

## **TI\_GERICHTE 12.2009.180 vom 9. August 2010**

TI Tribunale d'appello, 2010-08-09, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2009.180](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2009.180)

FR: TI\_GERICHTE 12.2009.180 du 9 août 2010

IT: TI\_GERICHTE 12.2009.180 del 9 agosto 2010

### **Regeste**

Diritto di essere sentiti - fatti notori

### **Volltext**

Ticino Tribunale di appello diritto civile La seconda Camera civile 09.08.2010 12.2009.180

Diritto di essere sentiti - fatti notori

Incarto n. 12.2009.180 Lugano 9 agosto 2010 /rs In nome della Repubblica e Cantone Ticino La seconda Camera civile del Tribunale d'appello composta dei giudici: Epiney-Colombo, presidente, Walser e Lardelli segretario: Bettelini, vicecancelliere sedente per statuire nella causa inc. n. AC.2009.2 della Pretura del Distretto di Riviera promossa con petizione 30 luglio 2009 da AO 1 RA 1 contro AP 1 RA 2 chiedente -sulla base dell'art. 85a LEF- l'accertamento dell'inesistenza di un debito di fr. 132'720.- e accessori, alla base di una pretesa fatta valere nei suoi confronti dal convenuto e oggetto dell'esecuzione n. \_\_\_\_\_ dell'UEF di \_\_\_\_\_; in cui il Pretore, con decisione 7 settembre 2009, ha accolto l'istanza tendente a ottenere la sospensione cautelare dell'esecuzione a norma dell'art. 85a cpv. 2 LEF, ossia fino alla crescita in giudicato della decisione di merito; appellante il convenuto che, con gravame 21 settembre 2009, propone la riforma della decisione impugnata e il conseguente respingimento dell'istanza cautelare; lette le osservazioni all'appello che ne propongono la reiezione; esaminati gli atti e i documenti della causa; considerato in fatto e in diritto: 1. Il 26 maggio 2009 AP 1 ha fatto intimare all'attrice il precetto esecutivo n. \_\_\_\_\_ dell'UEF di \_\_\_\_\_, indicando quale titolo del credito: spese per agenzia di sicurezza, spese di acquisto cassa registratrice, spese acquisto bevande, e spese opere di ristrutturazione, spese legali, riconoscimento di debito . Poiché l'escussa non ha interposto opposizione a quell'atto, la procedura esecutiva è continuata fino allo stadio della comminatoria di fallimento notificata all'escussa il 20 giugno 2009. Con la causa in esame AO 1, sulla base dell'art. 85a LEF, sostiene di non essere debitrice di AP 1 per l'importo oggetto dell'esecuzione. In estrema sintesi, AO 1 afferma in particolare che il 13 marzo 2009 nella società sarebbero entrati due nuovi soci, la gerenza sarebbe stata conferita al socio \_\_\_\_\_ S\_\_\_\_\_ e alla socia \_\_\_\_\_ B\_\_\_\_\_ e la rappresentanza societaria con firma congiunta dei due gerenti, poteri di gestione e di rappresentanza della società poi revocati dal Pretore a \_\_\_\_\_ S\_\_\_\_\_ con decreto supercautelare 19 giugno 2009. Secondo l'attrice, sino all'entrata nella società dei due nuovi soci e ai cambiamenti della gerenza e della rappresentanza societarie non esisteva un riconoscimento di debito di AO 1 nei confronti di AP 1. Detto riconoscimento di debito avrebbe, a suo dire, carattere di assoluta novità e vi sarebbe il sospetto che sia stato confezionato ad arte in vista dell'esecuzione, ma retrodatato. \_\_\_\_\_ S\_\_\_\_\_ avrebbe inoltre manovrato per farsi notificare personalmente il precetto esecutivo, con il deliberato intento di non farvi opposizione. Così facendo, egli

avrebbe, sempre secondo l'attrice, agito in abuso e in eccesso di potere, per realizzare un interesse extrasociale e personale in pregiudizio di AO 1. Il convenuto si oppone alle argomentazioni dell'attrice e produce un riconoscimento di debito, recante la data 3 febbraio 2009, nel quale AO 1, a firma del sociogerente \_\_\_\_\_ S \_\_\_\_\_, ha riconosciuto “gli importi relativi le spese anticipate dal signor AP 1 e meglio fr. 97'720.20 quali spese anticipate per l'agenzia di sicurezza, opere di ristrutturazione e acquisti vari, fr. 35'000.– quali spese legali, per un totale di fr. 132'720.20”, da versarsi “entro e non oltre il 3 marzo 2009”. All'udienza del 20 agosto 2009, le parti sono state sentite sull'istanza cautelare, presentata dall'attrice contestualmente alla petizione, di sospensione provvisoria della procedura esecutiva a norma dell'art. 85a cpv. 2 LEF. Il convenuto si è opposto all'istanza.

