

# **TI\_GERICHTE 14.2011.137 vom 27. April 2012**

TI Tribunale d'appello, 2012-04-27, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_14.2011.137](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_14.2011.137)

FR: TI\_GERICHTE 14.2011.137 du 27 avril 2012

IT: TI\_GERICHTE 14.2011.137 del 27 aprile 2012

## **Regeste**

Fallimento bancario. Azione di contestazione della graduatoria. Ricevibilità del reclamo. Applicazione del previgente CPC-TI alla procedura di prima istanza. Litisconsorzio passivo necessario. Assenza di possibilità di sanatoria della petizione che non è stata inoltrata contro tutti i litisconsorti

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Giusta l'art. 404 cpv. 1 CPC fino alla conclusione davanti alla giurisdizione adita, ai procedimenti già pendenti al momento della sua entrata in vigore si applica il previgente diritto. Di modo che, nel presente caso, alla procedura svoltasi davanti al Pretore, iniziata il 23 maggio 2007, tornano applicabili le disposizioni del Codice di procedura civile ticinese (CPC-TI: Codice di procedura civile del 17 febbraio 1971 [RL3.3.2.1]) in vigore fino al 31 dicembre 2010.

### **E. 2**

Secondo l'art. 405 cpv. 1 CPC, alle impugnazioni si applica il diritto in vigore al momento della comunicazione della decisione. Nella fattispecie, a fronte di una sentenza impugnata datata 11 agosto 2011, la procedura ricorsuale è pertanto retta dal nuovo diritto ossia il Codice di diritto processuale svizzero (RS 272) in vigore dal 1° gennaio 2011.

### **E. 2.1**

Siccome le azioni di contestazione di graduatoria ai sensi dell'art. 250 LEF erano sottoposte alla procedura ordinaria accelerata (art. 250 cpv. 3 vLEF, abrogato dal 1° gennaio 2011) – ora sostituita dalla procedura ordinaria senza obbligo di conciliazione (art. 198 lett. e n. 6 e, a contrario) –, e non alla procedura sommaria (cfr. art. 251 CPC a contrario), esse non sono comprese nelle cause per cui l'appello è escluso giusta l'art. 309 CPC (Sprecher, *Prozessieren zum SchKG unter neuer ZPO*, in: SJZ 2011 n. 12, pag. 278 ad C/II; Muster, *La nouvelle procédure civile et le droit des poursuites et des faillites*, in: JdT 2011 II 75, pag. 81; Gilliéron, *L'exécution forcée ayant pour objet une somme d'argent ou des sûretés à fournir après l'entrée en vigueur de la loi sur le Tribunal fédéral et du Code de procédure civile*, in: JdT 2011 II 107, pag. 139 in fondo). Le decisioni finali di prima istanza fondate sull'art. 250 LEF sono quindi impugnabili con il rimedio dell'appello (art. 308 cpv. 1 lett. a CPC), purché il valore litigioso secondo l'ultima conclusione riconosciuta nella decisione sia almeno di fr. 10'000.– (art. 308 cpv. 2 CPC). I medesimi principi sono validi anche in materia di fallimento bancario (art. 37 cpv. 2 LBCR, RS 952.0). Nel caso di specie, posto che il dividendo minimo stimato è del 15% (rapporto 5 gennaio 2009 del liquidatore, doc. B pag. 6), il valore litigioso è di almeno fr. 64'847,15.--, pari al 15% della differenza (pari a fr. 432'314,28) tra l'importo del credito del convenuto iscritto in graduatoria (di fr. 840'210,28)

e l'importo al quale gli attori chiedono ch'esso venga ridotto (di fr. 407'896.--) (cfr. DTF 135 III 128-129 ad cons. 1.2; Tappy , CPC commenté, Basilea 2011, n. 82 ad art. 91), le pretese degli attori dovendo essere sommate (art. 93 cpv. 1 CPC e infra ad cons. 2.3). È quindi data la via dell'appello.

