitura di materiali; indole civile.

389. Il Sindaco che concede in appalto colle forme di legge la costruzione delle strade del Comune non fa atto di commercio, ma atto civile, perchè non specula sul guadagno, nè rischia sui prezzi dei materiali e della mano d'opera, ma provvede ai bisogni e comodi dei suoi amministrati.

Non tutti gli atti enumerati nell'articolo 2 del Codice di commercio sono indistintamente per tutte le parti di natura commer-

ciale, ma ve ne sono anche di natura mista; e però ancorchè si tratti di tali atti, vale la regola dettata nell'articolo 735 dello stesso Codice, il quale non si riferisce al solo articolo 3 che riguarda gli atti reputati di commercio, ma si riferisce tanto all'articolo 3 che all'articolo 2 (Sentenza del Tribunale di Catania 13 maggio 1882; Pianta c. Muscarà; *Giur. Cat.* 1882, 157).

390. Non costituisce atto di commercio la costruzione di una fabbrica per proprio conto, anche se fatta da un commerciante (Sentenza della Corte di Cassazione di Torino 12 aprile 1882; Daguino c. Conti; *Cass. Tor.* 1882, I, 278).

391. La cessione di una fornitura verso una stazione militare è atto civile se i suoi effetti si limitino fra cedente e cessionario; se la cessione ingenera anche rapporti fra il cessionario e la stazione appaltante, allora può assumere l'aspetto di atto commerciale.

Però in questo secondo caso, perchè produca i suoi effetti giuridici, è richiesta oltre l'erezione di un documento, l'accettazione per parte dell'appaltante, (Sentenza della Corte d'Appello di Venezia 19 giugno 1877; Marin c. Zuccolo; *M. Guid. Ven.* 1877, 457).

392. I contratti di appalti comunali sono meramente civili, ed effetti civili solamente producono (*La Legge* 325, V; Giudicatura mandamentale di Florida 7 dicembre 1864; imp. Spada Lupò).

393. Il contratto di appalto che fa una pubblica amministrazione non è dal suo lato atto di commercio: quindi non può essere convenuta innanzi alla giurisdizione commerciale (*La Legge* 272, XIV, C. d'Ap. di Napoli, 13 marzo 1874; Novella, Amministrazione delle Poste e Bruno).

394. Non soltanto dei requisiti estrinseci delle obbligazioni, ma ben anco del loro contenuto, dei loro effetti, e della loro giuridica portata devesi decidere secondo la legge del tempo in cui le medesime vennero poste in essere.

Non si può quindi considerare come atto commerciale a senso dell'articolo 3, n. 7, del Codice di commercio vigente, un'impresa di fabbriche o di costruzioni assunta sotto l'impero della preesistente legge, che non la classificava fra gli atti di commercio.

Affinchè possano ritenersi applicabili gli articoli 54 e 870 del vigente Codice di commercio, e quindi la causa sia ad iniziarsi od a portarsi davanti il giudice commerciale è necessario che

l'atto, cui essa causa si riferisce, fosse di natura commerciale per una almeno delle parti, a termine della legge vigente quand'esso fu compiuto, o quando fu iniziato il giudizio (Sentenza della Corte d'Appello di Milano 9 aprile 1884; Martini c. Calegari e Signorini; *M. Trib. Mil.* 1884, 529; *Bett.* 1884, 356; *Diritto Comm.* II, 576).

395. Il capo-mastro per questa sola qualità non è un commerciante finchè non fa che prestare l'opera sua nelle costruzioni. Neppure esso fa atto di commercio nel provvedere materiali da impiegare per conto proprio, cioè nella costruzione e riparazione di fabbricati ad esso appartenenti.

Per contro sarebbe un vero imprenditore, e prenderebbe la qualità commerciale, se esso assumesse costruzioni di fabbricati altrui per proprio conto, e le relative provviste di materiali sarebbero veri atti di commercio.

È pure un atto di commercio l'acquisto di materiali che il capo-mastro faccia per impiegarli in costruzioni che esso ha intrapreso in società e comproprietà con altri, quando anche le costruzioni non siano destinate a speculazione: l'atto di commercio sta nell'impresa assunta per conto dei consoci (*La Legge*, 408, XII, Corte d'Appello di Torino, 28 novembre 1871; *Detterca c. Aghemo*).

396. Non costituisce atto di commercio la costruzione di case per porle in vendita a scopo di lucro, come anche lo acquisto dei materiali all'uopo fattosi dal costruttore (Sentenza della Corte d'Appello di Torino 28 dicembre 1881; *Ditta Donnino c. Ditta Colombo*; *Giur. Tor.* 1882, 112; *Eco Gen.* 1882, II, 123; *Bett.* 1882, 158; *G. Pret.* 1882, 281).

397. Non fa atto di commercio un ingegnere che dirige i lavori di un'opera ritenuta impresa commerciale fra commissionarii.

L'azione di pagamento degli onorarii dovuti al detto ingegnere, sia per la direzione ed assistenza dei lavori, sia per la difesa tecnico-legale sostenuta in varii giudizi nell'interesse dei commissionarii è civile, non commerciale.

Nel corso della liquidazione degli accennati onorarii il magistrato adito per la condanna ha facoltà di permettere la iscrizione ipotecaria sugli immobili, ai quali si riferiscono i lavori diretti dall'ingegnere, quando chiesta da costui una cautela, i debitori non hanno scelto di prestarla altrimenti (Sentenza della Corte

di Cassazione di Napoli, 14 novembre 1888; Martuscelli contro Mendia).

Questioni. — 1.° Fa atto di commercio un ingegnere che dirige i lavori di un'opera ritenuta impresa commerciale fra i commissionarii?

2.° Nella negativa, l'azione di pagamento degli onorarii dovuti al detto ingegnere sia per la direzione ed assistenza dei lavori, sia per la difesa tecnico-legale sostenuta in varii giudizi nell'interesse dei commissionarii è civile o commerciale?

3.° Nel corso della liquidazione degli onorarii accennati ha facoltà il magistrato adito per la condanna di permettere la iscrizione ipotecaria su gli immobili, ai quali si riferiscono i lavori diretti dall'ingegnere, quando, chiesta una cautela da costui, non hanno i debitori scelto di prestarla altrimenti?

4.° Che sugli altri capi del contendere?

5.° Che sulle spese e sul deposito?

Sulla prima, seconda, terza e quarta. — Considerato che l'ingegnere Ambrogio Mendia citava innanzi al Tribunale civile di Napoli Domenico Martuscelli e Luciano Martorelli commissionarii dell'opera di prosciugamento del lago di Agnano ond'essere soddisfatto della somma di lire 145.000 a causa di ricompensa per la direzione dei lavori relativi al detto prosciugamento, per il progetto di sistemazione idraulica del bacino del lago e per la difesa tecnico-legale dei convenuti in due giudizi. Chiese pure di essere autorizzato ad iscrivere ipoteca eventuale sulle terre emerse dal prosciugamento, ove si fossero disposte istruzioni per liquidare il suo credito. Martuscelli chiamava in garanzia Martorelli, cui aveva ceduta la concessione.

