

# **TI\_GERICHTE 12.2011.141 vom 1. Juni 2012**

TI Tribunale d'appello, 2012-06-01, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2011.141](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2011.141)

FR: TI\_GERICHTE 12.2011.141 du 1 juin 2012

IT: TI\_GERICHTE 12.2011.141 del 1 giugno 2012

## **Regeste**

Eccezione di mancata preventiva conciliazione per azione condannatoria presentata con azione di disconoscimento di debito, cumulo oggettivo di azioni

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Giusta l'art. 308 cpv. 1 CPC sono impugnabili mediante appello le decisioni finali e incidentali di prima istanza (lett. a) e quelle di prima istanza in materia di provvedimenti cautelari (lett. b). Trattandosi di decisioni pronunciate in controversie patrimoniali poi, l'appello presuppone che il valore litigioso secondo l'ultima conclusione riconosciuta nella decisione raggiunga almeno fr. 10'000.- (art. 308 cpv. 2 CPC). In specie, la decisione impugnata è senz'altro una decisione incidentale di prima istanza, ai sensi della citata norma, superiore ai fr. 10'000.-, e retta dalla procedura ordinaria (art. 219 e seg. CPC) sia per l'azione di disconoscimento del debito (art. 83 cpv. 2 LEF) sia per il contratto d'appalto. Pacifica è dunque l'appellabilità del giudizio impugnato, entro il termine di trenta giorni (art. 311 cpv. 1 CPC). L'appello 11 agosto 2011 è pertanto tempestivo. Ciò posto, nulla osta alla trattazione del gravame.

### **E. 2**

Il Pretore ha dichiarato irricevibile la petizione dell'appellante per quel che concerne la domanda condannatoria al pagamento di fr. 85'000.- più interessi al 5% dal 21 gennaio 2011, proposta parallelamente alla domanda di disconoscimento del debito di cui al PE n. \_\_\_\_\_ dell'UE di Lugano, che ha invece considerato ricevibile. Il primo giudice ha ritenuto che il caso di esclusione della preventiva conciliazione previsto all'art. 198 lett. g CPC per la domanda riconvenzionale non potesse essere applicato neppure per analogia alla fattispecie, e che pertanto l'azione condannatoria doveva obbligatoriamente essere preceduta dalla procedura preventiva di conciliazione, pacificamente assente in concreto.

### **E. 3**

Nel suo appello l'attrice censura l'interpretazione fatta dal Pretore della natura dell'azione condannatoria presentata congiuntamente all'azione di disconoscimento del debito. Difatti a suo dire le due azioni sono “[...] una forma particolare di cumulo obiettivo di azioni” (cfr. appello, pag. 4, punto 2), poiché “[...] la particolarità dell'azione di disconoscimento del debito permette di assimilare l'azione condannatoria ad un'azione riconvenzionale” (cfr. appello, pag. 4, punto 2), senza quindi preventivo tentativo di conciliazione. Sarebbe quindi a suo dire contrario al principio di economia processuale e tacciabile di formalismo eccessivo richiedere obbligatoriamente in questo caso la procedura di conciliazione preventiva per l'azione creditoria, poiché l'azione di disconoscimento del debito è il pendente dell'azione condannatoria che avrebbe dovuto inoltrare controparte se non avesse

ottenuto il rigetto provvisorio dell'opposizione per far valere il suo credito, alla quale l'attrice avrebbe potuto ribattere inoltrando domanda riconvenzionale e facendo valere il credito preteso a controparte, senza preventivo esperimento di conciliazione. A detta dell'attrice dichiarare irricevibile l'azione condannatoria costituirebbe formalismo eccessivo. Essa asserisce inoltre che vista la connessione delle azioni sarebbe alquanto improbabile che un tentativo di conciliazione per l'azione condannatoria portasse ad un accordo tra le parti. Infine termina allegando che ci si troverebbe davanti ad una lacuna pura o una lacuna particolare della legge, visto che il cumulo di azioni, e nella fattispecie che si accomuna ad un'azione riconvenzionale, non è presente nella lista dell'art. 198 CPC, che andrebbe quindi colmata dall'autorità di seconda istanza. Tale "dimenticanza" del legislatore sarebbe a suo dire riconoscibile anche per il fatto che l'azione di disconoscimento del debito è stata inserita nell'elenco all'art. 198 CPC solo all'ultimo momento, visto che non era menzionata nel messaggio 28 giugno 2006 del Consiglio federale e che: "Ritenuto come dottrina e giurisprudenza siano unanimi nel ritenere che ad un'azione di accertamento negativo può essere accumulata un'altra azione [...], non si può non concludere che il legislatore abbia dimenticato di inserire anche il caso di cumulo d'azioni con azioni non soggette alla preventiva conciliazione nel relativo elenco" (cfr. appello, pag. 7, punto 5).

