

# **TI\_GERICHTE 12.2012.125 vom 16. April 2013**

TI Tribunale d'appello, 2013-04-16, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2012.125](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2012.125)

FR: TI\_GERICHTE 12.2012.125 du 16 avril 2013

IT: TI\_GERICHTE 12.2012.125 del 16 aprile 2013

## **Regeste**

Assunzione di prova peritale a titolo cautelare e istanza provvisoriale per blocco di deposito in denaro

## **Erwägungen**

### **E. 1**

La decisione impugnata è una decisione finale, emanata in una procedura indipendente con cui è stata respinta una richiesta di assunzione di prove a titolo cautelare ai sensi dell'art. 158 CPC (DTF 138 III 76 consid. 1.2 pag. 79; DTF 138 III 46 consid. 1.1 pag. 46). Nelle controversie patrimoniali con valore di almeno fr. 10'000.- la decisione del Pretore è impugnabile mediante appello (art. 308 cpv. 2 CPC) e a tale esigenza non sfuggono le decisioni prese in procedura sommaria (art. 314 CPC) come l'assunzione di prove a titolo cautelare cui si applicano le disposizioni sull'emanazione dei provvedimenti cautelari (art. 158 cpv. 2 CPC e art. 261 segg. CPC). Secondo gli accertamenti del primo giudice il valore litigioso supera in ogni caso la soglia di fr. 10'000.-. Si può quindi procedere all'esame dell'appello.

### **E. 2**

Il Pretore ha statuito sulle due distinte domande degli istanti (assunzione di prova peritale a titolo cautelare e misure provvisoriale relative al blocco dei due importi di fr. 5'000.- e fr. 70'000.- depositati presso il notaio) con un'unica decisione e un unico procedimento. Per quel che concerne le misure provvisoriale, il primo giudice ha accertato che le condizioni previste nell'accordo 21 febbraio 2011 per la liberazione degli importi di fr. 5'000.- e di fr. 70'000.- in favore della venditrice (doc. G) erano state adempiute, per cui non vi era motivo di bloccare tali depositi presso il notaio. In ogni caso, prosegue il Pretore, il blocco equivarrebbe a un sequestro camuffato e non sarebbe quindi possibile. Sulla domanda di assumere la prova peritale a titolo cautelare, prima ancora della pendenza di una causa di merito, il Pretore ha osservato che al momento della consegna dell'appartamento le parti avevano allestito una lista dei difetti, la cui eliminazione avevano stimato dovesse costare circa fr. 5'000.- (doc. E). Ora, quasi nessuno di quei difetti figura, secondo il primo giudice, nella particolareggiata consulenza di parte fatta allestire dagli acquirenti (doc. O). Il consulente di parte, per contro, ha elencato difetti o mancanze relativi a crepe (opere non ancora collaudate), a parti comuni dell'immobile per le quali gli istanti non hanno legittimazione attiva a procedere in garanzia dei difetti o a opere fatte eseguire direttamente dagli istanti ed esulanti dal contratto tra le parti. Inoltre, prosegue il Pretore, una prova peritale a titolo cautelare non si giustifica, poiché l'esistenza dei difetti è accertata e il tema a sapere chi ne risponde esula da una prova peritale a titolo cautelare. Sull'istanza di prova a titolo cautelare

### **E. 3**

Ai sensi dell'art. 158 CPC il giudice procede all'assunzione di prove a titolo cautelare qualora la legge autorizzi una parte a richiederla (art. 158 cpv. 1 lett. a CPC) oppure la parte istante renda verosimile che i mezzi di prova siano esposti a pericolo o che sussista un interesse degno di protezione (art. 158 cpv. 1 lett. b CPC). Nell'ambito del contratto d'appalto, in seguito alla consegna dell'opera, ciascuna delle parti ha il diritto di chiedere a sue spese la verifica dell'opera a mezzo di periti e la dichiarazione di collaudo (art. 367 cpv. 2 CPC). Nella fattispecie, gli istanti in prima sede non si sono avvalsi tempestivamente di tale facoltà. Non sono quindi date le condizioni poste all'art. 158 cpv. 1 lett. a CPC e occorre verificare se gli acquirenti possono prevalersi delle altre condizioni richieste per l'assunzione di una prova a titolo cautelare, vale a dire l'esposizione a pericolo della prova medesima o l'interesse degno di protezione (art. 158 cpv. 1 lett. b CPC).