Il Tribunale, respinte le contrarie eccezioni dei convenuti, ordinò una perizia per la liquidazione della ricompensa spettante al Mendia, ed autorizzò costui a pubblicare una iscrizione ipotecaria eventuale a danno dei convenuti sui terreni bonificati per la somma di lire cento mila, diede altri provvedimenti che non riguardano l'oggetto del contendere in cassazione.

La Corte di Appello sul gravame principale di Martuscelli e Martorelli, e su quello poi incidente di Mendia confermava la sentenza dei primi giudici pei capi enunciati.

Contro tale pronunzia gli eredi di Domenico Martuscelli hanno prodotto ricorso per cassazione.

Considerato che i motivi del ricorso relativi alla eccezione di incompetenza dedotta in seconde cure non sono fondati.

Gli art. 869 e 870 del Cod. di comm. attribuiscono alla giurisdizione commerciale le controversie riguardanti atti di commercio tra ogni sorta di persone, e quelle sorte sopra un atto che sia commerciale anche per una sola delle parti. L'art. 4 poi dichiara commerciali gli atti e le obbligazioni dei commercianti se non sono di natura essenzialmente civile, o se il contrario non risulta dall'atto stesso.

Applicando alla specie in esame le citate disposizioni della legge si fa chiaro essere inutile discutere se Martuscelli e Martorelli erano commercianti, e se l'opera del prosciugamento del lago di Agnano era commerciale, ma occorre indagare se il contratto tra Mendia, Martuscelli e Martorelli sia atto commerciale per taluno dei contraenti.

La negativa di tale proposizione è evidente. Il Mendia che non era nè concessionario, nè cointeressato in alcuna maniera nell'opera di prosciugamento ma un ingegnere, prestava l'opera della sua professione pe' lavori eseguiti per conto, e nello interesse dei concessionarii, e difendeva costoro in giudizio, pel corrispettivo di una ricompensa delle sue fatiche. L'atto non era dunque commerciale, perchè lo esercizio della professione di avvocato, di medico o d'ingegnere e simili, per esserne retribuito, non è atto commerciale nè pel professore, nè pel cliente, non concorrendovi l'alea, la speculazione, che costituisce la essenza di ogni commercio. Per modo che essendo meramente civile l'atto, in virtù del quale Mendia fa sperimento delle sue ragioni, la giurisdizione civile venne bene adita.

Che fuori luogo s'invoca l'autorità della cosa giudicata. Il pronunziato del 1877 renduto senza lo intervento di Mendia riguarda l'indole dell'opera di prosciugamento, per le relazioni giuridiche tra Martuscelli e Martorelli, e quindi è estraneo al Mendia ed all'oggetto della sua domanda. L'altro giudicato nella lite promossa contro Mendia per danni pretesi conferma il concetto contrario all'assunto dei ricorrenti.

In vero la sentenza del Tribunale del dì 11 luglio 1887 confermata in appello, posteriore alla pronunzia denunziata, distingue le due azioni, e ritiene civile quella promossa dal Mendia pel pagamento della ricompensa dovutagli, e commerciale l'altra contro il detto Mendia istituita per rifacimento di danni.

Considerato che quanto alla chiesta sospensione del giudizio la Corte di merito provvide secondo giustizia. Imperocchè *in excipiendo* si era dai convenuti dedotto in prima istanza che l'attore era responsabile di danni derivanti dal fatto suo. Ma invece di proporre per tale oggetto una domanda in riconvenzione i convenuti medesimi istituirono un altro giudizio con citazione del 17 marzo 1887 posteriore quasi di tre anni alla pronunzia del Tribunale del 30 luglio 1884.

In vista di tale procedere la Corte bene ritenne che il fine propostosi dagli appellanti non era conforme alla legge, e che la causa anteriore doveva essere prima decisa.

Nè giudicò *ultra petita* su' danni, ma escluse la eccezione proposta e non giustificata per quanto rifletteva la liquidazione della ricompensa dovuta al Mendia, che non potea per la detta eccezione venir soffermata.

Ma non ne risultò pregiudicato il diritto dei ricorrenti, che in propria sede ha ottenuto il più ampio svolgimento.

Considerato che gli eredi Martuscelli chiedevano esser posti fuori di causa. Ma la Corte di Appello in seguito di accurato esame dei documenti della causa confermò la sentenza, che avea respinta la loro domanda. L'apprezzamento in fatto dei giudici del merito è incensurabile. E le conseguenze di diritto che ne sono derivate sono esatte. Perocchè se Martuscelli era concessionario dell'opera, e poi divenne proprietario di una parte delle terre prosciugate e se fece convenzione con Martorelli sul risultamento della lite promossa da Mendia, non può dubitarsi essere strana la domanda di venir posto fuori di causa.

Considerato che la Corte d'Appello non ritenne essersi dai ricorrenti rinunziato alla prescrizione, ai termini dell'art. 2111 del Cod. civ. sicchè è inutile la discussione che essi fanno sulla intelligenza del detto articolo. I ricorrenti avevano opposta la prescrizione triennale stabilita dall'art. 2140 del detto Codice e disse la Corte che questa specie di prescrizione si fondava sulla presunzione di pagamento.

Ciò è tanto vero in diritto che l'articolo 2142 permette deferire il giuramento a chi la eccepisce per accertare se realmente ha avuto luogo la estinzione del debito.

Ora quando la Corte con indagine di fatto, e con le stesse confessioni dei ricorrenti ha assodato che veniva meno la presunzione della legge, e, non ha dichiarato essersi rinunziato alla prescrizione, cui si aveva diritto, ma non aversi diritto a dedurre la prescrizione, mancando il legale fondamento della stessa, non esiste alcuna violazione di legge da censurarsi in Cassazione.

Considerato che nemmeno errava la Corte di merito confermando l'autorizzazione concessa al Mendia dal Tribunale d'inscrivere ipoteca eventuale sui terreni bonificati per la somma ridotta di lire 100.000. Innanzi tutto conviene notare che il credito di Mendia non era sottoposto a condizione, ma certo, e doveasi liquidare sul perchè non accettata da' convenuti la somma chiesta dall'attore. Or se il diritto era certo, non può dirsi arbitrario il provvedimento del giudice, con cui vien garantito durante la liquidazione. In casi simiglianti la legge permette al magistrato disporre un modo di conservazione o di cautela, e vi è qualche caso, in cui senza la certezza del diritto, e per la sola contestazione, la quale benvero riguarda la proprietà, è permesso un modo di assicurazione, giusta l'art. 1875 del Cod. civ. da cui si desume argomento favorevole al resistente. È indubitato però che il giudice ha facoltà di emettere una condanna provvisoria, in virtù della quale si può iscrivere ipoteca, a norma dell'articolo 1970 del Cod. civ.

Se invece autorizza la pubblicazione di una ipoteca eventuale nelle more del giudizio di liquidazione non esce dai limiti delle proprie attribuzioni. Potrebbe il debitore offrire altra cautela, ai termini dell'art. 1922 del Cod. civ., ma nella specie la disputa non si è impegnata in questa forma, nessuna cautela venne offerta, quindi il Tribunale la dispose nel modo richiesto. Ciò per altro non esclude che il diritto di scelta venga esercitato innanzi ai giudici del merito per ottenere la libertà degli immobili. Tutto ciò che è provvisorio è mutabile di sua natura.

