

## **TI\_GERICHTE 12.2002.104 vom 14. Februar 2003**

TI Tribunale d'appello, 2003-02-14, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2002.104\\_d20030214](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2002.104_d20030214)

FR: TI\_GERICHTE 12.2002.104 du 14 février 2003

IT: TI\_GERICHTE 12.2002.104 del 14 febbraio 2003

### **Regeste**

Sentenza o decisione senza scheda

### **Volltext**

Ticino Tribunale di appello diritto civile La seconda Camera civile 14.02.2003 12.2002.104

Sentenza o decisione senza scheda

Incarto n. 12.2002.104 Lugano 14 febbraio 2003 /dp In nome della Repubblica e Cantone del Ticino La seconda Camera civile del Tribunale d'appello composta dei giudici: Cocchi, presidente, Chiesa e Rampini (giudice supplente) segretario: Bettelini, vicecancelliere sedente per statuire nella causa inc. no. OA.2001.550 della Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1 promossa con petizione 21 agosto 2001 da \_\_\_\_\_ rappr. dall'avv. \_\_\_\_\_ contro \_\_\_\_\_ rappr. dall'avv. \_\_\_\_\_ chiedente l'accertamento dell'inesistenza di un debito di Lit. 120'000'000.--, pari a fr. 93'080.--, relativamente all'esecuzione n. \_\_\_\_\_ dell'UE di Lugano, promossa nei suoi confronti dalla società convenuta; in cui il Pretore, con decisione 15 maggio 2002, ha accolto l'eccezione di incompetenza territoriale sollevata dalla società convenuta; appellante l'attore che chiede la riforma del giudizio pretorile, sostenendo la competenza territoriale del Pretore di Lugano, Sezione 1; lette le osservazioni 24 giugno 2002 della convenuta che propone la reiezione dell'appello; letti ed esaminati gli atti e i documenti prodotti Considerato in fatto ed in diritto: 1. In data 1° aprile 1996 è stato perfezionato un contratto di fideiussione, in forza del quale il signor \_\_\_\_\_ si è costituito garante nei confronti della \_\_\_\_\_, per debiti contratti dalla \_\_\_\_\_, sino a concorrenza della somma di Lit. 120.000.000.--, pari a fr. 93'080.-- (Doc. 4 e 3). Con decreto ingiuntivo del 24 marzo 2000 il Tribunale di Milano ha ingiunto al signor \_\_\_\_\_, in solido con altri debitori, il pagamento della somma di Lit. 120.000.000.--, oltre accessori alla \_\_\_\_\_. Questo atto è stato intimato alla debitrice principale e ad altri debitori, ma non al signor \_\_\_\_\_ (Doc. 5), il quale è domiciliato a \_\_\_\_\_ dall'11 luglio 1994 (Doc. E). 2. In data 13 dicembre 2000 la creditrice ha avviato una procedura esecutiva nei confronti del fideiussore per una somma di fr. 93'080.-- oltre interessi al 5 % a decorrere dal 1 novembre 2000. Al precetto esecutivo il debitore ha interposto opposizione (Doc. A), che è però stata rimossa in via provvisoria con sentenza 20 marzo 2001 dalla Segretaria Assessore della Pretura di Lugano, sezione 5 (Doc. B). Contro questa decisione il debitore si è aggravato davanti la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello che, con pronuncia 27 luglio 2001, ha respinto l'appello e confermato la sentenza del Giudice di prima istanza (Doc. D). 3. Tempestivamente il signor \_\_\_\_\_ ha inoltrato un'azione di disconoscimento del debito davanti il Pretore del Distretto di Lugano, sez. 1 (Giudice dell'esecuzione). Con la risposta di causa la creditrice ha sollevato l'eccezione di incompetenza territoriale del giudice adito, avvalendosi della clausola di foro contenuta nel contratto di fideiussione. Il Pretore, con sentenza 15 maggio

