

## **TI\_GERICHTE 12.2004.105 vom 17. August 2005**

TI Tribunale d'appello, 2005-08-17, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2004.105](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2004.105)

FR: TI\_GERICHTE 12.2004.105 du 17 août 2005

IT: TI\_GERICHTE 12.2004.105 del 17 agosto 2005

### **Regeste**

appalto - tipi di mercede - sorpasso del preventivo - consegna dell'opera - notifica dei difetti  
- intempestività - azione estimatoria

### **Volltext**

Ticino Tribunale di appello diritto civile La seconda Camera civile 17.08.2005 12.2004.105

appalto - tipi di mercede - sorpasso del preventivo - consegna dell'opera - notifica dei difetti  
- intempestività - azione estimatoria

Incarto n. 12.2004.105 Lugano 17 agosto 2005 /fb In nome della Repubblica e Cantone Ticino La seconda Camera civile del Tribunale d'appello composta dei giudici: Cocchi, presidente, Epiney-Colombo e Rampini (giudice supplente) segretario: Bettelini, vicecancelliere sedente per statuire nella causa inc. n. OA.2000.27 della Pretura del Distretto di Lugano, sezione 2 promossa con petizione 12 gennaio 2000 da AO 1 rappr. dall' RA 1 contro AP 1 AP 2 entrambe rappr. dall' RA 2 chiedente l'annotazione in via definitiva di un'ipoteca legale di Fr. 62'099,10 oltre interessi in favore del signor AO 1, \_\_\_\_\_ a carico della part. n. \_\_\_\_\_ RFD di quel Comune e di proprietà delle convenute, oltre all'accertamento di un credito di pari importo ed interessi del 5 % a decorrere dal 16 settembre 1999 dell'attore nei confronti della signora AP 1; domanda avversata dalle convenute e che il Pretore, con sentenza 27 aprile 2004, ha parzialmente accolto, nel senso che ha confermato l'annotazione in via definitiva dell'ipoteca legale degli artigiani e degli imprenditori a favore dell'attore e a carico della part. n. \_\_\_\_\_ RFD di \_\_\_\_\_ di proprietà della signora AP 1 in ragione di 5/6 e di AP 2 in ragione di 1/6 per un importo di Fr. 53'697,55, oltre interessi del 5% a decorrere dal 16 settembre 1999, dichiarando nel contempo irricevibile la domanda di accertamento. Appellanti le convenute che, con gravame 1° giugno 2004, chiedono la riforma del querelato giudizio nel senso di respingere la petizione, con conseguente cancellazione dell'ipoteca legale annotata in via provvisoria, protestando spese e ripetibili per entrambe le sedi, mentre l'attore, con osservazioni 12 luglio 2004, postula la reiezione dell'appello con protesta di spese e ripetibili. Letti ed esaminati gli atti e i documenti prodotti Considerato in fatto e in diritto 1. Verso la fine dell'anno 1998 AP 1 ha appaltato all'impresa di costruzione di AO 1 dei lavori in relazione ad opere di capomastro per la riattazione e l'ampliamento di un edificio che sorge sulla part. n. \_\_\_\_\_ RFD di \_\_\_\_\_, di proprietà sua e della sorella AP 2. In corso d'opera l'appaltatore ha emesso delle richieste di acconto di Fr. 44'000.- in data 19 marzo 1999 (doc. D), di Fr. 46'000.- il 23 aprile 1999 (doc. E), nonché di Fr. 42'000.- il 4 giugno 1999 (doc. F), alle quali è seguita una liquidazione finale con un saldo di Fr. 62'099,10 il 27 luglio 1999 (doc. G), posto che la committente aveva versato acconti per complessivi Fr. 100'000.-. In considerazione del fatto che la signora AP 1 si è opposta al pagamento del corrispettivo, con istanza 27 settembre 1999 AO 1 si è rivolto al Pretore del