Che la Corte permise la iscrizione sulle terre bonificate da' lavori diretti dal Mendia, ed avendo ritenuto Martuscelli obbligato al pagamento non doveva escluder le terre a costui spettanti, nè motivare una seconda volta sullo stesso oggetto.

Sulla quinta. — Visto l'art. 541 del Codice di proc. civ.

Per tali motivi. — La Corte rigetta il ricorso, libera il deposito allo Erario dello Stato e condanna i ricorrenti alle spese.

398. L'impresa di fabbriche e costruzioni reputata atto di commercio è quella nella quale l'imprenditore si propone la speculazione, la ricerca delle ricchezze, mentre il muratore, il quale loca la sua opera per determinato lavoro ancor quando somministra i materiali, esercita la propria industria, ed il contratto tra il medesimo ed il proprietario per cui deve fabbricare non può assumere certo le proporzioni di una impresa di costruzioni (Sentenza della Corte di Cassazione di Napoli, 27 maggio 1885; Cagnelli c. Jannotti; *Gazzetta del Procuratore*, 1885, pag. 303).

Questioni. — 1.º Sussiste l'eccezione d'incompetenza del giudice civile, e, nella negativa, è fondata l'incompetenza per valore?

2.º La dimandata prova testimoniale era contraria al contenuto in atti scritti, e reggono gli altri mezzi del ricorso?

3.º Che per le spese e pel deposito?

IN FATTO.

Attesochè David Jannotti, assumendo di aver conchiuso con Antonio Canelli, qual procuratore di suo zio Mennato Canelli un contratto di appalto per la costruzione di un compreso di case, si erano eseguite le costruzioni ed il prezzo era stato pagato in proporzione dei lavori eseguiti e misurati, di aver posteriormente, a premura di esso Antonio Canelli, stipulato col medesimo, in proprio nome, altro contratto, con cui il detto Antonio Canelli si obbligò di continuare le fabbriche e di costruire perfino i pavimenti delle stanze, e che in questi ultimi lavori si era pagata in più la somma di L. 1.443,90, giusta le misure finali del perito Casimiro Anti prescelto di accordo, e convenne il sunnominato Canelli innanzi al Pretore di Solopaca per la condanna al pagamento della denotata somma con gl'interessi legali dal dì della dimanda.

Dopo la messa in causa di Mennato Canelli, il Pretore nella sentenza del 21 giugno 1884 accolse la dimanda di Jannotti, salvo ad Antonio Canelli lo sperimento delle sue ragioni in separato giudizio contro Mennato Canelli. Sull'appello di Antonio e Mennato Canelli, il Tribunale civile di Benevento, nella sentenza del 13 settembre 1884, senz'attendere all'eccezione incompetenza del Pretore rinvocò la sentenza appellata, meno per la parte relativa all'appalto delle fabbriche e l'assunzione in proprio nome tanto dei lavori che della somma ricevuta da Antonio Canelli, ordinò perizia per la valutazione delle fabbriche eseguite, rinviò la causa al Pretore e facoltizzò Antonio Canelli a riproporre la dimanda in garanzia contro Mennato Canelli. Dalla surriferita sentenza di appello ricorre Antonio Canelli per cinque motivi, nei quali solleva l'eccezione d'incompetenza del giudice civile, insiste sulla incompetenza per valore, dice essergli illegittimamente negata la chiesta prova testimoniale ed attacca la sentenza per vizio di *ultra petita*, per contraddizione e per violazione del giudicato.

Sulla prima questione. — Attesochè il ricorrente solo innanzi a questo Supremo Collegio ha dedotto la incompetenza del giudice civile invocando il n. 7 dell'art. 3 del Codice di commercio vigente, ed il n. 8 dell'art. 2 del Codice di commercio del 1865. Siffatta eccezione non ha fondamento alcuno, perciocchè a prescindere che esercitandosi dal Pretore adito e dal Tribunale di Benevento in appello le giurisdizioni commerciale e civile, la omissione e l'errore nella indicazione dell'una o dell'altra non mai avrebbe potuto dar luogo a dichiarazione d'incompetenza, giusta l'art. 874, capoverso, del Codice di commercio in vigore; nel contratto tra Cannelli e Jannotti si rinviene una vera locazione di opere a norma degli art. 1634 e 1635 del Cod. civ., come i giudici di merito e le stesse parti ritennero in primo esame ed in appello, non potendosi ravvisare l'impresa di fabbriche e costruzioni prevista dal Codice di commercio nella convenzione con la quale un proprietario commette ad un muratore la costruzione di talune stanze, sia che abbia soltanto a somministrare la sua opera, sia che debba fornire anche la materia. L'impresa di fabbriche e co-

struzioni reputata atto di commercio è quella nella quale l'imprenditore si propone la speculazione, la ricerca delle ricchezze, mentre il muratore, il quale loca la sua opera per determinato lavoro, ancor quando somministri i materiali, esercita la propria industria, ed il contratto fra il medesimo ed il proprietario per cui deve fabbricare non può assumere certo le proporzioni di una impresa di costruzioni.

Attesochè del pari non regge la eccezione d'incompetenza per somma, dappoichè se il valore della causa si determina dalla domanda (art. 72 del Cod. di proc. civ.), se Jannotti chiedeva la restituzione di L. 1.443,90 che diceva pagate in più sul prezzo dei lavori eseguiti e se tale somma potevasi considerare residuo, non parte di maggiore obbligazione, che non cadeva in controversia, la causa rientrava senza dubbio nella competenza del Pretore adito, ai sensi dell'art. 71 del Cod. di proc. civ.

Sulla seconda. — Attesochè per le cose di sopra osservate, se non si versa in contratto commerciale, il ricorrente non può invocare gli art. 44 e 54 del Codice di commercio in vigore per essere ammesso alla prova per testimoni, che non gli è dal Cod. civ. consentita.

Attesochè Antonio Canelli nella scrittura erasi obbligato di costruire dieci stanze col corrispondente loggiato, mettendovi il pavimento di quadroni e sulla quietanza dichiarava aver ricevuto da Jannotti L. 9.755 per conto di tutta la fabbrica da esso Antonio Canelli costruita, la prova testimoniale per dimostrare di essere le fabbriche già completate da Mennato Canelli e Casimiro Anti al tempo in cui ebbe luogo il contratto e di essersi pagata la somma ad Antonio Canelli, quale procuratore di Mennato Canelli, incontrava certamente il divieto dell'art. 1341 del Cod. civ. come contraria al contenuto in atti scritti e tendente non a chiarire e spiegare, ma a distruggere gli atti stessi.

