

zu neuen Versuchen jeweils wieder mitwirkten, haben sie zu erkennen gegeben, daß nach ihrer eigenen Ansicht die frühern Versuche noch nicht die erforderliche Gewißheit darüber zu verschaffen vermocht haben, ob das Verfahren den gestellten Anforderungen bezw. der vertraglichen Garantie wirklich entspreche. Aus dem Umstande, daß die Versuche wiederholt stattgefunden haben, und während längerer Zeit fortgesetzt worden seien, und die Kläger schließlich die Annahme des Verfahrens des bestimmtesten verweigert haben, gehe hervor, daß sich das Verfahren jedenfalls nicht in dem Maße zur Verwendung im Geschäftsbetrieb der Kläger geeignet habe, wie es, um den gegebenen Zusicherungen vollständig zu entsprechen, hätte der Fall sein müssen. Angesichts dieser Feststellung komme der Behauptung der Beklagten, daß die Kläger einmal, d. h. im Dezember 1895, vier Probezettel verarbeitet, und damals mit dem Verfahren zufrieden gewesen seien, keine Erheblichkeit mehr zu. Daß das Verfahren an sich wertlos sei, lasse sich indessen nicht annehmen; gegen eine solche Annahme würden schon die zahlreichen von den Beklagten beigebrachten Atteste sprechen. Allein die Anwendbarkeit des Mittels sei erfahrungsgemäß nicht unwesentlich von den Einrichtungen des einzelnen Geschäftes abhängig, und da diese verschieden seien, könne auch die Brauchbarkeit nicht für jedes Geschäft dieselbe sein. Immerhin sei von den Klägern in ihrem Brief vom 5. November 1894 selbst anerkannt worden, daß sie das Verfahren wenigstens für eine Maschine verwenden können. Daraus ergebe sich, daß das Verfahren für die Kläger nicht vollständig untauglich sei. Unter Würdigung aller Umstände, insbesondere auch des Verhältnisses der anerkannten Tauglichkeit des Verfahrens zum Umfange des klägerischen Geschäftes, erscheine nach freiem richterlichem Ermessen eine Herabsetzung des Kaufpreises um 1000 Fr. als angemessen, und sei daher die Rückforderungsklage in diesem Betrage, jedoch ohne Zinsvergütung, gutzuheißen. An die in diesen Ausführungen enthaltene Feststellung, daß der den Klägern zugesicherte Nutzeffekt sich nur teilweise habe erzielen lassen, ist das Bundesgericht gebunden, da es sich dabei um die Entscheidung einer rein tatsächlichen Frage handelt. Daß diese Feststellung mit dem Inhalte der Akten im Widerspruch stehe, oder auf einer

bundesgesetzliche Bestimmungen verletzenden Würdigung des Aktenmaterials beruhe, kann nicht gesagt werden, insbesondere liegt kein hinreichender Anhaltspunkt dafür vor, daß der konstatierte Mißerfolg etwa bloß auf ungeschickte Handhabung durch die Kläger zurückzuführen wäre. Was den Betrag des den Klägern zu vergütenden Interesses anbelangt, so ist derselbe gemäß Art. 116 Abs. 2 O.-R. nach freiem richterlichem Ermessen, unter Würdigung der Umstände festzusetzen. Dies ist seitens der Vorinstanz geschehen, ohne daß dabei wesentliche Faktoren ungenügend bezw. gar nicht gewürdigt, oder unwesentliche in rechtsirrtümlicher Weise als maßgebend betrachtet worden wären. In Betreff des von den Klägern geltend gemachten positiven Schadens insbesondere ist zu bemerken, daß es, wie die Vorinstanz hervorgehoben hat, an einer zureichenden Substanziierung der daherigen Klageforderung durchaus fehlt.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

1. Auf die Berufung bezüglich die Widerklage wird wegen Inkompetenz des Gerichtes nicht eingetreten.
2. Bezüglich der Hauptklage wird die Berufung beider Parteien als unbegründet erklärt, und daher das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Aargau bestätigt.

38. *Sentenza del 12 febbraio 1897 nella causa  
Soldini e Brenni contro Pedrioli.*

I tribunali distrettuale di Bellinzona in prima, e di Appello del Cantone Ticino in seconda istanza hanno pronunciato:

a) Il Tribunale distrettuale:

- « 1. L'eccezione di improponibilità dell'azione è respinta.
- » 2. È confermato il libello di causa e quindi il sig. Pedrioli » pagherà alla parte istante fr. 4930 90, col'a deduzione di » fr. 30 pel godimento della sostra.

» 3. Sopra i fr. 4930 90 Pedrioli è tenuto di corrispondere » l'interesse legale dal 1° settembre 1893 in avanti.

