

TI_GERICHTE 12.2011.111 vom 4. Oktober 2011

TI Tribunale d'appello, 2011-10-04, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2011.111

FR: TI_GERICHTE 12.2011.111 du 4 octobre 2011

IT: TI_GERICHTE 12.2011.111 del 4 ottobre 2011

Regeste

Provvedimento cautelare in azione di accertamento di inesistenza del debito, sospensione provvisoria della procedura esecutiva, foro svizzero in caso di azione di merito introdotta in Stato estero

Erwägungen

E. 1

Premesso che sia l'istanza in esame, proposta il 29 aprile 2011, sia la decisione impugnata, che risale al 27 maggio 2011, sono posteriori all'entrata in vigore (il 1° gennaio 2011) del Codice di diritto processuale svizzero (CPC), tanto la procedura di prima istanza quanto quella ricorsuale sono rette dal nuovo diritto.

E. 2

Le decisioni di prima istanza in materia di provvedimenti cautelari sono impugnabili mediante appello, qualora il valore litigioso dell'ultima conclusione riconosciuta nella decisione impugnata sia di almeno fr. 10'000.-- (art. 308 cpv. 1 lett. b CPC), ciò che risulta essere il caso nella fattispecie, visto che l'esecuzione di cui si chiede la sospensione verte su fr. 230'141,66. Le decisioni fondate sull'art. 85a LEF non rientrano infatti tra le eccezioni di cui all'art. 309 CPC, perché "le decisioni del giudice dell'esecuzione" menzionate nella lettera a della norma riguardano solo l'esecuzione di decisioni non pecuniarie secondo gli art. 337 segg. CPC (cfr. art. 335 cpv. 2 CPC a contrario) e non l'esecuzione disciplinata dalla LEF, come risulta dal fatto che alcune pratiche a tenore della LEF, tra cui non figura l'azione dell'art. 85a LEF, sono espressamente elencate all'art. 309 lett. b CPC. In virtù dei combinati art. 248 lett. d e 314 cpv. 1 CPC, l'appello dev'essere proposto entro 10 giorni dalla notifica della sentenza impugnata (cfr. Bodmer/Bangert, Basler Kommentar zum SchKG, vol. I, 2 a ed., Basilea 2010, n. 28a ad art. 85a). In concreto l'appello, inoltrato il 9 giugno, a fronte di una sentenza notificata all'escussa il 30 maggio 2011, è senz'altro tempestivo e rientra nella competenza della Seconda Camera civile del Tribunale d'appello (art. 48 lett. b n. 1 e, a contrario, lett. e n. 1 LOG).

E. 3

Secondo l'art. 310 CPC con l'appello possono essere censurati sia l'applicazione errata del diritto sia l'errato accertamento dei fatti.

E. 4

Giusta l'art. 85a cpv. 1 LEF, l'escusso può domandare in ogni tempo al tribunale del luogo dell'esecuzione l'accertamento dell'inesistenza del debito, della sua estinzione o della concessione di una dilazione. Se l'azione è ammessa, il tribunale, secondo il caso, annulla o sospende l'esecuzione (cpv. 3). Dopo aver sentito le parti ed esaminato i documenti

prodotti, esso può anche pronunciare la sospensione provvisoria dell'esecuzione se ritiene la domanda molto verosimilmente fondata (cpv. 2).

E. 4.1

L'azione dell'art. 85a LEF ha una doppia natura, in quanto persegue due risultati diversi: da un lato ha carattere sostanziale, nella misura in cui consente all'escusso di ottenere una sentenza sull'esistenza o sull'esigibilità della pretesa posta in esecuzione (cpv. 1), dall'altro è di natura procedurale (esecutiva), siccome tende all'annullamento o alla sospensione dell'esecuzione (cpv. 3), ciò che determina anche effetti registrali, nel senso che vieta agli uffici d'esecuzione di dar notizia a terzi circa l'esecuzione annullata (art. 8a cpv. 3 lett. a LEF). Nonostante la sua natura sostanziale, l'azione serve però a fini puramente procedurali che, nel medesimo tempo, definiscono l'interesse dell'escusso all'accertamento (FF 1991 III 50). La ricevibilità dell'azione è subordinata all'esistenza di un'esecuzione in corso, non sospesa da opposizione, sicché il processo diventa privo di oggetto in caso di ritiro dell'esecuzione (cfr. DTF 132 III 278 segg. cons. 4.2 e 4.3.1; 127 III 43 segg. cons. 4).

