

## **TI\_GERICHTE 12.2008.63 vom 14. Mai 2009**

TI Tribunale d'appello, 2009-05-14, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2008.63](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2008.63)

FR: TI\_GERICHTE 12.2008.63 du 14 mai 2009

IT: TI\_GERICHTE 12.2008.63 del 14 maggio 2009

### **Regeste**

Procedura civile, eccezione di cosa giudicata, non per pretese che possono fare oggetto di compensazione o di azione riconvenzionale

### **Volltext**

Ticino Tribunale di appello diritto civile La seconda Camera civile 14.05.2009 12.2008.63

Procedura civile, eccezione di cosa giudicata, non per pretese che possono fare oggetto di compensazione o di azione riconvenzionale

Incarto n. 12.2008.63 Lugano 14 maggio 2009 /fb In nome della Repubblica e Cantone Ticino La seconda Camera civile del Tribunale d'appello composta dei giudici: Epiney-Colombo, presidente, Walser e Rampini (giudice supplente) segretario: Bettelini, vicecancelliere sedente per statuire nella causa inc. n. OA.2007.6 della Pretura del Distretto di Leventina promossa con petizione 3 aprile 2007 da AP 1 rappr. dall' RA 1 contro AO 1 rappr. dall' RA 2 con cui l'attore ha chiesto la condanna della convenuta al pagamento di fr. 218'402.31, oltre interessi al 5% dal 1° febbraio 2003, domanda avversata dalla convenuta, la quale ha eccepito in limine l'eccezione processuale della res iudicata e del difetto di competenza territoriale del Pretore, il quale con decreto 20 febbraio 2008 ha accolto l'eccezione di cosa giudicata; appellante l'attore, che con gravame 12 marzo 2008 chiede la riforma del querelato giudizio, nel senso di respingere l'eccezione di cosa giudicata, protestando spese e ripetibili per entrambe le sedi; mentre la convenuta, con osservazioni 24 aprile 2008, 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. Il 25 maggio 2005 AO 1 ha convenuto in giudizio AP 1 davanti alla Pretura del Distretto di Lugano sezione 3, postulandone la condanna al pagamento di fr. 106'262.50 in relazione a lavori per la ristrutturazione di un rustico a C\_\_\_\_\_ (fr. 34'496.85) e di uno a R\_\_\_\_\_, località \_\_\_\_\_. Con sentenza 7 agosto 2006 il Pretore, stante la mancanza di contestazioni sugli importi dedotti in giudizio e la preclusione del convenuto, ha accolto la petizione (inc. n. OA.2005.390). La sentenza è nel frattempo divenuta definitiva. Successivamente, il 2 aprile 2007, AP 1 ha convenuto in giudizio davanti alla Pretura del Distretto di Leventina AO 1 chiedendone la condanna al pagamento della somma di fr. 218'402.31, oltre interessi al 5% a decorrere dal 1° febbraio 2003, lamentando che AO 1 aveva eseguito la direzione dei lavori in maniera carente, senza progetti esecutivi, firmando dei bollettini a regia che andavano invece contestati, stante l'esistenza di innumerevoli difetti nell'edificio di R\_\_\_\_\_, località \_\_\_\_\_. AO 1 non aveva neppure allestito un preventivo dei costi, né aveva seguito la liquidazione delle opere, consigliando il suo cliente a non accettare una proposta dell'impresario costruttore che aveva offerto uno sconto di fr. 11'000.- sulla mercede finale. Quest'ultimo litigio già sfociato con una decisione sfavorevole all'attore, perché il Pretore del Distretto di