#### **E. 4**

Per determinare la situazione giuridica della fattispecie occorre definire innanzitutto l'azione di disconoscimento del debito (art. 83 cpv. 2 LEF) e le sue particolarità, il cumulo di azioni (art. 15 cpv. 2 e 90 CPC) e la sua distinzione dalla domanda riconvenzionale (art. 14 e 224 CPC), per stabilire se l'azione condannatoria presentata dall'attrice congiuntamente all'azione di disconoscimento di debito possa, come essa sostiene, essere equiparata ad una domanda riconvenzionale e possa così essere avviata senza passare prima dalla procedura di conciliazione. 4.1 L'art. 83 cpv. 2 LEF dispone che l'escusso può, entro venti giorni dal rigetto dell'opposizione, domandare con la procedura ordinaria il disconoscimento del debito al giudice del luogo dell'esecuzione. L'azione di disconoscimento del debito è un'azione negatoria di diritto (art. 88 CPC), che ha come fine non solo l'arresto del corso della procedura esecutiva, ma pure la constatazione dell'inesistenza o dell'inesigibilità del credito preteso tramite la procedura d'esecuzione. È quindi un'azione di diritto materiale la cui sentenza acquisisce l'autorità di cosa giudicata (DTF 124 III 207, consid. 3a, pag. 208-209; DTF 116 II 131, consid. 2, pag. 132; Gilliéron, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, Helbing & Lichtenhahn, 4 a ed., Basilea, 2005, pag. 160, n. 809; Gilliéron, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Editions Payot, Losanna, 1999, pag. 1302, n. 49-50). L'azione di disconoscimento del debito dove l'escusso ha il ruolo d'attore è l'opposto dell'azione di riconoscimento del debito (art. 79 LEF) aperta invece dal creditore. Le due azioni si distinguono solo per il capovolgimento del ruolo procedurale delle parti, dove però in entrambe il fardello della prova è sempre a carico del creditore (DTF 116 II 131, consid. 2, pag. 132; Gilliéron, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, Helbing & Lichtenhahn, 4 a ed., Basilea, 2005, pag. 161, n. 810-811). Nel procedimento di disconoscimento del debito, le parti non sono limitate ai mezzi invocati nella procedura di rigetto dell'opposizione. L'escusso (attore nell'azione di disconoscimento del debito) può illimitatamente invocare i mezzi e le eccezioni che hanno preso nascita dopo la notifica del precetto esecutivo, per esempio eccepire la compensazione di un credito acquisito a partire da quel momento (DTF 124 III 207, consid. 3b/bb, pag. 210; DTF 116 II 131, consid. 2, pag. 132; Gilliéron, *Poursuite pour*