» 4. Sono respinte le domande riconvenzionali di Pedrioli. »

b) Il Tribunale di Appello :

« 1. Il dispositivo secondo, terzo e quarto dell'appellato giudizio sono confermati. »

Appellante da questo giudizio il sig. Pedrioli, che conchiude domandando :

In linea principale, il rigetto della domanda ;

Subordinatamente :

1. La riduzione della stessa a fr. 8629 89, dedotti gli acconti pagati, la multa convenzionale e l'indennizzo pel godimento della sostra, il tutto colla decorrenza degli interessi 15 giorni dopo definita la causa, eventualmente dopo la comunicazione alle parti della perizia Martinoli, vale a dire dal 13 giugno 1893.

2. La condanna degli attori nella multa convenzionale di fr. 20 al giorno, per il ritardo nel compimento dei lavori, a partire dal 15 settembre fino al 28 dicembre 1892.

Nel mentre gli attori domandano il rigetto dell'appello.

*Considerando in linea di fatto :*

1. Nel 1892 il ricorrente Giuseppe Pedrioli fece allestire dall'architetto Gualzata un progetto e preventivo per la costruzione di un'ala da aggiungersi ad una sua casa, situata di fronte alla stazione di Bellinzona. In base al piano e preventivo allestito conchiuse poi il 4 aprile 1892 un contratto colla Ditta Brenni e Soldini, mediante il quale quest'ultima si assumeva l'esecuzione dei lavori di muratura « ed affini » ai prezzi stabiliti nel preventivo con un ribasso del 5,75 % ed obbligavasi inoltre all'esecuzione dei lavori addizionali che, quantunque non compresi nel progetto, apparissero come necessari per l'ultimazione dell'opera, a prezzi proporzionati a quelli emergenti dalla perizia, ed in caso di disaccordo ai prezzi usuali della piazza di Bellinzona. Secondo le clausole del contratto, i lavori dovevano essere ultimati pel 15 settembre sotto comminatoria di una multa di fr. 20 per ogni giorno di ritardo ; la liquidazione doveva farsi dal pro-

prietario e da una persona da lui incaricata col concorso degli assuntori, ed il più tardi 15 giorni dopo l'esecuzione ed accettazione dei lavori, da farsi mediante accettazione della liquidazione, l'impresa Brenni e Soldini doveva ricevere il saldo del suo avere, colla trattenuta del 5 % durante un anno, quale garanzia per la buona esecuzione dei lavori e per la buona qualità del materiale impiegato. Le eventuali contestazioni dovevano essere decise da un consesso arbitrale.

2. Invece del 15 settembre i lavori furono compiuti solo verso la fine di dicembre 1892. Subito dopo l'architetto Gualzata, che secondo l'istanza cantonale aveva sorvegliato per conto di Pedrioli l'esecuzione dei lavori, allestiti il conto di liquidazione, trasmettendone una copia al convenuto. Secondo questa liquidazione, l'importo complessivo dei lavori compresi nel contratto ascendeva a fr. 8632 89, già dedotto il ribasso del 5,75 %. Un secondo conto steso dagli attori per lavori addizionali accusava a loro favore un saldo di fr. 243 05. Il 20 gennaio 1894 Brenni e Soldini scrissero a Pedrioli domandandogli se accettava la liquidazione dell'architetto Gualzata. La lettera essendo rimasta senza riscontro, ed essendosi Pedrioli opposto ad un precetto esecutivo staccato dalla Ditta Brenni e Soldini per ottenere il pagamento dei due conti sopraindicati, meno gli acconti ricevuti, gli attori presero la via dei tribunali, domandando che Pedrioli fosse obbligato a corrispondere loro la somma di fr. 8875 34, o dedotti i 5 % di garanzia e gli acconti pagati, di fr. 4930 90. Essi fondarono questa loro domanda col dire, che i lavori erano stati eseguiti sotto il controllo del proprietario e del di lui incaricato, ingegnere Gualzata, senza che avessero dato luogo ad un reclamo qualsiasi ; che in base al contratto il pagamento avrebbe dovuto seguire 15 giorni dopo ultimati i lavori e dopo che la liquidazione era stata accettata ; che il convenuto non avendo voluto dichiarare se accettava la liquidazione, gli attori avevano dovuto chiamarlo in giudizio ; che la liquidazione dovevasi del resto considerare come tacitamente accettata, Pedrioli non avendo mai sollevato alcuna eccezione contro di essa. Eventualmente, pel caso