#### **E. 3.1**

Giusta l'art. 158 cpv. 1 lett. b CPC il giudice può tra l'altro procedere all'assunzione di prove a titolo cautelare qualora la parte istante renda verosimile che sussista un interesse degno di protezione. L'assunzione di prove a titolo cautelare può in tal caso servire a valutare le probabilità di vincere la causa o di riuscire a fornire determinate prove, allo scopo di evitare azioni o impugnazioni prive di possibilità di successo in modo da limitare rispettivamente semplificare futuri processi (cfr. Messaggio concernente il Codice di diritto processuale civile svizzero del 28 giugno 2006, in: FF 2006 p. 6687; Trezzini, Commentario CPC, p. 759 seg.; Fellmann, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, ZPO Kommentar, n. 17 ad art. 158). L'interesse degno di protezione deve essere rivolto all'assunzione anticipata di una o più prove (M. Schweizer, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung, in: ZZZ 2010 p. 8 seg.). Al sussistere di un tale interesse non possono essere poste esigenze troppo elevate (Fellmann, op. cit., n. 19 ad art. 158; Livschitz / Schmid, Sie wollen klagen – Ihr Gegner hat die Beweise, in: AJP 2011, p. 742 seg.; M. Schweizer, op. cit., p. 10). 3.2 L'istituto dell'art. 158 cpv. 1 lett. b CPC non è applicabile ogni qualvolta la parte che intende avviare una causa non sia in possesso di tutti gli elementi per chiarire il caso di specie, mentre dei terzi o la controparte lo sono; degno di protezione deve invece essere il tentativo di chiarire anticipatamente le possibilità di buon esito di un procedimento giudiziario mediante la verifica della possibilità di disporre delle prove (Gasser / Rickli, ZPO Kurzkomentar, n. 4 ad art. 158). L'istante dovrà in definitiva rendere verosimile, fornendo debita allegazione e specificazione, che un litigio di merito è incombente, che i fatti sui quali ha richiesto i mezzi di prova siano utili e pertinenti, ossia che la misura d'istruzione reclamata sia suscettibile di migliorare la sua situazione processuale in un eventuale futuro processo, e che la fattispecie sulla quale intende costruire la procedura giudiziale di merito è tale da renderne particolarmente incerto l'esito, mentre tale incertezza può essere chiarita grazie all'assunzione anticipata delle prove ai sensi della norma (Trezzini, op. cit., p. 760 seg.; II CCA 28 ottobre 2011 inc. n. 12.2011.115).

### **E. 4**

Gli appellanti rimproverano al Pretore di aver negato a torto l'assunzione della prova peritale a titolo cautelare. Essi sostengono che la prova cautelare da loro richiesta deve permettere di definire l'oggetto del futuro contenzioso tra le parti, per determinare quali siano i difetti rientranti nella garanzia a carico della venditrice, stante la divergenza di opinioni al riguardo tra le parti contrattuali. Ribadiscono inoltre che le cosiddette opere

