

## **TI\_GERICHTE 12.2009.86 vom 7. März 2011**

TI Tribunale d'appello, 2011-03-07, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2009.86](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2009.86)

FR: TI\_GERICHTE 12.2009.86 du 7 mars 2011

IT: TI\_GERICHTE 12.2009.86 del 7 marzo 2011

### **Regeste**

Appalto, minor valore per difetti dell'opera, portata di perizia giudiziaria, diritti del committente in caso di difetti dell'opera, diritto di scelta del committente nei mezzi di difesa

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Il 1° gennaio 2011 è entrato in vigore il Codice di diritto processuale civile svizzero del 19 dicembre 2008 (CPC). La decisione pretorile è stata pronunciata e impugnata prima di questa data e la procedura ricorsuale rimane dunque disciplinata dal previgente codice di procedura civile cantonale (art. 404 cpv. 1 CPC). I. Sull'appello principale

#### **E. 2**

La Pretora ha ritenuto, basandosi in particolare sulla perizia giudiziaria, che l'opera presentasse dei difetti imputabili all'attrice, che avrebbe eseguito un intervento in contraddizione con la caratteristica del sistema di risanamento prescelto. Accertata la responsabilità della ditta esecutrice nella difettosità dell'opera, il minor valore derivante è stato quantificato in fr. 40'593.25, pari al costo per ripristinare l'opera, sulla base di una delle due varianti di riparazione proposte dal perito, ovvero quella più onerosa, ma che meglio garantisce una tenuta qualitativa e nel tempo. Con le censure d'appello il convenuto rimprovera anzitutto alla giudice di prime cure di aver fondato tale giudizio sulle conclusioni di una perizia giudiziaria incompleta, a tratti contraddittoria e inconcludente dal profilo tecnico e pertanto inattendibile. Il rifiuto di un complemento e una delucidazione della perizia costituisce a suo dire un apprezzamento arbitrario delle prove.

#### **E. 3**

L'art. 253 CPC stabilisce che il giudice non è vincolato dall'opinione dei periti e che egli si pronuncia secondo la propria convinzione, così come del resto previsto dall'art. 90 CPC. In presenza di una perizia giudiziale il giudice deve pertanto esaminare se il perito ha tenuto conto dei fatti e degli argomenti a favore e contro le rispettive tesi e - ritenuto che il giudice non è esperto della materia specifica - se le conclusioni a cui costui è giunto sono logiche e convincenti, prive cioè di punti oscuri, lacune o contraddizioni ( Cocchi/Trezzini , CPC-TI, m. 6 ad art. 253). Ciò nondimeno, il giudice che decide di aderire alle conclusioni del perito non è tenuto a darne una motivazione particolareggiata nella sentenza. Se per contro intende distanziarsi dalle conclusioni peritali, onde non eccedere il proprio potere di apprezzamento egli deve motivare in modo concreto e rigoroso le ragioni che lo hanno condotto a dissentire dall'opinione dell'esperto, non bastando in tal senso l'adduzione di mere congetture o considerazioni soggettive ( Cocchi/Trezzini , op. cit., m. 3 ad art. 253). Ovviamente il rilievo di discrepanze o contraddizioni tra le conclusioni del perito giudiziario e quelle della parte in causa non è sufficiente a fondare legittimi dubbi circa l'attendibilità della perizia

giudiziaria, visto che essa non può andare soggetta alla critica soggettiva di quella parte che intende erigere la propria opinione a canone di scienza e verità. Occorre piuttosto che sia provata, alla luce degli argomenti della parte, l'inconcludenza di determinate affermazioni del perito giudiziario, la loro contraddittorietà con determinati elementi di fatto o con principi fondamentali di una determinata scienza o arte ( Cocchi/Trezzini , op. cit., m. 6 ad art. 253).