Leventina lo ha condannato a versare fr. 18'187.60 all'impresario, a cui si sono aggiunti altri costi accessori per interessi, spese, tasse di giustizia e ripetibili sino a concorrenza di fr. 27'480.-. Da questa vertenza AP 1 avrebbe patito un danno di fr. 20'000.-. Per rimuovere i difetti esistenti, l'attore era poi stato costretto ad appaltare i lavori ad un'altra impresa, alla quale aveva dovuto sborsare un compenso di fr. 22'000.-. AP 1 era stato altresì colpito da un ordine di rimozione delle piode che erano state posate sul tetto del rustico di R\_\_\_\_\_ e che erano state ordinate dalla convenuta, la cui sostituzione ha causato un danno all'attore di complessivi fr. 61'995.95 (comprensivi delle spese di causa per il patrocinio e le tasse di giustizia sino al Tribunale cantonale amministrativo). In progresso di tempo l'attore era stato indotto dalla convenuta ad acquistare un fondo a C\_\_\_\_\_ sul quale sorgeva il basamento di un rustico. Per far fronte ai costi di costruzione dell'edificio e per non perdere una caparra di fr. 20'000.-, l'attore aveva dovuto accendere un mutuo, i cui interessi al 31 dicembre 2006 ammontavano a fr. 51'277.41, come pure egli aveva emesso una fattura di fr. 63'128.95 per un mutuo, dei servizi e delle spese che dovevano essere poste a carico di AO 1. 2. La convenuta si è opposta alle domande, sollevando, fra altre contestazioni che qui non occorre ricordare, l'eccezione di cosa giudicata, rilevando che il contendere fra le parti era già stato deciso con la sentenza del Pretore del Distretto di Lugano del 7 agosto 2006. Con decreto 20 febbraio 2008 il Pretore del Distretto di Leventina ha accolto l'eccezione di cosa giudicata, dichiarando irricevibile la petizione. Per il Pretore la causale della pretesa dell'attore era da ricondurre ai progetti e ai lavori che sono stati effettuati nei rustici di C\_\_\_\_\_ e di \_\_\_\_\_ (F\_\_\_\_\_), ovvero per quel complesso di fatti che è stato giudicato dal Pretore del Distretto di Lugano e che si è concluso con la condanna di AP 1 al pagamento di fr. 106'262.50, oltre accessori a AO 1. Eventuali obiezioni ed eccezioni andavano proposte in quella causa, ove egli è rimasto precluso. 3. Contro il premesso decreto l'attore si è aggravato in appello ponendo in evidenza che le pretese fatte valere davanti al Pretore del Distretto di Leventina avrebbero potuto formare oggetto di una domanda riconvenzionale e che egli non era tenuto a farle valere in via d'eccezione nella causa che lo vedeva convenuto dinnanzi la Pretura del Distretto di Lugano, nella quale è risultato soccombente al pagamento di una somma di denaro a causa della sua preclusione. Con tempestive osservazioni la convenuta si è associata alle argomentazioni del Pretore, precisando che se l'attore avesse voluto far valere le sue domande, avrebbe dovuto farlo in via riconvenzionale o in via d'eccezione per compensazione nella causa già decisa davanti la Pretura del Distretto di Lugano, dove l'appellante era rimasto precluso in seguito alla reiezione di un'istanza di restituzione in intero. In questa vertenza non si possono quindi più rimettere in discussione dei fatti e delle pretese già giudicate. 4. L'art. 109 CPC prescrive che la sentenza fa stato fra le parti e i suoi successori a titolo universale. La forza di cosa giudicata ha per oggetto una pretesa che ha già formato oggetto di una decisione che è cresciuta in giudicato, ovvero che non può più essere rimessa in discussione né dalle parti, né dai tribunali. Per prassi la forza di cosa giudicata deriva dal diritto materiale federale, nella misura in cui le pretese dedotte in giudizio si fondano su questo diritto. Ciò si verifica quando nell'uno e nell'altro processo le parti hanno sottoposto al giudice la stessa pretesa che si fonda sulla stessa causa giuridica e sugli stessi fatti (e sulle stesse pretese, ovvero che la domanda proposta in causa è identica a quella che ha formato oggetto della sentenza cresciuta in giudicato, DTF 4C.82/2006 del 27 giugno 2006 consid. 3.2; 125 III 242 consid. 1; 123 III 18 consid. 2a). L'identità delle pretese si intende in senso materiale e non grammaticale. Non è necessario, né tantomeno determinante che le conclusioni siano state formulate in maniera identica nei due processi (DTF 123 III 19 consid. 2a). Di regola solo il

