

TI_GERICHTE 12.2015.48 vom 17. August 2015

TI Tribunale d'appello, 2015-08-17, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2015.48

FR: TI_GERICHTE 12.2015.48 du 17 août 2015

IT: TI_GERICHTE 12.2015.48 del 17 agosto 2015

Regeste

Provvedimento cautelare – carenza di motivazione delle sentenza pretorile respinta – nuove prove in appello - mancanza del fumus boni iuris e dell'urgenza

Erwägungen

E. 1

Il 1° gennaio 2011 è entrato in vigore il nuovo Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC) che trova applicazione in entrambe le sedi, siccome la procedura di prima istanza è stata avviata dopo tale data (art. 404 e 405 CPC).

E. 2

La censura dell'istante relativa alla violazione del diritto di essere sentito per la presunta insufficiente motivazione della sentenza - che, se fondata, implicherebbe già di per sé l'annullamento della decisione impugnata e il rinvio della causa al primo giudice per la continuazione della procedura e l'emanazione di una nuova decisione, e ciò indipendentemente dalle possibilità di successo del gravame nel merito - va trattata preliminarmente (cfr. DTF 137 I 195 consid. 2.2, 135 I 187 consid. 2.2, 127 V 431 consid. 3d, 118 Ia 17 consid. 1a; sentenze II CCA 31 gennaio 2014 inc. n. 12.2012.86, 9 aprile 2014 inc. n. 12.2012.158, 3 ottobre 2014 inc. n. 12.2013.29, 9 marzo 2015 inc. n. 12.2013.116). A tal proposito l'istante sostiene che la motivazione adottata dal Pretore per negare l'esistenza del fumus boni iuris, ovvero che “ la pendenza del ricorso presso la CEF non è costitutivo di parvenza del buon fondamento ”, è incompleta in quanto egli non ha arbitrariamente esaminato né tenuto in considerazione gli argomenti da lui esposti negli allegati di causa - ricorso (doc. D) e replica spontanea (doc. I) - presentati nell'ambito della procedura pendente presso la CEF, nei quali a suo dire è stato ampiamente spiegato il motivo per cui egli ritiene nulla l'esecuzione e l'incanto pubblico in questione (appello, pag. 6). A torto. Il diritto di ottenere una decisione motivata, che deriva dal diritto di essere sentito sancito dall'art. 29 cpv. 2 Cost., impone all'autorità giudicante di indicare le ragioni che l'hanno portata a decidere in un senso piuttosto che in un altro, in modo tale da permettere al destinatario di capire la portata della decisione e di proporre i rimedi adeguati con cognizione di causa. Esso non obbliga però il giudice a pronunciarsi necessariamente su tutte le questioni e le prove proposte dalle parti, bastando che esamini i temi rilevanti per il giudizio (DTF 134 I 83 consid. 4.1; sentenze II CCA 31 gennaio 2014 inc. n. 12.2012.86, 9 aprile 2014 inc. n. 12.2012.158, 3 ottobre 2014 inc. n. 12.2013.29, 9 marzo 2015 inc. n. 12.2013.116). Nel caso concreto la motivazione della decisione pretorile non può essere considerata insufficiente, essendo possibile comprendere le ragioni di fatto e di diritto che hanno indotto il primo giudice a non ritenere determinante per la parvenza del buon fondamento la mera pendenza del ricorso alla CEF. Dalla stessa, ancorché estremamente concisa, si comprende infatti che il Pretore ha reputato che il semplice fatto di aver inoltrato

ricorso alla CEF per contestare la validità dell'esecuzione promossa dalla _____ SA non dimostrava ancora il buon fondamento della richiesta di tutela giurisdizionale di merito, ossia in concreto la presunta nullità dell'esecuzione e la conseguente revoca dell'incanto pubblico in esito al quale il convenuto ha acquistato le azioni litigiose. Circostanza questa che, come rettamente rilevato dall'appellato, il Pretore ha comunque puntualmente esaminato nel prosieguo della sua decisione, negandola nella fattispecie. Del resto è evidente che la motivazione pretorile riassunta poc'anzi ha comunque permesso all'istante di inoltrare, come per altro ha fatto, l'appello con cognizione di causa (TF 11 agosto 2010 4A_585/2009 consid. 7.1). La censura dell'appellante è pertanto del tutto infondata e va respinta.