#### **E. 4**

In questa sede, come detto, il convenuto ritiene anzitutto che la perizia giudiziaria sia lacunosa in merito all'estensione e all'entità dei difetti, ribadendo le censure già esposte con le conclusioni. L'appellante censura in particolare il fatto che l'accertata cattiva esecuzione sia stata considerata solo con riferimento alle due facciate sulle quali i fenomeni (screpolature, bolle, fessurazioni e stacco di intonaco) si sono manifestati in modo più evidente, omettendo, in modo insostenibile, di considerare anche il difetto progressivo che tende ad aggravarsi presente anche su tutte le altre facciate dell'edificio. Come si vedrà, si tratta di obiezioni che non scalfiscono l'attendibilità del referto peritale. La perizia giudiziaria aveva anzitutto lo scopo di accertare la rilevanza dei pretesi difetti. Rispondendo al quesito n. 2, chiedente di descrivere "lo stato attuale di tutte le facciate" e di indicare "in particolare l'ubicazione e le caratteristiche dei difetti che esse presentano" , il perito ha chiaramente risposto descrivendo i gravi difetti constatati alla facciata ovest fronte lago. Ha pure rilevato la presenza di due bolle alla facciata sud e accertato un fenomeno di stacco dell'intonaco al parapetto del ballatoio rivolto verso la corte interna dell'edificio. Per "tutte le altre facciate" il perito ha espressamente indicato che "non si denotano difetti di rilievo". A fronte di una chiara risposta al quesito il convenuto, con l'istanza di completazione e delucidazione dapprima e con le conclusioni e le censure d'appello in seguito, non ha opposto altro che sue soggettive obiezioni in merito ad un preteso riverbero che avrebbe abbagliato il perito durante il sopralluogo, impedendogli di cogliere la rilevanza dei difetti e all'insufficienza di un semplice esame visivo, ritenendo invece necessari prelievi, analisi sui materiali o non meglio precisati "ulteriori esami più approfonditi". Le contestazioni non vanno oltre la critica soggettiva del convenuto che ritiene di contrapporre la propria opinione a quella del perito. Gli argomenti sollevati dall'appellante non dimostrano l'inconcludenza di determinate affermazioni del perito giudiziario o la loro contraddittorietà con determinati elementi di fatto emersi. Neppure il più volte invocato referto dell'ing. \_\_\_\_\_ (doc. 7) è atto a supportare le tesi dell'appellante. Infatti il documento in questione è un preventivo per il rifacimento totale dell'intonaco, con particolare attenzione alla tecnica e ai materiali ritenuti idonei, e non vuole essere, come espressamente indicato già a titolo di premessa ( "Obiettivi e limiti"), un referto sull'intervento in precedenza eseguito e oggetto della vertenza. A torto l'appellante pretende inoltre di poter dedurre la presenza di ulteriori difetti dell'opera dalle risposte date dal perito ai successivi quesiti, volti a stabilire la correttezza dell'intervento eseguito dalla ditta attrice e a quantificare i costi per la riparazione dei difetti accertati. Contrariamente a quanto censura l'appellante, il giudizio pretorile si esprime sull'insieme dell'opera eseguita: accertata la sostanziale correttezza tecnica del procedimento di risanamento applicato, la Pretora fa propria la conclusione del perito che, pur ravvisando un'incongruenza nell'uso di uno specifico materiale, la considera unicamente quale concausa rilevante nell'apparizione dei difetti accertati, ma non conferma la tesi del convenuto che da tale circostanza vorrebbe dedurre una difettosità complessiva dell'opera, per invocare l'esigenza di un rifacimento totale delle facciate, anche laddove i difetti sarebbero a suo dire solamente latenti o difficilmente percettibili. Viste le circostanze

non può pertanto essere rimproverato alla Pretora di aver aderito alle conclusioni a cui è giunto il perito in merito alla rilevanza dei difetti e di aver conseguentemente respinto le richieste di delucidazione e completazione. Per gli stessi motivi nemmeno si giustifica di ammettere la richiesta di completazione e delucidazione della perizia formulata in questa sede.