Attesochè i giudici di appello esposero nella sentenza il fatto, come era stato narrato dall'attore, vale a dire di esser interceduto un primo contratto tra il medesimo ed Antonio Canelli, qual procuratore dello zio Mennato Canelli, che non formava oggetto di contesa, ed un secondo col detto Antonio Canelli, in proprio nome, cui erasi pagata una somma che dicevasi maggiore del prezzo dei lavori, giusta la scrittura e la quietanza, che si esibivano; accolsero l'appello di Antonio Canelli, per essersi dal Pretore desunta la prova della superazione dell'accennato prezzo da una perizia che non dimostravasi eseguita per consenso delle parti; negarono la prova per testimoni su tale consenso dimandata da Jannotti ed ordinarono la valutazione dei lavori eseguiti per conoscere se e quanta fosse la somma indebitamente pagata. In tutto ciò non vi ha il vizio di *ultra petita*, nè si rinviene contraddizione alcuna. Se poi Mennato Canelli, il quale, certo per la sua dichiarazione non poteva pregiudicare Jannotti, affermava di esser suo e non del nipote il debito e se non si produceva la citazione in garanzia l'impugnata sentenza non contraddicevasi, nè violava il giudicato, che si vorrebbe rintracciare nell'ordinanza di messa in causa di Mennato Canelli, proferita dal Pretore sulla istanza di Antonio Canelli, quando rinviando la causa al Pretore, facoltizzava Antonio Canelli a proporre la domanda in garanzia contro Mennato Canelli.

Attesochè per tutte le cose di sopra esposte, debbe il ricorso rigettarsi.

Attesochè rigettato il ricorso, il ricorrente va condannato nella perdita delle spese e del deposito (art. 641 del Cod. di proc. civ.).

Per questi motivi. — La Corte rigetta il ricorso, condanna il ricorrente alle spese di Cassazione e libera il deposito all'Erario dello Stato.

§ 2. APPALTO QUALE ATTO COMMERCIALE.

SOMMARIO.

- 399 e 412. Appalto dello spaccio esclusivo di una merce (neve) concesso da un Comune a un privato: atto di commercio per questo.
400. Contratti d'appalto: sono per l'appaltatore atti di commercio, quand'anche l'appaltante sia un'amministrazione pubblica.
- 401 e 398. Fa atto di commercio chi assume imprese di costruzioni.
402. Le imprese di costruzioni sono atti commerciali, quando comprendono la provvista dei materiali.
- 403, 396 e 410. Impresa di uno o più soci per costruire edifici: atto di commercio.
404. Impresa sociale di costruire un teatro e di assumerne l'esercizio: atto di commercio.
405. Cessione d'area per costruirvi con materiali proprii: contratto d'appalto di fabbrica; atto di commercio.
406. Cottimo per la costruzione di ferrovie: atto di commercio.
407. Cessione del diritto di derivare acqua a scopo industriale: atto di commercio.
- 408 e 389. Costruzione di una strada comunale obbligatoria: atto di commercio.
409. Impresa di escavazione di un fiume: atto di commercio.
- 410, 396 e 403. Costruzione sul proprio suolo di un edificio: atto di commercio.
411. Appalto che comprende movimenti di terra, tagliamenti e opere d'arte di ogni specie: impresa di fabbriche e costruzioni; atto di commercio.
- 412 e 399. Azioni dei Comuni contro appaltatori di neve: competenza commerciale.

399. L'appalto dello spaccio esclusivo di una merce (neve) concesso da un Comune a un privato costituisce per questo un atto di commercio, pel quale va soggetto alla giurisdizione commerciale.

La volontaria esecuzione per due anni di un appalto concesso per tre anni sana la nullità da cui sia viziato (*La Legge*, 510, XII, C. C. di Napoli 14 maggio 1872; Tedeschi c. Municipio di Trinitapoli).

400. I contratti d'appalto sono per l'appaltatore atti di commercio quand'anche l'appaltante sia un'amministrazione pubblica, e perciò le azioni che ne derivano sono di competenza commerciale (Sentenza della Corte di Cassazione di Roma 26 luglio 1883; Ministero della Guerra c. Basevi; *Foro I*, 917).

401. Fa atto di commercio chiunque assume imprese di costruzioni, se provvede i materiali per conto del Governo, di una Provincia, di un Comune; ma per opposto la Amministrazione pubblica non fa che un atto di pura amministrazione (*La Legge* 276, XI, C. d'App. di Napoli, 12 ottobre 1870; Vhitimore e C. c. Martire e Provincia di Terra di Lavoro).

402. Le imprese di costruzioni sono atti commerciali, quando comprendono la provvista di materiali, non quando si limitano ad una semplice locazione d'opera.

La costruzione di edifizii sul proprio suolo per rivenderli non può qualificarsi impresa di costruzioni, mancandovi l'elemento essenziale della locazione d'opera.

La compra di immobili per rivenderli, sia in natura o dopo di avervi eseguito opere di costruzioni od altro, non è atto di commercio (Sentenza del Tribunale di Genova 31 gennaio 1881. Fratelli Brian c. Brignole; *Eco Gen.* 1881, II, 75).

403. È atto di commercio la impresa di uno o più associati assunta per costruire edifici allo scopo di trarne lucro con la vendita o locazione a fabbrica finita, tanto più quando gli intraprenditori siano commercianti e quando nel luogo della fabbricazione sia invalso l'uso di simili speculazioni (Sentenza della Corte di Appello di Genova 24 febbraio 1883; Borgo c. Fallimento Caviglia; *Annali*, 1883, 146; *Eco Gen.* 1883, civ. 262; *La Legge*, 1883, II, 527).

404. È atto di commercio l'impresa sociale non solo di costruire o ridurre a nuova forma un teatro, ma di assumerne anche in conto sociale l'esercizio per un determinato periodo di tempo (Sentenza della Corte d'Appello di Roma 14 sett. 1882; Telfener c. Jacovacci; *Temì Rom.* 1883, 39).

405. L'atto mediante cui una parte cede ad altri un'area per un prezzo determinato, e si obbliga verso l'acquirente di costruire sopra di essa, con materiali proprii, un edificio, contiene un contratto di vendita dell'area, e un contratto d'appalto di una fabbrica.

Questo secondo contratto costituisce atto di commercio a senso dell'articolo 2, n. 8, del Codice di commercio.

Detto atto non può qualificarsi per vendita di cosa immobile futura, o per cessione del diritto di edificare sopra suolo altrui (Sentenza della Corte di Cassazione di Torino 20 Aprile 1881; Trarsevo c. Castelli e Masucco; *La Legge*, 1881, II, 84; *M. Trib. Mil.* 1881, 652; *Massime*, 1882, 41).

406. È commerciale il cottimo per la costruzione di una ferrovia, e l'azione dell'impresa cottimista verso l'Impresa concedente pel pagamento del prezzo è di competenza commerciale.

Il credito commerciale non muta natura per la cessione ottenutane da un commerciante (Sentenza della Corte d'Appello di Torino 26 gennaio 1884; Nozzi c. Borzino, Malvano, Guastalla; *Giur. Tor.* 1884, 431).

407. La parola « merce » esprime nel suo più lato senso qualunque cosa mobile di cui si può far traffico.

L'acqua considerata distintamente dal fondo dee ritenersi cosa mobile e quindi anch'essa una merce.

La cessione del diritto di derivare l'acqua a scopo industriale costituisce atto di commercio (Sentenza della Corte d'Appello di Genova 30 dicembre 1882; Fratelli Bruno c. Acquedotto Galliera; *Foro*, I, 182).

408. La costruzione di una strada comunale obbligatoria è atto di commercio per l'intraprenditore, non pel Comune, il quale perciò deve essere citato, per le questioni sul contratto di appalto, innanzi al giudice civile (Sentenza della Corte di Cassazione di Roma 1 giugno 1882; Musina Dora c. Comune di Esportatu; *Foro*, I, 712).

