

## **TI\_GERICHTE 12.2014.69 vom 14. Oktober 2014**

TI Tribunale d'appello, 2014-10-14, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2014.69](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2014.69)

FR: TI\_GERICHTE 12.2014.69 du 14 octobre 2014

IT: TI\_GERICHTE 12.2014.69 del 14 ottobre 2014

### **Regeste**

Assunzione di prova a titolo cautelare - buona fede processuale - nuovo perito - nuova perizia

### **Volltext**

Ticino Tribunale di appello diritto civile La seconda Camera civile 14.10.2014 12.2014.69

Assunzione di prova a titolo cautelare - buona fede processuale - nuovo perito - nuova perizia

Incarto n. 12.2014.69 Lugano 14 ottobre 2014 /fb In nome della Repubblica e Cantone Ticino La seconda Camera civile del Tribunale d'appello composta dei giudici: Epiney-Colombo, presidente, Bozzini e Fiscalini vicecancelliera: Canepa Meuli sedente per statuire nella causa inc. n. CA.2013.37 (procedura sommaria, assunzione di prove a titolo cautelare) della Pretura della giurisdizione di Mendrisio-Nord promossa con istanza 7 maggio 2013 da AO 1 rappr. dall' RA 1 contro AP 1 rappr. da RA 2 chiedente l'assunzione di una perizia sui lavori di ristrutturazione del fondo n. 395 RFD di Stabio, domanda accolta dal Pretore della giurisdizione di Mendrisio-Nord, con decisione 4 giugno 2013, a seguito della quale è stato allestito un referto peritale il 3 settembre 2013, che è stato oggetto di un'istanza di delucidazione presentata dalla convenuta il 9 ottobre 2013, accolta parzialmente con decisione 22 novembre 2013 dal Pretore di Mendrisio-Nord, in considerazione della quale è stato presentato un complemento peritale il 3 febbraio 2014; e ora sulla decisione 26 marzo 2014 del Pretore di Mendrisio-Nord, che ha respinto le ulteriori istanze 20 febbraio 2014 della convenuta di nomina di un nuovo perito e di delucidazione peritale; appellante la parte convenuta che con reclamo (correttamente: appello) 7 aprile 2014 chiede in via principale di riformare la decisione del Pretore 26 marzo 2014 con assunzione di una nuova perizia previa nomina di un nuovo perito ed in via subordinata di espungere dagli atti peritali le valutazioni effettuate dall'arch., con protesta di spese e ripetibili di seconda sede; mentre l'istante con risposta 2 maggio 2014 chiede la reiezione del gravame, con protesta di spese e ripetibili; letti ed esaminati gli atti ed i documenti prodotti; considerato in fatto e in diritto 1. Il 7 maggio 2013 AO 1 ha inoltrato alla Pretura di Mendrisio-Nord un'istanza di assunzione di prove a futura memoria, chiedendo che fosse esperita una perizia sullo stato di fatto e sui difetti riscontrati sul fondo n. \_\_\_\_\_ RFD di Stabio a seguito della ristrutturazione dell'immobile eseguita dalla ditta AP 1 a titolo di impresa generale. Sul fondo AO 1 e il titolare della convenuta hanno costituito una proprietà per piani, attribuendosi alcuni appartamenti ciascuno. Indetta l'udienza di discussione, il Pretore di Mendrisio-Nord ha formulato alle parti una proposta transattiva nel senso di incaricare un perito giudiziario di eseguire degli accertamenti, proponendo egli stesso i quesiti peritali. Avendovi le parti aderito, il 4 giugno 2013 il Pretore ha deciso di incaricare l'arch. M C, attivo presso I C SA di. Il referto peritale,