## **E. 5**

A detta del convenuto, per nulla condivisibile sarebbe inoltre la quantificazione dei costi per l'eliminazione dei difetti avvenuta riprendendo in modo acritico le conclusioni peritali, indifendibili e inconcludenti, senza i necessari approfondimenti e omettendo di confrontarsi con le obiezioni formulate. A fronte di un difetto d'esecuzione accertato su tutte le facciate, la proposta di risanamento parziale e limitata ad alcune parti non sarebbe in grado di assicurare né una stabilizzazione dei fenomeni, né che il processo di deterioramento non continui. Solo un rifacimento totale dell'opera darebbe le necessarie garanzie. L'adesione alle risultanze indifendibili e inconcludenti della perizia avrebbe inoltre condotto la giudice a una quantificazione errata dei costi di riparazione e del conseguente minor valore, la stima dei costi essendo molto inferiore ai prezzi di mercato, come emerge dalle stesse risultanze istruttorie. A fronte di tali elementi, con il rifiuto di un approfondimento al proposito, la Pretora è incorsa in un apprezzamento arbitrario delle prove che giustifica un annullamento della sentenza e un nuovo giudizio.

### **E. 5.1**

Su questo aspetto le censure d'appello ripropongono, in modo pressoché inalterato, le argomentazioni esposte nell'allegato conclusivo. Già per questo motivo ci si deve anzitutto chiedere se al riguardo il gravame sia ammissibile (art. 309 cpv. 2 lett. f CPC). La questione può comunque rimanere indecisa.

### **E. 5.2**

La censura al giudizio pretorile va infatti comunque respinta: questa si limita in sostanza all'invocazione di gravi lacune nella perizia e ripropone le lamentele relative dell'indebito rifiuto di delucidazioni e completazioni. A mente dell'appellante, l'agire della Pretora, che avrebbe eluso l'esame delle critiche sollevate, costituirebbe un'errata valutazione delle prove e una violazione del diritto di essere sentito per carente motivazione. La censura del convenuto si fonda anzitutto sul presupposto che l'opera sia difettosa nella sua totalità e che di conseguenza si renda necessario un rifacimento di tutte le superfici delle facciate. Per i motivi menzionati al considerando precedente, tale difettosità non è però stata accertata dal perito e la Pretora ne ha correttamente tenuto conto, identificando di conseguenza il minor valore derivante al committente dai difetti dell'opera nei costi di riparazione delle facciate limitatamente ad alcuni difetti puntuali visibili, specificamente indicati nel referto peritale. Tra le due varianti proposte dal perito la giudice di prime cure ha optato per quella più onerosa, considerata in grado di offrire le migliori garanzie di tenuta qualitativa e nel tempo. Va dapprima rilevato come la perizia, contrariamente a quanto asserisce l'appellante, non si è limitata ad una conclusione interlocutoria. La descrizione della modalità di intervento alla facciata ovest non può essere intesa come espressione di un dubbio sull'entità dell'intervento di riparazione, ma appare chiaramente quale indicazione del metodo per eseguire accuratamente il risanamento, secondo una procedura che il perito stesso è stato in grado di quantificare in termine di tempo di esecuzione, materiale di consumo e interventi, come dimostra la precisa esposizione del costo delle due varianti. Il convenuto pretende

