

# **TI\_GERICHTE 12.2000.130 vom 11. April 2001**

TI Tribunale d'appello, 2001-04-11, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2000.130](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2000.130)

FR: TI\_GERICHTE 12.2000.130 du 11 avril 2001

IT: TI\_GERICHTE 12.2000.130 del 11 aprile 2001

## **Regeste**

Sentenza o decisione senza scheda

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Malgrado la formulazione delle domande d'appello nell'ordine indicato al capoverso precedente, non v'è chi non veda l'obbligo di affrontare introduttivamente la censura di natura processuale sollevata solo in via subordinata che, se accolta, comporterebbe l'annullamento della sentenza e renderebbe priva d'oggetto la postulata riforma della stessa. Preso atto che il pretore gli imputa di non aver saputo portare nessuna prova liberatoria in suo favore (consid. 4), l'appellante sostiene in questa sede di esservi stato indebitamente impedito proprio dal primo giudice che, nell'ordinanza sulle prove 27 novembre 1996, ha respinto tutte quelle da lui proposte, per aver omesso di indicarle nell'allegato di risposta e non potendo essere ammessa l'enumerazione avvenuta con la duplica. Ammettendo -con riferimento all'art. 170 CPC- che l'indicazione dei mezzi di prova sarebbe un requisito essenziale della risposta di causa, l'appellante ritiene che il giudice -a fronte di un allegato incompleto redatto dal convenuto personalmente- avesse avuto l'obbligo di agire in conformità con l'art. 39 cpv. 2 CPC ( disposizione d'ordine pubblico e di carattere imperativo : appello, ad 5), ossia di fissargli un termine per munirsi di un patrocinatore. Sulla base di tale pretesa omissione postula l'annullamento della risposta e di ogni atto processuale successivo, richiamando implicitamente l'art. 143 CPC.

### **E. 2**

CPC. Né lo sarebbe in generale poiché non è sintomo d'inefficacia della parte nel difendere i propri interessi (cfr. al riguardo Cocchi / Trezzini , op. cit., ibidem, m. 3, 10 e 12), né lo è nel caso di specie dove, presentando l'allegato di duplica, il convenuto ha comunque validamente supplito all'iniziale mancata indicazione delle prove.

### **E. 3**

Il problema processuale evocato dall'appellante concerne invece semmai il diritto della parte di essere sentita nel processo (art. 29 Cost.) a dipendenza del rifiuto del giudice di assumere le prove proposte dalla parte convenuta. Decisiva al riguardo è l'ordinanza sulle prove 27 novembre 1996 con cui il primo giudice ha ammesse le prove notificate dall'attrice, rifiutando invece quelle del convenuto, assumendo che l'indicazione di mezzi di prova solo con l'allegato di duplica non può sanare l'omissione in sede di risposta, nell'allegato di duplica limitandosi infatti il convenuto a sostanzialmente ribadire le tesi già esposte nella risposta. Questa decisione è effettivamente errata: sia perché non esiste nessun limite di contenuto per l'allegato di duplica (art. 176 CPC), sia perché non v'è motivo che induca a ritenere prevalente l'allegato di risposta rispetto a quello di duplica così che solo

nel primo la parte dovrebbe far fronte a determinati suoi obblighi di allegazione o all'indicazione delle prove ( Cocchi / Trezzini , op. cit., art. 176, m. 1; art. 78, m. 22 e 23; art. 180, m. 5). Anzi, in concreto, dal momento che l'attrice ha ritenuto di replicare, l'allegato di duplica si giustificava sia -comunque- perché il convenuto non restasse silente sugli argomenti della replica, sia proprio perché completasse le proprie allegazioni formalmente carenti della risposta. Sennonché, da sola, l'insostenibilità della decisione sulle prove non comporta una lesione dei diritti processuali del convenuto, finché le prove offerte e non ammesse non debbano essere considerate rilevanti nella lite, ossia atte a risolvere un fatto controverso ( Cocchi / Trezzini , op. cit., art. 327, m. 10). In concreto, la sentenza impugnata -come già detto- rimprovera al convenuto di non aver portato nessuna prova liberatoria della sua responsabilità, ossia elementi concreti che potessero essere contrapposti alle risultanze della perizia tecnica su cui il primo giudice ha fondato le proprie conclusioni (sentenza, consid. 3.3 e 4). Ma proprio su questo presupposto l'appellante è pressoché silente, limitandosi ad affermare apoditticamente che un'istruttoria completa avrebbe senz'altro consentito di far chiarezza e di determinare le responsabilità dei numerosi professionisti succedutisi nell'esecuzione dell'opera (appello, pag. 5 in fine). Nulla di più; ciò che non può evidentemente bastare a questo giudice per ritenere che le diverse prove offerte in sede di udienza preliminare e di cui, in quella sede, non risulta essere stato indicato lo scopo, siano rilevanti nella lite. In altre parole, l'appellante non ha sostanziato un presupposto della pretesa lesione dei suoi diritti, non proponendo nemmeno quelle indicazioni relative alle prove che la procedura impone anche davanti al primo giudice (art. 180 cpv. 1 CPC). La censura di natura processuale deve pertanto essere disattesa.