E. 4.2

Il foro dell'azione è situato nel "luogo dell'esecuzione", ovvero si confonde con il foro esecutivo a norma degli art. 46 segg. LEF (cfr. Schmidt, Commentaire romand de la LP, Basilea/Ginevra/Monaco 2005, n. 4 ad art. 85a). Come per le altre azioni a scopo esecutivo disciplinate dalla LEF (cfr. ad es. nel Basler Kommentar zum SchKG, vol. I, 2 a ed., Basilea 2010: D. Staehelin, n. 19 ad art. 84; Bodmer/Bangert, n. 29 ad art. 85; A. Staehelin, n. 15-16 ad art. 109; Jent-Sørensen, n. 42 ad art. 111; S. Chöniger, n. 35 ad art. 148), il foro, per quanto riguarda la componente esecutiva dell'azione, è imperativo ed esclusivo (cfr. Bodmer/Bangert, op. cit., n. 24 ad art. 85a; Tenchio, Feststellungsklagen und Feststellungsprozess nach Art. 85a SchKG, tesi Zurigo 1999, p. 150-1 ad §6; Gilliéron, Commentaire de la LP, vol. I, Losanna 1999, n. 69 ad art. 85a; cfr. pure: Schwander, Neuerungen in den Bereichen der Rechtsöffnung sowie der Aufhebung oder Einstellung der Betreuung, aber fehlende Regelung von Exequaturverfahren im SchKG, in: Das revidierte SchKG, Pubblicazione FSA, vol. 13, Berna 1995, p. 47; Kren Kostkiewicz, Gerichtsstände im revidierten SchKG, AJP/PJA 1996, p. 1363 ad 6). Tuttavia, parte della dottrina ritiene, in considerazione dell'aspetto materiale dell'azione, che la stessa possa anche essere promossa in un altro foro svizzero, in virtù degli art. 31 segg. LForo (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8 a ed., Berna 2008, n. 21 ad § 20), apparentemente anche per quanto riguarda la componente esecutiva (cfr. Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vol. I, 4 a ed., Zurigo 1997, n. 11 ad art. 85a; Huber, Die Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG, IWIR 1999, p. 50 ad 6; Brönimann, Kurzkomentar zur ZPO, Basilea 2010, n. 18 ad art. 85a, che giustamente precisa che gli arbitri non sono però abilitati ad annullare o sospendere l'esecuzione).

E. 4.3

Dalla riserva dell'art. 46 CPC a favore dei fori stabiliti dalla LEF si potrebbe dedurre il carattere imperativo del foro dell'art. 85a LEF anche in ambito nazionale, ma non si potrebbe nemmeno escludere a priori un'applicazione analogica dell'art. 79 cpv. 1 LEF, che consenta al giudice svizzero adito con un'azione di merito in accertamento dell'esistenza di un credito posto in esecuzione di annullare o sospendere l'esecuzione, se così esplicitamente richiesto. La questione non ha da essere decisa in questa sede, poiché in

concreto la causa di merito è pendente all'estero. E in un tal caso, per il principio della territorialità vigente in materia di esecuzione forzata, è escluso che il giudice estero possa ordinare l'annullamento o la sospensione di un'esecuzione svizzera (DTF 132 III 280, cons. 4.3). La riserva dell'art. 30a LEF a favore dei trattati internazionali e della LDIP vale infatti solo nel campo d'applicazione di questi strumenti, ovvero nel campo del diritto privato. In particolare, gli art. 16 n. 5 CL/1988 (RS 0.275. 11) e 22 n. 5 CL/2007 (RS 0.275.12) riservano, in materia di esecuzione delle decisioni, la competenza esclusiva dei giudici nel cui territorio ha luogo l'esecuzione. Parrebbe quindi logico stabilire che, nei casi in cui l'azione di merito è pendente all'estero (oppure in Svizzera, qualora l'esecuzione di cui si chiede l'annullamento o la sospensione sia stata promossa ad uno stadio della procedura di merito che non consente più all'escusso di presentare nuove conclusioni, principali o riconvenzionali), l'escusso possa inoltrare l'azione dell'art. 85a LEF al foro dell'esecuzione, chiedendo al giudice svizzero di posticipare il giudizio fino al passaggio in giudicato della sentenza estera di merito (cfr. Schwander , op. cit., loc. cit.; Tenchio, op. cit., p. 138 ad §4, p. 139 ad A e p. 151 ad 1). Senonché alcuni autori (Bodmer/Bangert , op. cit., n. 24-25a ad art. 85a), sulla base di una sentenza del Tribunale federale (DTF 132 III 280-1, cons. 4.3.2 e 4.4), escludono qualsiasi scissione dell'azione e suggeriscono in tali circostanze che l'escusso chieda l'annullamento o la sospensione dell'esecuzione con domanda ai sensi dell'art. 85 LEF, fondata sulla sentenza estera di merito. Riconoscono però all'escusso la facoltà di chiedere dapprima la sospensione provvisoria dell'esecuzione giusta l'art. 85a cpv. 2 LEF.