2002, ha accolto l'eccezione, dichiarandosi incompetente, posto che il contratto di fideiussione prevedeva che "per qualunque controversia" fosse competente "l'autorità giudiziaria di Milano" (Doc. 4 ad art. 17). Per il Pretore l'azione di disconoscimento di debito introdotta davanti al Giudice dell'esecuzione non poteva valere come una rinuncia tacita del foro prorogato ai sensi dell'art. 6 LDIP, stante che l'art. 83 cpv. 2 LEF è di natura dispositiva e l'azione di disconoscimento del debito è indipendente da quella del rigetto dell'opposizione. Il Pretore ha altresì soggiunto che in Italia l'azione di accertamento negativo del credito è un istituto conosciuto dal codice di rito italiano, con la conseguenza che il debitore avrebbe avuto la possibilità di introdurre questa causa davanti al foro scelto dalle parti contrattualmente. 4. Contro il premesso giudizio l'escusso si è aggravato in appello, rilevando che il debitore non aveva alcun interesse a sollevare l'eccezione di incompetenza davanti al giudice del rigetto, mentre è stata la creditrice ad iniziare la procedura davanti al foro esecutivo. Per l'appellante l'azione di disconoscimento del debito va intesa: o come una domanda riconvenzionale ai sensi dell'art. 6 n. 3 della Convenzione di Lugano (di seguito CL), la quale costituisce la naturale continuazione della causa di rigetto provvisorio dell'opposizione e non una causa indipendente, oppure un unico processo connesso alla causa di rigetto dell'opposizione, nella quale si verifica processualmente un ribaltamento dei ruoli delle parti. La costituzione in giudizio da parte della creditrice davanti al foro esecutivo nell'ambito dell'azione di rigetto provvisorio deve quindi essere configurata o come una rinuncia al foro contrattuale previsto dalle parti, o come il foro di una riconvenzionale. Con tempestive osservazioni la \_\_\_\_\_ ha contestato che l'azione di disconoscimento di debito possa essere intesa come un'azione riconvenzionale tale da rendere inoperante la clausola di proroga di foro, perché l'azione di accertamento negativa soggiace al foro del domicilio del convenuto ai sensi dell'art. 2 CL, poco importando se il resistente in giudizio lo sia sostanzialmente o solo in seguito ad un'inversione dei ruoli. L'appellata ha altresì soggiunto che il foro dell'azione di rigetto provvisorio dell'opposizione ha natura imperativa e che, per prassi della CEF, la CL non è applicabile. In queste condizioni la creditrice non aveva altra possibilità di costituirsi in giudizio diversamente, con la conseguenza che Ella non può avere rinunciato – tacitamente – al foro previsto nel contratto. 5. Entrambe le parti nei loro allegati hanno fatto spesso riferimento alla Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (CL), che ha la preminenza sia sulle regole di competenza nazionale, sia su quelle della LDIP (art. 1 cpv. 2 LDIP; DTF 124 III 134 consid. 2b aa/bbb pag. 139; 119 II 392 consid. 2). L'art. 17 cpv. 1 CL concernente la proroga di foro si applica se le parti, di cui una almeno ha il proprio domicilio in uno degli Stati contraenti, hanno convenuto la competenza di un giudice o di giudici di uno Stato contraente a conoscere delle vertenze, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico. In concreto la Convenzione di Lugano è applicabile alla controversia, perché entrambe le parti hanno la loro sede, rispettivamente il loro domicilio in Stati (Svizzera e Italia) che hanno firmato il trattato internazionale ( Yves Donzallaz , La Convention de Lugano, Vol. I, N. 1101, pag. 419/420), rispettivamente perché il foro eletto (quello di Milano) si trova sul territorio di uno Stato che ha aderito alla convenzione ( DTF 125 III 111/112 consid. 3e.). Per prassi il tribunale che è stato adito deve esaminare secondo il proprio ordinamento (lex fori) se deve declinare la propria competenza in favore di un tribunale straniero ( DTF 122 III 439 consid. 3a; 119 II 177 consid. 3d in fine). Anche la materia del contendere (contratto di fideiussione) non è sottratta dal campo di applicazione della CL (art. 1). Dal profilo formale la clausola attributiva di competenza contenuta nel

contratto non è stata contestata dal debitore ed essa appare conforme alle esigenze poste dall'art. 17 n. 1 CL. Di conseguenza, posto che il debitore ha adito la Pretura del Distretto di Lugano, sarà secondo il diritto svizzero che si dovrà verificare se le parti abbiano o meno inteso derogare alla competenza di questa autorità giudiziaria in favore di quella di Milano.