E. 3

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, l'appello presuppone che il valore litigioso secondo l'ultima conclusione riconosciuta nella decisione raggiunga almeno fr. 10'000.- (art. 308 cpv. 2 CPC). Nella fattispecie, il Pretore non ha indicato quale è il valore litigioso della vertenza. L'appellato ha invece evidenziato come in prima sede l'istante avesse espressamente indicato quale valore di causa il valore commerciale delle azioni di _____ SA (stimato dalla stessa in "oltre mezzo milione di franchi") mentre in questa sede l'appellante indica quello nominale, pari a fr. 25'000.- (risposta all'appello, pag. 2 e 3 in alto). Ad ogni modo, il valore della lite si può stimare in almeno fr. 46'000.-, importo che corrisponde circa al prezzo pagato dal convenuto per l'acquisto delle azioni litigiose oggetto dell'istanza cautelare qui in discussione. È data dunque l'appellabilità del giudizio impugnato.

E. 4

Le parti possono chiedere all'autorità di appello di assumere nuove prove in due determinati casi: da una parte si tratta dei nuovi mezzi di prova ex art. 317 cpv. 1 CPC, che contemplano tanto quelli venuti in essere dopo la decisione (cosiddetti "nova"), quanto quelli preesistenti se, facendo uso della diligenza ragionevolmente esigibile nelle circostanze concrete, non li si poteva già produrre in primo grado (ossia "pseudo nova"; Trezzini in: Cocchi/Trezzini/Bernasconi, Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC), p. 1393, ad art. 317 CPC); dall'altra, giusta l'art. 316 cpv. 3 CPC, è pure data la possibilità di riassumere prove già acquisite dal Pretore, nonché di assumere prove ritualmente offerte ma da questi respinte (Trezzini, op. cit., p. 1389 ad art. 316 CPC; Reetz/Hilber in: Sutter/Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, n. 47 ad art. 316 e n. 32 ad art. 317; sentenze II CCA 11 febbraio 2013 inc. n. 12.2012.95, 12 febbraio 2014 inc. n. 12.2012.127, 9 aprile 2015 inc. n. 12.2013.34). In ogni caso è però necessario che i nuovi mezzi di prova offerti possano essere considerati rilevanti. L'apprezzamento anticipato delle prove, ammesso anche dalla nuova procedura civile federale (Messaggio concernente il Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC) del 28 giugno 2006, FF 2006, pag. 6684; Vouilloz, La preuve dans le Code de procédure civile suisse (art. 150 à 193 CPC), in: AJP 2009 p. 832; Passadelis, Stämpfli Handkommentar ZPO, n. 8 ad art. 152; KuKo ZPO-Schmid, n. 14 ad art. 157; Hasenböhler in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, n. 35 ad art. 152), permette al giudice di rifiutare l'assunzione di determinati mezzi di prova se quelli precedentemente assunti gli hanno già consentito di fondare il proprio convincimento o se non ritiene

pertinenti, senza cadere nell'arbitrio, i mezzi di prova offerti (cfr. Messaggio, op. cit., ibidem; sentenze II CCA 11 febbraio 2013 inc. n. 12.2012.95, 12 febbraio 2014 inc. n. 12.2012.127, 9 aprile 2015 inc. n. 12.2013.34).

E. 4.1

Con il gravame l'appellante produce lo scritto dell'amministratore unico di _____ SA al suo legale, l'avv. RA 1, del 17 marzo 2015 (doc. D). Essa afferma che da tale scritto emerge chiaramente che l'appellato, forte della sentenza qui impugnata, intende disporre delle azioni litigiose. A dire dell'appellante ciò dimostrerebbe il fondamento della domanda di effetto sospensivo e l'urgenza del provvedimento cautelare (appello, pag. 5 in alto rispettivamente pag. 9 in fondo). Anche se l'assunzione di tale documento è di principio ammissibile siccome successivo alla decisione impugnata, esso non risulta tuttavia rilevante né per la domanda di effetto sospensivo - la quale come già evidenziato sopra (cfr. consid. G) a seguito dell'emanazione della presente decisione diventa priva di oggetto - né per l'esito del presente giudizio: per i motivi che saranno illustrati nei considerandi successivi, infatti, l'appello verrà respinto e il giudizio pretorile di reiezione dell'istanza cautelare confermato.