## **E. 2.2**

Non avendo la procedura – come visto – carattere sommario, il termine per l'inoltro dell'appello (e pure del reclamo) è di trenta giorni (art. 311 cpv. 1 e 321 cpv. 1 CPC), come quello per presentare eventuali osservazioni (art. 312 cpv. 2 e 322 cpv. 2 CPC). Inoltro il 12 settembre 2011, l'appello è quindi tempestivo, dato che la decisione impugnata è stata notificata agli appellanti il 12 agosto 2011 (estratto Track & Trace relativo alla raccomandata n. \_\_\_\_\_), essendo la scadenza della domenica 11 settembre riportata a lunedì 12 settembre 2011 in virtù dell'art. 142 cpv. 3 CPC). Pure tempestiva si rivela la risposta, inoltrata il 27 ottobre 2011, entro il termine assegnato al convenuto con ordinanza 27 settembre 2011, ritirata il giorno successivo.

## **E. 2.3**

La legittimazione degli appellanti deriva dalla loro qualità di attori nella procedura di prima istanza (art. 250 cpv. 2 LEF).

## **E. 2.4**

Dal 1° gennaio 2011, la competenza a giudicare in seconda istanza gli appelli (e i reclami) nelle cause proposte a norma della legge federale sulla esecuzione e sul fallimento, escluse quelle di disconoscimento di debito (art. 83 cpv. 2 LEF) e di accertamento dell'inesistenza del debito (art. 85a LEF), è della Camera di esecuzione e fallimenti (art. 48 lett. e n. 1 LOG).

## **E. 2.5**

Di conseguenza, l'appello è ricevibile.

## **E. 3**

Giusta l'art. 310 CPC, con l'appello è possibile censurare l'errata applicazione del diritto (lett. a) e l'errato accertamento dei fatti (lett. b). Nel presente caso, l'appellante rimprovera al Pretore sia di aver violato diverse norme di procedura sia di aver accertato i fatti rilevanti in modo errato o incompleto.

## **E. 4**

In questa sede, AO 1 ripropone l'eccezione d'irricevibilità dell'azione, ch'egli fonda sul fatto che la stessa non è stata diretta nei confronti anche di sua moglie E\_\_\_\_\_. Contrariamente al Pretore e alla controparte, il convenuto ritiene che l'azione avrebbe dovuto essere dichiarata irricevibile senza dare l'occasione agli attori di emendarla in virtù dell'art. 45 CPC-TI, stante il carattere perentorio del termine stabilito all'art. 250 LEF (osservazioni, ad 8.5, pag. 7).

## **E. 4.1**

Giusta l'art. 41 CPC-TI, “un diritto che può essere esercitato soltanto da una comunione di persone deve essere fatto valere congiuntamente da tutte le persone interessate, se attrici, rispettivamente contro tutte congiuntamente, se convenute” (cpv. 1). “Il litisconsorzio è pure necessario nei casi in cui la sentenza avrà effetto costitutivo nei confronti di più

persone” (cpv. 2). Ora, quando due o più persone vengono iscritte nella graduatoria fallimentare quali titolari in comune o solidali di un unico credito, esse formano necessariamente un litisconsorzio passivo nell’ambito di un’azione di contestazione del credito in questione giusta l’art. 250 cpv. 2 LEF. La decisione sulla lite ha infatti inevitabilmente un effetto costitutivo per tutti i contitolari iscritti giusta l’art. 41 cpv. 2 CPC-TI, siccome la decisione sull’insinuazione può essere soltanto una. Ciò impone quindi ai creditori contestanti di convenirli tutti in una volta. Del resto, se non si dovesse riconoscere alla decisione alcun effetto vincolante per i contitolari non convenuti, l’azione di contestazione della graduatoria promossa contro una parte soltanto dei contitolari del credito avverso dovrebbe comunque essere ritenuta irricevibile per carenza d’interesse, dal momento che la pretesa dei contitolari non convenuti, siccome non contestata, darebbe loro diritto all’intero dividendo spettante al credito in questione.