409. L'articolo 3 del nuovo Codice di commercio del 1882 non ha fatto che tradurre in formula legislativa i concetti già nella dottrina e nella giurisprudenza ricevuti, pei quali si era già grandemente estesa la enumerazione degli atti di commercio.

Alla stregua di tali principi, non era, pel Codice del 1865, una semplice locazione d'opera, ma vero atto di commercio, la impresa di escavazione di un fiume (il Tevere); per cui si esigeva la provvista d'imponentissimi mezzi d'opera, lo impianto di un cantiere, l'impiego di legname, numerosi operai, trasporti per acqua delle materie risultanti dalle demolizioni ed escavazioni (Sentenza del Tribunale di Roma 30 marzo 1883; Simondo c. Ministero dei Lavori pubblici; *Temi Roma*, 1883, 337; *M. Trib. Mil.* 1883, 831; *Eco Gen.* 1883, civ. 265; *Rass. Comm.* I, 168; *G. Pret.* 1883, 59).

410. È atto di commercio la costruzione sul proprio suolo di un edificio a scopo di vendita (Sentenza della Corte d'Appello di Genova 19 marzo 1881; Gambaro c. Marano; *Foro*, I, 1128).

411. L'appalto che comprende i movimenti di terra, i tagliamenti e le opere di arte da farsi, di ogni specie, è una impresa

di fabbrica e costruzione e quindi un atto di commercio (Sentenza della Corte di Cassazione di Napoli 23 maggio 1886; Commissione liquidatrice c. Sanseverino Alfonso; *Gazzetta del Procuratore*, 1886, pag. 177).

Questioni. — 1. Regge in fatto la dedotta incompetenza del Tribunale civile ai termini degli articoli 870 e 3, n. 7, del Codice di commercio?

2. Che di diritto pel deposito e per le spese?

Sulla prima. — Attesochè ai termini dell'art. 869 del Cod. di commercio appartiene alla giurisdizione commerciale la cognizione di tutte le controversie riguardanti atti di commercio, ed a norma dell'altro art. 870 dello stesso Codice se l'atto è commerciale per una delle parti, le azioni che ne derivano appartengono alla giurisdizione commerciale. L'art. 4 dello stesso Codice reputa atti di commercio gli altri contratti e le obbligazioni dei commercianti se non sono di natura essenzialmente civile o se il contrario non risulta dall'atto stesso.

Attesochè non si rivoce in dubbio che i signori Tommaso ed Aniello de Rosa, padre e figlio, sieno commercianti, ed il primo di essi è pure in istato di fallimento; ondechè l'appalto da essi contratto col cessato Governo di Napoli con diverse convenzioni degli anni 1857 e seguenti per la costruzione di taluni tronchi ferroviari della linea Cajaniello S. Germano, debbe reputarsi atto di commercio ai termini del citato art. 4. Ma è altresì non contrastabile che il contratto medesimo sia di sua natura commerciale a norma dell'art. 3, n. 7, nel quale sono annoverati fra gli atti di commercio le *imprese di fabbriche e di costruzioni*, poichè l'appalto comprendeva non solo tutti i movimenti di terra e tagliamenti, ma altresì le opere di arte di ogni specie. Il giudizio quindi istituito con libello del 15 ottobre 1883, riassuntivo di altro precedente, riflettendo le conseguenze di quel contratto di appalto è di competenza del Tribunale di commercio ed incompetentemente è stato in prima istanza giudicato dal Tribunale civile.

Attesochè, quantunque in tutto il giudizio di merito la incompetenza non sia stata mai eccepita, essa avrebbe dovuto non pertanto essere dichiarata di ufficio (art. 187 del Cod. di proc. civ.) e ben la si può proporre innanzi alla Corte di Cassazione, ai termini dell'art. 871 del Cod. di comm., nel quale è disposto, che l'incompetenza per ragion di materia possa proporsi in *qualunque stato e grado della causa*. Quindi è d'uopo dichiarare la competenza del Tribunale di commercio di Napoli a conoscere della causa (art. 544 del Codice di proc. civ.).

Sulla seconda. — Attesochè accogliendosi il ricorso è d'uopo ordinare la restituzione del deposito (art. 542 del Cod. di proc. civ.), e quanto alle spese dell'intero giudizio potranno più opportunamente provvedere i giudici ai quali la causa va rinviata.

Per tali motivi. — La Corte di Cassazione, pronunziando sul ricorso, dichiara la competenza del tribunale di commercio di Napoli a giudicare della causa. Annulla quindi la sentenza denunziata e quella proferita in prima istanza, e rinvia la causa al Tribunale anzidetto per decidere sul merito, e per provvedere altresì sulle spese dell'intero giudizio, comprese quelle di Cassazione. Ordina la restituzione del deposito.

412. Le azioni dei Comuni contro gli appaltatori della neve, sono di competenza commerciale (*La Legge*, 229, XII, C. di C. di Napoli 14 maggio 1872; Tedeschi c. Municipio di Trinitapoli).

§ 3. LOCAZIONE D'OPERA:

SE SI TRASFORMA IN VENDITA PER LA SOMMINISTRAZIONE
ANCHE DELLA MATERIA, O IN MANDATO O SOCIETÀ.

SOMMARIO.

413. Area su cui si vuole edificare non appartenente al costruttore: il contratto rimane locazione nè si tramuta in compra-vendita per ciò che il costruttore provvede i materiali; responsabilità per materiali cattivi.
414. Artefice che presta la sua opera e la sua industria: contratto di locazione o di appalto; contratto di compra-vendita, quando fornisce anche i materiali; vizii dei materiali; questioni; applicabilità delle regole della locazione d'opera.
415. Artefice che somministra materia: locazione d'opera; vendita, solo nel caso che la materia sia tutto e l'opera poca cosa; mancanza di determinazione della mercede; *actio praescriptis verbis*.
416. Assuntore di un lavoro: locazione d'opera e non compra-vendita anche se il valore dei materiali forniti superi quello dell'opera; committente, quando non risoluzione del contratto.
417. Locazione per appalto o cottimo: somministrazione della materia dell'opera; non si trasforma in vendita; nella specie fabbricante di macchine.
418. Locazione d'opera, non vendita, quando si fornisca la materia dallo stesso conduttore che la trasforma col suo lavoro; generi di somministrazione soggetti a dazio dopo il contratto; diritto a differenza di prezzo.
419. Capo-mastro muratore: costruzione di fabbriche colla relativa provvista di materiale; locazione d'opera, non compra-vendita; non diritto di ritenere i locali da lui costruiti per garantirsi del prezzo d'appalto.
420. Costruzione di una macchina: contratto di locazione d'opera, anche se il costruttore fornì la materia; macchina consegnata non utilizzabile; azione di nullità del contratto esperibile dentro 5 anni; restituzione del prezzo e risarcimento di danni.
- 421 e 422. Contratto d'appalto: non perde il suo carattere di locazione, quando anche l'artefice somministri la materia; strada ferrata costruita per conto dello Stato su terreno a questo appartenente; interessi di mora.
423. Opere dell'ingegno: contratto di locazione e di appalto, non vendita di cose future; regola « *res perit domino* »; applicabilità alle locazioni in cui l'artefice somministra la materia; opera d'arte; non ultimata col solo modello; facoltà di sciogliere l'appalto estensibile all'erede del committente.
424. Ingegnere: direzione di una costruzione, locazione d'opera; commistione di qualche elemento del mandato; predominio del concetto di locazione, ecc.
425. Appalti: locazione d'opera; interessenza o partecipazione ai lavori, non società.