che Pedrioli intendesse di valersi della clausola arbitramentale, gli attori domandavano che esso fosse obbligato a prestarsi alla nomina degli arbitri. Rispondendo il convenuto conchiuse al rigetto della domanda pel motivo, che secondo il contratto il saldo doveva essere pagato solo dopo fatta la liquidazione dal proprietario, o da un suo incaricato, e dopo l'accettazione della liquidazione da ambe le parti. Ora, a suo dire, una simile liquidazione non era stata ancor fatta, il convenuto non avendone mai dato l'incarico a Gualzata, nè tanto meno avendo mai accettato la liquidazione allestita da quest'ultimo. La domanda per la nomina degli arbitri non essere contenuta nel libello, e perciò tardiva. Subordinatamente, la pretesa degli attori doversi ridurre alla somma di fr. 7967 54, ossia di fr. 3500, dopo dedotti i 5 % di garanzia e gli acconti ricevuti, come a liquidazione che il convenuto presentava. Quest'ultimo domandava inoltre, in via riconvenzionale, che gli attori fossero condannati nella multa convenuta di fr. 20 al giorno, i lavori non essendo stati terminati che tra il 21 e il 28 dicembre. Le altre domande riconvenzionali sollevate nella risposta, ad eccezione di quella relativa ad un indennizzo pel godimento di una sostra, accordata dalle istanze cantonali ed ora accettata anche dagli attori, vennero abbandonate nel corso della causa. Negli allegati di replica e duplica le parti invocarono gli argomenti seguenti: L'attore sostenne, che l'ingegnere Gualzata aveva proceduto alla liquidazione dietro incarico ricevuto dal convenuto, al quale la liquidazione era stata comunicata; che eventuali eccezioni avrebbero dovuto essere sollevate entro il termine di 15 giorni, trascorso questo termine gli attori avendo il diritto, secondo il contratto, di pretendere il saldo del loro avere; che avendo Pedrioli tralasciato ogni e qualsiasi osservazione, la liquidazione doveva ritenersi come tacitamente accettata. Quanto alla domanda riconvenzionale gli attori adducevano, che la stessa mancava di fondamento; che tutti i lavori che si erano potuti eseguire indipendentemente da quelli riservati nel contratto al convenuto, erano stati ultimati prima del 15 settembre, malgrado che

Pedrioli non avesse concesso il passo promesso attraverso il fondo venduto a Rusca, e malgrado che si avessero dovuto eseguire i plafoni e la stabilitura delle pareti interne prima che Pedrioli avesse incominciato la posa dei pavimenti. Che se una parte dei lavori era stata compiuta solo nel mese di dicembre era perchè non potevano essere proseguiti, finchè non erano fatti quelli incombenenti a Pedrioli. Il ritardo essere dunque esclusivamente imputabile a quest'ultimo. Difatti la posa dei pavimenti essere avvenuta solo fra il 23 ottobre ed il 18 novembre; le porte d'ingresso consegnate solo alla fine di novembre; le ultime serrature solo in dicembre; l'inquilino del convenuto, Francesco Rusca, aver permesso l'apertura delle comunicazioni tra la vecchia casa e la nuova solo il 5 dicembre, nè prima del 21 dicembre aversi potuto incominciare la posa delle pompe per l'acqua potabile, perchè non vennero consegnate prima da Pedrioli. In vista di che doversi ritenere applicabile il disposto dell'art. 181 del C. O. In ogni caso la multa convenzionale doversi ridurre in base all'art. 182 C. O. Il convenuto obiettò, che non aveva mai accettato la liquidazione Gualzata, nè espressamente, nè tacitamente; che come provavano le emergenze di causa, detta liquidazione era inesatta; che non era vero che egli fosse la causa del ritardo sopravvenuto nel compimento dei lavori; che non aveva mai promesso un passaggio attraverso il fondo Rusca; che alla collocazione dei pavimenti non si poteva pensare prima che fossero essiccati convenientemente i plafoni, sui quali doveva essere posto uno strato di carbonina, come al contratto; che il relativo materiale era sul posto fino dal luglio, e quello per la terrazza fino dal principio di agosto; che anche i lavori di falegname erano stati eseguiti a tempo; che se le porte d'ingresso erano state costrutte più tardi, ciò derivava semplicemente dal fatto degli attori, che non avevano fornito prima le misure. La prova più evidente che la colpa del ritardo incombeva agli attori, risultare dal fatto, che la Ditta Brenni e Soldini non aveva mai reclamato dal convenuto la consegna delle porte e delle finestre prima dell'epoca in cui la consegna era avvenuta, come avrebbe dovuto fare a

stregua dell'art. 356 del C. O., sotto pena di sopportare personalmente le conseguenze del ritardo. In via subordinata ambedue le parti chiesero nelle loro conclusioni di causa che il prezzo per i lavori eseguiti si dovesse fissare nell'importo stabilito dalla perizia giudiziale. Quest'ultima, ordinata dal Tribunale di prima istanza sulla domanda degli attori ed affidata all'ingegnere Martinoli, computò il prezzo dei lavori eseguiti a tenore del contratto in fr. 8427 06, dopo dedotto il ribasso del 5,75 %, e in fr. 202 83 quello dei lavori addizionali. La comunicazione del rapporto peritale avvenne il 29 maggio 1894.