consegnato dal perito il 3 settembre 2013, è stato oggetto di una richiesta di delucidazione e di complemento da parte della convenuta AP 1 Preso atto delle opposizioni di AO 1 e delle osservazioni alle stesse formulate dall'istante, il Pretore ha deciso il 22 novembre 2013 di autorizzare un complemento di perizia, indicando al perito le domande di delucidazione alle quali rispondere. Il complemento peritale è stato stilato dall'arch. C il 3 febbraio 2014. 2. Il 20 febbraio 2014 AP 1 ha inoltrato una ulteriore istanza di nomina di nuovo perito rispettivamente di complemento-delucidazione, lamentando violazioni formali nell'agire del perito perché l'arch. C si è avvalso della collaborazione di un terzo per l'allestimento dei preventivi delle opere di risanamento. Oltre a ciò ha sostenuto che le risposte del perito avrebbero contenuto contraddizioni materiali, illustrate nel dettaglio con riferimento ai quesiti. Con osservazioni 28 febbraio 2014 AO 1 si è opposto all'istanza e ne ha postulato la reiezione. 3. Con decisione 26 marzo 2014, il Pretore di Mendrisio-Nord ha respinto integralmente l'istanza sia nella domanda principale (nomina di un nuovo perito), sia nella domanda subordinata (istanza di delucidazione), ponendo a carico di AO 1 la tassa di giustizia e le spese, con obbligo di versare ripetibili alla controparte, fatta salva la possibilità di chiederne la rifusione nell'ambito di una futura causa di merito (4D\_54/2013). 4. Avverso la predetta sentenza AP 1 ha inoltrato reclamo il 7 aprile 2014, chiedendo in via principale che sia nominato un nuovo perito e in via subordinata di espungere dal referto peritale del 3 settembre 2013 le valutazioni effettuate dall'arch. M T, della cui collaborazione si è avvalso il perito designato dal Pretore. Con risposta 2 maggio 2014 AO 1 ha chiesto la reiezione del gravame, con protesta di spese e ripetibili. 5. Il 1. gennaio 2011 è entrato in vigore il nuovo Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC) che trova applicazione in entrambe le sedi, siccome la procedura innanzi al Pretore è stata avviata dopo tale data (art. 404 e 405 CPC). L'impugnativa inoltrata da AP 1 alla Camera Civile dei Reclami e intestata come reclamo contesta una decisione di prima istanza in materia di provvedimenti cautelari. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale (DTF 138 III 46 consid. 1.1, con ulteriori riferimenti; DTF 138 III 76 consid. 1.2), la decisione che respinge la domanda di assunzione di prove a titolo cautelare nell'ambito di una procedura indipendente pone fine a questa procedura ed è quindi una decisione finale ai sensi dell'art. 308 cpv. 1 lett. a CPC, impugnabile pertanto mediante appello alla prima o seconda Camera civile (art. 48 lett. a cifra 1 e lett. b cifra 1 LOG), oppure, se non è dato il valore litigioso di fr. 10'000.-, una decisione finale giusta l'art. 319 lett. a CPC, impugnabile mediante reclamo alla Camera civile dei reclami (art. 48 lett. d cifra 1 LOG). In concreto la quantificazione dei difetti accertati in sede di perizia eccede ampiamente fr. 10'000.-, di modo che l'impugnativa deve essere qualificata come appello (art. 308 cpv.1 let. b e cpv. 2 CPC, Kunz/Hoffmann-Nowotny/ Stauber, ZPO-Rechtsmitteln, Basel, 2013 ad art. 308 CPC, nota 58, e), Basler Kommentar , Schweizerische Zivilprozessordnung, 2 a ed., Basilea, 2013, ad art. 308, nota 8) e perciò è trattata dalla Seconda Camera Civile, competente per materia. Trattandosi di provvedimenti cautelari emanati in procedura sommaria, il termine per l'appello è ridotto a dieci giorni (art. 314 cpv. 1 CPC). La memoria d'appello del 7 aprile 2014 è stata inoltrata nel termine di 10 giorni dalla notificazione della decisione impugnata, ed è tempestiva, così come la risposta 2 maggio 2014 della parte appellata (art. 314 CPC). 6. L'appellante censura una violazione formale nell'allestimento della perizia per il fatto che il perito designato arch. M C ha incaricato l'arch. M T di quantificare l'ammontare dei lavori di risanamento per l'eliminazione dei difetti. Al riguardo nella sua decisione 26 marzo 2014 il Pretore di Mendrisio-Nord ha osservato che l'arch. Cattaneo "ha correttamente informato la Pretura che per l'allestimento del