2. Con decisione 7 settembre 2009, il primo giudice – ricordata l'esigenza dottrinale secondo la quale l'applicazione dell'art. 85a cpv. 2 LEF impone una maggiore probabilità di esito favorevole dell'azione di merito rispetto al presupposto usuale nell'ambito di provvedimenti cautelari – ritenendo la domanda “molto verosimilmente fondata”, ha accolto la richiesta provvisoria e ordinato la sospensione immediata dell'esecuzione. Il Pretore, considerati “nebulosi” i fatti del litigio, si è dipartito “per una migliore comprensione” da un breve istoriato della fattispecie, proposto nei considerandi 1.1-1.6 della decisione impugnata. Il primo giudice ha riferito di essersi rifatto, nella ricostruzione dei fatti, alle risultanze di un'altra vertenza che vede opposta l'istante AO 1 a \_\_\_\_\_ S \_\_\_\_\_ (inc. n. DI.2009.31 della Pretura del Distretto di Riviera), vertenza, a suo dire, perfettamente nota ai patrocinatori delle parti, che sarebbero gli stessi nelle due procedure. Egli ha rilevato che i procedimenti giudiziari svoltisi davanti a un tribunale sarebbero notori per il Tribunale stesso, per cui non andrebbero ulteriormente provati. Il Pretore ha in particolare fatto esplicito riferimento ai doc. A, B, C, D, E, G e F del menzionato inc. DI.2009.31, soggiungendo che, in quel procedimento, egli avrebbe ritenuto sussistere la verosimiglianza di una violazione da parte di \_\_\_\_\_ S \_\_\_\_\_ degli obblighi di fedeltà e del divieto di concorrenza, a pregiudizio degli interessi e degli scopi di AO 1 e, di conseguenza, con “decisione supercautelare 19 giugno 2009 di \_\_\_\_\_ B \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ N \_\_\_\_\_” avrebbe revocato “i poteri di gestione e rappresentanza di \_\_\_\_\_ S \_\_\_\_\_, di modo che a decorrere dal 26 giugno 2009 la società sarebbe impegnata dalla firma individuale di \_\_\_\_\_ B \_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_”. Dopo aver esaminato le varie posizioni creditorie che, secondo il convenuto, giustificerebbero l'effettiva esistenza del debito, il primo giudice ha ritenuto il credito – di cui al riconoscimento di debito sottoscritto da \_\_\_\_\_ S \_\_\_\_\_ il 3 febbraio 2009 per conto di AO 1 (doc. 4) – inverosimile al punto da giustificare la sospensione provvisoria dell'esecuzione. \_\_\_\_\_ S \_\_\_\_\_ secondo il Pretore avrebbe sottoscritto il riconoscimento di debito il 3 febbraio 2009, ovvero in un momento in cui, almeno internamente, egli non poteva vincolare AO 1 senza la firma congiunta di \_\_\_\_\_ B \_\_\_\_\_. Questo fatto, per di più sottaciuto alla socia gerente (ma anche al terzo socio), oggettivamente lascerebbe credere più ad un comportamento a sfavore della società che non a favore della stessa. Né – sempre secondo il Pretore – militerebbero a favore di atti compiuti nell'interesse della società istante i fatti del 17 giugno 2009, che proprio in quanto verosimilmente commessi a pregiudizio della stessa, lo avevano indotto, nel suo giudizio nell'ambito dell'altro procedimento (inc. n. DI.2009.31), a privare \_\_\_\_\_ S \_\_\_\_\_ dei suoi poteri di gerenza e rappresentanza. Ciò varrebbe anche riguardo alla circostanza che \_\_\_\_\_ S \_\_\_\_\_ avrebbe ritirato personalmente il precetto esecutivo, omesso volutamente di