#### **E. 4.2**

Non mutano tale constatazione le obiezioni sollevate nell’appello (ad 8.5, pag. 8). a) La contestazione del fatto che il convenuto e la moglie abbiano versato l’investimento iniziale alla fallita e che il conto “P\_\_\_\_\_” sia cointestato alla moglie sono questioni di merito attinenti alla legittimazione passiva dei coniugi, che andavano semmai discusse nell’ambito di un’azione promossa nei confronti di entrambi, così che pure la moglie, che risulta anch’essa formalmente iscritta nella graduatoria quale creditrice (cfr. doc. 5), potesse far valere le proprie ragioni. La finalità del coinvolgimento dei litisconsorzi è infatti quella di garantire la regolarità del contraddittorio processuale. In occasione dell’esame della ricevibilità dell’azione, il giudice deve quindi fondarsi sulle allegazioni del convenuto per determinare l’esistenza di un litisconsorzio necessario passivo e risolvere unicamente la questione riguardante la qualità di parte, senza dover a quello stadio statuire sulla loro fondatezza materiale né quindi sulla legittimazione passiva dei litisconsorzi (cfr. per analogia II CCA 29 febbraio 1996, in Rep. 1996, n. 67, citata in Cocchi/Trezzini, CPC-TI, Lugano 2000, m. 1 ad art. 45, che tratta però della questione relativa ad un litisconsorzio attivo). b) Il fatto che AO 1 e E\_\_\_\_\_ siano coniugati – invocato dagli appellanti in verità senza specificarne la rilevanza giuridica per la questione da risolvere – non esclude l’esistenza di un litisconsorzio necessario. A parte il fatto che la rappresentanza dell’unione coniugale da parte di uno dei coniugi è limitata agli atti giuridici necessari “per i bisogni correnti della famiglia” (art. 166 cpv. 1 CC), rispettivamente agli atti rientranti nell’ordinaria amministrazione (art. 180 CCit), tra i quali verosimilmente non sono da ritenere inclusi gli investimenti finanziari, specie se importanti, nella fattispecie AO 1 e E\_\_\_\_\_ hanno comunque scelto d’insinuare la loro pretesa in modo congiunto, sicché l’azione di contestazione della stessa andava necessariamente promossa nei confronti di entrambi. c) Ammesso che, secondo le affermazioni del convenuto, che sono determinanti per la ricevibilità dell’azione (supra ad 4.2/a), il conto “P\_\_\_\_\_” sia intestato in modo congiunto ad entrambi i coniugi (osservazioni, ad 8.5 a pag. 7), è corretto considerarli creditori solidali del credito insinuato giusta l’art. 150 CO (cfr. DTF 112 III 56-7, cons. 3). Tuttavia, la scelta offerta alla fallita di liberarsi nelle mani di un solo intestatario del conto congiunto con effetto in confronti anche dell’altro (art. 150 cpv. 2 CO) è da considerare decaduta dopo che i coniugi hanno insinuato il credito in modo congiunto e simultaneo (cfr. art. 150 cpv. 3 CO). Ciò obbligava quindi anche gli altri creditori decisi a contestare il credito a procedere nei confronti di entrambi. Del resto, ogni creditore solidale ha un credito proprio e può disporre liberamente senza vincolare gli altri creditori solidali (cfr. E. Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 2 a ed., Zurigo 1988, p. 500 ad 2a; Schnyder,

Basler Kommentar zum OR, vol. I, 4. ed. Basilea/Ginevra/Monaco 2007, n. 5 ad art. 150) , sicché un giudizio emesso nei confronti di uno di essi non è opponibile agli altri . d) Il riferimento all'art. 403 CO – l'indicazione dell'art. 402 CO nell'appello è verosimilmente il frutto di un errore – è irrilevante, nella misura in cui la norma regola la questione della responsabilità di più mandanti o di più mandatari, istituendo una solidarietà passiva tra di essi, mentre la questione da risolvere riguarda un problema di solidarietà attiva o di contitolarità. e) Gli appellanti invocano ancora la giurisprudenza relativa alla società semplice, in base alla quale i creditori della comunione dei membri di una società semplice possono per legge (art. 544 cpv. 3 CO) far valere la loro pretesa contro uno solo dei soci, perché essi non sono litisconsorti necessari verso i creditori della società (II CCA 10.2004.17 del 16 dicembre 2005, NRCP 2006, 480 s. ad cons. 4). Anche in questo caso, il riferimento riguarda in realtà una situazione di solidarietà passiva e non attiva. La stessa sentenza citata precisa del resto che i soci formano invece un litisconsorzio necessario qualora facciano valere diritti della società. f) Gli appellanti si riferiscono infine alla giurisprudenza che in campo di locazione esclude da tempo l'esistenza di un litisconsorzio necessario passivo tra coniugi locatari dell'abitazione coniugale (DTF 118 II 168, cons. 2b; Trezzini , Commentario al CPC, Lugano 2011, p. 273 ad 5B). Tale giurisprudenza si fonda però sull'art. 150 CO, sicché si può rinviare alle soprastanti considerazioni già espresse in merito (ad cons. 4.2/c). g) In conclusione, va constatato come AO 1 e E\_\_\_\_\_ formano un litisconsorzio necessario, di modo che l'azione, promossa nei confronti solo del primo, andava respinta senza entrare nel merito della lite (art. 97 n. 5 e 99 cpv. 2 CPC-TI).