preventivo per i costi di interventi di eliminazione dei difetti si sarebbe avvalso della collaborazione dell'arch. Mattia Tami", aggiungendo che anche prescindendo da ciò l'eccezione sollevata per la prima volta con l'istanza 20 febbraio 2014 era in ogni caso da respingere in quanto "intempestiva". 6.1 Occorre preliminarmente ripercorrere il seguito degli eventi in relazione all'allestimento della perizia e del relativo complemento. Dopo la sua nomina, con decisione pretorile 4 giugno 2013, il 18 giugno il perito arch. M C ha informato la Pretura di Mendrisio Nord sulla procedura che intendeva seguire per allestire la perizia e sui presumibili costi del suo mandato. Nella sua lettera ha altresì indicato chiaramente che "per i rilievi in situ, l'allestimento di un preventivo di massima per l'eliminazione degli eventuali difetti" si sarebbe avvalso "della collaborazione dell'arch. M T...". Lo scritto, agli atti, è stato notificato alle parti il 20 giugno 2014 (cfr. timbro di notificazione a retro), con l'assegnazione alla parte istante del termine per l'anticipo spese. Nessuna presa di posizione è stata inoltrata da parte della convenuta al primo Giudice relativamente al modo di procedere proposto dal perito e al fatto che avrebbe fatto svolgere alcuni compiti ad un terzo. Il 3 settembre 2013 l'arch. C ha quindi depositato la sua perizia, sottoscritta unicamente da lui quale "estensore" e nella quale è ancora ripresa a pag. 3 l'indicazione che "per lo svolgimento del mandato il perito si è avvalso della collaborazione dell'arch. M T". La perizia contiene la quantificazioni dei costi di riparazione, calcolati dall'arch. T. Il 9 ottobre 2013 AP 1 ha inoltrato alla Pretura una prima istanza di delucidazione in cui ha lamentato "un'incompletezza informativa in relazione al quesito n. 5" e a tal proposito ha proposto di assumere agli atti un video di introspezione di un'intercapedine e "un esame critico scientifico del referto peritale", fatto svolgere a titolo privato. A quel momento, quando già era chiaro che l'arch. M T aveva partecipato al referto peritale collaborando a quantificare i costi di riparazione, non è stata sollevata alcuna contestazione da parte della convenuta. Le domande di delucidazione che essa ha proposto, toccavano invece questioni estranee a quelle dei costi e ai contributi dati dall'arch. T e al modus operandi del perito designato arch. C. In quella sede, perché tutte le circostanze gli erano allora già perfettamente note, l'appellante avrebbe potuto e dovuto sollevare le sue contestazioni formali, di cui si è invece prevalsa solo successivamente. Essa ha invece atteso che venisse stilato il complemento di perizia del 3 febbraio 2014 per sollevare, con un'ulteriore (la seconda) istanza di delucidazione peritale e di nomina di un nuovo perito, "violazioni formali e contraddizioni materiali tali da far ritenere il perito nominato inadeguato e il referto...chiaramente inidoneo...". Di fronte alla tempistica degli atti procedurali proposti dall'appellante, la valutazione del Pretore secondo il quale l'eccezione è intempestiva, è assolutamente corretta. Al più tardi al momento dell'inoltro della prima istanza di delucidazione, al 9 ottobre 2013, l'appellante avrebbe dovuto indicare, chiaramente, che contestava il referto, in quanto il perito aveva fatto capo ad un altro architetto per alcune quantificazioni. Sembra invece che la convenuta abbia atteso l'esito della delucidazione per determinarsi su eccezioni formali e procedurali, circa l'operato del perito designato. Tale comportamento della convenuta palesa una manifesta violazione del principio della buona fede processuale sancito dall'art. 52 CPC. Uno dei principali obblighi che impone il principio della buona fede processuale al ricorrente ( Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, Code de procédure civile commenté, Basilea, 2011, ad art. 52 CPC, nota 28 pag. 138) è quello di prevalersi dei mezzi di cui dispone nel momento previsto dalla legge e senza tardare, in difetto di che potrebbe turbare o procrastinare inutilmente il decorso della procedura. Secondo giurisprudenza è contrario alla buona fede invocare dei mezzi ai quali si era rinunciato a tempo debito in corso di procedura, perché una decisione o

