

# **TI\_GERICHTE 14.2007.21 vom 20. September 2007**

TI Tribunale d'appello, 2007-09-20, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_14.2007.21](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_14.2007.21)

FR: TI\_GERICHTE 14.2007.21 du 20 septembre 2007

IT: TI\_GERICHTE 14.2007.21 del 20 settembre 2007

## **Regeste**

Appello contro sentenza di rigetto provvisorio dell'opposizione. Scelta del diritto applicabile. Riconoscimento di debito valido nonostante non sia stata espressa la causa dell'obbligazione. Simulazione. Esigibilità

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Il precedente sostiene l'applicabilità del diritto svizzero, mentre secondo l'escussa il rapporto sorto tra le parti soggiace al diritto italiano. Secondo l'art. 116 cpv. 1 e 2 LDIP il contratto è regolato dal diritto scelto dalle parti. La scelta del diritto applicabile deve essere esplicita o risultare univocamente dal contratto o dalle circostanze. Si ha scelta esplicita del diritto allorquando sono ossequiati i seguenti presupposti: le parti devono avere stipulato un accordo scritto o orale, il quale stabilisce che il rapporto esistente tra loro soggiace ad un determinato diritto (presupposto positivo). Questo accordo deve essere nel suo contenuto così concreto, per cui non occorre che vengano prese in considerazione le circostanze del caso (presupposto negativo) (Amstutz/Vogt/Wang, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, Basilea/Ginevra/Monaco, 1996, n. 38 ad art. 116; Keller/Kren Kostkiewicz, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. ed. Zurigo 2004, n. 46 ad art. 116). Indizio relativo alla scelta del diritto applicabile operata dalle parti può essere, in particolare, l'utilizzazione di concetti giuridici di un certo diritto (DTF 4C.331/2000 del 18 dicembre 2000, 119 II 173 cons. 1b). Nella fattispecie le parti hanno esplicitamente sottoposto il documento denominato "riconoscimento di debito" agli art. 17 CO e 82 LEF (doc. C) e quindi al diritto svizzero quale diritto applicabile (cfr. inoltre cons. 2. f).

### **E. 2**

a) Se il credito si fonda su un riconoscimento di debito constatato mediante atto pubblico o scrittura privata, il creditore può chiedere il rigetto provvisorio dell'opposizione (art. 82 cpv. 1 LEF). La nozione di riconoscimento di debito constatato mediante scrittura privata, che non è definita dalla legge, implica necessariamente il riconoscimento da parte dell'escusso o del suo rappresentante di un'obbligazione in relazione ad una somma di denaro determinata o facilmente determinabile. Il riconoscimento di debito può essere dedotto anche da un insieme di documenti a condizione che da essi risultino gli elementi necessari. Condizione essenziale è che la somma di denaro riconosciuta sia facilmente determinabile secondo criteri oggettivi stabiliti in precedenza e sottratti a possibilità di modifica unilaterale dipendente dalla volontà delle parti (cfr. Cometta, Il rigetto provvisorio dell'opposizione nella prassi giudiziaria ticinese, in: Rep 1989 pag. 338 con riferimenti). Il giudice del rigetto accerta d'ufficio ed in ogni stadio di causa (quindi anche in sede di appello) se la documentazione prodotta costituisce valido riconoscimento di debito e se vi è identità fra il creditore, il debitore e il credito indicati nel precetto esecutivo e nell'istanza con il creditore,