3. L'istanza superiore cantonale ha fondato la sua sentenza, riprodotta più sopra nei suoi dispositivi, sulla motivazione seguente: È incontroverso che l'architetto Gualzata abbia allestito una liquidazione generale in base ai prezzi convenuti. Secondo ogni logica presunzione egli deve aver sorvegliato la costruzione della casa, imperocchè le sue disposizioni sull'andamento dei lavori sono così precise e minute che non possono essere che una conseguenza dell'assistenza prestata. Da ciò devesi anche presumere che esso sia stato incaricato da Pedrioli di erigere il conto di liquidazione, e questa presunzione trovasi corroborata tanto dalla deposizione Gualzata, che ha dichiarato di averne avuto incarico verbale, quanto dalla deposizione del teste Cherubino Bernasconi, che mandato da Gualzata per invitare Pedrioli ad assistere alla liquidazione, portò la risposta che si dovesse procedere senza di lui. Non è dunque più permesso al convenuto di contestare la liquidazione Gualzata, eretta, secondo ogni probabilità, dietro suo ordine ed incarico. Tanto è vero che Pedrioli non ha creduto nemmeno di assistere alle operazioni relative, dal momento che i suoi interessi erano affidati ad una persona di sua fiducia. Caso contrario egli si sarebbe opposto a che la liquidazione venisse compiuta in quel giorno e per opera dell'architetto Gualzata. Ciò premesso, non era neppure necessario che la liquidazione fosse accettata. In realtà però esiste una tacita approvazione della perizia Gualzata, la quale non fu impugnata da Pedrioli se non dopo che venne impetito

pel pagamento. Per ciò che riguarda la multa convenzionale risulta dal costituito testimoniale che alcuni lavori, riservati al committente, furono compiuti molto tempo dopo il termine pattuito, quali le porte, le serrature, i pavimenti. Questo ritardo scagiona completamente l'impresa da ogni responsabilità circa il ritardo nel compimento dei lavori, essendo il convenuto esso pure in mora. E ciò tanto più per la connessione necessariamente esistente fra i diversi lavori di erezione di una fabbrica, dei quali l'uno non può essere fatto che dopo l'altro, a seconda dei casi.

*In diritto:*

1. Il ricorso, regolare quanto alla forma, fu presentato in tempo utile, e la competenza del Tribunale federale a riguardo della domanda principale è fuori di dubbio, benchè il rappresentante degli attori l'abbia oggi contestata per pretesa insufficienza di valore.

Col libello chiedesi la condanna del convenuto al pagamento di una somma di fr. 4930 90. Vero si è che questi non ha contestato in massima il suo debito ed in via subordinata ne ha anzi riconosciuto l'importo nella somma emergente dalla perizia giudiziale che è di soli fr. 226 65 inferiore a quella richiesta, per modo che in sostanza il dibattito sembra vertire soltanto su questa differenza, ma d'altro lato non è men vero che la sua conclusione principale mira al rigetto dell'intera domanda per pretesa inesigibilità della somma che ne forma oggetto. Il convenuto sostiene dunque in primo luogo che attualmente esso non deve nulla, di guisa che il valore della lite corrisponde in realtà all'intero importo della somma domandata.

La circostanza che il difetto di esigibilità costituisce un'eccezione dilatoria, che secondo la procedura cantonale avrebbe dovuto essere sollevata e decisa preliminarmente al merito, non può avere influenza alcuna sulla determinazione del valore dell'oggetto in lite.

La competenza deve essere ammessa anche riguardo alla domanda riconvenzionale, benchè la somma di fr. 1960 richiesta a titolo di multa convenzionale sia inferiore al minimo

richiesto dall'art. 59 della legge sull'organizzazione giudiziaria federale. Risulta infatti dai combinati disposti degli articoli 59 e 60 di detta legge, che l'importo delle diverse domande riconvenzionali deve essere sommato e che la competenza sussiste semprechè il valore complessivo che ne risulta non sia inferiore a fr. 2000. Ora è fuori di dubbio che aggiungendo ai fr. 1960 il valore delle domande riconvenzionali formulate in risposta ed abbandonate nel corso della causa, si ottiene una somma certamente superiore al minimo legale.

2. La somma di fr. 4930 90 richiesta dagli attori consta di due elementi: fr. 4687 25 rappresentano il prezzo complessivo dei lavori eseguiti in base al contratto del 4 aprile 1892; i residui fr. 243 65 invece costituiscono il corrispettivo di lavori addizionali i cui prezzi dovevano essere stabiliti in base agli usi della piazza di Bellinzona.

La domanda comprende quindi due azioni distinte, l'una tendente ad ottenere il pagamento del prezzo dei lavori eseguiti in base ad un contratto di locazione d'opera (art. 350 e seg. C. F. O.), l'altra chiedente il pagamento di servigi (art. 358 C. F. O.) prestati in occasione dell'esecuzione di questo contratto. L'onere della prova incombe per entrambi agli attori, ma poichè l'esistenza del contratto e l'esecuzione dei lavori non vennero contestate, esso riducesi a dimostrare che la somma chiesta in pagamento dei lavori compresi nell'appalto corrisponde ai prezzi stabiliti dalla perizia, tenuto calcolo del ribasso accordato, e che i fr. 243 65 chiesti per lavori addizionali corrispondono ai prezzi praticati sulla piazza di Bellinzona.