distretto di Lugano chiedendo l'annotazione in via provvisoria di un'ipoteca legale degli artigiani e degli imprenditori a carico della part. n. \_\_\_\_\_ RFD di \_\_\_\_\_ per Fr. 62'099,10, che il Pretore ha integralmente accolto con decreto supercautelare 16 settembre 1999, confermato l' 8 novembre 1999 in via provvisoria (cfr. inc. DI.99.01063). 2. Entro il termine di 60 giorni assegnatogli dal Pretore, AO 1 ha convenuto in giudizio AP 1 e AP 2, chiedendo l'annotazione in via definitiva di un'ipoteca legale degli artigiani e degli imprenditori di Fr. 62'099,10, oltre interessi del 5% a decorrere dal 16 settembre 1999 a carico della part. n. \_\_\_\_\_ RFD di \_\_\_\_\_ di proprietà delle convenute. Contestualmente l'attore ha chiesto al Pretore di voler accertare l'esistenza di un credito di pari importo nei confronti di AP 1. La domanda è stata avversata dalle convenute, le quali si sono opposte al pagamento, rilevando che i lavori non erano stati ultimati, presentavano numerosi difetti ed erano in contrasto con la licenza edilizia che era stata rilasciata. Soggiungevano, infine, che la liquidazione dell'appaltatore era di gran lunga superiore al preventivo di spesa di Fr. 110'000.-. 3. Con sentenza 27 aprile 2004 il Pretore ha parzialmente accolto la petizione, confermando in via definitiva l'ipoteca legale nella misura di Fr. 53'697,55, oltre interessi al 5% a decorrere dal 16 settembre 1999. Il Pretore ha fissato il corrispettivo residuo che competeva all'appaltatore in base alle risultanze della perizia, alle quali ha aderito l'attore in sede di conclusioni. Ha soggiunto che le obiezioni sollevate dalle convenute non potevano essere accolte, stante che difettavano le prove in relazione all'esistenza di un preventivo di spesa con un determinato importo vincolante fra le parti, come pure le convenute non avevano recato le prove in ordine alla tempestiva notifica dei difetti, nonché in relazione al minor valore dell'opera. Da ultimo il Pretore ha dichiarato improponibile l'azione di accertamento, la quale è sussidiaria all'azione condannatoria e in concreto l'attore avrebbe tranquillamente potuto chiedere un giudizio di condanna, della convenuta AP 1, al pagamento di una somma di denaro. 4. Contro il premesso giudizio le convenute si sono aggravate in appello, assumendo che il Pretore avrebbe lasciato indecisa l'obiezione riferita al superamento del preventivo di Fr. 110'000.-, nel quale si dovevano considerare dei lavori già eseguiti e liquidati nel 1998 per la somma di Fr. 23'411.-. Le appellanti sostengono che l'attore avrebbe omesso di informare la committente sul sorpasso del preventivo. Col che, in assenza del suo accordo, il compenso dell'appaltatore doveva essere ridotto della metà che eccede il margine di tolleranza del 10% riconosciuto dalla prassi, ovvero Fr. 33'425,60. Le appellanti lamentano inoltre che il Pretore non avrebbe considerato che i difetti erano stati notificati all'appaltatore verbalmente in corso d'opera, nonché con uno scritto che è stato versato agli atti sub. doc. 1. Andava altresì rilevato che una notifica non era neppure necessaria, stante che l'attore, per sua stessa ammissione, aveva sospeso i lavori, con la conseguenza che l'opera non poteva essere ritenuta consegnata. Il sopralluogo ha confermato che sul cantiere v'erano ancora resti di materiale di ripiena e da costruzione, vi si trovava un mucchio di terra, mancava il tinteggio di un vano al primo piano, come pure era stato lasciato un buco sopra il camino. Sarebbe stato solo con l'inoltro della petizione che l'attore avrebbe manifestato la sua volontà di recedere dal contratto e di chiedere la remunerazione per i lavori eseguiti. La notifica dei difetti con la risposta di causa doveva pertanto essere ritenuta tempestiva. In ordine ai difetti spettava al Pretore accertarli d'ufficio, rispettivamente tenere conto di quelli che erano emersi nel corso del sopralluogo, quantificando il minor valore dell'opera in applicazione dell'art. 42 cpv. 2 CO. In particolare non potevano essere ammessi i costi per la formazione di una soletta con gronda sporgente che non era prevista dai piani ed era in contrasto con la normativa edilizia, nonché quelli relativi alla realizzazione di una scala