E. 4.2

L'appellante chiede inoltre che siano richiamati in questa sede gli incarti CA.2014.528 e CA.2014.529 della Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1 (appello, pag. 10 in fondo). Tuttavia, essi fanno già parte degli atti del procedimento.

E. 4.3

L'appellato con istanza 21 luglio 2015 postula l'assunzione agli atti della sentenza 13 aprile 2015 inc. n. 15.2015.6 della CEF (doc. 14). Egli rileva come tale decisione ha respinto il ricorso della controparte volto ad accertare la nullità dell'esecuzione conclusasi con l'aggiudicazione in suo favore dei certificati azionari di _____ SA ed in relazione ai quali il Pretore, con la sentenza qui impugnata, ha respinto l'istanza cautelare di blocco. A dire dell'appellato, quindi, tale decisione fornisce un'ulteriore evidenza circa la mancanza di fondamento dell'appello e della domanda di concessione dell'effetto sospensivo (istanza processuale, pag. 2). Dal canto suo l'appellante si è formalmente opposta all'acquisizione della suddetta sentenza della CEF, rilevando di aver interposto ricorso al Tribunale federale contro la stessa (cfr. scritto del 3 agosto 2015). La sentenza 13 aprile 2015 inc. n. 15.2015.6 della CEF non è definitiva, essendo pendente un ricorso della qui appellante al Tribunale federale. Tuttavia non avendo il ricorso in materia civile al Tribunale federale effetto sospensivo automatico (art. 103 cpv. 1 LTF) e non risultando che l'appellante abbia chiesto ed ottenuto il conferimento dell'effetto sospensivo nella procedura davanti al Tribunale federale, formalmente non vi è motivo di rifiutare la sua acquisizione agli atti. Ciò detto, la citata sentenza della CEF è inoltre successiva alla decisione pretorile qui impugnata e risulta determinante per il presente giudizio, poiché riferita all'asserita nullità della procedura esecutiva posta dall'istante a sostegno della parvenza del buon fondamento della sua richiesta cautelare qui in esame. Ne consegue che l'assunzione agli atti della sentenza 13 aprile 2015 inc. n. 15.2015.6 della CEF è ammissibile.

E. 5

Giusta l'art. 261 cpv. 1 CPC il giudice ordina i necessari provvedimenti cautelari quando l'istante rende verosimile che un suo diritto è leso o minacciato di esserlo (lett. a) e la lesione è tale da arrecargli un pregiudizio difficilmente riparabile (lett. b): la dottrina e la

giurisprudenza ne hanno dedotto che l'adozione di un provvedimento cautelare è subordinata all'esistenza dei seguenti presupposti, e meglio la parvenza di buon fondamento della richiesta di tutela giurisdizionale di merito (*fumus boni iuris*), l'esistenza di una lesione o di una minaccia di lesione del diritto dell'istante, il rischio di un pregiudizio difficilmente riparabile, l'urgenza e la proporzionalità (Trezzini , op. cit., p. 1161 segg. ad art. 261 CPC; sentenza II CCA 15 marzo 2013 inc. 12.2012.219 e riferimenti).

E. 6

L'appellante ritiene che le motivazioni addotte dal primo giudice per negare la sussistenza nella fattispecie del requisito del *fumus boni iuris* siano contraddittorie e disattendano il diritto federale, nonché la giurisprudenza del Tribunale federale.

E. 6.1

Essa afferma anzitutto che il ragionamento eseguito dal Pretore per negare il *fumus boni iuris* è contraddittorio, poiché ha ritenuto di poter prescindere dall'esaminare se in concreto vi è stata una violazione dell'art. 66 cpv. 3 + 4 LEF siccome l'istante è comunque venuta a conoscenza della procedura esecutiva in questione. A suo dire invece “ o la violazione dell'art. 66 cpv. 3 + 4 LEF fonda il *fumus boni iuris*, siccome rende nulla la procedura esecutiva, o non lo fonda ” e ciò indipendentemente dal fatto di sapere se e quando l'istante ha saputo dell'incanto (appello, pag.