#### **E. 4.3**

Gli appellanti, come il primo giudice, ritengono tuttavia che tale mancanza non comporterebbe, di per sé, la reiezione dell'azione, siccome il giudice, in virtù dell'art. 45 CPC-TI, avrebbe comunque dovuto impartire un termine agli attori per sanarla, pena il suo stralcio dai ruoli (cfr. I CCA del 27 maggio 1993, Rep. 2004, 371, cons. 3, citata in Cocch/Trezzini , op. cit., m. 4 ad art. 45, che si riferisce però ad un'azione confessoria in materia di servitù di passo). Dal canto suo, AO 1 obietta che il carattere imperativo dell'art. 250 LEF si oppone ad una simile moratoria. a) Giusta l'art. 250 cpv. 1 LEF, l'azione di contestazione della graduatoria dev'essere promossa entro venti giorni dalla pubblicazione del deposito della graduatoria. La nozione di apertura d'azione è determinata dal diritto federale. Il termine è considerato rispettato se l'attore, prima della scadenza, ha compiuto l'attività dipendente dalla sua sola volontà che era esatta da lui (prima dell'entrata in vigore del CPC federale) dal diritto cantonale (DTF 41 III 390-391; DTF 49 III 68; Gilliéron , Commentaire de la LP, vol. III, Losanna 2011, n. 102 ad art. 250). Nella fattispecie, entro la scadenza di lunedì 2 febbraio 2009 (cfr. doc. B), gli attori non hanno avviato l'azione in conformità delle esigenze poste dal previgente diritto di procedura ticinese, siccome non l'hanno diretta anche contro la moglie del convenuto (cfr. supra ad cons. 4.2/g). b) Prima del 1° gennaio 2011, la computazione del termine dell'art. 250 cpv. 1 LEF era disciplinata dagli art. 31 a 33 vLEF (oggi, l'art. 31 nLEF rinvia invece agli art. 142 e 143 CPC e il campo d'applicazione degli art. 32 cpv. 2 e 4 nLEF è stato limitato alle comunicazioni fatte in procedure esecutive o di ricorso ex art. 17 LEF, mentre quelle relative a procedure giudiziarie sono ora rette dall'art. 63, rispettivamente 132 cpv. 1 CPC, cfr. N ordmann , Basler Kommentar zum SchKG, vol. I, 2 a ed., Basilea 2010, n. 6 e 15 ad art. 32). Ne conseguiva che il termine era di principio improrogabile (cfr. art. 33 cpv. 1 LEF), tranne alle condizioni stabilite agli art. 32 cpv. 2-4 e 33 cpv. 2 e 4 vLEF (cfr. Gilliéron , op. cit., loc. cit.; Jaques , Commentaire romand de la LP, Basilea/Ginevra/Monaco 2005, n. 45 ad

