

## **TI\_GERICHTE 12.2011.121 vom 16. April 2012**

TI Tribunale d'appello, 2012-04-16, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2011.121](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2011.121)

FR: TI\_GERICHTE 12.2011.121 du 16 avril 2012

IT: TI\_GERICHTE 12.2011.121 del 16 aprile 2012

### **Regeste**

Azione di inesistenza del debito - azione di accertamento negativo - mutazione dell'azione in replica - condizioni di ricevibilità

### **Volltext**

Ticino Tribunale di appello diritto civile La seconda Camera civile 16.04.2012 12.2011.121

Azione di inesistenza del debito - azione di accertamento negativo - mutazione dell'azione in replica - condizioni di ricevibilità

Incarto n. 12.2011.121 Lugano 16 aprile 2012/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 vicecancelliere: Bettelini sedente per statuire nella causa - inc. n. OA.2009.459 della Pretura del Distretto di Lugano, sezione 2 - promossa con petizione 20 luglio 2009 da AO 1 rappr. da RA 2 contro AP 1 rappr. da RA 1 con cui l'attore ha chiesto di accertare l'inesistenza del credito di fr. 1'000'000.- fatto valere nei suoi confronti dal convenuto con l'esecuzione n. \_\_\_\_\_ e di ordinare la cancellazione del relativo PE, domanda avversata dalla controparte; ed ora sull'eccezione di irricevibilità della petizione sollevata dal convenuto, che il Pretore con decreto 13 maggio 2011 ha respinto; appellante il convenuto con ricorso ( recte : appello) 22 giugno 2011, con cui chiede la riforma del querelato giudizio nel senso di accogliere l'eccezione, protestando spese e ripetibili di entrambe le sedi; mentre l'attore con osservazioni 22 luglio 2011 postula la reiezione del gravame pure con protesta di spese e ripetibili; letti ed esaminati gli atti ed i documenti prodotti ritenuto in fatto e in diritto: 1. Con petizione 20 luglio 2009, fondata sull'art. 85° ( recte : 85a) LEF, AO 1 ha convenuto in giudizio innanzi al Pretore del Distretto di Lugano, sezione 2, AP 1 chiedendo che fosse accertata l'inesistenza del credito di fr. 1'000'000.- fatto valere da quest'ultimo nei suoi confronti con il PE n. \_\_\_\_\_, al quale egli aveva nel frattempo interposto opposizione (doc. A), e che fosse ordinata la cancellazione della relativa esecuzione. Ritenuto che l'attore intendeva promuovere un'azione ex art. 85a LEF, il Pretore, con ordinanza 21 luglio 2009, ha assegnato al convenuto il termine per la presentazione della risposta previsto dalla procedura accelerata (art. 85a cpv. 4 LEF). 2. Il 31 agosto 2009, con un allegato preliminare alla risposta di causa, il convenuto ha eccepito l'irricevibilità dell'azione ex art. 85a LEF, per il fatto al PE era stata pacificamente interposta opposizione, non ancora oggetto di una domanda di rigetto. Con osservazioni 3 settembre 2009, l'attore ha obiettato che il riferimento nella petizione all'art. 85a LEF era in realtà il frutto di una svista e che quella da lui promossa era una normale azione di accertamento negativo ai sensi dell'art. 71 CPC/TI. Preso atto di quest'ultima precisazione, il Pretore, con decisione 21 ottobre 2009, ha pertanto stabilito che la causa andava trattata secondo la procedura ordinaria ed ha assegnato al convenuto il relativo termine per la presentazione della risposta. 3. Con risposta 19 novembre 2009