413. Quando l'area su cui altri si obbliga ad inalzare l'edificio non appartiene al costruttore, il contratto rimane locazione, nè si tramuta in compra-vendita per ciò che il costruttore medesimo provveda i materiali.

L'essere i materiali all'uopo impiegati di qualità scadente o diversa da quella pattuita rende il costruttore responsabile per un decennio, ma non fa luogo alla risoluzione del contratto.

Ciò si applica sempre quando siavi stata consegna ad accettazione dell'edificio, sebbene manchi il regolare e definitivo collaudo (Sentenza della Corte d'Appello di Genova 8 luglio 1881; Caprile c. Rainuzzo; *Eco Gen.* 1881, I, 267; *Cons. Amm.* 1881, 273).

414. L'artefice che appresta la sua opera, o la sua industria, fa sempre un contratto di locazione di opere, o di appalto e fa un contratto di compra-vendita, quando s'impegna anche ad apprestare i materiali che servono alla sua opera o industria, e che di questa sono quasi un accessorio.

E quindi sorgendo questione sui vizii di questi materiali, deve tal questione essere risolta e la responsabilità dell'artefice essere misurata secondo le regole della locazione d'opera e non secondo quelle della compra-vendita (Sentenza della Corte di Cassazione di Palermo 10 aprile 1883; Parricone c. Pancamo; *Circ. Giur.* 1884, 11; *Foro, Cat.*, 1884, 65; *Annali*, 1884, 185; *La Legge*, 1884, I, 736; *Filangeri*, 1884, 182).

415. La somministrazione della materia per parte dell'artefice non toglie al contratto il carattere di locazione d'opera (nella specie un busto in marmo).

Si ha una vendita solo nel caso in cui là materia sia tutto, e l'opera sia così poca cosa da non essere entrata nel concetto e nei fini dei contraenti.

In mancanza della determinazione di una mercede, se la convenzione sia eseguita dal locatore (artefice), nasce uno di quei contratti innominati pei quali si può sperimentare contro il conduttore o committente l'*actio praescriptis verbis* (*La Legge*, 1884, II, 52, C. C. di Napoli, 18 febbraio 1884; Damiani c. Ricca; *Foro*, I, 333).

416. Il contratto con cui l'assuntore di un lavoro si obbliga altresì alla somministrazione dei materiali occorrenti, è di locazione d'opera e non di compra-vendita, anche se il valore dei materiali prevalga a quello dell'opera.

Conseguentemente non può il committente chiedere la risoluzione del contratto, a senso dell'art. 1165 del Codice civile, stante il difetto del materiale usato nell'opera, se, non essendo stato prefisso un termine alla esecuzione del lavoro, e non essendone ancora stata offerta la consegna dall'esecutore, questi è tuttavia in tempo utile per soddisfare alla propria obbligazione (Sentenza della Corte d'Appello di Venezia 14 ottobre 1879; De Reali c. Rogantini; *Temi Ven.* 1879, 556; *M. Giud. Ven.* 1879, 696; *Annali*, 1879, 412; *Not. It.* 1880, 23; *Bett.* 1880, 1).

417. Pel Codice civile italiano, il contratto di locazione per appalto o cottimo non perde il suo carattere, nè si trasforma in vendita pel fatto che l'artefice somministri anche la materia dell'opera sua.

È contratto di appalto e non di vendita quello con cui un fabbricante di macchine si obbliga a costruire un dato numero di locomotive ad una società ferroviaria in conformità dei modelli che gli sono stati affidati dalla Società committente e da lui accettati (*La Legge*, 1876, I, 613, Corte d'App. di Firenze, 25 gennaio 1876, I; De-Martino c. Dienheim).

418. È prevalso che quando si fornisce la materia dallo stesso conduttore che la trasforma col suo lavoro si tratta di locazione d'opera, non di vendita.

Gli articoli 1578, 1617, 1618, 1619 e 1620 del Codice civile, comunque allogati sotto la materia delle locazioni dei fondi rustici ed urbani, per analogia ricevono applicazione nelle locazioni dell'industria ed in generale dei diritti incorporali.

Quindi l'appaltatore delle sussistenze giornaliera, per es., dei detenuti giudiziarii, che stabilì un prezzo determinato per ogni individuo, se dopo la stipulazione i varii generi di somministrazione vengono per legge assoggettati a dazio, ha diritto alla differenza di prezzo pei dazii sopraggiunti.

A questo principio non è di ostacolo l'articolo 1655 del Codice civile, con cui è stabilito che è danno dell'artefice la perdita della cosa che venisse a perire prima di essere consegnata (*La Legge* 396, XI, Corte d'App. di Napoli, 23 dicembre 1870; Prefettura di Napoli c. De Sido).

419. Le convenzioni anche sotto il titolo di appalto, mercè le quali un capo-mastro si assume la costruzione di fabbricati colla relativa provvista d'ogni occorrente materiale ad un prezzo determinato sovra terreno di un proprietario, rac-

chiudono un vero contratto di locazione d'opera e non di compra e vendita.

L'imprenditore non ha diritto di ritenzione dei locali da lui costruiti a proprie spese per garantirsi del prezzo di appalto (*La Legge*, 849, XIII, C. C. di Torino, 4 giugno 1873; Toscani c. Gattini).

420. È contratto di locazione d'opera la commissione data da una parte, e dall'altra accettata, di costruire dietro pattuito prezzo una macchina.

Questo contratto non assume natura di compra-vendita, per ciò solo che il costruttore della macchina oltre l'opera abbia fornito anche la materia; e data anche la commistione della locazione d'opera e della compra-vendita, è però certo che, pel dominio dell'elemento dell'opera sopra quello della materia, il primo contratto deve prevalere al secondo.

Quindi se la macchina consegnata, per gravi difetti, non serve allo scopo cui fu commessa, compete al committente contro il costruttore l'azione di nullità del contratto per mancanza di consenso sulla cosa e sul prezzo, la cui durata è di cinque anni, e non l'azione redibitoria duratura per soli tre mesi dalla consegna.

Anche nel supposto di azione redibitoria, il termine di tre mesi, entro cui è circoscritto l'esercizio della medesima, non è perentorio allora che, per fatti certi e concludenti, emerge che le parti intesero di sospenderlo o di prorogarlo.

È conseguenza necessaria dell'azione di nullità del contratto di locazione d'opera che l'artefice, oltre ad essere tenuto alla restituzione del prezzo ricevuto dal committente ed al rimborso di spese accessorie da questo sostenute, sia pure obbligato al risarcimento dei danni (*La Legge*, 1884, II, 23, Corte d'App. di Parma, 18 marzo 1884; Ditta Laviosa-Moy-Pulzoni c. Ditta Haubold; *Annali*, 1884, 151; *M. Trib.* Milano, 1884, 672; *Bett.*, 1884, 546).