il debitore ed il credito di cui ai documenti prodotti (Cometta, op. cit., in: Rep 1989 pag. 331). La dichiarazione di riconoscimento di debito è una dichiarazione di volontà con la quale il debitore si obbliga a pagare una certa somma di denaro: essa dev'essere chiara, esplicita, non equivoca, non discutibile o soggetta a interpretazione (Panchaud/Caprez, Die Rechtsöffnung, Zurigo 1980, § 1 n. 7 pag. 3). b) Per l'art. 82 cpv. 2 LEF il giudice pronuncia il rigetto provvisorio dell'opposizione a meno che il debitore sollevi e giustifichi immediatamente delle eccezioni tali da infirmare il riconoscimento di debito; all'escusso incombe l'onere di dimostrare la verosimiglianza delle eccezioni che deduce in giudizio. Secondo la giurisprudenza le eccezioni non solo devono essere esposte in modo convincente ma devono anche essere sostanziate in modo perlomeno verosimile nel senso che a conforto delle allegazioni devono esserci riscontri oggettivi (DTF 104 Ia 413, cons. 4; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung- und Konkurs, vol. I, 4 a ed., Zurigo 1997, n. 28 ad art. 82; Gilliéron, Commentaire de la LP, vol. I, Losanna 1999, n. 82 ad art. 82; Stücheli, Die Rechtsöffnung, tesi Zurigo 2000, pag. 350 con rif.). c) Secondo l'art. 17 CO il riconoscimento di un debito è valido quantunque non sia espressa la causa dell'obbligazione. Nel diritto svizzero, quando si dice che un riconoscimento di debito è astratto, si intende semplicemente che la causa dell'obbligazione non è espressa nel riconoscimento. Una causa deve però esistere ed essere valida. Nonostante non sia espressa, essa è la condizione necessaria dell'obbligazione: il riconoscimento di debito astratto ha per oggetto un'obbligazione causale. Quando il creditore invoca un riconoscimento di debito astratto, il debitore può sempre far valere l'inesistenza del debito e sollevare tutte le eccezioni che possono essere fondate sul rapporto giuridico alla base del riconoscimento. Il solo effetto del riconoscimento di debito astratto è il rovescio dell'onere della prova. Il creditore non deve provare la causa del suo credito. Tocca infatti al debitore che contesta il suo debito stabilire quale è la causa dell'obbligazione e dimostrare che questa causa non è valida oppure non può essere invocata (DTF 105 II 183 cons. 4a; Staehelin, Basler Kommentar zum SchKG, Basilea/Ginevra/Monaco, 1998, n. 90 ad art. 82 LEF). d) Dall'esame del "documento di riconoscimento di debito" in oggetto (doc. C) non emerge la causa dell'obbligazione. Da questo documento risulta solamente che AO 1 si è riconosciuta debitrice nei confronti di AP 1 dell'importo di USD 62'000.-- e che il debito era infruttifero e contratto per tempo indeterminato. Si tratta pertanto di un riconoscimento di debito astratto che, come visto al precedente considerando, costituisce, in via di principio, valido titolo di rigetto provvisorio dell'opposizione ai sensi dell'art. 82 cpv. 1 LEF. Il creditore non deve infatti provare la causa del suo credito. Il solo effetto di questo riconoscimento di debito astratto è il rovescio dell'onere della prova, ossia tocca al debitore, in caso lo volesse contestare, dimostrare che la causa dell'obbligazione non è valida o non può essere invocata. e) L'escussa nega la validità del doc. C quale riconoscimento di debito ai sensi dell'art. 82 cpv. 1 LEF, sostenendo di avere sottoscritto tale documento su richiesta del commercialista italiano dei suoi azionisti, il cui scopo, perfettamente noto anche a AP 1, era quello di regolarizzare la loro posizione fiscale italiana nell'ambito dello Scudo fiscale deciso sulla base del Decreto Tremonti e non per confermare che la somma doveva essere restituita. Con ciò la convenuta sostiene di avere, con la redazione del doc. C, concordato una simulazione. L'escusso viene liberato dalla sua obbligazione, quando rende verosimile che questa era simulata (Panchaud/Caprez, op. cit. § 33 p. 73). Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale sviluppata in applicazione dell'art. 18 CO, vi è simulazione quando le parti concordano che le reciproche dichiarazioni non esplicano effetti giuridici corrispondenti alla loro volontà, sia perché hanno inteso creare l'apparenza di un negozio