interporre ricorso e lasciato del tutto all'oscuro gli altri soci, in particolare la socia gerente. Il Pretore ha per finire ritenuto che i comportamenti menzionati, benché “successivi all'epoca degli asserti impegni presi dal convenuto nei confronti della società istante”, contribuiscono “a contestualizzare e ad accrescere il fumus boni iuris della domanda di parte istante”. 3. Con appello 21 settembre 2009, AP 1 propone la riforma della decisione impugnata e il conseguente respingimento dell'istanza cautelare. Egli lamenta in primo luogo la violazione del diritto di essere sentito, avendo, a suo dire, il Pretore fondato il suo giudizio sui fatti – esplicitati ai considerandi 1.1-1.3 e 1.5-1-6 della decisione impugnata – ricostruiti per mezzo di altre cause giudiziarie che non concernono AP 1 e che nulla hanno a che vedere con l'oggetto della presente procedura. L'appellante rileva di non aver potuto prendere posizione sui predetti fatti menzionati dal Pretore e di non sapere se essi siano stati o meno comprovati da AO 1 e dai suoi soci. 3.1 Sono notori – quindi non soggetti all'onere di allegazione e di prova (DTF 130 III 113, consid. 3.4) – i fatti la cui esistenza è certa al punto da convincere il giudice che si tratta di fatti di pubblica notorietà (“allgemeine notorische Tatsachen”) o conosciuti soltanto dal giudice, nella misura in cui, per esempio, la prova è stata portata in un'altra procedura da lui trattata (“amtskundige oder gerichtskundige Tatsachen”); in quest'ultimo caso il giudice deve tuttavia segnalare i fatti alle parti per garantire il diritto di essere sentito (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8<sup>a</sup> ed., Berna 2006, n. 17 p. 255; Hohl, Procedure civile, Vol. I, Berna 2001, n. 945 p. 182 segg.; Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2<sup>a</sup> ed., Basilea 1990, n. 636 p. 381; DTF n. 4P.40/2006 del 6 giugno 2006, consid. 4.3). 3.2 Il Pretore per rendere possibile una migliore comprensione della fattispecie, a suo dire, nebulosa, ha fatto effettivamente esplicito riferimento a circostanze di fatto che risulterebbero da un altro incarto presso di lui pendente (inc. n. DI.2009.31), nel quale AP 1 non sarebbe parte. In particolare il primo giudice ha riferito – attingendo a suo dire al predetto incarto – che il 19 dicembre 2008 AO 1 avrebbe ricevuto l'autorizzazione provvisoria di riapertura del M \_\_\_\_\_, designando quale gerente tale \_\_\_\_\_ C \_\_\_\_\_ e che l'esercizio pubblico sarebbe stato successivamente chiuso per ordine della polizia e riaperto il 15 giugno 2009 a seguito di sentenza 2 giugno 2009 del Tribunale amministrativo (decisione impugnata, consid. 1.3); che il registro di commercio farebbe stato, a far tempo dal 9 marzo 2009, di una compagine societaria di AO 1 diversa rispetto a quella figurante dal doc. Q (decisione impugnata, consid. 1.4); che con decisione supercautelare 19 giugno 2009 – conseguente ad istanza 18 giugno 2009 di \_\_\_\_\_ B \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ N \_\_\_\_\_ – egli avrebbe revocato i poteri di rappresentanza a \_\_\_\_\_ S \_\_\_\_\_, sussistendo la verosimiglianza di una violazione da parte di quest'ultimo degli obblighi di fedeltà e del divieto di concorrenza e che questa decisione faceva seguito ad un episodio accaduto presso il M \_\_\_\_\_ il 17 giugno 2009 (con coinvolgimento di più persone, tra i quali \_\_\_\_\_ S \_\_\_\_\_ e l'avv. \_\_\_\_\_), di cui stampa e televisione avrebbero dato ampio risalto (decisione impugnata, consid. 1.5). Il primo giudice ha fatto esplicito riferimento ai doc. A, B, C, D, E, G e F del menzionato inc. DI.2009.31, a circostanze di fatto e a sue considerazioni attinenti al merito di tale incarto, per contestualizzare e suffragare l'esistenza di un accresciuto “fumus boni iuris” della domanda di AO 1 nella vertenza ora in esame. Dagli atti non risulta però che le circostanze di fatto dell'inc. DI.2009.31, come pure le prove e le considerazioni del giudice, note al Pretore, lo fossero anche a AP 1. La circostanza, riferita dal primo giudice, secondo cui la vertenza in questione sarebbe perfettamente nota ai patrocinatori delle parti, non permette ancora di ritenere – per evidenti ragioni attinenti alla tutela del