E. 6.2

L'appellante censura altresì l'interpretazione della giurisprudenza di cui alla DTF 136 III 571 eseguita del Pretore che, a suo dire, ha imposto una condizione aggiuntiva rispetto a quanto previsto dal Tribunale federale per comminare la sanzione di nullità della procedura esecutiva ingiustificatamente svoltasi in via edittale, ossia che l'esecuzione sia stata condotta all'insaputa del debitore, senza avvedersi che l'autorità federale pone invece l'accento sulla sola violazione dell'art. 66 cpv. 3 + 4 LEF, lasciando aperto il quesito a sapere se il momento della presa di conoscenza dell'incanto era influente ed eventualmente in quale misura. In ogni caso, prosegue l'appellante, sarebbe arbitrario ritenere - come ha invece fatto il Pretore - che lo scambio di e-mail tra l'avv. _____ e l'UE possa aver sanato il vizio di notifica irregolare, imputando quindi all'escussa la conoscenza della procedura esecutiva (appello pag. 8). La censura, finanche irricevibile perché si limita ad esporre una sua personale interpretazione della sentenza e poggia pure su allegazioni nuove mai neppure accennate nelle precedenti comparse scritte (art. 311 cpv. 1 CPC), risulta comunque infondata anche nel merito. Secondo la giurisprudenza indicata dal Pretore (DTF 136 III 571), infatti, un precetto esecutivo che viene notificato in via edittale senza che siano dati i presupposti per procedere in tal modo (ossia in dispregio dell'art. 66 cpv. 4 n. 1 LEF) non può essere considerato nullo, ma dev'essere impugnato entro il termine previsto dall'art. 17 cpv. 2 LEF, che inizia a decorrere dalla conoscenza della notifica edittale (sentenza cit. consid. 6.1). Soltanto se tutta la procedura esecutiva si è svolta all'insaputa dell'escusso – le comunicazioni destinategli essendo state pubblicate in via edittale senza che ne fossero dati i presupposti, impedendogli così di tutelare i propri diritti – il vizio è talmente grave da inficiare l'esecuzione e renderla nulla (sentenza cit. consid. 6.3). Nel caso in esame, come rettamente accertato dal Pretore e confermato altresì dalla sentenza della CEF 13 aprile 2015 inc. n. 15.2015.6 acquisita agli atti in questa sede (cfr. sopra consid. 4.3), l'esecuzione in questione non si è svolta interamente all'insaputa dell'appellante, impedendole in tal modo di tutelare i suoi diritti, e di conseguenza la stessa non è inficiata

da un vizio talmente grave da comportarne la nullità. È provato infatti che l'appellante è venuta a conoscenza della procedura esecutiva in questione, allorquando l'UE ha trasmesso per e-mail all'avv. _____, allora suo rappresentante legale, copie della comunicazione della domanda di realizzazione e dell'avviso d'incanto; tant'è che quest'ultimo ha poi, con scritto e-mail del 18 giugno 2014, preso contatto con l'UE per ottenere informazioni in particolare sul pagamento del debito (doc. 9; cfr. sopra consid. A). Perciò l'appellante, come rettamente accertato dal primo giudice e dalla CEF, avrebbe dovuto impugnare l'asserita notificazione viziata entro 10 giorni da quando ne ebbe conoscenza (art. 17 cpv. 2 LE), momento che nel caso concreto può essere fissato al più tardi al 18 giugno 2014, giorno in cui l'avv. _____ ha preso contatto con l'UE, e quindi ben prima del 16 dicembre 2014, data in cui l'appellante ha inoltrato il suo ricorso alla CEF.

E. 6.3

In definitiva, si deve così concludere che le motivazioni addotte dal primo giudice per negare la sussistenza nella fattispecie del requisito del *fumus boni iuris* reggono alle critiche mosse e l'appello su questo punto, nella misura in cui è ricevibile, risulta quindi infondato e deve essere respinto.