giudizio di fondo ( Sachurteil ) fruisce della forza di cosa giudicata, ma per determinare se questa condizione è data, occorre riferirsi ai motivi del giudizio (DTF 128 III 195 consid. 4a; 125 III 13 consid. 3a; 116 II 18 consid. 2a; II CCA 16 ottobre 1998 n. 12.1996.148 consid. 1). Per dire se vi sia forza di cosa giudicata o meno, occorre comparare la pretesa invocata nella seconda procedura con il contenuto oggettivo del giudizio che è stato emanato nel primo processo (DTF 4C.21/2002 del 4 aprile 2002, consid. 3 con rif. di dottrina).

4.1 Nel caso in esame non è controverso che le domande fatte valere da AO 1 davanti la Pretura del Distretto di Lugano avevano per oggetto l'incasso di crediti che derivavano da un contratto nel quale essa aveva assunto la progettazione, le opere di ingegneria (calcoli statici e altro), la direzione dei lavori, nonché diverse opere legate alla fornitura e alla posa di piode in ardesia e altri lavori da capomastro per la ristrutturazione di un rustico che sorgeva sulla part. n. \_\_\_\_\_ RF nel Comune di R \_\_\_\_\_, in località \_\_\_\_\_ (doc. A e fatture doc. 3), il cui saldo scoperto risultava essere di fr. 71'765.65 (doc. 4). Il contendere aveva pure per oggetto delle opere d'appalto per la costruzione di un rustico nel Comune di C \_\_\_\_\_ in relazione al trasporto di legname, all'aiuto prestato per l'edificazione dell'edificio, ai lavori di carpenteria e ad altri lavori relativi alla sistemazione esterna, per un importo complessivo di fr. 34'496.85 (doc. 3 e 4). Nella seconda causa qui in esame, l'attore, precluso dinnanzi al Pretore del Distretto di Lugano, ha avanzato delle pretese riferite ai danni che AO 1 gli ha procurato nella conduzione della direzione dei lavori per la realizzazione della ristrutturazione del rustico posto nel Comune di R \_\_\_\_\_ in relazione alla disorganizzazione del cantiere, a difetti che non sono stati tempestivamente notificati all'impresa di costruzione, alla firma di bollettini a regia nonostante la presenza di difetti, alla mancanza di un preventivo, di piani esecutivi e del collaudo delle opere, all'assenza di un controllo in sede di liquidazione delle opere, come pure in ordine ad una inappropriata consulenza al momento in cui si entrò in lite con l'impresa di costruzione che, pur di non rivolgersi al Pretore, aveva concesso al committente uno sconto di fr. 11'000.- sulla fattura finale. Anziché accettare la proposta, l'attore è stato condannato a pagare all'impresa di costruzione una somma che era di fr. 27'480.90 superiore a quella che gli era stata prospettata. Per ovviare ai difetti lasciati dall'impresa di costruzione, l'attore ha dovuto far capo a un'altra impresa di costruzione, la quale ha esposto una fattura di fr. 22'000.- per isolare l'immobile. AO 1, in violazione della licenza edilizia che era stata rilasciata, ha poi proceduto alla posa di lastre tipo "Val Malenco" di colore verde, che sono state rimosse con costi aggiuntivi in seguito ad un ordine di ripristino confermato dal Tribunale cantonale amministrativo. Il danno per questa posizione è risultato essere di fr. 61'995.95. Per il cantiere aperto a C \_\_\_\_\_, l'attore asserisce di essere stato coinvolto, suo malgrado, in questa operazione immobiliare dalla convenuta, la quale gli aveva promesso che dopo la costituzione di un diritto di compera avente per oggetto le part. n. \_\_\_\_\_ RFD di quel Comune, si sarebbe fatta cedere il diritto, rispettivamente avrebbe trovato un acquirente. La convenuta sarebbe però venuta meno ai propri impegni, cagionando all'attore un danno di fr. 51'277.41 per il pagamento di interessi ipotecari sino al 31 dicembre 2006, i quali avrebbero dovuto essere sostenuti dalla convenuta, che invece non se ne è fatta carico. Oltre a ciò l'attore ha esposto una nota d'onorario di complessivi fr. 63'128.95, che AO 1 non ha mai onorato (doc. GGG) e che concerneva la consegna di porte e scarpriere, il pagamento di un'offerta di un progetto per uno chalet a C \_\_\_\_\_, spese di viaggio e costi per telefonate e fax, nonché un mutuo di fr. 20'000.- relativo alla costituzione del ricordato diritto di compera con interessi al 6% sino al 31 dicembre 2002, spese di trasferta e riunioni tenute con il notaio, spese di