invero che l'intervento di riparazione proposto dal perito e confermato dalla sentenza pretorile sarebbe sostanzialmente diverso da quello pattuito, di qualità nettamente inferiore e non in grado di raggiungere il risultato pregiato che avrebbe dovuto garantire il lavoro dell'attrice. A supporto di questa tesi egli si limita ad invocare il preventivo d'intervento proposto da un tecnico di sua fiducia (referto dell'ing. \_\_\_\_\_, doc. 7). Un simile documento, allestito in circostanze e per finalità di cui si è detto (supra, consid 2.2) non è comunque atto a inficiare le conclusioni peritali, alle quali l'appellante contrappone solamente sue deduzioni e allegazioni, senza supporto di uno specifico referto tecnico che possa in qualche modo avere valore probatorio ( Cocchi/Trezzini , CPC-TI App., Lugano 2005, m. 93 ad art. 90; Leuenberger , Der Beweis im Zivilprozess, pag. 97). Non meritano accoglimento neppure le tesi dell'appellante relative alla metodologia di analisi applicata dal perito e ai pretesi ostacoli al corretto accertamento dei difetti conseguenti alle particolari condizioni meteorologiche e di luminosità, tali da impedire di "cogliere completamente la rilevanza dei difetti" , rispettivamente di "comprenderne l'entità e il possibile degrado in futuro" . Anche in questo caso il convenuto non ha fornito altro che una sua personale valutazione, inadeguata a scalfire la presunzione che la persona incaricata di redigere il referto tecnico, anche nel scegliere tempi e modalità del suo intervento abbia svolto il proprio compito in modo corretto e tecnicamente ineccepibile, conformemente alle regole dell'arte, supportato da un'esperienza professionale pluridecennale. Pure su questo aspetto, contrariamente a quanto pretende l'appellante, il perito giudiziario ha risposto ai quesiti e ha motivato il suo referto spiegando, sia pure a tratti in modo succinto, le ragioni a sostegno delle sue conclusioni. Anche con riferimento alla quantificazione dei costi di riparazione la Pretora non aveva quindi motivi particolari per fare astrazione dalle conclusioni peritali. Non vi è pertanto dubbio alcuno sui motivi che l'hanno indotta ad accogliere parzialmente la petizione, che il convenuto ha del resto dimostrato nel suo appello di aver compreso. Tanto basta per respingere la censura di carenza di motivazione (DTF 132 I 198 consid. 3; Cocchi/Trezzini , op. cit., m. 2 ad art. 285).

#### **E. 6**

In definitiva, la sentenza della Pretora regge alle critiche mosse dal convenuto, per cui l'appello principale, infondato, deve essere respinto. II. Sull'appello adesivo

#### **E. 7**

La giudice di prime cure ha respinto le tesi dell'attrice relative alla pretesa improponibilità dell'eccezione quanti minoris ex art. 368 cpv. 2 CO. La Pretora ha riconosciuto che la dichiarazione contenuta nella lettera 7 aprile 2005 con la quale il convenuto invitava l'attrice a restituire gli acconti versati (doc. N), se presa a sé stante, potrebbe essere letta quale espressione della volontà del committente di dipartirsi dal contratto, ma ha d'altro canto ritenuto che la stessa non potesse essere estrapolata dal contesto in cui è stata formulata e da quello che l'ha seguita. Viste le circostanze, se anche si volesse ammettere la volontà risolutiva del committente, l'agire successivo delle parti imporrebbe quindi di ritenerla revocata senza opposizione della controparte, secondo quanto accertato in prima sede. L'attrice censura tale conclusione, a suo dire contraddittoria. Rievocati dottrina e giurisprudenza in merito alla natura di diritto formatore di una simile espressione di volontà e alla sua irrevocabilità, essa rimprovera alla giudice di prime cure di aver a torto riconosciuto un inammissibile jus variandi , in contraddizione con i disposti dell'art. 368 CO.

## **E. 8**

I diritti del committente in caso di difetti dell'opera sono regolati dall'art. 368 CO che, a seconda dei casi, permette all'interessato o di rifiutare l'opera, postulando in caso di colpa dell'appaltatore anche il risarcimento del danno (art. 368 cpv. 1 CO), oppure nel caso di difetti di minore entità, di diminuire la mercede in proporzione al minor valore dell'opera, o chiedere, se ciò non cagioni all'appaltatore spese esorbitanti, la riparazione gratuita dell'opera e, nel caso di colpa, anche il risarcimento dei danni (art. 368 cpv. 2 CO). Nella prima eventualità, vale a dire quella retta dall'art. 368 cpv. 1 CO, il committente tende alla rescissione ex tunc del contratto di appalto in analogia con l'azione redibitoria di cui all'art. 205 cpv. 1 CO (DTF 98 II 122; Gauch, *Der Unternehmer im Werkvertrag*, 2 a ed., n. 414 e segg.) con la logica conseguenza dell'estinzione delle reciproche obbligazioni delle parti contraenti e dell'obbligo alla restituzione delle prestazioni già effettuate (Gauch, *op. cit.*, n. 416 e 417). Per consolidata giurisprudenza il committente è di principio legato alla scelta di uno dei mezzi di difesa previsti dall'art. 368 CO tosto che ne ha dato comunicazione all'appaltatore, trattandosi di un diritto costitutivo unilaterale, per cui la dichiarazione relativa al suo esercizio, in un senso o nell'altro, è irrevocabile e implica necessariamente la rinuncia definitiva alle alternative scartate (DTF 116 II 311, 109 II 41, 107 III 108 e riferimenti; Rep. 1999, pag. 215, 1993, pag. 197, 1985, pag. 133; Gauch, *op. cit.*, n. 1581, 1688 e 1835). Il diritto di scelta del committente viene ripristinato solo qualora l'appaltatore sia in mora con l'esecuzione dei lavori di riparazione, quando tali lavori si rivelino oggettivamente impossibili, e se - nonostante la loro esecuzione - l'opera rimane difettosa (Gauch, *op. cit.*, n. 1797, 1843 e 1846), oppure ancora, in applicazione dell'art. 2 CC, se in conseguenza di particolari circostanze non vi è altro mezzo per ripristinare l'equivalenza delle reciproche prestazioni contrattuali (DTF 107 II 348).