6. L'azione di disconoscimento del debito prevista all'art. 83 cpv. 2 LEF è un'azione negatoria di diritto materiale che dà luogo ad un giudizio avente forza di cosa giudicata, ma che si pone al di fuori della procedura esecutiva in corso sull'esistenza del credito litigioso (DTF 127 III 233 consid. 3a; 124 III 208). Rispetto all'azione ordinaria di riconoscimento del debito prescritta dall'art. 79 LEF, quella di disconoscimento si distingue solo per l'inversione processuale delle parti. Ovviamente se il Giudice respinge la domanda del debitore, costui non verrà condannato al pagamento di una somma di denaro. Il giudizio accerterà definitivamente la sua veste di obbligato nei confronti del creditore (DTF 127 III 233/234). La competenza territoriale internazionale non può essere regolata dalle norme di diritto interno, stante la preminenza degli accordi internazionali (art. 30a LEF; Staehelin, Basler Kommentar, N. 34 all'art. 83; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Vol. I, N. 86 all'art. 30a). Nondimeno dottrina e giurisprudenza da tempo hanno chiarito che il foro per l'azione di disconoscimento del debito è di natura dispositiva e le parti possono prevederne un altro rispetto a quello prescritto dall'art. 83 cpv. 2 LEF (DTF 87 III 26/27 consid. 2; REP. 1986 pag. 289; Staehelin, op. cit., 35 all'art. 83). La proroga del foro è quindi ammissibile non solo sotto il rispetto della CL, ma anche della LEF.

7. La materia del contendere ha formato oggetto di una viva controversia nella prassi e nella dottrina. L'appellante sostiene, richiamandosi a parte della dottrina, che l'azione di rigetto provvisorio dell'opposizione e quella di disconoscimento del debito sono indissolubilmente legate l'una all'altra alla luce della Convenzione di Lugano. Secondo questa corrente dottrinale lo scopo è quello di consentire al debitore di introdurre l'azione di disconoscimento al foro dell'esecuzione, per evitare che quest'ultimo sia indotto ad iniziare un'azione di accertamento negativa in un altro Stato che non conosce un simile istituto processuale (fra altri Stoffel, Ausschliessliche Gerichtsstände des Lugano Übereinkommens und SchKG Verfahren in: Festschrift Vogel, pag. 382 n. 64; Kaufmann-Kohler, Commandement de payer, mainlevée provvisorie, action en libération de dette et Convention de Lugano. Réflexions à l'occasion d'un arrêt du Tribunal Fédéral in SJ 1995 pag. 557-559). Per approdare a queste conclusioni taluni autori ritengono che l'azione di disconoscimento deve essere intesa come un'azione riconvenzionale a quella di rigetto provvisorio dell'opposizione. La competenza del Giudice dell'azione di disconoscimento sarebbe quindi data ai sensi dell'art. 6 n. 3 CL: la domanda di rigetto dell'opposizione costituisce in questa evenienza la domanda principale (Staehelin, Internationale Zuständigkeit, in SchKG, AJP 1995, pag. 275). Altri invece sostengono che il creditore istante nell'ambito dell'azione di rigetto provvisorio dell'opposizione crea la competenza per l'azione di disconoscimento, come un resistente che in una causa di merito si lascia convenire in giudizio senza contestare la competenza ai sensi dell'art. 18 CL (Stoffel, op. cit. pag. 382/383; Meier, Internationales Zivilprozessrecht, Zurigo 1994, pag. 53; Rapport du groupe d'experts chargé d'examiner la nécessité d'adapter le projet de la révision de la LP à la Convention de Lugano du 16.9.1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale in: REP. 1992 pag. 190; Staehelin, Basler Kommentar, Vol. I N. 38 all'art. 83; Jaeger/Walder/Kottmann; Das Bundesgesetz über SchKG, Vol. I, N. 16 all'art. 83; alle stesse conclusioni con motivazioni diverse Donzallaz, op. cit., n. 1292; Tribunale Cantonale del canton Vaud in: SZIER 1995