progettazione e di promozione per la vendita dello chalet di C \_\_\_\_\_, costi sostenuti per l'allacciamento elettrico del suo immobile, locazione del parcheggio alla convenuta nella sua proprietà, vendita di un orologio e, per concludere, il saldo di un'operazione di cambio valuta. 4.2 In concreto è pacifico che l'attore nella prima causa davanti al Pretore del Distretto di Lugano è rimasto precluso e non ha potuto far valere le sue pretese compensatorie. Giova pertanto esaminare se la sua preclusione nella prima causa gli possa essere di pregiudizio anche in quella qui in oggetto. La forza di cosa giudicata si estende a tutti i fatti che sono stati inclusi nella causa, poiché la sentenza stabilisce definitivamente la situazione di fatto all'origine della controversia. Di conseguenza si sarà in presenza di una forza di cosa giudicata, se nella prima domanda i fatti non sono stati allegati nelle dovute forme, nei tempi prescritti dal codice di rito, oppure ancora perché le domande non sono state sufficientemente motivate (DTF 116 II 744 consid. 2; Hohl, Procédure civile, Berna 2001, Tome I, N. 1302; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3 a ed., pag. 379/380). Questo principio si applica però solo alla domanda principale che era stata fatta valere da AO 1 nei confronti di AP 1, ma non viceversa. Non vi può oggettivamente essere un'identità di pretese fra quelle che il qui attore ha fatto valere nella presente vertenza e quelle che sono state avanzate da AO 1 davanti al Pretore del Distretto di Lugano. Diversamente da quanto sostiene la convenuta, la domanda riconvenzionale non doveva necessariamente essere fatta valere davanti al Pretore di Lugano, come pure l'attore proceduralmente non era neppure tenuto a far valere le sue pretese compensatorie nella prima causa, nella quale è risultato soccombente e non ha potuto inoltrare il suo allegato di risposta. 5. La domanda riconvenzionale è l'azione introdotta dal convenuto nei confronti dell'attore (art. 172 e 173 CPC) ed essa non costituisce un mezzo di attacco o di difesa, ma è una domanda allo stesso titolo di quella principale, per la quale il convenuto fa valere delle pretese indipendenti da quelle che hanno formato oggetto della domanda principale (DTF 123 III 47 consid. 3c; Hohl, op. cit., n. 362). La domanda principale e quella riconvenzionale non sono materialmente inscindibili, ma sono indipendenti l'una dall'altra (DTF 5A\_207/2008 del 4 dicembre 2008 consid. 4; 123 III 47). Il qui attore non era pertanto tenuto giuridicamente a far valere le sue pretese nel primo processo, e ciò tanto nell'ambito di un contratto di appalto, quanto in quello di un mandato. Le richieste di risarcimento che sono state avanzate dall'attore e racchiuse nel doc. GGG (promozione per la vendita e progetti del rustico di C \_\_\_\_\_, spese di trasporto, mutuo di fr. 20'000.- unitamente agli interessi, spese di allacciamento all'energia elettrica, ecc.) per complessivi fr. 63'128.95, non hanno alcuna correlazione con la domanda che ha formato oggetto di giudizio davanti al Pretore del Distretto di Lugano, come non la può avere la richiesta di rifusione di fr. 51'277.41 per interessi sul mutuo che è stato acceso dall'attore (doc. AAA e petizione punti 13 e 14 pag. 7/8) per l'acquisto e l'edificazione del rustico di C \_\_\_\_\_, che AO 1, sempre a dire dell'attore, si era impegnata ad acquistare o a vendere a terzi. Le altre pretese vantate dall'appellante si riferiscono in larga misura a un inadempimento del mandato, per una carenza nella progettazione, nella conduzione della direzione dei lavori, rispettivamente nella liquidazione delle opere appaltate all'impresa B \_\_\_\_\_ SA, che ha cagionato un danno all'attore di fr. 22'000.- per l'eliminazione dei difetti lasciati da quest'ultima e che non hanno potuto essere rimossi se non a spese del mandante, oltre a fr. 20'000.- per l'inadeguata consulenza di liquidazione della fattura finale all'Impresa B \_\_\_\_\_ SA. A questo riguardo la giurisprudenza del Tribunale federale ha avuto modo di chiarire che, di principio, il mandatario conserva il suo diritto al pagamento dell'onorario anche in caso di inadempimento del contratto, quantomeno per l'attività che ha

