

# BGer 4A\_47/2023 vom 1. November 2024

Bundesgericht, 2024-11-01, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_47\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_47_2023)

FR: TF 4A\_47/2023 du 1 novembre 2024

IT: TF 4A\_47/2023 del 1 novembre 2024

## Erwägungen

### E. 1

Il ricorso in materia civile è presentato tempestivamente (art. 46 cpv. 1 lett. c e 100 cpv. 1 LTF combinati) dalla parte soccombente nella procedura cantonale ( art. 76 cpv. 1 lett. a LTF ) ed è volto contro una sentenza finale ( art. 90 LTF ) emanata su ricorso dall'autorità ticinese di ultima istanza ( art. 75 LTF ), in una causa civile con un valore litigioso superiore a fr. 30'000.-- (art. 72 cpv. 1 e 74 cpv. 1 lett. b LTF). Sotto questo profilo il ricorso è ammissibile.

### E. 2

Il Tribunale federale fonda il suo ragionamento giuridico sugli accertamenti di fatto svolti dall'autorità inferiore ( art. 105 cpv. 1 LTF ), che sono vincolanti. Può scostarsene o completarli solo se sono stati effettuati in violazione del diritto ai sensi dell' art. 95 LTF o in modo manifestamente inesatto ( art. 105 cpv. 2 LTF ). Se rimprovera all'autorità cantonale un accertamento dei fatti manifestamente inesatto - che in questo ambito significa arbitrario ( art. 9 Cost. ; DTF 149 II 337 consid. 2.3; 147 V 35 consid. 4.2; 140 III 115 consid. 2) - il ricorrente deve motivare la censura conformemente alle esigenze rigorose poste dall' art. 106 cpv. 2 LTF ( DTF 147 IV 73 consid. 4.1.2, con rinvii; 140 III 264 consid. 2.3, con rinvii) e non può limitarsi a opporre il suo punto di vista alle conclusioni del giudizio impugnato; il Tribunale federale non esamina le critiche di carattere appellatorio ( DTF 145 I 26 consid. 1.3, con rinvii). La parte che vuole completare la fattispecie deve dimostrare, con precisi rinvii agli atti della causa, di aver già presentato alle istanze inferiori, rispettando le regole della procedura, i relativi fatti giuridicamente pertinenti e le prove adeguate ( DTF 140 III 86 consid. 2). Se la critica non soddisfa queste esigenze, le allegazioni relative a una fattispecie che si scosta da quella accertata non possono essere prese in considerazione ( DTF 149 II 337 consid. 2.3; 140 III 16 consid. 1.3.1). L'eliminazione del vizio deve inoltre poter essere determinante per l'esito del procedimento ( art. 97 cpv. 1 LTF ).

I ricorrenti lamentano un apprezzamento arbitrario dei fatti perché la Corte cantonale avrebbe erroneamente ritenuto che l'opponente aveva contestato nel suo appello la liceità del termine suppletorio, ritenendolo non necessario dato che il Pretore avrebbe in ogni caso potuto ordinare d'ufficio l'erezione di una perizia. Ora, tale motivazione non trova riscontro nel testo della sentenza di appello, atteso che questa indica che era stato il giudice di primo grado, per giustificare il mancato decadimento della prova peritale, a menzionare la possibilità di assumere una perizia d'ufficio. Poiché il ricorso non contiene alcuna ammissibile critica degli accertamenti effettuati dalla Corte cantonale, la presente sentenza è fondata sulla fattispecie riportata nel giudizio impugnato.

### E. 3

I ricorrenti sostengono che il ricorso dovrebbe già essere accolto in ragione dell'inversione dell'onere della prova di cui alla norma SIA 118, menzionata nel giudizio pretorile, tema che la Corte cantonale non ha "sorprendentemente" affrontato. Ora, la parziale inversione dell'onere della prova a cui si riferiscono i ricorrenti si limita a porre a carico dell'appaltatore la prova che il difetto segnalato non costituisce una difformità del contratto. I committenti rimangono invece gravati dall'onere di provare lo stato dell'opera che ritengono difettoso (PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, 6a ed, n. 2696). Ne segue che se, come ritenuto dalla Corte cantonale, il sussistere di difetti non è stato provato, poiché la perizia non può essere considerata, la questione di un'eventuale applicazione della norma SIA 118 non si pone. Inutilmente i ricorrenti affermano poi di avere "in ogni caso" provato lo stato fattuale dell'opera e che se il Tribunale di appello "avesse vagliato tutta la fattispecie sottopostagli avrebbe dovuto accertare che mai l'allora convenuta ha sostenuto, né tanto meno provato che i difetti segnalati non costituivano difformità del contratto"; tali apodittiche affermazioni non configurano infatti alcuna ammissibile censura (v. sopra, consid. 2) e concernono questioni che dovranno semmai essere esaminate dalla Corte cantonale, se sono state fatte valere in modo conforme alla legge di procedura, nell'ambito di una nuova decisione pronunciata dopo l'accoglimento dell'argomentazione principale del presente ricorso, concernente l'utilizzabilità della perizia giudiziaria ai fini del giudizio.