E. 4.4

In realtà, la sentenza citata da questi autori non riguarda l'azione di cui all'art. 85a LEF bensì un'azione di accertamento negativo di credito, il cui inoltramento è ammesso dal Tribunale federale laddove l'esecuzione è già sospesa (giusta l'art. 78 LEF) in seguito alla formulazione di un'opposizione contro l'esecuzione. È però pur vero che esso ha statuito, pena l'irricevibilità dell'azione, l'inscindibilità del petitum concernente l'accertamento dell'inesistenza del credito e dei petitum relativi all'annullamento dell'esecuzione e al divieto della sua comunicazione a terzi, e ciò proprio con riferimento all'art. 85a LEF (DTF 132 III 280-1, cons. 4.3.1 e 4.3.2). Tuttavia, il fondamento del dogma dell'inscindibilità non è indicato e pare addirittura contraddetto dal fatto che il Tribunale federale ha comunque riservato l'applicazione della LDIP (cons. 4.4 i.f.), senza apparentemente averla voluto limitare alla questione del diritto applicabile, siccome ha poi esaminato la decisione dell'autorità cantonale di riconoscere un foro di necessità in virtù dell'art. 3 LDIP (cons. 5, non pubblicato, cfr. STF 5C.264/2004). Ora, si potrebbero al limite escludere le regole di competenza stabilite dalla LDIP invocando l'art. 85a cpv. 1 LEF quale *lex specialis* (ciò che, per quanto attiene alla componente materiale dell'azione, sembrerebbe comunque incompatibile con l'art. 30a LEF), ma una simile esclusione è sicuramente improponibile in un caso come quello in esame, in quanto violerebbe il carattere imperativo delle regole di foro stabilite dalla Convenzione di Lugano (cfr. H uber , op. cit., loc. cit.).

E. 4.5

D'altronde, contrariamente a quanto sembra sostenere l'appellante, non si può semplicemente negare all'escusso la possibilità di promuovere l'azione dell'art. 85a LEF al foro dell'esecuzione quando l'azione di merito è aperta all'estero, rinviandolo a chiedere l'annullamento o la sospensione dell'esecuzione con un'azione in procedura sommaria fondata sull'art. 85 LEF dopo il passaggio in giudicato della sentenza estera di merito.

Infatti, l'art. 85a cpv. 2 LEF, che offre all'escusso la facoltà di eventualmente ottenere una sospensione provvisoria dell'esecuzione durante la procedura di merito, deve, come ogni altra norma, essere interpretato conformemente alla Costituzione, e in particolare al principio di uguaglianza giuridica (art. 8 Cost.), sicché non è ammissibile, in assenza d'indicazione contraria nel testo della norma e nei lavori preparatori, rifiutare la protezione in questione per il solo fatto che il foro dell'azione di merito è situato all'estero. Quanto alla soluzione suggerita da alcuni autori (Bodmer/ Bangert , op. cit., n. 25a ad art. 85a; Brönimann , op. cit., n. 20 ad art. 85a), che riconoscono un foro indipendente per la concessione della sospensione provvisoria dell'esecuzione giusta l'art. 85a cpv. 2 LEF, occorre nondimeno rilevare come la stessa determini addirittura una doppia scissione, non solo tra la componente materiale (trattata all'estero) e quella esecutiva (sospensione provvisoria dell'esecuzione), ma pure tra la componente esecutiva principale (l'annullamento o la sospensione dell'esecuzione), che in siffatta soluzione non risulta espressa, e quella provvisoria (sospensione ex art. 85a cpv. 2 LEF). Contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, non si può infatti considerare la sospensione provvisoria dell'esecuzione a norma dell'art. 85a cpv. 2 LEF quale provvedimento provvisorio o cautelare ai sensi dell'art. 24 CL/1988 (art. 31 CL/2007) dipendente dall'azione di merito aperta all'estero, dato che il giudice estero non è competente per annullare o sospendere l'esecuzione in corso in Svizzera. Si tratta invece di una misura provvisoria che anticipa la decisione sull'annullamento o sulla sospensione dell'esecuzione. Lo stesso testo dell'art. 85a cpv. 2 LEF, secondo cui il giudice può decretare la sospensione provvisoria solo "dopo aver sentito le parti ed esaminato i documenti prodotti" (in tedesco: "Nach Eingang der Klage ..." , in francese "après avoir d'entrée de cause entendu les parties ..."), nonché la sistematica della norma, escludono poi la possibilità che la sospensione possa essere ordinata prima dell'inoltro dell'azione principale tendente all'annullamento o alla sospensione dell'esecuzione (cfr. Huber , op. cit., p. 51 ad 9). D'altronde, quale *lex specialis* , l'art. 85a cpv. 2 LEF non lascia spazio ad un'applicazione analogica dell'art. 263 CPC (ciò che l'art. 269 lett. a CPC ricorda del resto in modo esplicito).