esterna diversa da quella che era stata prevista, ed infine di un'altra che conduce dal soggiorno al primo piano. Altri difetti riguardavano la posa di lastre di cemento lavato sulla terrazza che non avevano una colorazione uniforme, nonché la mancata ultimazione dei lavori. Con tempestive osservazioni l'attore ha negato che fra le parti fosse stato allestito un preventivo di spesa e ha controdedotto che l'opera era stata definitivamente consegnata poiché i lavori ancora da eseguire erano insignificanti. La notifica dei difetti, avvenuta 9 mesi dopo la liquidazione finale del 27 luglio 1999 è tardiva e il Pretore non poteva far capo all'art. 42 cpv. 2 CO per determinare il minor valore. 5. Fra le parti è incontestato che nel corso del 1998 si è perfezionato un contratto di appalto regolato dagli art. 363 segg. CO ed avente per oggetto la riattazione di un edificio che sorge sulla part. n. \_\_\_\_\_ RFD di \_\_\_\_\_. Le ricorrenti lamentano una violazione degli art. da 373 a 375 CO, giacché l'appaltatore avrebbe esposto una liquidazione finale delle opere che supera di gran lunga il preventivo iniziale. A norma dell'art. 363 CO il pagamento del corrispettivo costituisce l'obbligo principale del committente. Gli art. da 373 a 375 CO determinano le regole relative alla determinazione della mercede. Secondo l'art. 373 cpv. 1 CO, allorché il corrispettivo è stato fissato a corpo, l'appaltatore è tenuto ad eseguire l'opera per l'importo previsto, ad eccezione di circostanze straordinarie ed imprevedibili (art. 373 cpv. 2 CO). Compete all'appaltatore sopportarne il rischio. Per contro, allorché le parti convengono dei prezzi effettivi ("secondo il valore del lavoro e le spese dell'appaltatore": art. 374 CO), questo rischio è posto a carico del committente. Ciò vale egualmente in caso di sorpasso non eccessivo del preventivo ai sensi dell'art. 375 CO (CR CO I- Chaix , N. 2 all'art. 373). Colui che pretende che fra le parti sono stati fissati dei prezzi fissi (forfetari o unitari), ne deve recare la prova (BR 2001 n. 261 pag. 80). In caso di dubbio si deve optare per dei prezzi fissi, poiché l'art. 374 CO ha per scopo di completare l'art. 373 CO ( Chaix , op. cit. N. 1 all'art. 374; Gauch , Der Werkvertrag, 4a ed., N. 1014). Il preventivo approssimativo previsto dall'art. 375 CO appartiene ad una categoria intermedia fra i prezzi forfetari e quelli effettivi. Si tratta di una disposizione che conferisce alcuni diritti al committente in caso di superamento eccessivo del preventivo e segnatamente quello di ottenere una riduzione congrua della mercede se si tratta di costruzioni erette sul suo fondo (art. 375 cpv. 2 CO). Secondo la giurisprudenza v'è un superamento eccessivo del preventivo allorché il corrispettivo finale è superiore al 10% rispetto a quello del preventivo iniziale (DTF 115 II 462 consid. 3b). Nondimeno, anche se le parti si sono intese su un preventivo approssimativo, il compenso dell'appaltatore deve essere in seguito fissato in base a prezzi effettivi (in questo senso BR 1995 n. 237 pag. 91). Incombe al committente che intende avvalersi dei diritti sul sorpasso del preventivo, provare che le parti hanno convenuto un preventivo ai sensi dell'art. 375 CO (DTF 4C.346/2003 del 26 ottobre 2004 consid. 3.1 in fine; BSK OR I- Zindel/Pulver , N. 38 all'art. 375; Chaix , op. cit. 36 all'art 375; Gauch , op. cit. n. 1018 pag. 286; Tercier , Les contrats spéciaux, 3a ed., n. 4343). Nel caso in esame, contrariamente a quanto è stato assunto dalle appellanti nel gravame, il Pretore si è pronunciato in relazione al superamento del preventivo (decisione impugnata pag. 3 consid. 3), rilevando correttamente che la prova che loro incombeva non è stata recata. Le appellanti sostengono che il preventivo, stante la fiducia e i rapporti di amicizia che esistevano fra le parti, è stato convenuto oralmente, ma negli atti non v'è alcuna traccia di un simile accordo e l'attore ne ha contestato l'esistenza. Così stando le cose, in assenza di prove, la decisione del Pretore merita di essere protetta. Il credito dell'appalto è stato fissato sulla base degli accertamenti peritali riferiti ai lavori che hanno formato oggetto della liquidazione finale del 27 luglio 1999 e non di altri eseguiti in precedenza di Fr. 23'411.-,