(nonché con duplice 3 febbraio 2010) il convenuto, per quanto qui interessa, ha nuovamente eccepito l'irricevibilità della petizione: da una parte ha rilevato l'erroneità della decisione del Pretore circa la facoltà dell'attore di "trasformare" un'azione accelerata ex art. 85a LEF in un'azione ordinaria di accertamento negativo ex art. 71 CPC/TI; dall'altra ha osservato che anche quest'ultima era in ogni caso irricevibile, l'attore non avendo assolutamente fatto valere un interesse giuridico immediato, concreto e attuale al relativo accertamento. Con replica 23 dicembre 2009 l'attore ha contestato l'eccezione. In occasione dell'udienza preliminare del 1° marzo 2010 le parti si sono quindi riconfermate nelle loro antitetiche posizioni. 4. Con decisione preliminare (ex art. 181 CPC/TI) 13 maggio 2011 il Pretore ha rilevato che il convenuto aveva ragione ad aver inizialmente eccepito l'irricevibilità dell'azione promossa ex art. 85a LEF; senonché all'attore doveva essere riconosciuta la facoltà di "trasformare" quell'azione in un'azione di accertamento negativo ex art. 71 CPC/TI, non trattandosi da una parte di una mutazione dell'azione e dall'altra il particolare importo del PE giustificando di far astrazione dal requisito della sussidiarietà dell'azione di accertamento. Ne ha così dedotto che la petizione doveva essere considerata ricevibile come azione generale di accertamento negativo, ciò che imponeva di respingere l'eccezione e, stante il suo iniziale buon fondamento, di caricare alle parti in ragione di metà ciascuna le tasse di giustizia (fr. 4'000.-) e le spese (fr. 100.-), nonché di compensare le ripetibili. 5. Con l'appello 22 giugno 2011 che qui ci occupa, avverso dall'attore con osservazioni 22 luglio 2011, il convenuto chiede di riformare il querelato giudizio nel senso di accogliere l'eccezione. Egli ritiene che l'azione accelerata giusta l'art. 85a LEF e quella ordinaria di accertamento negativo ex art. 71 CPC/TI non si fondavano sul medesimo complesso di fatti, per cui una modifica dell'azione non poteva entrare in linea di conto. Per il resto ribadisce che l'azione di accertamento negativo ex art. 71 CPC/TI era in ogni caso irricevibile, l'attore non avendo sollevato un interesse giuridico immediato ed attuale all'accertamento, per altro già escluso per il fatto che dal 21 aprile 2010, ossia un anno dalla data d'inoltro del PE, costui avrebbe potuto chiederne la cancellazione con una semplice lettera all'UEF. 6. Il 1° gennaio 2011 è entrato in vigore il nuovo codice di diritto processuale civile svizzero (CPC; RS 272). Ritenuto che la procedura innanzi al Pretore è stata avviata prima di quella data, la stessa, fino alla sua conclusione, resta disciplinata dal diritto cantonale previgente (art. 404 cpv. 1 CPC) e meglio dal codice di procedura civile ticinese (CPC/TI; RL 3.3.2.1). Non così invece la procedura ricorsuale in rassegna, che, avendo preso avvio a seguito di una decisione pretorile comunicata dopo quella data, è retta dalle nuove disposizioni federali (art. 405 cpv. 1 CPC). 7. Nella prima parte dell'appello il convenuto rimprovera al Pretore di aver autorizzato l'attore a "trasformare" in un'azione generale di accertamento negativo giusta l'art. 71 CPC/TI l'azione accelerata ex art. 85a LEF da lui inizialmente inoltrata, che nella fattispecie era pacificamente irricevibile. Nell'occasione, più che censurare il decreto 13 maggio 2011 che respingeva l'eccezione di irricevibilità della petizione così "trasformata", egli di fatto intende però rimettere in discussione la decisione 21 ottobre 2009, con cui il primo giudice, autorizzando in pratica quella "trasformazione", aveva deciso che la causa andava trattata secondo la procedura ordinaria anziché secondo quella accelerata. In tal senso - come si dirà - l'appello è irricevibile. Nella misura in cui stabiliva la continuazione della causa secondo la procedura ordinaria, quella decisione potrebbe in effetti costituire una semplice ordinanza (art. 94 CPC/TI; Olgiati, *Le norme generali per il procedimento civile nel Canton Ticino*, p. 297; cfr. Cocchi/Trezzini, *CPC-TI*, m. 1 ad art. 94), di per sé non appellabile in base al diritto cantonale allora vigente (art. 95 cpv. 1 CPC/TI), ma censurabile per la prima volta solo con l'impugnativa contro il