E. 4.6

Riassumendo, qualora sia pendente all'estero un'azione di merito relativa all'esistenza o all'inesistenza di un credito posto in esecuzione in Svizzera, l'escusso è nondimeno abilitato a promuovere al foro dell'esecuzione azione di annullamento o di sospensione dell'esecuzione (art. 85a cpv. 1 e 3 LEF), chiedendo la sospensione della procedura svizzera nonché la sospensione provvisoria dell'esecuzione (art. 85a cpv. 2 LEF) fino al passaggio in giudicato della sentenza estera. Una sospensione preprocessuale dell'esecuzione è esclusa.

E. 5

Ciò posto, nel caso in esame il primo giudice era quindi competente per statuire sull'istanza nonostante l'azione di merito relativa al credito fatto valere dall'avv. AP 1 fosse pendente in Italia, ma egli avrebbe dovuto respingerla dal momento che l'istante non aveva formulato, in via principale, una conclusione tendente all'annullamento dell'esecuzione n.

_____ . Per il medesimo motivo occorre annullare la decisione superprovvisoria del 3 maggio 2011, così che si rivela superfluo statuire sulla questione di sapere se il primo giudice era abilitato a decretare la sospensione provvisoria dell'esecuzione in via supercautelare nonostante che secondo il testo dell'art. 85a cpv. 2 LEF tale misura possa essere decretata solo "dopo" che il tribunale ha sentito le parti (pro: STF 2 ottobre 2008, inc. 5A_712/2008, cons. 2.1 i.f. e 2.2 i.f., ma per risolvere un problema che in realtà non si

pone, giacché il giudice del fallimento dovrebbe differire la sua decisione già dall'inoltro dell'azione dell'art. 85a LEF, cfr. DTF 133 III 686-7, cons. 3.2; Brönimann, op. cit., n. 13 e 34 ad art. 85a; Bodmer/Bangert, op. cit., n. 25a ad art. 85a; contra: Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, op. cit., n. 20 ad art. 85a; Huber, p. 51 ad 9/a; Tenchio, op. cit., p. 163-5 ad §7/A/1).

E. 6

L'appello va quindi accolto. La tassa di giustizia, le spese e le ripetibili seguono la soccombenza (art. 106 cpv. 1 CPC). Per i quali motivi, richiamati gli art. 148 CPC e la LTG dichiara e pronuncia I. L'appello è accolto. §. Di conseguenza, la decisione 27 maggio 2011 del Pretore aggiunto della Giurisdizione di Mendrisio-Sud (_____) è annullata ed è così riformata: 1. L'istanza 29 aprile 2011 di AO 1 è respinta. 2. La decisione supercautelare 3 maggio 2011 del Pretore aggiunto della Giurisdizione di Mendrisio-Sud è revocata. 3. La tassa di giustizia e le spese complessive fr. 2'500.-- sono a carico della parte istante, che rifonderà alla convenuta fr. 3'000.-- a titolo di ripetibili. II. Le spese della procedura d'appello consistenti in: a) tassa di giustizia fr. 1'450.-- b) spese fr. 50.-- Totale fr. 1'500.-- da anticiparsi dall'appellante sono poste a carico di AO 1, con l'obbligo di rifondere alla parte appellante fr. 2'000.-- per ripetibili. III. Intimazione: -- Comunicazione alla Pretura della giurisdizione di Mendrisio-Sud Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello La presidente Il segretario Rimedi giuridici (pagina seguente) 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.