che non sono mai stati litigiosi. 6. Le appellanti rimproverano al Pretore di non aver considerato che l'opera non era ancora stata consegnata, con la conseguenza che esse non erano tenute a notificare i difetti allorché ricevettero la liquidazione finale dei lavori eseguiti dall'appaltatore. Egualmente esse ritengono di averli notificati tempestivamente già prima che l'attore sospendesse i lavori sul cantiere, come pure successivamente, prima ed in corso di causa con l'allegato di risposta. Da ultimo ritengono che nel caso in esame una perizia tendente a determinare il minor valore delle opere difettose non era necessaria e che il Pretore, d'ufficio, avrebbe dovuto fissarlo in base ai principi che discendono dall'art. 42 cpv. 2 CO. 6.1. Nel contratto d'appalto il dovere di verifica e di notifica dei difetti nasce allorché l'opera viene consegnata (art. 367 cpv. 1 CO; DTF 117 II 264 consid. 2a; Gauch, op. cit. N. 2109), ovvero quando i lavori sono stati ultimati (DTF 118 II 142 consid. 4 in fine). La consegna dell'opera è una nozione giuridica che si fonda su degli elementi di fatto precisi (DTF 97 II 354 consid. 2c). Essa consiste nella consegna da parte dell'appaltatore al committente dell'opera finita e realizzata in conformità del contratto. Poco importa che l'opera presenti o meno dei difetti. La consegna da parte dell'appaltatore avviene mediante traditio o tramite un avviso ad hoc (DTF 115 II 458/459 consid. 4; 113 II 267 consid. 2b; 97 II 353 consid. 2c). In quest'ultimo caso la consegna risulta dalla ricezione di un avviso di ultimazione dei lavori (Gauch, op. cit. N. 98). La consegna, rispettivamente la ricezione dell'opera può altresì aver luogo tacitamente quando la stessa viene utilizzata in conformità alla sua destinazione (DTF 115 II 459 consid. 4; Gauch, op. cit. N. 93). La presentazione di una fattura dei lavori eseguiti da parte dell'appaltatore può egualmente valere come comunicazione dell'ultimazione dei lavori per atti concludenti. La questione di sapere se la fattura dell'appaltatore costituisce un avviso tacito dipende dalle circostanze (TF 4C.301/2003 del 4 febbraio 2004 consid. 4.1; Gauch, op. cit. N. 96). Nel caso in esame non v'è alcun dubbio per ritenere che l'opera sia stata consegnata. La fattura emessa dall'attore il 27 luglio 1999 di Fr. 162'099,10 era intestata come liquidazione finale ed essa era accompagnata da uno scritto di pari data (doc. G), dal quale si poteva arguire che per l'appaltatore le opere erano da ritenere ultimate. L'attore evidenziava altresì che eventuali contestazioni avrebbero potuto essere comunicate entro il 15 agosto 1999 e proponeva alla committente uno sconto del 5% nel caso in cui avesse liquidato le sue prestazioni prima del 16 settembre 1999. Dal rapporto giornaliero del 6 luglio 1999 emerge altresì che gli operai dell'attore avevano proceduto quel giorno a lavori di sgombero e di pulizia del cantiere (doc. Q separazione arancione) e i testi \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ hanno riferito che i lavori sono stati ultimati prima delle ferie dell'edilizia, rispettivamente nel corso della prima settimana del mese di luglio del 1999. È vero che nel corso del sopralluogo si è potuto prendere atto che alcuni lavori non erano ancora stati ultimati e segnatamente v'erano dei materiali di ripiena sul terreno, che la parete ovest del locale al primo piano non era stata tinteggiata e che, sempre in questo vano, sopra il caminetto, v'era un buco di ca. cm 25 X 70 chiuso da un pannello posato dal signor \_\_\_\_\_, ma questi difetti non ostano alla consegna dell'opera. Allorché i lavori da ultimare sono insignificanti rispetto ai lavori appaltati, come in concreto, ogni contestazione riferita alla consegna dell'opera da parte del committente potrebbe integrare gli estremi dell'abuso di diritto (Gauch, op. cit. N. 104). Stando così le cose si deve ritenere che l'opera è stata consegnata. 6.2. A norma dell'art. 367 cpv. 1 CO, seguita la consegna dell'opera, il committente appena lo consenta l'ordinario corso degli affari, deve verificarne lo stato e segnalarne all'appaltatore i difetti. La mancata verifica e il mancato avviso all'appaltatore equivalgono in sostanza all'approvazione tacita dell'opera consegnata, con conseguente liberazione dell'appaltatore