l'esito di una prova è risultato sfavorevole ( DTF 127 II 227). Il rispetto di questo principio, cui sono tenute le parti nel processo, comporta che le obiezioni aventi per oggetto dei vizi processuali, che, se avanzate tempestivamente, avrebbero permesso la correzione di questi vizi, non possono essere sollevate successivamente, ossia ad intervenuta conclusione del relativo atto processuale viziato ( Cocchi/Trezzini/Bernasconi, Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2010, pag 98, ad art. 52 CPC). E ciò nell'ottica di evitare che una parte possa tenersi nascosta un'arma processuale che, a dipendenza dell'esito dell'istruttoria, le permetta di impugnare una decisione posteriormente, eccedendo un vizio processuale. Nel caso concreto, l'appellante non può in questa sede rimproverare al Pretore di non avere autorizzato formalmente l'intervento dell'arch. T nell'allestimento della perizia e di non aver condotto il processo con la dovuta attenzione, quando, con gli atti che le sono stati intimati (preventivo con indicazione della partecipazione di un terzo, referto peritale, complemento peritale a seguito di richiesta di delucidazione) le è stata data la possibilità di esprimersi ed eventualmente anche di contestare il modo di procedere proposto dal perito. Il Pretore non ha mosso alcun appunto alla procedura peritale illustratagli dall'arch. C e l'ha di fatto ritenuta corretta, accettandola per atti conclusivi.

6.2 La richiesta di nominare un nuovo perito, avanzata in prima sede e ancora qui riproposta, non si giustifica nel caso di specie per violazioni formali, che peraltro, come si è detto, non sussistono. Se è vero che nell'ambito di un'istanza di delucidazione di perizia, si possono sollevare eccezioni, anche formali, contro l'agire e la competenza del perito e anzi si possa chiedere l'allestimento di un nuovo referto ad opera di un nuovo perito ( Dolge in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basilea, 2013, ad art. 187 CPC, n. 8, pag. 974), queste eccezioni sono da valutare sempre con riferimento allo scopo della perizia e al fatto che la stessa debba fornire risposte tecniche sufficientemente chiare per capire una situazione di fatto. Nel caso concreto, ritenuto che la perizia è stata assunta quale prova a titolo cautelare (art. 158 CPC), lo scopo principale era quello di determinare la sussistenza di difetti e di illustrarli, per permettere alla parte che ha richiesto la prova nell'ambito di una procedura cautelare, di avere una base di riferimento per le sue pretese e di valutare le sue prospettive in vista di un eventuale processo di merito ( Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, Zurigo, 2010, n. 12, ad art. 158 CPC). In questo senso il referto peritale dell'arch. C è sufficientemente chiaro e circostanziato. Dall'interpretazione dell'art. 188 cpv. 2 CPC, applicabile per analogia, si deduce infatti che il complemento o la delucidazione o ancora la nomina di un nuovo perito sia da limitare ai casi di perizia "incompleta, poco chiara o non sufficientemente motivata". La delucidazione 3 febbraio 2014, seguita alla decisione del Pretore che ha parzialmente accolto l'istanza 9 ottobre 2013 della convenuta, analizzando con dovizia tutti i quesiti posti e riformulandoli in modo che il perito rispondesse in modo completo, già rientra in questo scopo. A quel momento, peraltro, l'appellante non aveva messo in dubbio la competenza del perito e nemmeno aveva avanzato che dovesse esserne nominato un altro in sua vece per manifesta incompetenza. La legge è silente sull'ammissibilità di una seconda richiesta di delucidazione o complemento. Anche se di principio non vi sono impedimenti di natura concettuale, appare evidente che una tale richiesta debba essere analizzata con particolare rigore e ammessa soltanto quando il referto già stilato è manifestamente carente e incompleto ( Cocchi/Trezzini/Bernasconi, op. cit., ad art. 187 CPC, pag. 887), ciò che non è qui il caso. Questo deve valere a maggior ragione nell'ambito di una procedura sommaria di assunzione di prove a titolo cautelare come quella in esame. 7. Nella sua istanza di delucidazione 20 febbraio 2014 AP 1 ha sostenuto