pag. 29 segg.). Secondo altri autori a cui si deve dare maggior credito dall'interpretazione della CL non può essere dedotto che l'azione di disconoscimento debba essere considerata un'azione riconvenzionale ai sensi dell'art. 6 n. 3 CL, rispettivamente che al creditore si possa attribuire la volontà di essere entrato nel merito della vertenza per aver introdotto la domanda di rigetto dell'opposizione davanti il Giudice dell'esecuzione, già per il fatto che quest'ultimo non è ancora stato convenuto in giudizio per discutere il merito della causa ( Bucher , *Droit international privé suisse*, Tome I/1, N. 256). Queste due azioni prescritte dalla LEF (art. 82 e 83) non sono così legate l'una all'altra da determinare un unico foro, specie se si considera che il foro dell'azione di disconoscimento può essere prorogato. Il rischio che corre il debitore di vedersi dichiarare irricevibile la domanda di disconoscimento davanti al giudice di uno Stato estero non è parimenti un elemento sufficiente e convincente per approdare a simili conclusioni ( Bucher , op. cit. Nri. 254 e 255; Schmid , *Note sur la coexistence possible entre la procédure de la mainlevée provisoire et l'action en libération de dettes selon la Convention de Lugano* in: SJ 1996 pag. 13 segg.). La prassi di diversi Tribunali cantonali ha escluso dal campo di applicazione dell'art. 16 n. 5 CL l'azione di rigetto provvisorio dell'opposizione, stante che questo istituto è inteso a stabilire se la documentazione prodotta costituisce un riconoscimento di debito, riservati gli esiti di una procedura di merito, visto che il debitore/convenuto non può far valere compiutamente i suoi diritti di difesa (come è stato precisato dalla CEF in: SZIER 1997 354/355; dal Tribunale Cantonale vodese in: SZIER 1996 pag. 1997; dal Bezirksgericht del Canton Zurigo in ZR 97 [1998] N. 14 con motivazioni leggermente diverse). Altri Tribunali, per contro, benché abbiano ammesso che l'azione di rigetto provvisorio dell'opposizione soggiace alla disciplina dell'art. 16 n. 5 CL (fra altri Obergericht di Lucerna SJZ 94 pag. 368/369 con rif.), hanno precisato che l'azione di disconoscimento del debito è una procedura di merito indipendente da quella del rigetto, soggetta alle altre discipline degli art. da 2 a 18 CL e, segnatamente, dell'art. 17 che consente la proroga del foro ( RVJ 1998 220 con rif.; 141; Messaggio sulla Convenzione di Lugano in: FF II 1990 pag. 240 n. 226.6 e pag. 245 n. 227.3; Gilliéron , op. cit. N. 91 e 92 all'art. 83; N. 84 in fine all'art. 30a). Il fatto che taluni ordinamenti giuridici stranieri non conoscono un istituto simile all'azione di disconoscimento del debito non è di rilievo, perché nel caso in esame non è contestato che il codice di rito italiano prevede l'azione di accertamento negativa di un rapporto giuridico (cfr. sentenza impugnata con riferimenti citati; Acocella , *Internationale Zuständigkeit sowie Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivilsachen im schweizerisch-italienischen Rechtsverkehr*, 1989, pag. 125, 138 e 160; RVJ 1998 pag. 220/221). In caso contrario si deve riconoscere che il debitore può sempre ricorrere al foro di necessità in Svizzera alle condizioni prescritte dall'art. 3 LDIP, posto che la CL non esclude una simile evenienza ( RVJ 1998 pag. 220 con rif.; Gilliéron , op. cit., Vol. I, N. 93 all'art. 83; N. 86 all'art. 30a). Le tesi sostenute dagli autori di segno opposto sono quindi artificiose e non trovano alcun supporto nelle norme della CL. Si deve così concludere che il debitore avrebbe avuto la possibilità di iniziare una causa di accertamento negativa davanti al Tribunale di Milano per dirimere questa vertenza, in forza della clausola di foro prevista dal contratto. 8. Rimane ancora da sapere se l'azione di rigetto provvisorio dell'opposizione davanti al giudice dell'esecuzione poteva in qualche modo essere intesa come una rinuncia tacita da parte del creditore al foro scelto convenzionalmente dalle parti. "L'Einlassungsprinzip" (principio dell'accettazione tacita della competenza) significa che il convenuto non può più contestare la competenza del giudice adito, allorché è entrato nel merito della causa senza sollevare l'eccezione di incompetenza ( DTF 123 III consid. 3b;