della sua responsabilità, a meno che si tratti di difetti irriconoscibili con l'ordinaria verifica all'atto del ricevimento o che l'appaltatore li abbia scientemente dissimulati (art. 370 CO). Si ha in altre parole la perenzione di tutti i diritti conferiti al committente dall'art. 368 CO ( Gauch , op. cit. N. 2160). Ove si manifestano più tardi, dovrà essere dato avviso tosto che siano stati scoperti, altrimenti l'opera si riterrà approvata tacitamente (art. 370 cpv. 2 CO) nonostante i difetti. L'onere della prova della tempestività dei difetti compete al committente (DTF 118 II 147; 107 II 176; BSK OR I- Zindel/Pulver , N. 32 all'art. 367; II CCA 27.8.2003 inc. 12.2002.187). Compete altresì al committente dimostrare quando il difetto gli è divenuto riconoscibile, come pure a chi egli ne ha comunicato l'esistenza, ritenuto che se è assodata processualmente l'intempestività, il Giudice non può ignorare simile circostanza, e questo nemmeno nel caso in cui l'appaltatore stesso non allegghi tale fatto (Rep. 1993 pag. 200; II CCA 27.11.2001 in re T./R.). Il termine per la notifica a norma dell'art. 367 cpv. 1 CO inizia a decorrere dalla consegna dell'opera ( Gauch , op. cit. N. 2109). Nel caso in esame agli atti figura un solo documento nel quale sono stati evidenziati dei difetti (doc. 1), ma lo stesso non è datato, né risulta sia stato consegnato, rispettivamente spedito all'appaltatore nei giorni successivi la consegna dell'opera. Posto che i lavori sono stati ultimati entro i primi 10 giorni del luglio del 1999, e che le opere difettose erano evidenti e potevano essere riconosciute al momento della consegna, le appellanti non possono ragionevolmente pretendere di avere ancora la possibilità di notificare i difetti all'appaltatore con l'allegato di risposta del 30 marzo 2000, ovvero 8 mesi dopo la consegna dell'opera. La notifica è manifestamente tardiva o, quantomeno, non risulta dagli atti che la committente abbia in altro modo segnalato, tempestivamente all'attore, i difetti apparenti evidenziati nel sopralluogo e nel doc. 1. Ne discende che l'opera, difettando una valida e tempestiva denuncia dei difetti, va considerata accettata tacitamente (art. 370 cpv. 2 CO). Pertanto i diritti alla garanzia (art. 368 cpv. 2 CO) sono perenti (Rep. 1993 pag. 202; Gauch , op. cit. N. 2072; Chaix , op. cit. N. 22 all'art. 370). 