art. 250; N ordmann , Basler Kommentar zum SchKG, vol. I, 1 a ed., Basilea 1998, n. 42 ad art. 250 ) . In particolare, se la domanda era viziata in modo rimediabile, il giudice doveva dare all'attore la possibilità di riparare il vizio (art. 32 cpv. 4 vLEF). Di conseguenza, in virtù della forza derogatoria del diritto federale (art. 49 cpv. 1 Cost.), la questione di un'eventuale sanatoria della petizione va risolta alla luce dell'art. 32 cpv. 4 vLEF e non dell'art. 45 CPC-TI. c) L'art. 32 cpv. 4 (v)LEF non definisce la nozione di "vizio rimediabile". La dottrina si limita a fornire alcuni esempi, quali la mancanza della firma manuale dell'atto, il numero insufficiente di esemplari, la mancata produzione degli allegati o di una procura, l'assenza di traduzione, ecc. (cfr. Erard , Commentaire romand de la LP, Basilea/Ginevra/Monaco 2005, n. 26 ad art. 32; N ordmann , op. cit. (1 a ed.), n. 15 ad art. 32; Gilliéron , op. cit., n. 64 ss. ad art. 32). Se ne può dedurre che soltanto i difetti formali possono essere riparati, ciò che risulta anche dalle norme analoghe di cui agli art. 30 cpv. 2 e 3 vOG (ora art. 42 cpv. 5 LTF) e 52 cpv. 2 PA. Secondo quest'ultima norma, è tuttavia anche riparabile il difetto di motivazione, ma la giurisprudenza federale sembra escluderlo in ambito esecutivo (cfr. DTF 126 III 30 ss.; pure: Gilliéron , op. cit., n. 69 ss. ad art. 32; possibilista: N ordmann , op. cit. [2a ed.], n. 15 ad art. 32). L'art. 32 cpv. 4 LEF deve infatti essere interpretato in modo restrittivo, poiché non occorre sacrificare la sicurezza e la prevedibilità del diritto a nome del divieto del formalismo eccessivo (cfr. Gilliéron , op. cit., n. 56-60 ss. ad art. 32). Occorre del resto rilevare che l'art. 132 cpv. 1 CPC, anche se non è applicabile alle azioni di contestazione della graduatoria promosse prima del 1° gennaio 2011, anch'esso limita le possibilità di sanatoria alle "carenze formali" quali la mancata sottoscrizione dell'atto o la mancanza della procura, mentre l'art. 63 CPC – così come l'art. 32 cpv. 3 vLEF – può essere invocato soltanto per causa dell'incompetenza del giudice o dell'errato tipo di procedura, ma non in caso di mancanza di legittimazione attiva o passiva delle parti (cfr. Bohnet , CPC commenté, Basilea 2011, n. 15 ad art. 63). d) Nella fattispecie, la violazione delle regole sul litisconsorzio necessario non può essere considerato come un semplice vizio formale rimediabile giusta l'art. 32 cpv. 4 LEF. La carenza, nella misura in cui non risulta da un semplice errore redazionale, riguarda infatti un presupposto processuale (art. 97 n. 5 CPC-TI; art. 59 cpv. 2 lett. c CPC) e non la forma della petizione (art. 114 ss. CPC-TI; art. 129 ss. CPC), sicché non può essere sanato (cfr. DTF 131 I 63, cons. 2.2; DTF 120 III 13, cons. 1b). Il primo giudice avrebbe pertanto dovuto respingere l'azione senza entrare nel merito e senza dare l'occasione agli attori di sanare il vizio – si giungerebbe del resto allo stesso esito applicando il nuovo CPC (cfr. Bohnet , op. cit., n. 100 e 74 ad art. 59; Ruggle , Basler Kommentar zur ZPO, Basilea 2010, n. 43 ad art. 70; Bornatico , Basler Kommentar zur ZPO, Basilea 2010, n. 8 e 16 ad art. 132; contra: Trezzini , op. cit., p. 265-266 ).

## E. 5

Di conseguenza, l'appello dev'essere respinto e la sentenza impugnata confermata, ancorché per altri motivi. La tassa del presente giudizio e le ripetibili seguono la soccombenza degli appellanti (art. 106 cpv. 1 CPC). motivi per i quali richiamati gli art. 32, 250 LEF, 41, 45, 97, 99 CPC-TI, 93, 105 e 106 cpv. 1, 308 segg., 317, 404 cpv. 1 e 405 cpv. 1 CPC e la LTG, pronuncia: 1. L'appello è respinto . 2. La tassa di giustizia e le spese processuali per complessivi fr. 2'000.– relative al presente giudizio, già anticipate dagli appellanti, restano a loro carico. Essi rifonderanno in solido a AO 1 la somma complessiva di fr. 2'500.- a titolo di ripetibili. 3 . Notificazione a: – – Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, Sezione 5. Per la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello Il presidente  
Il segretario Giacché il valore litigioso della

vertenza è di almeno fr. 64'847,15, 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.