supplementari erano oggetto del contratto tra le parti, come esplicitamente previsto dal doc. G, che i difetti nel giardino si riferiscono a una parte a loro assegnata in uso esclusivo, e che la perizia cautelare deve chiarire la nozione stessa di difetto. Già da tali argomentazioni emerge con chiarezza che le divergenze tra le parti sull'estensione della garanzia per difetti della venditrice si riferiscono non tanto all'esistenza delle varie manchevolezze indicate in modo particolareggiato nel rapporto di constatazione "appartamento 1" allestito dall'arch. \_\_\_\_\_ il 24 aprile 2012 (doc. O), quanto piuttosto a sapere se queste configurino difetti per i quali è responsabile la venditrice. La risposta a tale quesito rientra nell'esclusiva competenza del giudice chiamato a statuire in una causa di merito e non può essere oggetto di una perizia tecnica. Nella fattispecie gli acquirenti sono già in possesso di una consulenza di parte che elenca in modo particolareggiato tutti i difetti e le mancanze di cui essi si lamentano e per i quali intendono prevalersi della garanzia per i difetti. Non si vede quindi quale sia la necessità di far eseguire in via cautelare una perizia giudiziaria, né come la prova potrebbe migliorare la situazione processuale degli appellanti in un eventuale futuro processo. Non vi è pertanto in concreto un interesse degno di protezione all'assunzione prima dell'avvio della causa di merito di una prova a titolo cautelare giusta l'art. 158 cpv. 1 lett. b seconda frase CPC. La decisione del Pretore al riguardo regge dunque alle critiche e l'appello va respinto su questo punto senza che sia necessario esaminare tutte le argomentazioni degli appellanti. Sulle misure provvisoriale

#### **E. 5**

Con l'istanza di assunzione della prova a titolo cautelare ai sensi dell'art. 158 CPC, gli acquirenti hanno presentato anche un'istanza in misure provvisoriale ai sensi dell'art. 261 e ss. CPC, per ottenere che fosse fatto ordine al notaio avv. \_\_\_\_\_ di non liberare in favore della venditrice i due importi di fr. 5'000.- e di fr. 70'000.- depositati congiuntamente presso di lui in forza dell'accordo 21 febbraio 2011 (doc. G). Essi rimproverano al Pretore di aver "liquidato" la loro richiesta con "sconcertante facilità", senza citare dottrina e giurisprudenza sul divieto di sequestro camuffato. Gli acquirenti ribadiscono di avere un'obbligazione reale nei confronti della convenuta, consistente nel diritto alla sistemazione dei difetti riscontrati nelle due unità di PPP (appartamento e garage), per la quale hanno fatto valere la richiesta di blocco e faranno poi valere una richiesta di risarcimento direttamente connessa con i beni acquistati. Gli appellanti rimproverano inoltre al Pretore di non avere compreso che il vero problema consisteva nella posizione dell'arch. \_\_\_\_\_, che aveva preso parte per il Consorzio committente dei lavori, che si identifica nelle persone componenti la direzione della convenuta.

#### **E. 6**

Giusta l'art. 261 cpv. 1 CPC il giudice ordina i necessari provvedimenti cautelari quando l'istante rende verosimile che un suo diritto è lesa o minacciato di esserlo (lett. a) e la lesione è tale da arrecargli un pregiudizio difficilmente riparabile (lett. b). La dottrina ne ha dedotto che l'adozione di un provvedimento cautelare è subordinata all'esistenza dei seguenti presupposti: la parvenza di buon fondamento della richiesta di tutela giurisdizionale di merito, l'esistenza di una lesione o di una minaccia di lesione del diritto dell'istante, il rischio di un pregiudizio difficilmente riparabile, l'urgenza e la proporzionalità ( Trezzini , Commentario CPC, p. 1161 segg. II CCA 20 febbraio 2012 inc. n. 12.2011.221, 18 giugno 2012 inc. n. 12.2012.38). Il pregiudizio può essere di ogni natura, anche meramente pecuniario ( Sprecher in Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar ZPO, pag. 1240, n. 28 e seg. ad art. 261 CPC), ma deve rivestire una certa

importanza, come ad esempio il rischio di una perdita finanziaria significativa, a causa del rischio d'insolvenza della controparte ( Trezzini in op. cit., pag. 1164 ad art. 261 CPC) e deve essere di difficile riparabilità o irreparabile. È difficilmente riparabile in particolare il pregiudizio che tocca diritti assoluti quali la personalità o la proprietà o quando sono in gioco somme di denaro importanti e la solvibilità della convenuta è dubbia ( Trezzini in op. cit., pag. 1165 ad art. 261 CPC con riferimenti; Sprecher in op. cit., pag. 1241, n. 34 ad art. 261 CPC). Infine il provvedimento cautelare può essere ordinato soltanto se vi è urgenza della misura e se il provvedimento richiesto è necessario, ovvero se è indispensabile per raggiungere lo scopo ricercato (criterio della proporzionalità; Trezzini in op. cit. pag. 1166-1167 ad art. 261 CPC; Sprecher in op. cit., pag. 1243 e seg., n. 39 e seg. ad art. 261 CPC; Zürcher in op. cit., pag. 1512-1513, n. 8 e seg. ad art. 261 CPC). La verosimiglianza è il concetto essenziale della procedura cautelare e comprende tutti gli elementi sia di fatto che di diritto ( Zürcher in Brunner/Gasser/Schawander, ZPO-Kommentar, Dike, Zurigo/San Gallo 2011, pag. 1511, n. 2, ad art. 261 CPC).