122 III 298 consid. 4). Questo principio, ancorato all'art. 18 CL (cfr. DTF 122 III 298 consid. 4), non è applicabile nei casi in cui la costituzione in giudizio ha per oggetto la contestazione della competenza, rispettivamente qualora esista una giurisdizione esclusivamente competente ai sensi dell'art. 16 CL ( www.bger.ch ; 5C.110/2002/frs consid. 2.2; Bucher , op. cit., n. 202). Analoga disposizione è contenuta all'art. 6 LDIP. In concreto la \_\_\_\_\_ ha sollevato l'eccezione di incompetenza territoriale con la risposta di causa e l'udienza preliminare è stata limitata all'esame di questa censura (art. 98, 99 e 181 CPC; cfr. verbale di udienza 21 marzo 2002). In una recente sentenza su un tema identico a quello in oggetto, ma nel quadro applicativo dell'art. 6 LDIP, il Tribunale federale ha precisato che non è di alcun rilievo il fatto che il creditore prima di sollevare l'eccezione di incompetenza territoriale abbia chiesto al giudice dell'esecuzione la rimozione dell'opposizione che è stata interposta al precetto esecutivo. Determinante in questi casi è solo la volontà di entrare nel merito della lite e la prassi che si è instaurata in passato intorno alla rinuncia tacita del foro fissato dall'art. 59v. Cost è applicabile per analogia non solo all'art. 6 LDIP ( www.bger.ch ; 4C. 189/ 2001 del 1° febbraio 2002; DTF 87 I 58 consid. 4), ma anche all'art. 18 CL. La \_\_\_\_\_, che ha elevato l'eccezione di incompetenza con la risposta nell'ambito della causa di disconoscimento del debito non può quindi aver rinunciato tacitamente al foro convenzionale di Milano (art. 17 del contratto di fideiussione). 9. L'appello, infondato, deve quindi essere respinto con carico di spese e ripetibili. All'attore, che si è rivolto ad un giudice territorialmente incompetente, dovrà essere restituito il termine di 20 giorni (art. 83 cpv. 2 LEF) per introdurre la sua domanda davanti al Tribunale competente in conformità dell'art. 32 cpv. 3 LEF ( Gilliéron , op. cit., n. 44 all'art. 32; Bucher , op. cit., n. 255 in fine). Per i quali motivi richiamati per le spese l'art. 148 CPC, la LTG e la TOA pronuncia: 1. L'appello 27 maggio 2002 di \_\_\_\_\_ è respinto . 2. Le spese della procedura di appello consistenti in: a) tassa di giustizia fr. 550.-- b) spese fr. 50.-- totale fr. 600.-- già anticipate dall'appellante, rimangono a suo carico, con l'obbligo di rifondere alla parte appellata fr. 2'000.-- a titolo di ripetibili. 3. Intimazione: - \_\_\_\_\_ Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1. 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.