giudizio finale ( Cocchi/Trezzini , op. cit., m. 2 ad art. 95; II CCA 25 marzo 2007 inc. n. 12.2006.16, 15 marzo 2007 inc. n. 12.2006.9, 22 giugno 2007 inc. n. 12.2006.106):  
sennonché il gravame che ci occupa non è rivolto contro la decisione finale della causa, per cui a questo stadio della lite non sarebbe (ancora) possibile riesaminarla. Nella misura in cui autorizzava implicitamente la “trasformazione” della causa, quella decisione potrebbe però anche venir intesa come un decreto (art. 96 CPC/TI; cfr. per analogia art. 76 CPC/TI), che, pur essendo di per sé appellabile in base al diritto cantonale allora vigente (art. 95 cpv. 1 CPC/TI), non è però stato a quel momento oggetto di impugnativa, di modo che, ormai cresciuto in giudicato, non potrebbe ora più essere riesaminato. Si aggiunga, per completezza, che l’argomentazione ricorsuale adottata dal convenuto a sostegno dell’irritualità della “trasformazione” autorizzata dal Pretore, ossia l’assenza delle condizioni per una mutazione dell’azione ex art. 74 CPC/TI, sarebbe stata in ogni caso destinata all’insuccesso, la giurisprudenza avendo già avuto modo di stabilire che la mutazione dell’azione vietata dalla norma è unicamente quella attuata dopo la “litiscontestatio”, cioè dopo lo scambio degli allegati preliminari, nulla impedendo invece una trasformazione dell’azione effettuata con l’allegato di replica ( Cocchi/Trezzini , op. cit., m. 2 ad art. 74 e m. 1 ad art. 175) oppure ancora - come fatto dall’attore - prima ancora dell’inoltro della stessa. 8. Nella seconda ed ultima parte del gravame il convenuto ribadisce che l’azione così “trasformata”, quella ordinaria di accertamento negativo, era in ogni caso irricevibile, l’attore non avendo sollevato l’interesse giuridico immediato ed attuale all’accertamento di cui all’art. 71 CPC/TI. La censura dev’essere respinta già per il fatto che l’azione di accertamento fatta valere dall’attore nel caso di specie non è in realtà disciplinata dalle norme cantonali (e dunque dall’art. 71 CPC/TI), che in effetti non hanno portata propria salvo per quanto riguarda - ciò che qui non avviene - l’accertamento di determinati fatti come ad esempio l’autenticità di documenti oppure questioni regolate dal diritto privato cantonale ( Vogel/Spühler , Grundriss des Zivilprozessrechts, 8<sup>a</sup> ed., p. 195 n. 25; Hohl , Procédure civile, Vol. I, p. 44 n. 130; NRCP 2004 p. 523; II CCA 24 aprile 2006 inc. n. 12.2005.109, 12 gennaio 2011 inc. n. 12.2008.242 ), ma dal diritto federale ( DTF 110 II 352, 120 II 20 consid. 3b; TF 21 settembre 2006 4P.87/2006 consid. 6.6.2; II CCA 12 gennaio 2011 inc. n. 12.2008.242 ), ritenuto che la giurisprudenza del Tribunale federale ha già avuto modo di stabilire che il debitore che ha interposto opposizione ad un precetto esecutivo senza che il creditore abbia poi avviato la relativa procedura di rigetto, non disponendo di alcun altro rimedio giuridico, può far capo, specie se gli importi pretesi dal creditore sono elevati, all’azione generale di accertamento dell’inesistenza del debito, a meno che il creditore non renda plausibile che non gli è possibile provare l’esistenza del proprio credito già nel procedimento avviato dal debitore (DTF 120 II 20 consid. 3b, 128 III 334, 132 III 277 consid. 4.2; TF 19 ottobre 2011 4A\_399/2011 consid. 1.2.2; II CCA 24 giugno 2009 inc. n. 12.2008.146). Nel caso concreto le condizioni per l’ammissibilità dell’azione di accertamento negativo sono senz’altro adempiute, visto che l’attore, escusso per un importo decisamente importante di fr. 1'000'000.-, ha interposto opposizione al relativo PE senza che il convenuto ne abbia poi chiesto il rigetto, tanto più che quest’ultimo non ha mai preteso in causa di essere attualmente impossibilitato a provare l’esistenza del proprio credito già nell’ambito del procedimento in corso. Il fatto che il convenuto non abbia chiesto il rigetto dell’opposizione al PE entro un anno dalla sua emanazione ed abbia con ciò perso il diritto di continuare l’esecuzione da lui promossa (art. 88 cpv. 2 LEF) non modifica la situazione e non fa in particolare decadere l’interesse dell’attore all’accertamento dell’inesistenza del debito, determinante essendo la circostanza che anche

in tal caso l'UEF sarebbe tenuto a comunicare agli eventuali terzi interessati l'esistenza di quel precetto per un periodo di cinque anni (art. 8a LEF), provocando con ciò all'attore i gravi inconvenienti da lui già paventati (cfr. doc. B-D). 9. Ne discende che il gravame del convenuto dev'essere respinto nella misura in cui è ricevibile, ritenuto che la tassa di giustizia, le spese e le ripetibili della procedura d'appello, calcolate sulla base di un valore litigioso di fr. 1'000'000.-, seguono la soccombenza (art. 106 CPC). Per i quali motivi, richiamati gli art. 106 CPC e la LTG decide I. L'appello 22 giugno 2011 di AP 1 è respinto nella misura in cui è ricevibile. II. Gli oneri processuali di complessivi fr. 2'100.- (tassa di giustizia di fr. 2'000.- e spese di fr. 100.-) sono a carico dell'appellante, il quale rifonderà alla parte appellata fr. 5'000.- per ripetibili. III. Notificazione: - - Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 2 Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello La presidente

Il vicecancelliere 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. 30'000.-. 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 ricusazione (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.