dettes, faillite et concordat, Helbing & Lichtenhahn, 4 a ed., Basilea, 2005, pag. 161, n. 812). Secondo giurisprudenza il debitore può introdurre simultaneamente all'azione di disconoscimento del debito un'azione di risarcimento danni contro il convenuto, e allora vi è cumulo di azioni nonostante l'inversione dei ruoli delle parti. Una congiunzione dell'azione di disconoscimento con una parallela azione creditoria è unicamente possibile qualora sussista la medesima competenza territoriale e per materia dell'autorità adita (DTF 124 III 207, consid. 3b/bb, pag. 207/211, Cocchi in Cocchi/Trezzini/Bernasconi, Commentario al codice di diritto processuale civile svizzero, pag. 367 ad art. 90 CPC). 4.2 Il cumulo oggettivo di azioni previsto dagli art. 15 cpv. 2 e 90 CPC è possibile quando vengono sollevate insieme più pretese da una parte contro la medesima controparte oppure quando sono promosse da una parte più azioni distinte contro la stessa controparte (cfr. Weber in Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Helbing Lichtenhahn, Basilea 2011, pag. 94, no. 14 ad art. 15 cpv. 2 CPC). Perché vi sia cumulo di azioni, è necessario che tre condizioni cumulative siano adempiute: (1) per ciascuna azione deve essere competente per materia lo stesso giudice adito (art. 90 lett. a CPC), per riempire tale condizione è indifferente che le pretese o i mezzi di diritto siano pretese di accertamento (art. 88 CPC), di condanna ad una prestazione (art. 84 CPC) o costitutive (art. 87 CPC) (cfr. Weber, op. cit., pag. 94, no. 17 ad art. 15 cpv. 2 CPC); (2) risulta applicabile la stessa procedura (art. 90 lett. b CPC); (3) ed è territorialmente competente la medesima autorità, che potrà esserlo se le pretese sono tra loro materialmente connesse (art. 15 cpv. 2 prima frase CPC). In questo caso, il giudice competente per una di esse lo è anche per le altre (art. 15 cpv. 2 seconda frase CPC; cfr. tra gli altri Mark Livschitz in Baker & McKenzie, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Stämpfli, Berna, 2010, pag. 388 e 389, n. 7 ad art. 90 CPC; Oberhammer in Spühler/Tenchio/Infanger, BslK. ZPO, op.cit., pag. 531, n. 3 ad art. 90). Vi è connessione materiale ("sachlicher Zusammenhang") quando le diverse cause hanno uguali circostanze fattuali o presentano i medesimi quesiti giuridici (DTF 132 III 178, consid. 3.1, pag. 181-182 ad art. 6 e 7 vLFor). Per concretizzare tale nozione ci si deve riferire all'art. 28 cifra 3 CLug. Secondo tale disposizione vi è connesità tra le cause quando queste hanno "un legame così stretto da rendere opportune una trattazione e decisione uniche per evitare soluzioni tra di loro incompatibili ove le cause fossero trattate separatamente" (cfr. DTF 132 III 178, consid. 3.1, pag. 182 ad art. 6 e 7 vLFor; Weber in Spühler/Tenchio/Infanger, BK, op. cit., pag. 94 e 95, no. 18 ad art. 15 cpv. 2 CPC). Ciò significa che sono materialmente connesse le cause che se dessero luogo a due giudizi separati questi ultimi si contraddirebbero. Per quanto la nozione di connessione del cumulo di azioni sia simile a quella necessaria per il foro della domanda riconvenzionale dell'art. 14 CPC, essa ha un fondamento diverso. La domanda riconvenzionale, infatti, può essere proposta solo dalla controparte con lo scopo di contrattacco all'azione principale dell'attore (sentenza del Tribunale federale 5C.260/2006 del 30 marzo 2007, consid. 3; Schenker in Baker & McKenzie, ZPO, Stämpfli, Berna, 2010, pag. 71, no. 2 e pag. 72, n.

## **E. 5**

L'appellante afferma che il cumulo di azioni formato dalla domanda di disconoscimento del debito e dalla domanda creditoria è equiparabile a un'azione riconvenzionale, ciò che la dispenserebbe dalla preventiva procedura di conciliazione. A torto. Come già ricordato sopra (consid. 4.2), per quanto le due azioni siano simili, esse non possono essere equiparate, poiché il cumulo di azioni ha una natura differente da quella della domanda riconvenzionale, che può essere presentata solo come azione di contrattacco dalla

controparte che si vede convenuta in causa. Il cumulo di azioni, invece, consiste in pretese che presentano dal punto di vista fattuale o giuridico una relazione talmente stretta che se prese separatamente darebbero adito a dei giudizi tra di loro contraddittori. È ben vero che sia nell'azione di disconoscimento del debito sia in quella di accertamento del debito promossa dal creditore l'onere della prova spetta a quest'ultimo, ma l'azione creditoria cumulata con l'azione di disconoscimento del debito non è un'azione riconvenzionale, già per il fatto che è presentata dalla parte attrice e non dalla convenuta.