## **E. 9**

Nel caso concreto, tenuto conto delle circostanze, non può essere rimproverato alla giudice di prime cure di aver interpretato il tenore di una specifica dichiarazione nel contesto dell'ampio scambio di corrispondenza intercorso al fine di trovare una soluzione concordata per rimediare ai difetti dell'opera. Come rilevato nel giudizio pretorile, la dichiarazione 7 aprile 2005 (doc. N) si inserisce nell'ambito di una trattativa volta a definire congiuntamente origine e modalità di eliminazione dei difetti apparsi, durata perlomeno dal giugno 2004 al novembre 2005, tramite un intenso scambio epistolare, discussioni e sopralluoghi, con il coinvolgimento di terze persone qualificate. Gli sforzi profusi in questa ricerca di una soluzione concordata non sono stati interrotti dopo lo scritto in questione, anzi sono proseguiti, secondo la cronologia degli eventi esposta nella decisione impugnata, con una rinnovata volontà di riparare e hanno condotto ad una rinegoziazione tra le parti in merito alla definizione dell'intervento riparatore, senza alcuna obiezione o riserva da parte della ditta esecutrice che ha ritenuto di sollevare l'obiezione dell'eccezione quanti minoris solo nella successiva fase processuale. Abbondanzialmente si rileva come, se anche l'opzione fosse stata validamente e irrevocabilmente formulata, essa sarebbe comunque infondata e non avrebbe quindi potuto impedire al convenuto di far valere i difetti. Infatti, l'entità del difetto accertata dall'istruttoria non permette di ritenerlo di gravità tale da rendere l'opera inservibile. L'infondatezza della ricusa dell'opera non comporta di per sé il buon fondamento della pretesa attorea volta al pagamento della mercede. Proprio in tal caso, in base alla giurisprudenza, si constata in effetti il verificarsi di uno di quei casi in cui il principio dell'affidamento deve sopperire all'eccessivo rigore schematico delle norme sul

contratto d'appalto: stabilito che il difetto non è tale da rendere l'opera inaccettabile o inutilizzabile, occorre dunque determinare il minor valore dell'opera e con esso l'ammontare della riduzione della mercede pattuita (II CCA 22 ottobre 1996 inc. n. 12.96.156, 17 febbraio 1998 inc. n. 12.97.250, 16 dicembre 1999 inc. n. 12.1999.188, 5 febbraio 2001 inc. n. 12.2000.129; ICCTF 7 luglio 2006 4C.147/2006). La conclusione a cui è giunta la Pretora regge pertanto alla critica dell'insorgente.