#### **E. 7**

Nella fattispecie gli importi di fr. 5'000.- e di fr. 70'000.- depositati presso il notaio avv. \_\_\_\_\_ e oggetto del presente contenzioso rientrano negli accordi aggiuntivi al contratto di compravendita del 21 febbraio 2011 (doc. G). L'importo di fr. 5'000.- è stato depositato "in garanzia dell'esecuzione dei lavori volti a eliminare i piccoli difetti riscontrati nell'appartamento al momento della consegna, secondo la lista allestita dall'arch. \_\_\_\_\_ quale Direzione lavori, sottoscritta da entrambe le parti. Tale importo verrà liberato a favore della AO 1 non appena i difetti sanabili saranno stati eliminati, secondo quanto sarà accertato e dichiarato dall'arch. \_\_\_\_\_" (doc. G, pag. 2, punto 1). L'importo di fr. 70'000.-, invece, è stato mantenuto in deposito presso il notaio "in garanzia dei lavori ancora da eseguire sulle parti comuni e nell'autorimessa. Questo importo è calcolato in base alla quota-parte millesimale di comproprietà dell'appartamento e dell'autorimessa sul costo dei lavori ancora da terminare. Tali lavori ammontano, secondo valutazione dell'arch. \_\_\_\_\_, a fr. 500'000.-: la parte venditrice ritiene il calcolo abbondanziale. La conclusione dei lavori alle parti comuni verrà accertata e confermata mediante una dichiarazione dell'impresa generale Consorzio \_\_\_\_\_ e della Direzione dei lavori arch. \_\_\_\_\_. Il suddetto importo verrà liberato a favore della AO 1 dopo 3 mesi dal rilascio della suddetta dichiarazione o, in alternativa, dopo presentazione della dichiarazione di tacitazione degli artigiani che hanno eseguito tali lavori" (doc. G, pag. 2-3, punto 2). Da tali accordi emerge con chiarezza che le parti contraenti hanno subordinato la liberazione degli importi di complessivi fr. 75'000.- a ben precise condizioni. Il notaio deve liberare tali importi alla venditrice se questa gli produce i documenti pattuiti, vale a dire la dichiarazione dell'arch. \_\_\_\_\_ sull'eliminazione dei difetti di cui al punto 1, rispettivamente la dichiarazione dell'impresa generale Consorzio \_\_\_\_\_ e dell'arch. \_\_\_\_\_ sulla conclusione dei lavori alle parti comuni per il punto 2.

#### **E. 8**

Gli appellanti affermano che l'arch. \_\_\_\_\_ si sarebbe schierato a favore della venditrice invece di mantenere una posizione al disopra delle parti e sostengono che egli avrebbe rilasciato dichiarazioni non veritiere (appello pag. 8). In questa sede essi producono nuovi documenti dai quali risulterebbe che vi sono ancora da eseguire tutta una serie di lavori nelle parti comuni e adducono che manca l'abitabilità generale del condominio e che la PPP non è ancora stata intavolata definitivamente. Se non che, a questo stadio della