che la perizia fosse viziata anche da “ carenze materiali ” e ha spiegato per quale motivo alcune risposte del perito sarebbero state errate o insufficienti. Nella decisione 26 marzo 2014 il Pretore ha evaso puntualmente e per esteso tutte le contestazioni della convenuta al riguardo, esaminandole nel dettaglio. In questa sede l’appellante è silente su queste argomentazioni pretorili e quindi la sua impugnativa deve essere dichiarata irricevibile su questi aspetti, siccome non ossequia il dovere di motivazione dell’art. 311 CPC. 8. In via subordinata l’appellante ha chiesto di espungere dal referto peritale del 3 settembre 2013 le valutazioni effettuate dall’arch. Tami, risultanti dai punti 3.5, 4.5.1, 5.6.2, 6.5.1 del referto peritale 3 settembre 2014. Dell’intempestività dei mezzi di impugnazione proposti dall’appellante rispetto all’iter procedurale di prima istanza già si è detto (consid. 6.1). Oltre a ciò, questa richiesta, avanzata qui a titolo subordinato, non è mai stata proposta prima e quindi rappresenta una mutazione dell’azione, che non può essere ammessa perché difettano le condizioni poste dall’art. 317 cpv. 2 CPC let. a e b. Inoltre va considerato che per definizione in appello vanno proposte le medesime richieste di giudizio formulate in prima istanza, poiché il giudice di appello deve vagliare criticamente le medesime domande formulate in prima istanza alla luce della decisione del primo giudice ( Cocchi/Trezzini/Bernasconi, op. cit., pag. 1395, ad art. 317 CPC), pena la violazione del principio del doppio grado di giudizio ( Bohnet/Haldy/Jeandin/ Schweizer/Tappy, op. cit., ad art. 317 CPC, nota 10, pag. 1266). L’appello per la sua richiesta subordinata, peraltro nemmeno debitamente motivata in ossequio all’art. 311 CPC, è di conseguenza inammissibile. 9 . Ritenuto quanto precede, il gravame, per quanto ricevibile, deve essere integralmente respinto, sia per la sua domanda principale che per la richiesta subordinata. Le spese processuali di seconda istanza seguono la soccombenza (art. 106 CPC). Le ripetibili sono fissate in base all’art. 9 cpv. 1 e art. 13 LTG, in considerazione dell’esito della procedura di seconda istanza su appello della parte convenuta ( DTF 140 III 30, cons. 4 in fine, pag. 36, per analogia). Il valore della vertenza è pari ai costi presumibili di riparazione, stabiliti dal perito in fr. 174'200.-. richiamati gli art. 106 CPC e la LTG decide 1. L’appello 7 aprile 2014 di AP 1, è respinto e di conseguenza la decisione 26 marzo 2014 (inc. CA. 2013.37) della Pretura del Distretto di Mendrisio-Nord, è confermata. 2. Le spese processuali di fr. 1'500.-, già parzialmente anticipate, sono interamente a carico di AP 1, che rifonderà a AO 1 fr. 1'800.- a titolo di ripetibili. 3. Notificazione: - - Comunicazione alla Pretura della giurisdizione di Mendrisio nord Per la seconda Camera civile del Tribunale d’appello La presidente La vicecancelliera 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.