

Civile Ord. Sez. 2 Num. 20870 Anno 2019  
Presidente: SAN GIORGIO MARIA ROSARIA  
Relatore: BELLINI UBALDO  
Data pubblicazione: 02/08/2019

### ORDINANZA

sul ricorso 11188-2015 proposto da:

MINETTI MICHELE, ammesso al patrocinio a spese dello Stato, rappresentato e difeso dall'Avvocato MARCO GIACOMUCCI ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'Avv. Camilla Bovelacci, in ROMA, VIA QUINTINO SELLA 41

- *ricorrente* -

*contro*

CALZATURE in MODA di Del Nigro Donato & C. s.a.s., in persona del Legale rappresentante Del Nigro Donato, rappresentata e difesa dall'Avvocato VINCENZO OPERAMOLLA ed elettivamente domiciliata presso la Sig.ra Antonia De Angelis, in ROMA, VIA PORTUENSE 104

- *controricorrente* -

avverso la sentenza n. 1813/2014 della CORTE d'APPELLO di BARI, pubblicata il 17/11/2014;

02  
999/19

Corte di Cassazione  
Copia non ufficiale  
di Michele Minetti  
avvocato  
di Camilla Bovelacci  
avvocato  
di Vincenzo Operamolla  
avvocato  
del 18/6/19



udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio dell'8/04/2019 dal Consigliere Dott. UBALDO BELLINI.

### **FATTI DI CAUSA**

Con atto di citazione, notificato in data 27.3.2002, la CALZATURE in MODA di Del Nigro Donato & C. s.a.s. (committente) conveniva in giudizio davanti al Tribunale di Foggia-Sezione Distaccata di San Severo l'impresa individuale EDILIZIA MINETTI di Minetti Michele (appaltatore) chiedendo di accertare e dichiarare che l'attrice non fosse debitrice a qualsiasi titolo nei confronti del Minetti per la somma di € 3.372,28 (pari a £ 6.529.644).

Si costituiva in giudizio Michele Minetti, titolare della suddetta impresa individuale, che chiedeva la condanna dell'attrice al pagamento del citato importo, quale corrispettivo dei materiali impiegati nell'esecuzione dei lavori appaltati.

Espletata prova testimoniale, con sentenza n. 77/2008, depositata in data 18.4.2008, il Tribunale di Foggia-Sezione Distaccata di San Severo rigettava la domanda dell'attrice; accoglieva la domanda riconvenzionale proposta dalla convenuta e, per l'effetto, condannava la Calzature In Moda s.a.s. al pagamento della somma di € 3.372,28, oltre interessi legali e spese di lite.

Contro la sentenza proponeva appello l'attrice soccombente chiedendo che fosse accertato e dichiarato che essa appellante non fosse debitrice della somma suddetta, con la conseguente condanna dell'appellato alla restituzione della somma di € 7.865,72, oltre interessi dal 12.5.2008, versata in favore del Minetti in esecuzione della sentenza di primo grado, con condanna di quest'ultimo alle spese di lite del doppio grado.

B

Si costituiva in giudizio Michele Minetti chiedendo di respingere le domande dell'appellante poiché infondate in fatto e in diritto e, per l'effetto, confermare la sentenza impugnata, con vittoria di spese di lite.

Con sentenza n. 1813/2014, depositata in data 17.11.2014, la Corte d'Appello di Bari accoglieva l'appello e, per l'effetto, accertava l'inesistenza del credito preteso dal Minetti e rigettava la domanda riconvenzionale da quest'ultimo spiegata, condannandolo al pagamento delle spese di lite del doppio grado e alla restituzione alla società appellante della somma da questa versata in esecuzione della sentenza di primo grado, oltre interessi dal 12.5.2008. In particolare, la Corte d'Appello riteneva che il Tribunale non aveva adeguatamente considerato che fosse stata fornita la prova del pagamento del prezzo dell'appalto giusta fattura n. 14/2001, quietanzata a saldo dal Minetti, e che nell'importo in essa contenuto era da ritenere ricompreso il costo dei materiali, in conformità alla previsione di cui all'art. 1658 c.c., in base alla quale si deve presumere – se non sia diversamente stabilito – che la materia necessaria a compiere l'opera debba essere fornita dall'appaltatore.

Avverso detta sentenza propone ricorso per cassazione Michele Minetti sulla base di due motivi, illustrati da memoria; resiste la Calzature in moda con controricorso.

#### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. – Con il primo motivo, il ricorrente lamenta la «Violazione o falsa applicazione di norme di diritto ex art. 360, comma 1 n. 3 c.p.c., con riferimento al disposto degli artt. 1658 e 2697 c.c.», ritenendo il disposto dell'art. 1658 c.c. inapplicabile alla fattispecie, posto che tale norma riguarda soltanto la diversa

B



ipotesi in cui sia il committente che deduca di aver fornito egli stesso all'appaltatore la materia necessaria a realizzare l'opera; per cui il committente, in forza della presunzione di cui al citato art. 1658 c.c., ha l'onere di provare tale circostanza, mentre nella fattispecie la committente si limitava a sostenere che nel corrispettivo a saldo di cui alla fattura della Edilizia Minetti n. 14/2001, del 23.11.2001, fosse compreso anche il costo per i materiali. Il ricorrente richiama la giurisprudenza di legittimità, secondo la quale, in base alla presunzione che la materia necessaria a compiere l'opera venga fornita dall'appaltatore, incombe sul committente l'onere della prova di avere venduto i materiali all'appaltatore. Censura, quindi, quanto affermato dalla Corte di merito circa l'onere, a proprio carico, di provare che, in base ad accordi tra le parti, i materiali dovessero essere forniti dalla committente. E comunque, rileva che tale onere probatorio sarebbe stato assolto dal medesimo tramite la testimonianza del venditore dei materiali, che confermava come il Minetti gli avesse ordinato i materiali chiedendogli di fatturare alla committente.

1.1. – Il motivo non è fondato.

1.2. – Del tutto correttamente la Corte distrettuale ha rilevato che «l'art. 1658 c.c. prevede una presunzione legale relativa, e cioè che la fornitura della materia necessaria a compiere l'opera appaltata sia a carico dell'appaltatore e debba, conseguentemente, considerarsi ricompresa nella misura del corrispettivo dovuto»; da ciò derivando che «incombe all'appaltatore l'onere di provare la pattuizione derogatoria (ossia, la convenzione in forza della quale il committente è tenuto alla fornitura della materia che, pertanto, non è parte

M



integrante del corrispettivo spettante al committente) ovvero l'esistenza di usi contrari» (sentenza impugnata pagina 6).

Coerentemente, dunque, con la funzione tipica dell'appalto e con la definizione delle prestazioni previste in tale schema negoziale, l'art. 1658 c.c. dispone che la materia necessaria a compiere l'opera debba essere fornita dall'appaltatore, salva deroga stabilita dalle parti; e quindi in assenza di deroga espressamente pattuita [come nella specie] il rapporto negoziale va inquadrato nello schema tipico previsto dalla legge, per cui la fornitura del materiale rientra nella prestazione tipica dell'appaltatore e quindi su di lui grava il relativo costo.

D'altronde, la stessa *ratio* è sottesa al principio espresso da questa Corte (Cass. n. 468 del 2014, non appropriatamente richiamato dal ricorrente), che – pur regolando in quella sede la specifica fattispecie, affatto diversa, in cui il committente non aveva adempiuto all'onere probatorio a suo carico, di aver "venduto" o fornito i materiali all'appaltatore così da superare la presunzione che il corrispettivo dell'appalto riguardasse la sola prestazione di esecuzione di un'opera – ha esplicitamente confermato la regola secondo cui, ai sensi dell'art. 1658 c.c., si presume che l'appaltatore fornisca "la materia", e, quindi che il corrispettivo dell'appalto includa anche il costo dei materiali.

1.3. – Peraltro, va altresì rilevato che, altrettanto correttamente, la Corte di merito abbia soggiunto che «alla stregua del più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità in tema di riparto dell'onere della prova ex art. 2697 c.c., l'onere di provare i fatti costitutivi del diritto grava sempre su colui che si afferma titolare del diritto e intende farlo valere, anche ove sia convenuto [come nella specie] in giudizio di

n

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



accertamento negativo promosso dalla controparte per contestare l'esistenza di quel diritto» (cfr. *ex plurimis* Cass. n. 24568 del 2013; Cass. n. 14965 del 2012; Cass. n. 12108 del 2010).

In conclusione, dunque, incombeva sull'appaltatore l'onere della prova della pattuizione derogatoria: dimostrazione non fornita, invece, dal Minetti. Laddove il riferimento alla testimonianza del venditore dei materiali, non era stata ritenuta dal giudice di appello (con apprezzamento e valutazione della prova<sub>x</sub> sottratti al sindacato di legittimità data la loro adeguatezza) idonea a fornire tale prova, in quanto era il ricorrente stesso che aveva riferito al teste [*de relato*] che, per accordo tra le parti, i materiali fossero a carico della committente (sentenza impugnata pagina 6).