procedura occorre solo stabilire se essi possono chiedere il blocco delle somme depositate e impedire così il versamento del saldo del prezzo di compravendita pattuito prevalendosi degli art. 261 e segg. CPC. La venditrice chiede il pagamento di quanto le è dovuto in forza del contratto di compravendita immobiliare (doc. B e G), sostenendo di aver adempiuto le condizioni previste nei punti 1 e 2 dell'accordo 21 febbraio 2011 (cfr. doc. F). A tale richiesta gli acquirenti ribattono che le dichiarazioni sono menzognere e rimproverano al direttore dei lavori di essersi "schierato con la controparte". 8.1 Per ottenere il blocco del saldo del prezzo pattuito gli istanti dovevano rendere verosimile l'esistenza di un loro diritto leso o minacciato di esserlo e tale da provocare un pregiudizio difficilmente riparabile (anche solo economico), oltre all'urgenza della misura provvisoria richiesta. Nell'istanza e in questa sede gli acquirenti affermano che il blocco dei depositi si giustifica con il rischio che la venditrice incassi il saldo del prezzo e rifiuti poi di eliminare i difetti, rispettivamente di completare i lavori nelle parti comuni, esponendo inoltre gli acquirenti al rischio di trovarsi gravata la proprietà da ipoteche legali degli artigiani ed imprenditori qualora la venditrice non retribuisse questi ultimi. Sempre a detta degli appellanti, il rischio che la controparte fallisca sarebbe tutt'altro che remoto. Se non che, essi non hanno reso verosimile nessuna delle circostanze invocate. In particolare non emerge in alcun modo dagli atti che il pagamento del saldo del prezzo pattuito per la compravendita metterebbe in difficoltà economica gli appellanti, i quali hanno già versato al notaio la somma complessiva di fr. 75'000.- qui in discussione. Né è "tutt'altro che remota" l'ipotesi di un fallimento della venditrice, che renderebbe difficilmente riparabile il pregiudizio economico temuto dagli istanti. Gli atti sono del tutto silenti al riguardo e gli istanti non hanno addotto alcunché a sostegno di tale loro generica affermazione. 8.2 Ma vi è di più. La vertenza trae origine dalle divergenze sorte tra venditrice e acquirenti di un immobile (riparazione dei difetti dell'opera compravenduta, rispettivamente consegna dell'opera completa come pattuito contrattualmente) ed è quindi di evidente natura obbligatoria e non reale. L'oggetto litigioso della futura causa di merito, ampiamente evocata dalle parti sia davanti al Pretore sia in questa sede, non è infatti la somma depositata presso il notaio, ma la completazione dei lavori nelle parti comuni dell'immobile e l'eliminazione degli asseriti difetti dell'unità condominiale acquistata dagli istanti. Il blocco postulato dagli istanti non ha quindi lo scopo di mantenere inalterato per la durata della causa l'oggetto litigioso, ma solo quello di garantire i crediti pecuniari da loro vantati nei confronti della venditrice a titolo di garanzia per i difetti (art. 205 CO, al quale rinvia l'art. 221 CO). Tanto basta per dichiarare improponibile la domanda cautelare, intesa in realtà, come correttamente osservato dal Pretore, a un sequestro camuffato, come tale improponibile per legge (Hohl, Procédure civile, tome II, 2 a ed., n. 1748 pag. 320). A giusta ragione quindi il giudice di prima istanza ha respinto le misure cautelari postulate dagli istanti, e la sua decisione regge alla critica. L'appello va di conseguenza respinto.

## **E. 9**

Le spese processuali seguono la soccombenza degli appellanti (art. 106 cpv. 1 CPC), che rifonderanno inoltre un'equa indennità per ripetibili alla controparte, commisurata al tipo di procedura e al valore litigioso di fr. 75'000.-. Per questi motivi, visti per le spese la LTG e il Regolamento sulle ripetibili decide: 1. L'appello 5 luglio 2012 di AP 1 e AP 2 è respinto. 2. Le spese processuali di complessivi fr. 1'000.- sono poste in solido a carico degli appellanti, tenuti inoltre a rifondere all'appellata fr. 1'200.- per ripetibili della procedura di appello. 3. Notificazione: - - Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 3 Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello La presidente

vicecancelliere Rimedi giuridici Contro la presente decisione è possibile presentare ricorso in materia civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14 (art. 72 LTF), entro 30 giorni dalla notificazione, con la limitazione dell'art. 98 LTF.

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