

## **TI\_GERICHTE 12.2006.80 vom 16. März 2007**

TI Tribunale d'appello, 2007-03-16, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2006.80](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2006.80)

FR: TI\_GERICHTE 12.2006.80 du 16 mars 2007

IT: TI\_GERICHTE 12.2006.80 del 16 marzo 2007

### **Regeste**

Azione di disconoscimento di debito tardiva e successiva azione di inesistenza del debito di identico contenuto, eccezione di cosa giudicata accolta in seguito a ritiro della prima causa, in assenza di fatti nuovi, intervenuti dopo il passaggio in giudicato della sentenza di opposizione

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Nella fattispecie il Pretore ha ritenuto che l'azione introdotta il 12 settembre 2005 dall'attore era tardiva, poiché non rispettava il termine di venti giorni, scaduto il 14 giugno 2005, di modo che doveva essere considerata alla stregua di un'azione di inesistenza del debito ai sensi dell'art. 85a LEF. Il ritiro dell'azione il 17 novembre 2005 riguardava dunque un'azione di inesistenza del debito e la conseguente desistenza dell'attore ha avuto effetti di cosa giudicata (art. 352 cpv. 1 CPC) in tale ambito. Il primo giudice ha in seguito constatato che l'azione avviata il 21 ottobre 2005 non poggiava su fatti nuovi ed era identica a quella del 12 settembre 2005, sicché meritava accoglimento l'eccezione di cosa giudicata sollevata dalla convenuta. Donde l'inammissibilità della causa.

#### **E. 2**

L'appellante rimprovera dapprima al Pretore di essersi nuovamente pronunciato sull'eccezione di cosa giudicata che aveva già respinto con giudizio del 2 febbraio 2006, il cui dispositivo è ormai cresciuto in giudicato. Dal profilo del diritto sostanziale, l'attore sostiene che non è possibile trasformare un'azione fondata sull'art. 83 cpv. 2 LEF (azione in disconoscimento del debito) sia per il fatto che il Pretore aveva intimato la petizione solo come azione ai sensi dell'art. 83 cpv. 2 LEF, seguendo la procedura ordinaria, sia perché la sua desistenza era avvenuta solo per l'azione di disconoscimento di debito, tanto che il decreto di stralcio rinviava chiaramente alla procedura ordinaria appellabile e non a quella accelerata. L'azione di accertamento dell'inesistenza del debito, prosegue l'appellante, è stata da lui proposta solo con la petizione 21 ottobre 2005, così che l'eccezione di cosa giudicata è infondata. Inoltre, afferma l'attore, egli è venuto a conoscenza di nuovi fatti e di nuove prove (pubblicazione delle riviste "L\_\_\_\_\_ " e "S\_\_\_\_\_ ") sull'agire doloso della convenuta, come sostenuto all'udienza del 16 febbraio 2006. L'eccezione di cosa giudicata doveva pertanto essere respinta.

#### **E. 3**

Secondo l'appellante il Pretore non poteva più riesaminare l'eccezione di cosa giudicata materiale (materielle Rechtskraft), sollevata nella risposta dalla convenuta, siccome la stessa era già stata da lui respinta con decreto 2 febbraio 2006, passato a sua volta in giudicato. La censura, con cui l'appellante rimprovera di fatto al giudice di prime cure di

non aver tenuto conto del carattere definitivo della sua precedente decisione ( formelle Rechtskraft ), che come tale non era più impugnabile, modificabile o annullabile nella presente procedura (cfr. RtiD I-2005 5c pag. 722), è infondata. A quel momento il primo giudice aveva in effetti respinto l'eccezione in quanto non poteva escludere la presentazione di fatti nuovi in occasione della replica orale dell'attore all'udienza preliminare. In altre parole, nonostante la circostanza non sia poi stata puntualizzata nel dispositivo, la reiezione dell'eccezione era chiaramente dovuta al fatto che la situazione di fatto non ne aveva ancora permesso l'esame concreto. Quella decisione non era pertanto definitiva e dunque non impediva al giudice, ritenuto che la convenuta aveva per altro riproposto l'eccezione al momento della duplice all'udienza del 16 febbraio 2006 adducendo l'assenza di fatti nuovi proposti all'attore (verbale, pag. 2 in alto), di statuire sull'eccezione – come ha poi fatto con il giudizio qui impugnato – una volta chiarita la posizione dell'attore.