La prova di questo secondo punto non può certo ritenersi fornita colla semplice produzione di un conto allestito dagli attori, a riguardo del quale non fu neppure affermato che il convenuto l'abbia espressamente o tacitamente accettato.

Riguardo al primo, gli attori hanno affermato che l'architetto Gualzata aveva elaborato la liquidazione per incarico di Pedrioli, che questi l'aveva tacitamente accettata, che di conseguenza doveva fare stato in suo confronto, e il Tribunale di appello condividendo quest'opinione vi ha aggiunto la dichiara-

zione, che dal momento che Pedrioli aveva incaricato Gualzata di allestire la liquidazione non poteva più essergli lecito di impugnarla.

La constatazione concernente l'incarico dato da Pedrioli all'architetto Gualzata riguarda un punto di fatto e vincola il Tribunale federale. Altrettanto non può dirsi delle conseguenze giuridiche che di questo fatto possono essere derivate, e la conclusione dedottane dal Tribunale di appello, secondo la quale al convenuto non sarebbe stato più lecito di impugnare la liquidazione allestita per di lui incarico, basa sopra un evidente errore di diritto. Il contratto col quale un proprietario incarica un architetto dell'elaborazione di un progetto e dell'allestimento di un conto di liquidazione di determinati lavori costituisce una locazione di servigi (art. 338 C. F. O.), non un mandato. Esso non produce quindi degli effetti che nei rapporti delle parti contraenti. Di fronte ai terzi il proprietario è sempre libero di accettare, modificare o ripudiare l'opera del proprio impiegato. Nella pratica può avvenire ed avviene infatti non di rado che in occasione della conclusione del contratto di locazione di servizi, il proprietario conferisca tacitamente o espressamente al proprio architetto anche il mandato di rappresentarlo di fronte ai terzi per ciò che concerne l'esecuzione dei lavori che formano oggetto del contratto, ma è evidente che un siffatto mandato non si presume, ma deve essere provato da chi pretende dedurne delle conseguenze a proprio favore. Nel fattispecie gli attori non hanno neppure sostenuto che Gualzata avesse ricevuto da Pedrioli il mandato di liquidare in suo nome i conti dipendenti dai lavori da essi assunti. Le circostanze nelle quali venne conferito l'incarico di allestire la liquidazione escludono del resto persino la possibilità di una siffatta supposizione. Risulta dal deposto dell'architetto Gualzata e di Cherubino Bernasconi che l'incarico venne dato nel modo seguente. Un giorno, mentre Pedrioli stava lavorando in un locale al piano terreno della casa di recente costrutta, l'architetto Gualzata, accompagnato da uno degli attori, venne per eseguire la misura dei lavori; chiamato ad assistervi dal mu-

ratore Bernasconi, Pedrioli rispose che non aveva tempo e che si dovesse procedere senza di lui. Identica risposta diede all'architetto Gualzata, venuto poi personalmente a ripetergli l'invito.

Un'interpretazione assai lata della risposta data da Pedrioli può bensì permettere di trovarvi, come fece l'istanza cantonale, un incarico di allestire la liquidazione, ma sarebbe certo abusivo ed arbitrario di supporre che con ciò egli intendesse di conferire all'architetto Gualzata anche il mandato di regolare in modo definitivo e vincolante per lui i conti col l'impresario, precludendosi così perfino la via ad esaminare il conto. Gli attori stessi non vi hanno attribuito questo significato, e la loro lettera del 20 gennaio, colla quale invitavano il convenuto a dichiarare se accettava la liquidazione, ne fornisce la prova più manifesta.

Erronea del pari è la decisione dell'istanza cantonale, secondo la quale la liquidazione sarebbe stata tacitamente accettata da Pedrioli, per il fatto che non pensò ad impugnarla espressamente se non quando gli fu intimato il precetto di pagamento. Il Tribunale di appello ha evidentemente basato la sua decisione sull'applicazione del principio: *qui tacet consentiri videtur*. Ma come il Tribunale federale ebbe già a dichiarare reiteratamente, il C. F. O. non ha accettato questo principio nei termini generali in cui è formulato. Ogni qualvolta intese attribuire al silenzio il significato di un tacito consenso, lo dichiarò in modo espresso (art. 5, al. 3, 274-393, etc.). All'infuori di questi casi, il silenzio non può essere considerato come una tacita accettazione se non quando, per il concorso di speciali circostanze, una diversa interpretazione apparirebbe come contraria alle regole della buona fede, per modo che la parte che non intendeva di accettare l'offerta fattale sarebbe stata in dovere di dichiararlo espressamente. Tale sarebbe, per esempio, il caso ove tra due persone in relazione d'affari fosse d'uso di ritenere come tacitamente accettate le proposte che non vengono espressamente declinate o respinte.