6.3. Per completezza di motivazione va altresì ricordato che se il committente si avvale dell'azione estimatoria, l'onere della prova del minor valore compete a quest'ultimo ( Chaix , op. cit. N. 75 all'art. 368; Gauch , op. cit. N. 1667). Per calcolare la riduzione del corrispettivo in proporzione del minor valore, dottrina e giurisprudenza hanno adottato il metodo relativo, ovvero la riduzione della mercede deve corrispondere al rapporto esistente fra il valore oggettivo dell'opera scevra di difetti e il valore dell'opera difettosa consegnata (DTF 116 II 313 consid. 4a; 111 II 162 consid. 3a; 105 II 101 consid. 4a). La scelta di questo metodo tende a ristabilire l'equilibrio delle prestazioni secondo i principi su cui si fondano i contratti sinallagmatici (DTF 85 II 193). La sua applicazione rigorosa può comportare delle difficoltà nel fissare il valore oggettivo dell'opera senza difetti e il valore oggettivo dell'opera consegnata con i difetti. Per evitare questi problemi la giurisprudenza ha posto come presunzione che il valore dell'opera che avrebbe dovuto essere consegnata è pari al corrispettivo fissato dalle parti (DTF 111 II 163). Egualmente, per facilitare l'applicazione dell'art. 368 cpv. 2 CO, il Tribunale federale ha altresì precisato che sussiste un'altra presunzione per la quale il minor valore è pari ai costi di ripristino dell'opera (DTF 116 II 313). Le convenute non hanno recato una simile prova. In particolare esse non hanno addotto neppure con il gravame quali sono i costi per eliminare i difetti. L'applicazione dell'art. 42 cpv. 2 CO, che conferisce al giudice un certo potere d'apprezzamento dei fatti, è ammissibile solamente nei casi in cui l'esatto importo della riduzione è difficile da stabilire e segnatamente nei casi di difetti estetici e di danno futuro (DTF 4C.346/2003 del 26.10.2004, consid. 4.3 ; 4C.2001/2000 del 12.6.2001 consid. 5b; Chaix , op. cit. N. 36 all'art. 368), ma non necessariamente in altri. In

concreto la prova del minor valore poteva essere recata agevolmente facendo capo a degli accertamenti peritali che le convenute non hanno chiesto. 7. Ne consegue che l'appello, infondato in ogni punto, deve essere respinto. La tassa di giustizia, le spese e le ripetibili seguono l'integrale soccombenza delle convenute ed appellanti. Per i quali motivi richiamati per le spese l'art. 148 CPC, la LTG e la TOA dichiara e pronuncia: 1. L'appello 1° giugno 2004 delle signore AP 1 e AP 2 è respinto. 2. Le spese della procedura di appello consistenti in: a) tassa di giustizia Fr. 1'150.- b) spese Fr. 50.-  
totale Fr. 1'200.- già anticipate dalle appellanti, restano a loro carico, con l'obbligo di rifondere all'attore Fr. 1'500.- a titolo di ripetibili di appello. 3. Intimazione: - -  
Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 2 terzi implicati 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.