#### **E. 4**

Non è contestato che l'azione di disconoscimento di debito ai sensi dell'art. 83 cpv. 2 LEF promossa con la petizione 12 settembre 2005 era tardiva. L'attore, infatti, aveva sì appellato il 6 giugno 2005 la sentenza di rigetto dell'opposizione emanata dal Pretore il 24 maggio 2005, ma non aveva postulato che all'appello fosse conferito effetto sospensivo, così che egli avrebbe dovuto promuovere l'azione nei venti giorni dalla notificazione della sentenza pretorile (sentenza 11 gennaio 2005 della CEF pubblicata in NRCP 2004 528 e in RtiD I-2005 n. 119c; Cocchi/Trezzini , CPC-TI App, Lugano 2005, m. 10 ad art. 310). L'attore ha invece calcolato la decorrenza del termine dalla data della sentenza di seconda istanza (petizione, cfr. punto 1 pag. 1) e la sua azione era dunque irrimediabilmente tardiva. Il Pretore ha ritenuto che l'azione doveva essere considerata come un'azione di accertamento negativo di inesistenza del debito ai sensi dell'art. 85a LEF, fondandosi su dottrina autorevole ( Stahelin , Basler Kommentar SchKG, n. 32 ad art. 83). L'appellante contesta tale trasformazione riferendosi ad autorevole dottrina di parere contrario ( Jaeger , SchKG Kommentar, 4 a ed, Zurigo 1997, n. 9 ad art. 85a LEF). Il quesito giuridico può nondimeno rimanere indeciso, non avendo alcuna rilevanza pratica nella fattispecie. Nella petizione 12 settembre 2005 (inc. OA.2005.42 richiamato) l'attore ha avviato esplicitamente sia un'azione di disconoscimento di debito ai sensi dell'art. 83 cpv. 2 LEF, sottoposta alla procedura ordinaria, sia un'azione di inesistenza del debito ai sensi dell'art. 85a LEF in via subordinata (cfr. pagina 1 petizione 12 settembre 2005), fondandosi sui medesimi fatti da lui esposti. Egli ha ritirato la petizione 12 settembre 2005 con scritto 17 novembre 2005 “in quanto azione di disconoscimento di debito ex art. 83 cpv. 2 LEF”. Il Pretore ha emanato il 18 novembre 2005 il decreto di stralcio, relativo alla “causa a procedura ordinaria appellabile promossa con petizione 12/13 settembre 2005” e tutta la procedura è stata stralciata dai ruoli, con la conseguenza che il ritiro della petizione ha avuto forza di cosa giudicata (art. 352 cpv. 1 CPC). In questa sede l'appellante rimprovera al Pretore di aver abusato della sua buona fede, poiché il decreto di stralcio menzionava solo la procedura ordinaria appellabile e non quella accelerata, alla quale era soggetta la domanda subordinata. La censura è infondata. La petizione 12 settembre 2005 conteneva una sola domanda di giudizio, fondata sull'art. 83 cpv. 2 LEF in via principale e sull'art. 85a LEF in via subordinata. A entrambe le azioni è applicabile la procedura ordinaria, che non prevede limitazioni dei mezzi di prova esperibili, diversamente dalla procedura sommaria, con l'unica differenza che l'azione dell'art. 85a LEF segue la procedura accelerata ( Schmidt, Commentaire romand LEF n. 3 ad art. 85a LEF), in cui i termini per il compimento degli atti processuali sono ridotti e replica e duplice avvengono oralmente all'udienza preliminare

(cfr. art. 394 CPC). L'attore non ha reagito al decreto di stralcio, né ha fatto valere di mantenere la petizione nella sua domanda subordinata, sicché non può più dolersene ora.

#### **E. 5**

La petizione 21 ottobre 2005 è di fatto identica a quella del 12 settembre 2005, di cui ricopia integralmente il testo da pag. 2 a pag. 8 e ha l'identico scopo di far accertare l'inesistenza del debito di fr. 26'000.- di cui al PE n. \_\_\_\_\_ dell'UEF di B \_\_\_\_\_. L'unica differenza tra i due allegati risiede nel momento della procedura esecutiva in cui sono stati presentati. La petizione 21 ottobre 2005 non contiene di conseguenza alcun fatto nuovo rispetto a quelli esposti nella precedente petizione del 12 settembre 2005. Né l'attore ha addotto fatti nuovi con la replica orale del 16 febbraio 2006, come pretende in questa sede. In quell'occasione egli ha invero offerto nuovi mezzi di prova, in particolare l'audizione di testi che avrebbero subito esperienze analoghe alla sua e la produzione di esemplari delle riviste "L. \_\_\_\_\_" di gennaio 2004 e giugno 2004 e "S. \_\_\_\_\_" di febbraio 2004 e febbraio 2006 (cfr. verbale di udienza del 16 febbraio 2006). Come esposto dal Pretore nella sentenza impugnata, il modo di agire della convenuta e della litisdenunciata era già noto quando è stata presentata la petizione del 12 settembre 2005, dove sono descritte con dovizia di particolari le circostanze che hanno condotto alla firma del noto vaglia cambiario all'origine della procedura esecutiva. La scoperta di casi analoghi non è di rilievo ai fini del giudizio e le riviste, risalenti finanche al gennaio 2004 (doc. V, AA), espongono le modalità delle vendite di vacanze "time-sharing" a S \_\_\_\_\_, già illustrate nella petizione del 12 settembre 2005 (cfr. pag. 3 e 4). In definitiva, l'attore non ha portato alcun nuovo elemento relativo all'esistenza o no del credito posto in esecuzione o alla sua entità, ma ha offerto nuove prove della cui esistenza non era edotto in precedenza. Non sono quindi dati in concreto fatti nuovi ai sensi dell'art. 85a LEF, vale a dire fatti intervenuti dopo il passaggio in giudicato della sentenza di rigetto dell'opposizione ( Gilliéron , Poursuite pour dettes, fallite et concordat, 4 a ed., Losanna, n. 872 pag. 173).

#### **E. 6**

Visto quanto precede, l'appello deve essere respinto. Gli oneri processuali seguono la soccombenza (art. 148 CPC) e sono calcolati sul valore di causa di fr. 26'000.-. Per i quali motivi, richiamati gli art. 148 CPC e la LTG dichiara e pronuncia: 1. L'appello 3 aprile 2006 di AP 1 è respinto. 2. Le spese della procedura di appello consistenti in: a) taxa di giustizia fr. 300.- b) spese fr. 50.- fr. 350.- già anticipati dall'appellante, restano a suo carico, con l'obbligo di rifondere alla convenuta fr. 1'600.- per ripetibili di appello. 3. Intimazione: - - Comunicazione alla Pretura del Distretto di Riviera terzi implicati Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello La presidente Il segretario Rimedi giuridici Nelle cause a carattere pecuniario con un valore litigioso inferiore a fr. 30'000.- 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 la controversia concerne una questione di diritto di importanza fondamentale (art. 74 cpv. 2 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.