Nessuno di questi estremi esiste nel caso in esame. Perché

il convenuto avesse avuto non che l'obbligo, almeno l'occasione di dichiarare se accettava o meno la liquidazione Gualzata, sarebbe stato innanzi tutto indispensabile che gli fosse stata fatta in proposito una proposta (art. 3, 4, 5, 6, 7 C. F. O.). Come tale non può considerarsi la comunicazione di una copia della liquidazione da parte del suo autore. Dacchè infatti questi, secondo la constatazione contenuta nell'appellato giudizio, aveva ricevuto da Pedrioli l'incarico di allestirla, la comunicazione di una copia da parte sua altro non era che un atto di esecuzione del contratto di locazione di servizi, risultante dall'incarico, e di conseguenza non riguardava che i rapporti interni tra padrone ed architetto, e non poteva produrre obbligo alcuno a carico del convenuto ed a favore degli attori.

Questi non potrebbero eventualmente invocare come proposta che la loro lettera del 20 gennaio, colla quale invitavano Pedrioli a dichiarare se accettava la liquidazione; ma questa opinione sarebbe pur sempre erronea, dacchè la lettera non conteneva gli elementi di una proposta, mancandovi la dichiarazione di accettare da parte loro la liquidazione in discorso e di conseguenza non potendo presentare un carattere di obligatorietà. Ma supposto anche che questa dichiarazione avesse a ritenersi come tacitamente compresa nella domanda e che la lettera presentasse così il carattere giuridico di una proposta, le circostanze non sono punto tali da far ritenere che gli attori dovessero necessariamente interpretare il silenzio del convenuto nel senso di una tacita accettazione e che una diversa interpretazione appaia come contraria alle esigenze della buona fede. Nella pratica degli affari è di buona regola che la liquidazione finale dei conti relativi all'esecuzione di un contratto d'appalto avvenga mediante l'accettazione espressa o risultante da atti positivi equipollenti. Le stesse parti in causa avevano espressamente accettata, mediante apposizione della loro firma, il conto di liquidazione di un altro precedente contratto della identica natura. Nessuna circostanza autorizzava gli attori a supporre che dovesse procedere altrimenti nel caso in esame, e tutto invece doveva portarli a ritenere

che Pedrioli non intendeva accettare la liquidazione finchè non lo dichiarasse espressamente. L'invito fattogli colla lettera del 20 gennaio prova del resto che questo modo di vedere era da essi condiviso, e che allora non pensavano punto che il silenzio del convenuto avesse il significato di un tacito consenso.

3. Le prove addotte a giustificazione della domanda libellaria debbono quindi ritenersi senza valore, nessuno dei conti essendo stato accettato.

Ciò non significa però che la domanda debba essere respinta come prematura.

Il tenore letterale del contratto 4 aprile 1892, secondo il quale il prezzo doveva essere pagato quindici giorni dopo l'ultimazione dei lavori e la loro accettazione da farsi mediante accettazione della liquidazione da ambo le parti, sembra bensì giustificare la tesi del convenuto, che cioè esso non sia esigibile se non quindici giorni dopo l'accettazione della liquidazione; ma questa interpretazione strettamente letterale non corrisponde certamente all'intenzione comune delle parti contraenti. Il concetto dominante della clausola in discorso consiste nell'obbligo di pagare il prezzo quindici giorni dopo l'ultimazione e l'accettazione dei lavori. Partendo dall'idea che la liquidazione non avrebbe dato luogo a divergenze, le parti stipularono che l'accettazione dei lavori sarebbe risultata dall'accettazione della liquidazione. Questa non era dunque nella mente delle parti che il mezzo di prova destinato a constatare l'accettazione dei lavori. Ma nella pratica la clausola non venne osservata, Pedrioli accettò la consegna della casa prima di accettare la liquidazione. Il fatto dell'accettazione dei lavori non essendo contestato, ed essendo in ogni modo fuori di dubbio, ne consegue che gli attori avevano incontestabilmente il diritto di pretendere, quindici giorni dopo, il pagamento del loro avere, senza che si potesse loro opporre l'eccezione di inesigibilità desunta dalla mancanza di accettazione della liquidazione.

La sola conseguenza che da questa mancanza puossi e deve dedurre consiste nell'obbligo che incombe agli attori di

provare con altri mezzi che la somma da loro richiesta corrisponde in realtà al prezzo dei lavori eseguiti.

Questa prova venne fornita mediante la perizia giudiziale, contro la quale nessuna eccezione venne sollevata, e che di conseguenza deve far stato per il definitivo regolamento dei conti.

Secondo le conclusioni del rapporto, il prezzo totale dei lavori compresi nel contratto è di fr. 8427 06, quello delle opere addizionali di fr. 202 83. Deducendo da esso l'importo del 5 % destinato a servire di garanzia (fr. 421 35), gli acconti pagati (fr. 3500) e l'indennizzo accordato dall'appellata sentenza per godimento di una sostra (fr. 30), il credito degli attori riducesi pertanto a fr. 4678 44, salvo l'esito del giudizio sulla domanda riconvenzionale.