E. 7

L'appellante rimprovera infine al Pretore di aver erroneamente ritenuto non adempiuto il requisito dell'urgenza " siccome avrebbe atteso fino al 24 dicembre 2014 per promuovere l'azione di nullità, ossia sei mesi dopo l'incanto ". A suo dire tale presupposto era invece da ricercare nel fatto che il convenuto, dopo aver saputo dell'inoltro del suo ricorso alla CEF e quindi del rischio di vedere revocato l'incanto pubblico in esito al quale si è aggiudicato le contese azioni, ha manifestato la volontà di disporre delle stesse. Rischio che a detta dell'appellante, a suo tempo solo palesato, è oggi confermato dallo scritto di cui al doc. D (appello, pag. 9). Senonché per il Pretore l'istanza difettava del presupposto dell'urgenza temporale, perché l'istante non ha intrapreso nulla, fino al dicembre 2014, per ottenere una tutela provvisoria, pur essendo a conoscenza da sei mesi dell'avvenuto incanto pubblico e del trasferimento di proprietà in capo al convenuto delle azioni litigiose (sentenza, pag. 3). Così come formulata la censura fraintende ancora una volta la corretta motivazione pretorile e non vi ci si confronta esplicitamente, risultando quindi irricevibile (art. 311 cpv. 1 CPC). Ad ogni modo la critica è infondata anche nel merito. Anzitutto l'appellante ignora il fatto che difettando il *fumus boni iuris*, com'è il caso nella fattispecie, nemmeno sarebbe stato necessario da parte del Pretore verificare l'esistenza di ulteriore presupposto quale quello dell'urgenza (Sprecher , Basler Kommentar, n. 15 e 38 ad. 261 CPC), tant'è che il primo giudice l'ha accertata solo a titolo abbondanziale. Il diritto di richiedere delle misure cautelari non si perime, ma il fatto che l'istante abbia temporeggiato durante parecchi mesi a partire da quando ha saputo del pregiudizio o del rischio del pregiudizio, può significare che una protezione non è necessaria, rispettivamente può costituire un abuso di diritto. In particolare la protezione non è necessaria se la lesione del suo diritto si è già compiuta da tempo e l'istante, senza valide ragioni, non ha chiesto tempestivamente la tutela provvisoria (Trezzini , op. cit., p. 1167 ad art. 261 CPC; Sprecher , op. cit., n. 44 ad art. 261 CPC). In concreto, è innegabile che l'istante ha chiesto l'adozione delle misure cautelari in esame a distanza di sei mesi da quando è venuta a conoscenza della contestata aggiudicazione in capo al convenuto delle azioni litigiose, senza tra l'altro spiegare, neppure in questa sede, perché ha atteso così tanto tempo prima di chiederle. A ragione quindi il Pretore ha ritenuto la protezione non necessaria e l'istanza provvisoria priva di

urgenza.

E. 8

. Alla luce di quanto suesposto l'appello, nella misura in cui è ricevibile, va respinto e la sentenza impugnata confermata (art. 318 cpv. 1 lett. a CPC). In questa sede di giudizio, le spese processuali, insieme ad un'adeguata indennità per ripetibili (art. 95 cpv. 1 CPC) seguono la soccombenza dell'appellante (art. 106 cpv. 1 CPC) e sono calcolate su un valore litigioso che è stato stabilito in almeno fr. 46'000.- (cfr. sopra consid. 2). Detto importo è determinante anche ai fini di un eventuale ricorso al Tribunale Federale. La tassa di giustizia di appello è stabilita in base ai criteri degli art. 2, 10 e 13 LTG (testo in vigore dal

E. 10

febbraio 2015). L'indennità per ripetibili in favore dell'appellato è determinata seguendo i criteri indicati dall'art. 11 del Regolamento sulla tariffa per i casi di patrocinio d'ufficio e di assistenza giudiziaria e per la fissazione delle ripetibili (Rtar). per i quali motivi, richiamati per le spese gli art. 95 e 106 CPC, la LTG e il Rtar decide: 1. L'appello 20 marzo 2015 di AP 1, nella misura in cui è ricevibile, è respinto . 2. Le spese processuali di appello di fr. 2'500.-, in parte già anticipate dall'appellante, sono poste a suo carico, con l'obbligo di rifondere all'appellato fr. 6'000.- a titolo di ripetibili di appello. 3. Notificazione: - avv. - avv. Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1 Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello La presidente La vicecancelliera

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 (art. 74 cpv. 1 LTF); per valori inferiori il ricorso è ammissibile se la controversia concerne una questione di diritto di importanza fondamentale (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 ricasazione (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.