421. Il Codice civile italiano riproducendo nell'articolo 1570 la definizione della locazione del Codice francese, e modificando nel medesimo tempo l'articolo 1711 dello stesso Codice ha voluto cansare la interpretazione di alcuni commentatori francesi, cioè che la locazione d'opera si cambi in vendita quando l'artefice debba somministrare la materia.

Quindi secondo il Codice civile italiano essendosi data la

prevalenza al lavoro sulla materia, il contratto di appalto, o cottimo, non perde il suo carattere di locazione, nè si trasforma in vendita quando anche l'artefice somministri la materia (Sentenza della Corte d'Appello di Firenze, 29 gennaio 1876; *Foro*, I, 739).

422. Non si può dire in via assoluta che ci sia una vendita e non una locazione d'opera ogni qualvolta l'imprenditore, oltre a fornire l'opera, somministri anche la materia.

Nel caso deciso deve ritenersi locazione d'opera e non vendita il contratto per cui una impresa, somministrando la materia, ha costruito una strada ferrata per conto dello Stato, ma l'ha costruita su terreno a questo appartenente per espropriazione di pubblica utilità.

Conseguentemente l'imprenditore non può invocare l'articolo 1509, secondo il quale il compratore è tenuto per legge agli interessi sino al giorno del pagamento del prezzo, ancorchè non sia in mora, qualora la cosa venduta e consegnata produca frutti od altri proventi, ma gli interessi di mora cominceranno a decorrere in suo favore solo dal giorno risultante dalla convenzione o da quelle della domanda giudiziale (Sentenza della Corte di Cassazione di Torino, 2 marzo 1883; Ministeri dei lavori pubblici, delle finanze e del tesoro c. Guastalla; *Foro*, I, 474).

423. Anche le opere dell'ingegno possono formar materia del contratto di locazione e di quello di appalto.

Il contratto per cui altri si obbliga a compiere una determinata opera d'arte, con provvederne egli stesso i materiali, costituisce un appalto, non una vendita di cosa futura.

La regola *res perit domino* si applica anche alle locazioni nelle quali l'artefice somministri la materia.

Trattandosi di locazione od appalto d'un'opera d'arte, l'opera stessa non può dirsi ultimata col solo modello di essa, ma occorre altresì il materiale suo compimento.

La facoltà di sciogliere l'appalto, a senso e nei termini dell'articolo 1641 del Codice civile, s'estende anche all'erede del committente (Sentenza della Corte d'Appello di Genova, 22 marzo 1878; Saccomanno c. Scotti; *Eco Gen.* 1878, 258; *Bett.*, 1878, 409).

424. È contratto di locazione d'opera quello con cui un Municipio affida ad un ingegnere la direzione dei lavori di costruzione di un edificio.

Sebbene nelle diverse prestazioni e incombenze che tale contratto impone all'architetto siavi commisto qualche elemento del mandato, predomina però il concetto di locazione dell'opera, da cui quindi la convenzione prende nome e governo.

Quindi non può applicarsi la regola della revocabilità del mandato, e, salvo il caso di colpa o forza maggiore assoluta a carico del prestatore dell'opera, chi la commise deve, ove creda di esonerarlo dal servizio, corrispondergli il preciso *quod interest*, per l'inesecuzione del contratto.

È ammissibile per altro, a giustificazione della rescissione da parte del committente, la prova che il contratto fosse condizionato all'eseguimento dei lavori, in base a un progetto e piano di quell'architetto e direttore, e che siasi dovuto mutare all'atto pratico il progetto stesso per difetti ravvisativi nell'esecuzione, per modo da non doversi continuare a quell'architetto l'incarico della direzione dei lavori (Sentenza della Corte d'Appello di Venezia, 20 settembre 1881; Comune di Venezia c. Romano; *Temi Venezia*, 1881, 529; *Annali*, 1881, 336).

425. I caratteri che distinguono la locazione sia di cose che d'opere, non possono confondersi con quelli che sono proprii della società.

Nella locazione di cose devono sempre e necessariamente concorrere una cosa certa data in locazione per un prezzo egualmente certo e per un tempo determinato.

Se il conduttore di un fondo o di una cosa altrui assume anche l'incarico e l'obbligo di migliorarlo o di farvi alcuni determinati lavori contro un premio corrispettivo, egli è in pari tempo un locatore d'opera; tale qualità si verifica specialmente negli appalti.

L'alea è propria d'ogni contratto di locazione e conduzione, ma più specialmente dell'appalto che è una specie di locazione.

Una interessenza o partecipazione ai lucri accordata al conduttore o appaltatore non vale di per sè a immutare la natura del contratto, essa si considera come accidentale, e suole accordarsi come parte del premio promesso, o come mezzo d'incoraggiamento per eccitare maggiormente l'attività dell'appaltatore.

Non vi è società laddove i prodotti dell'industria non sieno comuni, dove non sia comunione dei lucri e delle perdite.

La cosa locata deve ripararsi e mantenersi nello stato adatto all'uso per cui fu concessa, a spesa del locatore, salvo patto con-

trario, che dev' essere espresso; ma nel dubbio il patto s' interpreta contro il locatore, per la regola scritta nell' articolo 1137 del Codice civile (*La Legge*, 519, XII, Corte d'Appello di Parma, 13 febbraio 1872; Mazzacurati c. Ministero delle finanze).

SEZIONE SECONDA.

Contratti d' appalto: stipulazione, esecutorietà, approvazione; risoluzione o rescissione, nullità.

§ I. STIPULAZIONE.

SOMMARIO.

426. Contratto comunale: modificazioni introdotte posteriormente; non obbligano il Comune se non conformi alle norme tracciate dal Consiglio.
427. Atti di sottomissione: tengono luogo della stipulazione del contratto, ecc.
428. Aggiudicazione seguita nelle dovute forme: non occorre di farne constare per atto distinto, ecc.
429. Convenzione fra un Comune ed un privato: osservanza come fu stipulato.
430. Atto di locazione perpetua od enfiteusi: non può dirsi stipulato *uti singuli*, ma *uti universi*, ecc.
431. Deliberazione consiliare che autorizza la Giunta a concludere e il sindaco a stipulare un contratto: è un fatto che non riguarda i terzi.
432. Contratto d' appalto: va regolato secondo le leggi del tempo in cui fu stipulato.
433. Contratto d' appalto: come si perfeziona.

426. Quando un Consiglio comunale traccia le norme da seguirsi per la stipulazione di un contratto e la relativa deliberazione sia stata approvata dall' autorità tutoria, le modificazioni introdotte posteriormente nell' istrumento benchè consentite da chi è incaricato di procedere alla redazione dell' istrumento medesimo, non hanno efficacia obbligatoria pel Comune.

Epperò se nel contratto deliberato dal Consiglio pel quale questo divenga debitore di una somma, non sia stato dichiarato a chi tocchi l' onere delle imposte che sopraggiungano a colpire il prezzo dovuto, per esonerare il creditore da tali imposte non basta la circostanza che nell' istrumento stipulato *ad probationem* di un contratto preesistente, la magistratura incaricata di stipulare abbia introdotto nell' istrumento una nuova clausola, con cui il Comune sia stato onerato del pagamento di una tassa che non

risultava dalla deliberazione del Consiglio (*La Legge*, 166, XIII, C. C. di Firenze, 17 aprile 1873; Torlonia c. Comune di Roma).