Gli interessi sono dovuti dal giorno della domanda, e le considerazioni superiormente svolte per confutare l'eccezione di inesigibilità dispensano da ogni ulteriore riflesso a questo riguardo.

4. I lavori che, secondo il contratto, dovevano essere ultimati per il 15 settembre 1892, non lo furono, per concorde ammissione delle parti, che tra il 21 ed il 28 dicembre. Il ritardo è dunque constatato, e ciò basta per far considerare come fondata in massima la domanda tendente ad ottenere il pagamento della multa pattuita, a meno che gli impresari non siano in grado di dimostrare che la causa del ritardo è imputabile a Pedrioli, nel qual caso potrebbero invocare a loro liberazione l'eccezione scatenata dall'art. 181 C. F. O., che dispone non potersi esigere la pena convenzionale quando l'adempimento del contratto sia diventato impossibile pel fatto del creditore. Va da sè che la prova incombe agli impresari che invocano l'eccezione. L'appellata sentenza, basandosi sul risultato delle deposizioni testimoniali da cui è emerso che la posa dei pavimenti in legno che Pedrioli erasi riservato di far eseguire direttamente fu effettuata soltanto in ottobre, che le porte e gli antiporti non vennero forniti che alla fine di novembre od in principio di dicembre, che la pompa fu pure fornita solo in dicembre e che le comunicazioni tra la

casa nuova e la vecchia non poterono essere stabilite che in dicembre, stante l'opposizione dell'inquilino di quest'ultima a che venissero praticate prima nelle pareti le richieste aperture, è giunta alla conclusione che la prova era stata fornita e che di conseguenza l'eccezione doveva essere accolta; ma quest'opinione non può essere condivisa.

Per apprezzare se l'ultimazione dei lavori per il 15 febbraio è divenuta impossibile per il fatto di Pedrioli, bisogna innanzi tutto fare astrazione da quelli non compresi nel contratto, quali la posa della pompa e l'apertura delle comunicazioni tra le due case. Come il loro ritardo non avrebbe potuto essere invocato a sostegno della domanda riconvenzionale, così l'impossibilità di eseguirli per l'epoca convenuta, non può esserlo a sostegno dell'eccezione.

Per ciò che concerne gli altri lavori, è verissimo, come giustamente osserva il Tribunale di appello, che tra quelli compresi nel contratto e quelli riservatisi dal proprietario esisteva una tale connesità che il ritardo nell'esecuzione degli uni doveva necessariamente produrre un ritardo nell'esecuzione degli altri. Ma il Tribunale di appello ha dimenticato di avvertire che l'influenza in questo senso era reciproca; dacchè in quella guisa che gli impresari non potevano eseguire certi lavori se il proprietario non ne aveva prima eseguito altri, questi non poteva nè doveva collocare i pavimenti in legno, nè fornire le porte e gli antiporti prima che i lavori necessari fossero abbastanza inoltrati per permetterne la posa in opera.

Per dimostrare che l'esecuzione del contratto è stata resa impossibile da Pedrioli non basta quindi constatare che questi ha eseguito molto tempo dopo del 15 settembre la posa dei pavimenti ed ha consegnato oltre due mesi dopo porte ed antiporti; bisogna provare inoltre che questi fatti sono, non l'effetto, ma la causa del ritardo nell'esecuzione dei lavori di muratura, bisogna provare cioè che questi erano stati condotti ed eseguiti in modo che la posa dei pavimenti e delle porte avrebbe potuto avvenire in tempo utile, e che non avvenne unicamente per colpa del convenuto; mentre questi

affermò ed afferma che i pavimenti non potevano essere costruiti prima del 20 ottobre perchè non erano ancora ultimati i plafoni e che le porte e gli antiporti non furono consegnati che alla fine di novembre, benchè fossero pronti fino dall'agosto, perchè i lavori di muratura erano così in ritardo che non sarebbe stato possibile porli in opera prima.

Ora non solo una prova siffatta non venne fornita, ma diverse circostanze risultanti dagli atti sembrano rendere più verosimile l'eccezione secondo la quale il ritardo da parte di Pedrioli non sarebbe stato che una conseguenza di quello degli impresari. Una presunzione in questo senso scaturisce dal fatto che questi si sono gelosamente astenuti dal domandare, sia all'architetto Gualzata che ai diversi muratori suppeditati come testi, se i lavori da essi assunti fossero abbastanza inoltrati da permettere la posa dei pavimenti e delle porte prima del 15 settembre. Un'altra risulta dalla circostanza seguente. Nella risposta alla riconvenzionale, Brenni e Soldini avevano affermato che Pedrioli non aveva potuto collocare i pavimenti in tempo utile perchè non aveva ricevuto che in settembre le tavole necessarie. L'istruttoria ha invece dimostrato che esse erano disponibili sino dal 21 luglio, e che trovavansi ammonticchiate al piano terreno, mentre si lavorava ancora alla costruzione dei muri, mentre cioè non era ancora stato collocato il tetto.