#### **E. 4**

La Corte cantonale ha dapprima rilevato che in concreto la perizia non poteva essere assunta d'ufficio ex art. 183 cpv. 1 CPC, poiché essa non costituiva uno strumento per chiarire i fatti, ma un mero mezzo di prova a conferma dell'esistenza dei difetti.

Ora, la conclusione della Corte cantonale appare conforme al diritto federale. Nelle procedure rette dalla massima dispositiva, il giudice può unicamente chiedere in casi eccezionali l'erezione d'ufficio di una perizia. Questa facoltà non deve infatti svuotare di ogni portata la massima dispositiva. Essa è in un certo senso un'alternativa all'interpello previsto all' art. 56 CPC, che non deve contravvenire al dovere di imparzialità del giudice. In concreto, ritenuto che gli attori erano patrocinati da un avvocato, il giudice non avrebbe potuto ordinare d'ufficio una perizia (sentenze 4A\_200/2023 del 16 giugno 2023 consid. 4.4.1, con rinvii; 4A\_572/2018 del 30 marzo 2020 consid. 2.4). In realtà, la questione non si pone in concreto, avendo il patrocinatore degli attori chiesto l'assunzione di una perizia. Occorre quindi unicamente stabilire quali siano le conseguenze della mancata presentazione dei quesiti peritali entro lo scadere del primo termine assegnato dal Pretore.

#### **E. 5**

Giusta l' art. 185 CPC il giudice dà al perito le istruzioni necessarie e gli illustra, per scritto o nel corso dell'udienza, i quesiti sottopostigli (cpv. 1); dà modo alle parti di esprimersi sui quesiti sottoposti al perito e di proporre modifiche od aggiunte (cpv. 2).

Secondo una parte della dottrina spetta esclusivamente al giudice, e non alle parti, elaborare il catalogo delle domande che verrà poi loro trasmesso (SVEN RÜETSCHI, *Berner Kommentar*, n. 3 ad art. 185 CPC; ANNETTE DOLGE, in *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3a ed., n. 1 ad art. 185 CPC). Altri autori, pur riconoscendo che, perlomeno in virtù del testo legale, spetta al tribunale allestire i quesiti che verranno sottoposti al perito, ritengono invece ammissibile permettere alle parti di formularli per primi (DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, *Le Code de procédure civile*, 3a ed., pag. 197; FRANCESCO TREZZINI, *Commentario pratico al Codice di*

diritto processuale civile svizzero, 2a ed., n. 7 ad art. 185 CPC ).

### **E. 5.1**

La Corte cantonale, pur riconoscendo che il Pretore non aveva "seguito alla lettera il tenore dell' art. 185 CPC ", non ha ritenuto contrario al diritto federale far dapprima allestire alle parti la bozza dei quesiti che sarebbero stati sottoposti dal giudice al perito e ha rilevato che gli attori, che non si erano immediatamente opposti a tale modo di procedere, non potevano più farlo. I ricorrenti, con una motivazione non sempre chiara, ritengono invece che le considerazioni della Corte cantonale violino l' art. 185 CPC .

### **E. 5.2**

Ora, in concreto non occorre pronunciarsi sull'ammissibilità del modo di procedere adottato dal giudice di prime cure. Ai fini del presente giudizio basta rilevare che fissando il termine per proporre le domande peritali nell'udienza del luglio 2019 l'allora Pretore non aveva seguito l'ordine previsto dall' art. 185 CPC , che la legge processuale non specifica cosa succede se una parte omette di formulare preliminarmente i propri quesiti entro il termine assegnatole, a differenza di quanto accade ad esempio nel caso in cui la parte convenuta non presenti la risposta nonostante l'assegnazione del termine suppletorio ( art. 223 cpv. 2 CPC ), e che le conseguenze di un'omissione non erano state comunicate alle parti dal giudice di primo grado.

### **E. 6**

L' art. 147 CPC si occupa dell'inosservanza di un termine e delle sue conseguenze. Vi è inosservanza di un termine quando una parte non compie tempestivamente un atto processuale oppure, benché citata, non compare (cpv. 1). Salvo che la legge disponga altrimenti, la procedura continua il suo corso senza l'atto processuale così omesso (cpv. 2). Il giudice rende attente le parti alle conseguenze dell'inosservanza di un termine (cpv. 3).