giuridico, sia perché intendono celarne un altro. La stipula di una simulazione non è sottoposta ad alcuna forma e può essere dedotta da atti concludenti (TF 9 novembre 2000, 5C.113/2000 cons. 3b/aa; 28 novembre 2003, 4C.279/2002 cons. 5; DTF 112 II 337 cons. 4a e b). f) In prima sede la convenuta ha prodotto un fax 17 ottobre 2006 del dr. \_\_\_\_\_, collaboratore della società italiana \_\_\_\_\_, inviato al dr. \_\_\_\_\_ (doc. 2), del seguente tenore, in cui viene indicato un finanziamento postergato: "...L a società non può rimborsare somme ai soci in mancanza di disponibilità finanziarie sufficienti a garantire il pagamento agli altri creditori. In caso contrario, gli amministratori sarebbero perseguibili anche penalmente per aver commesso un atto a danno di terzi creditori. La legge italiana prevede espressamente che il rimborso dei finanziamenti dei soci è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente al fallimento della società, deve essere restituito (art. 2467 CC)". Il precedente, dal canto suo, ha prodotto uno scritto 24 ottobre 2006 (doc. M) di AO 1, firmato dal presidente del CdA, \_\_\_\_\_, in cui l'escussa in merito alla richiesta di rimborso di USD 62'000.-- da parte di AP 1, ha comunicato al suo rappresentante legale avv. PA 1 quanto segue: "Egregio Avvocato La nostra società non può procedere al rimborso a breve del credito di USD 62'000.-- del socio AP 1, essendo impegnata finanziariamente con altri creditori e per importi più rilevanti. La società ha dovuto sostenere la sua partecipata \_\_\_\_\_ che sta soffrendo per la congiuntura economica dei mercati tessili mondiali. Pertanto, ha partecipato all'aumento di capitale di questa per Euro 440'832.-- ed a un suo successivo finanziamento. In tale situazione l'amministratore commetterebbe un grave atto se procedesse al rimborso dei finanziamenti dei soci, prima di avere soddisfatto le pretese di terzi creditori, cosa che attualmente non è in grado di fare. Le ricordiamo inoltre che detti crediti dei soci sono in essere da quasi 10 anni e risulterebbe normale e doveroso attendere un miglioramento della situazione finanziaria. Distinti saluti Il Presidente del C. di A. (firma) \_\_\_\_\_ Orbene in questa prima lettera di AO 1 a controparte non vi è alcun accenno a quanto eccepito dall'escussa, ossia che il riconoscimento di debito doc. C sarebbe stato allestito allo scopo di permettere ai soci della società di usufruire dello scudo fiscale. Solo in un secondo tempo, con scritto 26 febbraio 2007 inviato al suo patrocinatore avv. \_\_\_\_\_ (doc. 5), AO 1, sempre rappresentata dal suo presidente del CdA, \_\_\_\_\_, dopo che la procedura esecutiva aveva avuto inizio, ha accennato al fatto che il riconoscimento di debito doc. C sarebbe stato allestito per permettere ai soci di " avere una somma maggiore da fare eventualmente rientrare in maniera legale ". In questo scritto è poi stato rilevato che " mai la ditta ha considerato dette somme un debito verso i soci, anzi abbiamo i soci che il 29.04.1998 decidono di mantenere detta liquidità nelle casse sociali ". L'escussa ha poi prodotto un ulteriore fax del dr. \_\_\_\_\_, pure spedito dopo l'inizio della presente procedura, ossia il 18 gennaio 2007 (doc. 4) al dr. \_\_\_\_\_. In questo scritto la natura del rapporto tra l'escussa ed il precedente è descritta come segue: " Possiamo sostenere che il riconoscimento di debito è stato rilasciato in conformità alle scritture contabili della società, ma in effetti il rapporto sottostante era di altra natura e non quella di finanziamento? "....." Il signor AP 1 non ha mai versato nella società alcuna somma di denaro. Il documento di riconoscimento si riferisce ad una posta contabile che proviene da una sistemazione di alcune voci che apparivano in bilancio prima della partecipazione dei soci giapponesi e che, in loro assenza, sarebbero entrate benissimo a far parte del patrimonio netto e, quindi, del capitale di rischio. In questo caso soltanto una delibera dell'assemblea generale poteva assegnarle ai soci". Orbene, per quel che riguarda la causa dell'obbligazione (il rapporto giuridico alla base del riconoscimento), le