segreto professionale – che lo fosse anche per AP 1. Certo, all'udienza preliminare del 14 settembre 2009 – tenutasi comunque in data successiva all'emanazione della decisione oggetto di impugnativa – AO 1 ha chiesto il richiamo dell'inc. DI.2009.31 e AP 1 non si è opposto (act. VIII, pag. 1 verso il basso). Il primo giudice tuttavia non si è a tuttoggi pronunciato sull'ammissibilità dei mezzi di prova offerti dalle parti (act. VIII, pag. 3 verso il basso), avendo anzi il 23 settembre 2009 sospeso il procedimento in attesa dell'evasione della procedura d'appello (act. X). Ciò che rende impossibile anche a questa Camera di disporre dell'inc. DI.2009.31 della Pretura del Distretto di Riviera e di prendere visione degli atti menzionati dal primo giudice. 3.3 Vi è dunque stata violazione del diritto di essere sentito. La conseguenza, essendo il diritto di essere sentito di natura formale e indipendente, è l'annullamento della sentenza emanata senza rispettarlo ( Müller , op. cit., art. 4 Cost. n. 100), così come del resto previsto dall'art. 142 lett. b CPC che commina la nullità dell'atto quando la parte non è stata messa in condizione di rispondere (ossia di essere sentita) oppure anche dall'art. 143 CPC che dispone l'annullamento degli atti di procedura in urto alle norme del codice di rito, in concreto individuate nell'art. 184 CPC, quando la violazione arreca un pregiudizio irrimediabile alla parte (II CCA 20 ottobre 1997 inc. n. 12.96.232, 18 agosto 2004 inc. n. 12.2004.36-37, 22 giugno 2007 inc. n. 12.2006.106). Appare pertanto superfluo entrare nel merito delle restanti argomentazioni e richieste fatte valere dall'appellante, la decisione dovendo essere annullata e l'incarto ritornato al Pretore perché acquisisca agli atti l'inc. DI.2009.31 e garantisca alle parti il diritto di essere sentite su fatti, prove e considerazioni attinenti al predetto incarto, di cui intende far uso nel giudizio sulla domanda di sospensione provvisoria dell'esecuzione. 4. L'esito del giudizio, che di fatto comporta l'annullamento della sentenza impugnata – a fronte dell'eccezione di violazione del diritto di essere sentito sollevata dall'appellante e della richiesta di appello di riformare la sentenza, nel senso di respingere integralmente la domanda provvisoria – implica di fatto di accogliere parzialmente il gravame ai sensi dei considerandi, con soccombenza delle parti in ragione di metà ciascuna. La tassa di giustizia e le spese della procedura di secondo grado, calcolate sulla base di un valore litigioso di fr. 132'720.–, seguono la soccombenza (art. 148 CPC), ritenuto che le ripetibili possono essere compensate. Per i quali motivi, richiamati l'art. 148 CPC e la TG, dichiara e pronuncia I. L'appello 21 settembre 2009 di AP 1 è parzialmente accolto ai sensi dei considerandi e di conseguenza la sentenza 7 settembre 2009 del Pretore del Distretto di Riviera è annullata. § Gli atti sono ritornati al Pretore per la continuazione della procedura ai sensi dei considerandi. 2. Le spese della procedura d'appello consistenti in: a) tassa di giustizia fr. 1'450.- b) spese fr. 50.- T o t a l e fr. 1'500.- da anticiparsi dall'appellante restano a suo carico per 1/2 e per 1/2 sono poste a carico dell'appellata, compensate le ripetibili. 3. Intimazione: - - Comunicazione alla Pretura del Distretto di Riviera 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; per valori inferiori il ricorso è ammissibile se la controversia concerne una questione di diritto di importanza fondamentale o se una legge federale prescrive un'istanza cantonale unica (art. 74 cpv. 2 LTF). Il ricorso è ammissibile contro le decisioni che pongono fine al procedimento (art. 90 LTF). Esso è pure ammissibile contro una decisione che concerne

soltanto talune conclusioni, se queste possono essere giudicate indipendentemente dalle altre, o che pone fine al procedimento soltanto per una parte dei litisconsorti (art. 91 LTF), oppure ancora contro decisioni pregiudiziali e incidentali notificate separatamente e concernenti la competenza o domande di ricsuzione (art. 92 cpv. 1 LTF). In presenza di altre decisioni pregiudiziali o incidentali, il ricorso è ammissibile solo se le stesse possono causare un pregiudizio irreparabile o se l'accoglimento del ricorso comporterebbe immediatamente una decisione finale consentendo di evitare una procedura probatoria defatigante o dispendiosa (art. 93 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.