#### **E. 4**

Per quanto riguarda il merito della lite -premessi come in concreto l'appellante non censuri gli accertamenti del primo giudice sull'esistenza di determinati difetti dell'opera- si pone unicamente il problema della tempestività della loro notifica da parte della committente. La natura del contratto che ha legato le parti non è litigiosa; va comunque considerato che l'intervento del convenuto ha avuto per oggetto la progettazione ed esecuzione, incluso lo scavo, in qualità di direzione lavori, di una piscina interna ... (petizione, ad 1), ciò che configura, al di là delle qualifiche personali del convenuto, un contratto d'architetto. Si tratta cioè di un negozio giuridico misto dove esistono prestazioni assoggettate alle norme sull'appalto (così l'esecuzione di piani, di preventivi e del progetto definitivo) e prestazioni sottoposte alle norme sul mandato (come l'aggiudicazione delle opere agli artigiani e la direzione lavori). Se invece il contenuto contrattuale prevede per l'architetto l'obbligo di eseguire la progettazione e di curare la direzione dei lavori o la loro aggiudicazione, ci si trova confrontati con un cosiddetto Gesamtvertrag , di natura mista, il che consente di risolvere ragionevolmente i problemi sorti applicando elasticamente, secondo le circostanze del caso, le norme del mandato oppure dell'appalto che appaiono calzanti alla fattispecie ( DTF 114 II 56; 109 II 466; Bühler, in Comm. di Zurigo, art. 363 CO, N. 171; II CCA 22 gennaio 1999 in re. N. SA / C.). Oggetto della vertenza in esame sono difetti di progettazione, in particolare per quanto riguarda l'impermeabilizzazione della piscina (sentenza, consid. 3.1- 3.3): ciò che induce senza difficoltà all'applicazione delle norme sull'appalto.

#### **E. 5**

Secondo l'art. 367 cpv. 1 CO, eseguita la consegna dell'opera, il committente, appena lo consente l'ordinario andamento degli affari, deve verificare lo stato dell'opera e segnalarne i

difetti all'appaltatore. La mancata verifica e il mancato avviso all'appaltatore equivalgono in sostanza all'approvazione tacita dell'opera consegnata, con la conseguente liberazione dell'appaltatore dalla sua responsabilità, salvo ovviamente che si tratti di difetti irricognoscibili con l'ordinaria verifica all'atto del ricevimento o che l'appaltatore abbia scientemente dissimulati (art. 370 CO). Si ha, in altre parole, la perenzione di tutti i diritti accordati al committente dall'art. 368 CO. Ove i difetti si manifestino più tardi (difetti occulti), dovrà esserne dato avviso tosto che siano stati scoperti, altrimenti l'opera si riterrà approvata malgrado i difetti (art. 370 cpv. 3 CO). L'onere della prova sulla tempestiva notifica dei difetti spetta al committente sulla base dell'art. 8 CC (DTF 118 II 147; 107 II 176) il quale deve dimostrare in particolare quando il difetto gli è divenuto riconoscibile e come e a chi ne ha comunicato l'esistenza, ritenuto che, se è accertata processualmente l'intempestività, il giudice non può ignorare simile circostanza, e questo nemmeno nel caso in cui l'appaltatore stesso non abbia allegato tale fatto (Rep. 1991, 372; II CCA 25 marzo 1994 in re E. SA e llcc./ Banca d.S.).