#### **E. 10**

La giudice di prime cure ha inoltre respinto l'eccezione dell'attrice relativa alla tardività della notifica dei difetti ex art. 367 cpv. 1 CO, considerato come i lavori siano giunti a compimento tra la fine di maggio e i primi giorni di giugno 2004, periodo a cui ha ritenuto potesse essere fatto coincidere il momento della consegna dell'opera. Siccome a quel momento i difetti, vista la loro natura, non potevano essersi già manifestati, la "ristretta forchetta temporale", quantificata in pochi giorni, ha permesso di escludere una notifica tardiva, tenuto conto dei riscontri documentali incontestati (lettera del committente all'attrice 12 luglio 2004 e fax 1° luglio 2004 relativi alla questione dei difetti, doc. 9). L'appellante adesiva rileva anzitutto che tale ragionamento non può assolutamente essere condiviso, contestando che tali fatti siano provati, alla luce dell'onere della prova incombente al committente ai sensi dell'art. 8 CC. La censura è inammissibile poiché l'appellante adesiva si limita ad esporre la sua interpretazione del corretto significato del documento in questione, ma senza confrontarsi con gli argomenti invocati dalla Pretora per giungere ad una conclusione diversa. A supporto della sua tesi essa neppure ritiene di esporre concretamente la sua versione dei fatti, omettendo in particolare di indicare quale sarebbe la data di apparizione dei difetti, rispettivamente il momento in cui è intervenuta la notifica che pretende tardiva. Lo stesso dicasi per la pretesa genericità della notifica, solo menzionata senza neppure indicare quali sarebbero gli elementi rilevanti che la controparte avrebbe omesso di specificare nella notifica dei difetti. La censura andrebbe in ogni caso respinta siccome, dal riscontro documentale menzionato dalla giudice di prime cure (doc. 9), comprendente anche la comunicazione fax 1° luglio 2004 della ditta attrice al committente ("la presente a comunicarle che la settimana 28 sarà presente un tecnico della R \_\_\_\_\_ nonché il Signor D \_\_\_\_\_ della F \_\_\_\_\_.Ti per esaminare e risolvere la tematica relativa alla posa del nastro per il restauro delle fessure." ), emerge con chiarezza come a quel momento fosse già in corso tra le parti una discussione relativa ai problemi alle facciate, coinvolgendo anche terze persone. Anche su questo punto da decisione pretorile merita pertanto conferma.

#### **E. 11**

Dovendosi con ciò confermare la conclusione della Pretora relativa alla quantificazione del minor valore dell'opera, per il resto non contestata, rimane da esaminare la censura con cui l'appellante adesiva contesta che la data dell'inoltro della petizione sia stata considerata quale momento determinante per la decorrenza degli interessi di mora. La censura, peraltro espressa in maniera assai vaga invocando genericamente una non meglio precisata dottrina, va respinta. Neppure l'appellante pretende esserci stata interpellazione dopo l'invio delle varie fatture. Per costante giurisprudenza, la semplice indicazione sulla fattura del termine di 30 giorni per il pagamento non costituisce valida interpellazione ai sensi dell'art. 102 CO (II CCA del 10 dicembre 1996 inc. n. 12.96.189). III. Conclusioni Ne discende la reiezione dell'appello e dell'appello adesivo e la conferma della sentenza di prime cure. Gli oneri processuali, calcolati per l'appello principale su un valore litigioso di fr. 143'925.75 e per

l'appello adesivo di 40'593.25, seguono la rispettiva integrale soccombenza (art. 148 CPC). Per i quali motivi, richiamati l'art. 148 CPC e la TG dichiara e pronuncia I. L'appello 27 aprile 2009 di AP 1 è respinto. II. Le spese della procedura d'appello consistenti in: a) tassa di giustizia fr. 2'950.- b) spese fr. 50.- totale fr. 3'000.- da anticiparsi dall'appellante, restano a suo carico, con l'obbligo di rifondere all'attrice fr. 4'000.- a titolo di ripetibili di appello. III. L'appello adesivo 3 giugno 2009 di AO 1 è respinto. IV. Le spese della procedura d'appello adesivo consistenti in: a) tassa di giustizia fr. 1'450.- b) spese fr. 50.- totale fr. 1'500.- da anticiparsi dall'appellante adesiva, restano a suo carico, con l'obbligo di rifondere al convenuto fr. 2'000.- a titolo di ripetibili di appello. V. Intimazione: - - Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 3 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 (art. 74 cpv. 1 LTF).

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