427. Gli atti di sottomissione, di cui al n. 4 della tariffa, tengono luogo della stipulazione del contratto di cui all'articolo 87 del regolamento 25 novembre 1866, n. 3381 (ora 4 maggio 1885, n. 3074) sulla contabilità generale dello Stato.

È indispensabile che i Comuni si assicurino dell'eseguimento degli obblighi assunti dagli appaltatori mediante apposito atto di sottomissione, in cui siano determinate delle guarentigie con deposito di denari o valori, con ipoteca sui loro beni o con fideiussione di terza persona.

Nell'articolo 59 del regolamento 8 giugno 1865, non facendosi eccezioni o distinzioni, tutti gli atti che hanno luogo per alienazioni, locazioni ed appalti di cose ed opere, di cui all'articolo 128 della legge comunale del 1865 (157 di quella vigente) debbono essere sottoposti al visto del Prefetto o Sottoprefetto.

Che cosa intenesi per *atto d'incanto*, ritenuto che non può essere la stessa cosa del *verbale* d'asta che vi dev'essere *compreso*, e che però non può esser che una parte di esso?

I termini in cui è espresso il n. 2 della tariffa esprimono che l'emolumento ivi assegnato è lo stesso *per ogni atto d'incanto*, quantunque diverso sia l'oggetto cui si riferisce, purchè sia compreso in quelli descritti al n. 1.

Se poi si parla anche di verbale come di cosa distinta, si è per indicare che un solo è il diritto, tanto per il compimento delle formalità che precedono, quanto per la redazione del verbale che ne deve far fede (*La Legge*, 65, X, Nota del Ministero dell'interno, 9 ottobre 1869).

428. Seguita che sia nelle debite forme l'aggiudicazione, non occorre di farne constare per atto distinto, bastando l'atto d'incanto e deliberamento.

Allorquando dopo un primo deliberamento viene presentato nel termine dei fatali un partito migliore e si procede per conseguenza a nuovo incanto, non è dovuto altro diritto proporzionale, restando fermo quello del primo deliberamento coll'aggiunta del diritto fisso per il secondo incanto, e ciò in applicazione per analogia dell'articolo 4 della tariffa A annessa alla legge 16 novembre 1859, n. 3723.

Quando in un solo atto si fanno più aggiudicazioni all'incanto, come avviene quando un appalto o affittamento è diviso

in lotti, il Comune non potrà esigere per la compilazione del verbale d'incanto che il diritto di L. 1,50, potrà però esigere tanti diritti proporzionali quanti sono i lotti aggiudicati.

In questa fattispecie vi ha bensì un solo atto, ma non solo contratto come è previsto nella tariffa. Che queste distinte aggiudicazioni di lotti non costituiscano un solo contratto, non ostante che siano fatte in un solo atto, venne anche riconosciuto dal Ministero delle finanze, il quale al quesito fattogli rispose doversi la tassa di registro applicare e liquidare sul prezzo e valore di ciascun lotto separatamente e come contratti distinti.

Gli atti per le copie dei quali il Comune può esigere il diritto stabilito dal n. 3 della tariffa, sono quelli che vengono inseriti negli atti di aggiudicazione e sottomissione, come la deliberazione comunale munita del decreto di approvazione, secondo che si tratti di alienazione o locazione più o meno lunga di 12 anni, o negli atti di appalto, come perizia, capitoli, avviso d'asta, relazione di pubblicazione, ecc., ecc. (*La Legge*, 65, X, Nota del Ministero dell'interno, 9 ottobre 1869).

429. La convenzione stipulata fra un Comune e un privato deve essere osservata, non secondo le deliberazioni prese dal Consiglio comunale, ma come fu stipulata a nome del Comune dai suoi legittimi rappresentanti (*La Legge*, 312, XI, C. C. di Torino, 15 giugno 1871; Società italiana per il gaz c. Bracco).

430. Un atto di locazione perpetua od enfiteusi non può dirsi stipulato *uti singuli* dagli abitanti di più ville, ma *uti universi*, se riguardava l'interesse degli abitanti tutti delle ville e se venne usato nell'atto il vocabolo *universitas*.

Le frasi *per se eorumque haeredes et successores* devono ritenersi come adoperate, benchè impropriamente, per indicare gli abitanti che fossero succeduti ai contraenti.

La disponibilità dei beni posseduti *uti universi* dalle frazioni dei Comuni, è passata, ai termini dell'articolo 4 della legge 7 ottobre 1848, nei Comuni medesimi.

L'esercizio del pascolo, il prendere fogliame, il tagliar fieno, non sono atti tali il cui esercizio possa considerarsi come effetto di proprietà *uti singuli*, nè giovano a variare il titolo di proprietà.

Nè a tale disponibilità potrebbe ostare che avesse cessato per le nuove circoscrizioni amministrative da far parte del Comune, nel cui territorio i beni enfiteutici sono situati, una di

quelle ville, in cui favore l'enfiteusi era stata concessa, se non altro per la parte indivisa.

Il Comune a cui detta villa fosse stata aggregata sarebbe la sola persona legittima per far valere le relative ragioni.

Gli atti di possesso esercitati in base a tale strumento non potrebbero attribuire diritti di proprietà *uti singuli* (*La Legge*, 44, IV, Corte d'Appello di Genova, 22 giugno 1863; N. c. N.; *Gazzetta dei Tribunali* di Genova, n. 5, anno 1864).

431. La deliberazione con cui il Consiglio comunale autorizza la Giunta a concludere ed il Sindaco a stipulare un contratto col Comune è un fatto d'interna amministrazione che non riguarda i terzi, e che questi possono ignorare (*La Legge*, 312, XI, C. C. di Torino, 15 giugno 1871; Società italiana del gaz c. Bracco).

432. Un contratto di appalto tra una provincia ed un imprenditore va regolato dalle leggi del tempo in cui venne stipulato (Sentenza della Corte di Cassazione di Napoli, 25 aprile 1876; *G. Proc.*, Napoli, 1876, 196).

433. Il contratto di appalto è perfetto col consenso sull'opera da farsi o sul prezzo; però anche il tempo da impiegarsi, le garanzie a darsi dall'appaltatore, la consegna e collaudo dei lavori e l'accordo sulla tabella dei prezzi unitarii possono costituire circostanze essenziali invece che accessorie, ed il giudizio in proposito emesso dai giudici del merito, avuto riguardo all'intenzione dei contraenti e alla natura dell'opera, è incensurabile in cassazione.

La determinazione dell'opera, trattandosi della costruzione di una lunga tramvia, non può risultare che dai piani e profili annessi al capitolato; e quindi, finchè non è accettato il capitolato che li contiene, vi potrà essere un progetto concordato, ma non un contratto perfetto d'appalto.

Non si travisa un contratto d'appalto quando non si aggiunge, nè si cambia il valore dei patti, nè si fraintende il significato delle parole, ma si ritengono sottintesi, per volontà dei contraenti, quei patti che d'ordinario si concordano, si stipulano e si inseriscono come connaturali a simili contratti (Sentenza della Corte di Cassazione di Torino, 20 luglio 1883; Borgatta c. Comunt; *Giur.*, Torino, 1883, 828; *La Legge*, 1884, I, 892).