## **E. 6**

L'appellante rimprovera in seguito al Pretore un formalismo eccessivo per aver dichiarato irricevibile l'azione condannatoria causa la mancanza della preventiva procedura di conciliazione. L'attrice rileva che il giudice può sempre ordinare, giusta l'art. 124 cpv. 3 CPC, un'udienza di discussione per tentare di conciliare le parti, e che nella fattispecie si è già tenuta un'udienza il 14 giugno 2011, nel corso della quale le parti hanno notificato le prove per entrambe le azioni. Afferma inoltre che la connessione delle due azioni renderebbe già per tale motivo improbabile la conclusione di un accordo. La censura non può essere condivisa. La procedura obbligatoria di conciliazione prima dell'avvio della causa giudiziaria costituisce un presupposto processuale la cui carenza deve essere rilevata d'ufficio dal giudice (art. 60 CPC). L'irricevibilità dell'azione non preceduta da procedura di conciliazione, voluta esplicitamente dal legislatore, non comporta alcun pregiudizio rilevante per la parte attrice, visto che nel termine di un mese essa può rivolgersi all'autorità di conciliazione competente salvaguardando la litispendenza (art. 63 CPC, cfr. Cocchi/Trezzini/Bernasconi, Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, pag. 911 nel mezzo). Il rispetto delle formalità di legge risponde inoltre a un interesse degno di protezione, che è quello di favorire la composizione bonale delle controversie, in particolare di quelle di valore inferiore a fr. 100'000.-, come è il caso in concreto. Né si può lontanamente paragonare un'udienza obbligatoria di conciliazione tenuta dalla competente autorità (che non è il Pretore, cfr. art. 35 cpv. 2 LOG) nel rispetto di tutte le condizioni poste dall'art. 204 CPC a un'udienza di conciliazione tenuta dal Pretore ai sensi dell'art. 124 cpv. 3 CPC. Nella fattispecie il primo giudice non ha del resto fatto uso di tale sua facoltà discrezionale, avendo convocato le parti per l'udienza preliminare. L'udienza tenutasi il 14 giugno 2011 era in realtà, correttamente, il dibattimento previsto dall'art. 228 CPC, nel corso del quale le parti hanno confermato le rispettive allegazioni e domande contenute negli scritti di causa. La convenuta ha sollevato l'eccezione della violazione dell'obbligo del preventivo tentativo di conciliazione già nella risposta 4 marzo 2011, ribadendola all'udienza del 14 giugno 2011. Non ci si trova quindi nemmeno lontanamente nelle ipotesi riprese testualmente dal citato Commentario (pag. 911 nota 2533), ben diverse dalla fattispecie. Il Pretore ha pertanto correttamente applicato le norme del CPC senza che possa essergli rimproverato un formalismo eccessivo e la controparte ha eccepito tempestivamente la carenza del presupposto procedurale, senza che le si possa rimproverare un qualsivoglia abuso di diritto.

## **E. 7**

. Non ci si trova nemmeno in presenza di una lacuna legislativa, come afferma l'attrice, invero per la prima volta in appello. Dai lavori preparatori e dal Messaggio del Consiglio federale del 28 giugno 2006 concernente il nuovo Codice di diritto processuale civile svizzero, risulta infatti che la volontà del legislatore era quella di imporre come regola la procedura preventiva di conciliazione giusta l'art. 197 CPC, con lo scopo da una parte di

sgravare i tribunali e dall'altra di facilitare alle parti l'accesso alla giustizia con una procedura meno costosa, nonché di responsabilizzare maggiormente le parti (cfr. Messaggio concernente il Codice di diritto processuale civile svizzero, pag. 6595 e 6613). L'art. 197 CPC sancisce così il principio dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione preventivo, ("dapprima conciliare, poi giudicare", Messaggio pag. 6700) mentre l'art. 198 CPC elenca in modo esaustivo le eccezioni alla regola e l'art. 199 CPC i casi in cui le parti possono rinunciare alla procedura di conciliazione. Non vi è quindi alcuna lacuna che possa essere colmata dall'autorità giudiziaria.

## **E. 8**

In definitiva, il Pretore ha correttamente applicato il diritto dichiarando irricevibile l'azione condannatoria per carenza del tentativo di conciliazione preventivo. L'appello si rivela dunque infondato e deve essere respinto. Gli oneri processuali, calcolati su un valore litigioso di fr. 85'000.- (art. 93 cpv. 1 CPC), rilevante anche ai fini di un eventuale ricorso al Tribunale federale, seguono l'integrale soccombenza dell'appellante (art. 106 cpv. 1 CPC). Non vengono assegnate ripetibili visto che la parte convenuta non ha formulato alcuna osservazione al gravame. Per i quali motivi, richiamati gli art. 106 CPC e la LTG decide: 1. Nella misura in cui è ricevibile l'appello 11 agosto 2011 di AP 1 è respinto. 2. Le spese processuali di appello, in complessivi fr. 1'200.-, già anticipate dall'appellante, restano a suo carico. Non si assegnano ripetibili. 3. 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 (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. 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 di 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.