svolto correttamente. In caso di un inadempimento totale, per il quale si deve ritenere che l'attività del mandatario si è rivelata inutile per il mandante, il professionista perde interamente il suo diritto all'onorario (DTF 124 III 427 consid. 4a). Il diritto alla riduzione dell'onorario e la riparazione del pregiudizio cagionato per la cattiva esecuzione del mandato, possono – ma non devono necessariamente - essere compensati con il credito in pagamento dell'onorario (DTF 124 III 426; Fellmann , Berner Kommentar, N. 535 e 545 all'art. 394). In queste evenienze si è in presenza di due pretese indipendenti ( Tercier/Favre/Conus , Les contrats spéciaux, 4 a ed., n. 5258): l'una, dell'architetto, tendente all'incasso dell'onorario (art. 394 cpv. 3 e 402 CO) e, l'altra, del mandante, volta al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 398 CO. Il risarcimento del danno non può unicamente essere fatto valere per via d'eccezione in una causa al momento in cui il mandatario chiede la condanna al pagamento del mandante di una somma di denaro per le prestazioni che ha offerto a quest'ultimo. Al mandante rimane aperta la facoltà di far valere il suo pregiudizio in via riconvenzionale – che è un'azione a sé stante rispetto alla domanda principale -, oppure può avanzare i suoi diritti autonomamente in una causa separata. Nella misura in cui al contratto inerisce natura di appalto per talune prestazioni, come ad esempio la fornitura e la posa di piode per il rustico di R\_\_\_\_\_, località \_\_\_\_\_, che sono state sostituite a causa di un ordine di ripristino per fr. 61'995.95, nonché per altri lavori di costruzione eseguiti direttamente da AO 1, qualora le condizioni prescritte dall'art. 368 cpv. 2 CO fossero date, il committente può optare – alternativamente - per l'azione redibitoria, la riduzione della mercede in proporzione al minor valore, nonché il rifacimento dell'opera (DTF 116 II 311 consid. 3a). A complemento di questi diritti, l'art. 368 CO prevede che il committente ha diritto ad un'azione di risarcimento del danno conseguente al difetto dell'opera ( Gauch , Werkvertrag, ed. 1996, N. 1850), la quale non può essere esercitata autonomamente, ma cumulativamente a uno dei diritti formatori scelti dal committente ( Chaix , Commentaire Romand CO I, N. 4 e 56 all'art. 368; Gauch , op. cit. N. 1852; Zindel/Pulver , Basler Kommentar, n. 68 all'art. 368). L'attore in causa non ha fatto valere con chiarezza se la somma di fr. 61'995.95 fosse dovuta interamente a titolo di risarcimento o, quantomeno in parte, a titolo di riparazione a spese dell'appaltatore, la quale non è propriamente un'azione di risarcimento del danno, ma una domanda di rimborso delle spese che sono state sopportate dal committente ( Gauch , op. cit. N. 1809; Tercier/Favre/Carron , op. cit. n. 4585). Questa/e domanda/e, come le altre, non obbligavano l'attore a farle valere in via d'eccezione durante il primo processo. La/e stessa/e può/possono essere fatta/e valere autonomamente in una causa separata (su questo aspetto cfr. Gauch , op. cit. N. 1622 e Tercier/Favre/Carron , op. cit. n. 4599 a proposito dell'azione estimatoria, che deve valere mutatis mutandis anche per le altre azioni previste dall'art. 368 CO). In definitiva solo questioni di mera opportunità processuale possono indurre il committente o il mandante a opporre in giudizio le pretese compensatorie in via d'eccezione o mediante un'azione riconvenzionale contro l'appaltatore o il mandatario. Tanto il committente, quanto il mandante conservano il diritto di avanzare le loro pretese in un procedimento disgiunto e autonomo rispetto al primo, senza per questo rimettere in discussione il giudicato del primo processo. 6. Ne discende che l'appello merita di essere accolto. La tassa, le spese e le ripetibili seguono la completa soccombenza dell'appellata per entrambe le sedi di giudizio. Per i quali motivi, richiamati per le spese l'art. 148 CPC, la LTG e il Regolamento sulle ripetibili dichiara e pronuncia: I. L'appello 12 marzo 2008 di AP 1 è accolto e di conseguenza il decreto 20 febbraio 2008 del Pretore del Distretto di Leventina è così riformato: 1. L'eccezione di cosa giudicata presentata da AO 1 è respinta. 2. La tassa di