Aggiungasi che se la colpa del ritardo incombesse a Pedrioli, se cioè gli impresari avessero eseguito in tempo utile tutti i lavori la cui esecuzione non dipendesse da quelli riservati dal proprietario, la conseguenza necessaria avrebbe dovuto essere una lunga interruzione, dacchè almeno tutti questi lavori avrebbero dovuto essere finiti prima del 15 settembre, mentre gli altri non avrebbero potuto essere ripresi che alla fine d'ottobre od in novembre. Ma gli impresari non hanno mai neppure affermato che tale interruzione inevitabile, data la verità dei fatti da essi allegati, si sia prodotta.

Chechè ne sia di queste presunzioni, basta constatare che Brenni e Soldini non hanno fornita la prova del contrario, perchè la loro eccezione, basata sul disposto dell'art. 181,



debba essere respinta, senza che occorra di esaminare se, omettendo di dare al proprietario l'avviso richiesto dall'art. 356, essi non abbiano senz'altro assunto la responsabilità anche della sua colpa eventuale.

5. Del pari infondata è l'eccezione desunta dall'art. 354 che concede al committente un diritto, ma non gli impone un obbligo. Del resto l'art. 179 C. F. O. dispone espressamente che quando la pena fu stabilita per l'inosservanza del tempo dell'adempimento, essa potrà essere richiesta oltre l'adempimento.

Quanto all'eccezione sollevata nell'atto di duplice sulla riconvenzionale e consistente nel dire che il committente non poteva più esigere la pena, avendo accettato senza riserva l'adempimento del contratto (art. 179, al. 2), il Tribunale federale non ha più ad occuparsene, non essendo stata in oggi riproposta. Essa avrebbe in ogni modo dovuto essere considerata come tardiva di fronte al disposto degli art. 72 e seg. del codice di procedura civile ticinese.

6. Se le considerazioni suesposte dimostrano che la domanda riconvenzionale è fondata in principio, deve però in pari tempo riconoscere che la pena pattuita nel contratto è eccessiva e che di conseguenza il Tribunale federale può e deve far uso del potere accordatogli all'art. 182 per diminuirlo secondo il suo prudente criterio.

Benchè infatti l'art. 180 stabilisca che la pena convenzionale è dovuta anche quando al creditore non sia derivato alcun danno, il criterio per giudicare se la pena pattuita è eccessiva non può desumersi che dall'interesse che il creditore aveva alla regolare e puntuale esecuzione del contratto. Nel caso concreto questo interesse consiste nel valore di locazione della casa costruenda. Secondo le dichiarazioni fatte in oggi dal rappresentante della ditta Brenni e Soldini e non contraddette da Pedrioli, il valore capitale di essa è di circa 15 000 fr. Risulta d'altra parte da una dichiarazione fatta dal procuratore dell'impresa davanti il Tribunale di prima istanza, che essa dà un reddito del 10 %. L'annuo canone d'affitto dovrebbe dunque essere di circa 1500 fr., mentre la pena di

20 fr. al giorno pattuita nel contratto corrisponde ad una somma annua di 7800 fr. La sproporzione tra la pena e l'interesse è evidente e eccessiva. Tenuto calcolo delle circostanze, il Tribunale federale ritiene equo di fissare a fr. 750 l'importo complessivo della multa per il ritardo verificatosi.

La somma attualmente dovuta agli attori si riduce così a fr. 3928 44.

#### Il Tribunale federale pronuncia:

Il ricorso inoltrato da Giuseppe Pedrioli contro la sentenza del Tribunale di appello del Ticino è ammesso parzialmente e la pretesa della ditta Brenni e Soldini ridotta a 3928 fr. 44 c., oltre all'interesse del 5 % a partire dalla data del libello.

#### 39. Urteil vom 26. Februar 1897 in Sachen Flury gegen Steinbruchgesellschaft Ostermündingen.

A. Mit Urteil vom 18. Dezember 1896 hat das Obergericht des Kantons Basellandschaft erkannt: „Das Urteil des Bezirksgerichtes Arlesheim, lautend: Die beklagte Partei wird zur Bezahlung von 2212 Fr. 20 Cts. an die Klagepartei verfallen. Sie trägt die ergangenen ordentlichen Kosten nebst 24 Fr. Vorstandsgebühr an den klägerischen Vertreter, wird bestätigt.“

B. Gegen dieses Urteil erklärte der Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht, mit dem Antrage, es sei unter Aufhebung des obergerichtlichen Urteils die Klägerin mit ihrer Forderung gänzlich, eventuell soweit sie den Betrag von 2010 Fr. 85 Cts. übersteige, abzuweisen.

Der Vertreter der Klägerin trug auf Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Klägerin lieferte dem Beklagten in der ersten Hälfte des Jahres 1881 Steine für die Gesamtsumme von 6376 Fr. 50 Cts. An die Rechnung, die sich durch Nichteinlösung von für dieselbe ausgestellten Wechseln auf 6440 Fr. 90 Cts. erhöht