2. - Con il secondo motivo, il ricorrente deduce la «Violazione o falsa applicazione di norme di diritto ex art. 360, comma 1 n. 3 c.p.c., con riferimento al disposto degli artt. 183, 345 c.p.c., 1655 e ss. e 2222 e ss. cc.». Il fatto di avere indicato, solo nella memoria di replica del giudizio di primo grado, che il contratto stipulato tra le parti non fosse qualificabile come contratto di appalto ex artt. 1655 e ss. c.c., bensì come contratto d'opera manuale ex artt. 2222 e ss. c.c. (poiché la ditta Edilizia Minetti, essendo un'impresa individuale, era qualificabile come piccolo imprenditore con applicazione del disposto di cui all'art. 2223 c.c., secondo cui si deve presumere che la materia necessaria per eseguire l'opera venga fornita dal committente), non poteva integrare una *mutatio libelli* non consentita dagli artt. 183 e 345 c.p.c., in quanto veniva solo prospettata una diversa qualificazione giuridica del rapporto contrattuale intercorso tra le

B

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



parti, senza modifica del *petitum* e della *causa petendi* della domanda riconvenzionale.

2.1. – Il motivo non è fondato.

2.2. – La Corte di merito ha rilevato l'inammissibilità della nuova prospettazione del fatto costitutivo del credito azionato, formulata dall'appellato (odierno ricorrente) che, per giustificare la fondatezza della pretesa creditoria, ha invocato la diversa disciplina dettata in materia di contratto d'opera (art. 2222 e segg. c.c.) che non contempla una previsione analoga a quella di cui all'art. 1658 c.c. A parere del Collegio «si tratta di modificazione della domanda – formulata per la prima volta nella memoria di replica in primo grado e riproposta nella comparsa di costituzione in appello – integrante gli estremi di una vera e propria *mutatio libelli*, non consentita dall'art. 183 c.p.c. (nel testo vigente anteriormente alla novella del 2005) [applicabile *ratione temporis* nel presente giudizio], né dall'art. 345 c.p.c. che sancisce il divieto dello *jus novorum*» (sentenza impugnata pagina 7).

2.3. – E' consolidato il principio secondo cui si ha *mutatio libelli* quando si avanzi una pretesa obiettivamente diversa da quella originaria, introducendo nel processo un *petitum* diverso e più ampio oppure una *causa petendi* fondata su situazioni giuridiche non prospettate prima e particolarmente su un fatto costitutivo radicalmente differente, di modo che si ponga al giudice un nuovo tema d'indagine e si spostino i termini della controversia, con l'effetto di disorientare la difesa della controparte ed alterare il regolare svolgimento del processo; si ha, invece, semplice *emendatio* quando si incida sulla *causa petendi*, in modo che risulti modificata soltanto l'interpretazione

B



o qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto, oppure sul *petitum*, nel senso di ampliarlo o limitarlo per renderlo più idoneo al concreto ed effettivo soddisfacimento della pretesa fatta valere (Cass. n. 17457 del 2009; conf. Cass. n. 20716 del 2018; Cass. n. 1585 del 2015; Cass. n. 12621 del 2012). Sicché il mutamento della *causa petendi* determina mutamento della domanda, tale da renderla improponibile nel giudizio di appello, allorquando la diversa *causa petendi* dedotta in secondo grado, essendo impostata su presupposti di fatto e su conseguenti situazioni giuridiche non prospettate in primo grado, importi l'immutazione dei fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio e, introducendo nel processo un nuovo tema di indagine e di decisione, alteri l'oggetto sostanziale dell'azione ed i termini della controversia, sì da porre in essere, in definitiva, una pretesa diversa, per la sua intrinseca essenza, da quella fatta valere in precedenza (conf. Cass. n. 24072 del 2017; Cass. n. 25764 del 2013; Cass. n. 18513 del 2007; Cass. n. 978 del 2000).

2.4. - Correttamente dunque la Corte distrettuale ha ritenuto che il ricorrente, invocando un diverso titolo giuridico del credito (contratto d'opera in luogo del contratto d'appalto, al quale entrambe le parti facevano riferimento in primo grado), abbia illegittimamente introdotto in appello un nuovo tema di indagine, rappresentato dalla natura della prestazione svolta, nonché dalle connotazioni dimensionali e organizzative dell'attività di impresa esercitata dall'esecutore dei lavori, facendo così assumere al mutamento della *causa petendi* le caratteristiche di una vera e propria *mutatio libelli*, che comporta la diversità dei fatti costitutivi e la necessità di nuovi temi di

B



indagine, su cui sviluppare il contraddittorio delle parti (Cass. n. 6389 del 2017; Cass. n. 14261 del 2007).

3. – Il ricorso va dunque rigettato. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo. Non sussistono i presupposti per la dichiarazione di cui all'art. 13, comma 1-*quater*, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, risultando il ricorrente ammesso al gratuito patrocinio.

**P.Q.M.**

La Corte rigetta il ricorso. Condanna il ricorrente al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, che liquida in complessivi € 1.700,00, di cui € 200,00 per rimborso spese vive, oltre al rimborso forfettario spese generali, in misura del 15%, ed accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della seconda sezione civile della Corte Suprema di Cassazione, l'8 aprile 2019.

B