## E. 6

A prescindere dalla natura della causa che ci occupa e dalle particolarità che la connotano quo l'onere della prova (Cocchi / Trezzini, op. cit., art. 183, m. 13), spettava dunque all'attrice (committente) dimostrare che la notifica dei difetti è avvenuta tempestivamente. Ciò che essa non ha fatto e nemmeno ha seriamente allegato: infatti, nella petizione (pag. 3) si è limitata ad affermare di aver provveduto a notificare immediatamente al convenuto i difetti riscontrati, ecc., richiamando, com'è probabile a comprova della sua asserzione, il doc. I. Si tratta di uno scritto 26 novembre 1993, inviato dalla committente all'ing. \_\_\_\_\_ (oltre un anno dopo l'interruzione del rapporto contrattuale) con cui essa -trasmettendo a quest'ultimo un rapporto dell'Ufficio di consulenza per l'energia di \_\_\_\_\_ (verosimilmente il doc. 9 che tuttavia non reca data alcuna)- indicava tra l'altro la presenza di difetti costruttivi dell'opera di cui esplicitamente attribuiva la responsabilità al convenuto (doc. I). E' tuttavia impossibile sia da questo documento, sia da qualsiasi altro giustificativo versato all'incarto, sia da altri elementi dell'istruttoria, giudicare la tempestività di tale notifica, in particolare non sapendo né quando l'opera è stata portata a termine, né quando il difetto in discussione, ossia la carente impermeabilità della piscina, sia stato osservato e individuato. Nelle conclusioni di causa (pag. 4), l'attrice -riferendosi alla sua debita notifica dei difetti - ha richiamato la deposizione testimoniale \_\_\_\_\_, con particolare riferimento al documento 10. Sennonché, nemmeno quel teste ha chiarito alcunché al proposito, tanto meno in relazione al documento evocato dall'attrice; infatti il doc. 10 è il protocollo di un sopralluogo organizzato dallo studio d'architettura \_\_\_\_\_ con il signor \_\_\_\_\_, l'arch. \_\_\_\_\_ e la committente, allo scopo di verificare le eventuali responsabilità dell'impresa \_\_\_\_\_ ... e dell'ing. \_\_\_\_\_ ... nella costruzione di proprietà della signora \_\_\_\_\_. Ma quel protocollo, oltre a concludere escludendo le prospettate responsabilità proprio anche in merito alla formazione di acqua sotto il manto della piscina, non reca nessuna indicazione di tempo sulla verifica dell'inconveniente, mentre reca la data del 20 settembre 1995: è cioè posteriore alla pretesa notifica di cui al doc. I. Il teste \_\_\_\_\_ (verbale, pag. 3) indica poi di aver avuto un incontro con l'ing. \_\_\_\_\_ nel 1992 per discutere con lui il problema dell'infiltrazione d'acqua di falda nella contesto della costruzione della piscina, ma ciò non sembra rappresentare una constatazione di difetti, sia perché non se ne fa cenno alcuno, sia perché -in tale data- la costruzione verosimilmente era ancora in corso. Appare poi sintomatico dell'atteggiamento negligente dell'attrice il fatto che, ancora in sede di osservazioni

all'appello, essa rimanga assolutamente nel vago su questo aspetto della fattispecie, affermando: La notifica del difetto è stata effettuata prima oralmente e in seguito per scritto, in modo dettagliato, quando vi è stata la sicurezza in merito, osservando come controparte non abbia mai sollevato l'eccezione di notifica tardiva (pag. 3) e aggiungendo: Tale notifica del difetto nascosto è stata in ogni caso data nel termine quinquennale previsto dall'art. 371 cpv. 2 CO (pag. 4), non offrendo cioè all'attenzione del giudice nessun elemento concreto su questo aspetto della lite. Se ne deve concludere che l'attrice non ha effettivamente fatto fronte all'onere probatorio in merito alla tempestività della notifica del difetto. Contingenza processuale di cui il pretore ha tenuto conto in modo affatto errato, rimproverando al convenuto di non aver sollevato l'eccezione relativa, invece di concludere autonomamente -come indicato al precedente capoverso 5 (in fine)- alla liberazione dell'appellante da ogni responsabilità.

#### **E. 7**

Nel merito l'appello deve così essere accolto con la conseguente riforma della sentenza impugnata, ovvero respingendo l'azione di disconoscimento di debito a dipendenza del mancato accertamento di un credito dell'attrice da opporre in compensazione al credito di cui all'esecuzione promossa nei suoi confronti dal convenuto. Il giudizio sulle spese, la tassa di giustizia e le ripetibili segue la soccombenza relativamente a entrambe le sedi. Motivi per i quali, richiamati per le spese l'art. 148 CPC, la LTG e la TOA pronuncia: I. L'appello 1° settembre 2000 di \_\_\_\_\_ é accolto. Di conseguenza la sentenza 28 giugno 2000 del Pretore di Lugano, Sezione 2, è così riformata: 1. La petizione è respinta. 2. La tassa di giustizia di complessivi fr. 800.- e le spese, da anticipare come di rito, restano a carico dell'attrice. Essa è tenuta a rifondere alla controparte l'importo di fr. 1'600.- a titolo di ripetibili. II. Le spese e la tassa di giustizia della procedura d'appello, per complessivi fr. 500.- già anticipate dall'appellante, sono poste a carico di \_\_\_\_\_ con l'obbligo di rifondere alla controparte l'importo di fr. 600.- a titolo di ripetibili. III. Intimazione a: - \_\_\_\_\_ Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 2. Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello Il presidente Il segretario

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