giustizia di fr. 500.-- e le spese di fr. 200.-- sono poste a carico della parte convenuta, che dovrà pure a quella attrice fr. 1'000.-- a titolo di ripetibili. II. Le spese della procedura di appello consistenti in: a) tassa di giustizia fr. 250.- b) spese fr. 50.- totale fr. 300.- già anticipate dall'appellante, sono poste a carico

dell'appellata, con l'obbligo di rifondere alla parte appellante fr. 700.- a titolo di ripetibili. III. Intimazione: - - Comunicazione alla Pretura del Distretto di Leventina, con l'incarto di ritorno. Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello La presidente

Il segretario Rimedi giuridici Nelle cause a carattere pecuniario è dato ricorso in materia civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro 30 giorni dalla notificazione del testo integrale della decisione (art. 100 cpv. 1 LTF), se il valore litigioso ammonta a fr. 15'000.- nelle vertenze in materia di diritto del lavoro e di locazione e a fr. 30'000.- negli altri casi; per valori inferiori il ricorso è ammissibile se la controversia concerne una questione di diritto di importanza fondamentale o se una legge federale prescrive un'istanza cantonale unica (art. 74 cpv. 2 LTF). Il ricorso è ammissibile contro le decisioni che pongono fine al procedimento (art. 90 LTF). Esso è pure ammissibile contro una decisione che concerne soltanto talune conclusioni, se queste possono essere giudicate indipendentemente dalle altre, o che pone fine al procedimento soltanto per una parte dei litisconsorti (art. 91 LTF), oppure ancora contro decisioni pregiudiziali e incidentali notificate separatamente e concernenti la competenza o domande di ricasazione (art. 92 cpv. 1 LTF). In presenza di altre decisioni pregiudiziali o incidentali, il ricorso è ammissibile solo se le stesse possono causare un pregiudizio irreparabile o se l'accoglimento del ricorso comporterebbe immediatamente una decisione finale consentendo di evitare una procedura probatoria defaticante o dispendiosa (art. 93 LTF). Qualora non sia dato il ricorso in materia civile è possibile proporre negli stessi termini ricorso sussidiario in materia costituzionale (art. 113, 117 LTF). La parte che intende impugnare una decisione sia con un ricorso ordinario sia con un ricorso in materia costituzionale deve presentare entrambi i ricorsi con una sola e medesima istanza (art. 119 LTF).

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