Quest'ultimo disposto, che sgorga dal principio della buona fede, non è una prescrizione d'ordine, ma la corretta indicazione delle conseguenze costituisce in linea di principio un presupposto della cosiddetta preclusione, a meno che la parte conoscesse le conseguenze dell'omissione o potesse rendersene conto usando la diligenza che si poteva pretendere da lei (sentenze 5A\_545/2021 dell'8 febbraio 2022 consid. 3.2; 4A\_381/2018 del 7 giugno 2019 consid. 2.2). L'obbligo di informare sulle conseguenze dell'inosservanza dipende dalle conoscenze giuridiche dell'interessato ed è più esteso, qualora le parti non siano assistite da un legale (sentenze 4A\_106/2020 dell'8 luglio 2020 consid. 2.2; 4A\_381/2018 del 7 giugno 2019 consid. 2.4). Se il giudice ha omesso di rendere la necessaria informativa dell' art. 147 cpv. 3 CPC , il termine non può essere considerato inosservato nel senso di questa norma con effetto preclusivo, neppure se è stato lasciato trascorrere infruttuosamente (v. fra i molti: FRANCESCO TREZZINI, in Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2a ed, vol. I, n. 12 ad art. 147 CPC ; NICCOLÒ GOZZI, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3a ed., n. 20 ad art. 147 CPC ; NINA J. FREI, Berner Kommentar, n. 29 ad art. 147 CPC ).

### **E. 6.1**

Secondo la Corte cantonale era evidente che, se il termine fissato dal Pretore all'udienza del luglio 2019 fosse stato lasciato scadere infruttuosamente, la procedura sarebbe continuata senza l'atto omesso ( art. 147 cpv. 2 CPC ), ossia le domande peritali, non potendo la parte patrocinata in buona fede ritenere che queste sarebbero state allestite dal giudice o di nuovo

da lei stessa sulla base di un nuovo termine, ma doveva rendersi conto che la mancata presentazione dei quesiti avrebbe comportato la decadenza della prova peritale. Reputa insostenibile pensare che la procedura sarebbe ritornata alla fase precedente, come se il termine non fosse mai stato assegnato. In queste circostanze ha ritenuto irrilevante che il Pretore non abbia indicato le conseguenze del mancato rispetto del termine impartito poiché gli attori, patrocinati da un avvocato e da un praticante, conoscevano o avrebbero dovuto riconoscere, usando la debita diligenza, le implicazioni dell'omissione.

### **E. 6.2**

I ricorrenti affermano che l'avvertenza di cui all' art. 147 cpv. 3 CPC ha carattere costitutivo e che in presenza di avvocati l'obbligo di rendere attenti alle conseguenze del mancato rispetto del termine non è inesistente, ma semplicemente più ristretto. Sostengono poi che per essere effettiva una decadenza della perizia, qualora la parte non presentasse (tempestivamente) i quesiti peritali, avrebbe dovuto essere indicata dal giudice, poiché tale conseguenza non era desumibile dalla legge.

### **E. 6.3**

La critica è fondata. Come già rilevato al consid. 5.2, dalla legge non risulta (e d'altronde nemmeno da una consolidata giurisprudenza) il modo in cui la procedura continua se le parti, contrariamente all'invito rivolto loro dal giudice, non hanno preliminarmente proposto quesiti peritali. Ciò fa sì che l'avvertenza delle conseguenze di un'inadempienza si imponeva anche in presenza di una parte patrocinata: ne segue che l'assenza di un avviso del giudice comporta che il termine scaduto il 20 agosto 2019 non possa essere considerato inosservato nel senso dell' art. 147 CPC (FRANCESCO TREZZINI, loc. cit.). Per questo motivo risulta irrilevante che in concreto non è dato, come indicato dall'opponente nella risposta, il requisito dell'esistenza di una colpa lieve o dell'assenza di una colpa, previsto dall' art. 148 cpv. 1 CPC per la restituzione di un termine non osservato. Il ricorso va pertanto accolto con riferimento alla perizia giudiziaria che va considerata ai fini del giudizio. La sentenza impugnata deve quindi essere annullata e rinviata all'autorità inferiore affinché esamini le rimanenti questioni restate inevase nella procedura d'appello.

### **E. 7**

Le spese giudiziarie e le ripetibili seguono la soccombenza. La parte che ottiene il rinvio della causa per nuova decisione dall'esito ancora aperto è, per quanto attiene ai predetti oneri processuali, considerata interamente vincente ai sensi degli art. 66 cpv. 1 e 68 cpv. 1 e 2 LTF ( DTF 141 V 281 consid. 11.1).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.