dichiarazioni dell'escussa e gli scritti prodotti da lei e da controparte contengono versioni diverse. Infatti viene menzionato un finanziamento postergato (doc. 2); viene poi indicata quale causa un credito che non può essere rimborsato a breve, ma solo dopo aver soddisfatto le pretese di terzi creditori rispettivamente solo dopo che vi è stato un miglioramento della situazione finanziaria della società (doc. M). In un altro documento viene contestato che si tratta di un credito verso i soci (doc. 5). Nel doc. 4 viene poi sostenuto che si tratta di un finanziamento, ma sempre considerato parte del patrimonio netto e, quindi, di rischio. A sostegno di tutte queste versioni, espone in modo non uniforme, non sono stati forniti i necessari riscontri oggettivi (quali una dichiarazione di postergazione, la citata decisione dei soci del 29 aprile 1998 di mantenere detta liquidità nelle casse sociali (doc. 5) o un bilancio revisionato della società con le relative menzioni), atti a rendere verosimile ai sensi dell'art. 82 cpv. 2 LEF, che il riconoscimento di debito doc. C è simulato e che il credito – trattandosi di un finanziamento postergato o essendo capitale di rischio – è inesigibile. Va poi rilevato che il doc. C è stato sottoscritto per il CdA di AO 1 oltre che da \_\_\_\_\_ anche dall'avv. \_\_\_\_\_, membro della Federazione Svizzera degli Avvocati e iscritta al Registro cantonale degli avvocati del Canton Ticino (doc. I) e pertanto sicuramente in grado di comprendere la portata di quanto sottoscritto, sia in merito ai termini giuridici utilizzati che al rinvio alle norme del diritto svizzero (cfr. cons. 1). Il doc. C costituisce pertanto valido titolo di rigetto provvisorio dell'opposizione ai sensi dell'art. 82 cpv. 1 LEF. g) L'escussa ha eccepito l'inesigibilità della pretesa posta in esecuzione. In quanto l'appellante si riferisce ad una postergazione, si rinvia alle precedenti considerazioni. Per il resto l'esigibilità del credito deve essere data già al momento dell'invio della domanda d'esecuzione (Cometta, op. cit. p. 347). L'esigibilità deve essere provata dal creditore. Egli può rinviare, senza dover produrre ulteriori documenti, all'art. 75 CO, secondo il quale può essere chiesto ed eseguito immediatamente l'adempimento di un'obbligazione, per il quale il tempo non sia determinato né dal contratto né dalla natura del rapporto giuridico. Solo nel caso in cui il debitore eccepisca la carente esigibilità, il giudice deve esaminarla (Staehelin, op. cit., n. 79 ad art. 82 LEF). Con scritto 6 ottobre 2006 (doc. D) il rappresentante legale del precedente ha chiesto all'escussa il pagamento di USD 62'000.--, fissandole un ultimo termine di 10 giorni per procedere al versamento della somma richiesta. Il 24 ottobre 2006, giorno della presentazione della domanda dell'esecuzione (doc. G), il credito in oggetto era pertanto esigibile. L'istanza 15 dicembre 2006 di AP 1 va quindi accolta, per cui va concesso il rigetto provvisorio dell'opposizione per fr. 78'740.-- oltre interessi al 5% limitatamente dal 17 ottobre 2006 (art. 102 cpv. 1 e 104 cpv. 1 CO).

### **E. 3**

L'appello 20 marzo 2007 di AP 1 va quindi parzialmente accolto. Tassa di giustizia e indennità seguono la pressochè completa soccombenza dell'appellata (art. 48, 49, 61 cpv. 1 e 62 cpv. 1 OTLEF). Per i quali motivi, richiamati gli art. 116 LDIP, 17 CO e 82 LEF pronuncia: I. L'appello 20 marzo 2007 di AP 1, \_\_\_\_\_, è parzialmente accolto. Di conseguenza la sentenza 5 marzo 2007 della Segretaria assessore \_\_\_\_\_, è così riformata: “ 1. L'istanza 15 dicembre 2006 di AP 1, \_\_\_\_\_, è parzialmente accolta. Di conseguenza è rigettata in via provvisoria l'opposizione interposta da AO 1 al PE n. \_\_\_\_\_ del 26/30 ottobre 2006 \_\_\_\_\_ per fr. 78'740.-- oltre interessi al 5% solo dal 17 ottobre 2006. 2. La tassa di giustizia di fr. 250.--, da anticipare dalla parte istante, è posta a carico di AO 1, la quale rifonderà a AP 1 fr. 600.-- a titolo di indennità.” II. La tassa di giustizia del presente giudizio di fr. 375.--, già anticipata da AP 1, è posta a carico di AO

1, la quale rifonderà a AP 1 fr. 600.-- a titolo di indennità. III. Intimazione: - Studio legale \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ - avv. PA 2, \_\_\_\_\_ Comunicazione alla Pretura del \_\_\_\_\_ d) D'altro canto E. Contro la sentenza pretorile si è tempestivamente aggravato il precedente riconfermandosi in sostanza nelle sue allegazioni di prima sede. erzi implicati Per la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello Il presidente: La segretaria: Giacchè il valore litigioso della vertenza è di fr. 78'740.--, contro la presente decisione è possibile presentare ricorso in materia civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro 30 giorni dalla notificazione (art. 72 e segg. LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.