

# **TI\_GERICHTE 14.2011.153 vom 22. April 2011**

TI Tribunale d'appello, 2011-04-22, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_14.2011.153\\_d20110422](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_14.2011.153_d20110422)

FR: TI\_GERICHTE 14.2011.153 du 22 avril 2011

IT: TI\_GERICHTE 14.2011.153 del 22 aprile 2011

## **Regeste**

Fallimento bancario. Contestazione della graduatoria. Procedura accelerata secondo il previgente CPC-TI. Nomina di un avvocato d'ufficio. Conseguenze della mancata comparizione di una parte all'udienza preliminare. Nuove prove in sede d'appello. Contestazione dell'affidabilità delle testimonianze

## **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 2 febbraio 2009, 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 22 aprile 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. 39'503.--, pari al 15% di fr. 263'355,84 (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). Inoltrato il 10 giugno 2011, l'appello è quindi tempestivo, dato che la decisione impugnata è stata notificata all'appellante in via rogatoria il 12 maggio 2011 (doc. A, a tergo dell'ultima pagina). Pure tempestiva si rivela la risposta, inoltrata il 5 marzo 2012, entro il termine assegnato agli attori con ordinanza 1° febbraio, ritirata il 2 febbraio 2012, essendo la scadenza del sabato 3 marzo riportata a lunedì 5 marzo 2012 in virtù dell'art. 142 cpv. 3 CPC.

## **E. 2.3**

La legittimazione dell'appellante deriva dalla sua qualità di convenuto nella procedura di prima istanza (art. 250 cpv. 2 LEF). Ha correttamente diretto l'appello contro i tre attori, che hanno scelto di promuovere l'azione congiuntamente (cfr. art. 42 CPC-TI e 71 CPC; Brunner / Reutter, *Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG*, 2. ed., Berna 2002, p. 43 ad c).

## **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**

Occorre anzitutto esaminare le censure formali sollevate dall'appellante, in quanto, a suo dire, giustificherebbero un annullamento della decisione impugnata o almeno un'istruttoria complementare.

### **E. 4.1**

Giusta l'art. 39 cpv. 2 CPC-TI, quando il giudice ritiene che la persona non è capace di proporre e di discutere con la necessaria chiarezza la propria causa, la diffida a munirsi entro breve termine di un patrocinatore, con la comminatoria della designazione di un patrocinatore d'ufficio. L'appellante ritiene che il primo giudice abbia disatteso tale norma. Ora, la nomina di un avvocato d'ufficio al convenuto ha carattere eccezionale, stante il diritto che il previgente diritto ticinese di procedere riconosceva alle parti di procedere con

atti propri (art. 39 cpv. 1 CP-TI) e la conseguente inesistenza di un obbligo di patrocinio (cosiddetto “Anwaltszwang”). Al giudice va quindi riconosciuto un ampio potere d'apprezzamento in questa questione (Cocchi/Trezzini, CPC-TI, Lugano 2000, n.

#### **E. 4.2**

Giusta l'art. 394 CPC-TI, applicabile nelle procedure accelerate come quella in esame (cfr. supra ad cons. 2.1), “all'udienza [preliminare] le parti possono replicare e duplicare e discutono preliminarmente e cumulativamente le domande di prove indicate negli atti di causa. Al termine dell'udienza, il giudice emana a verbale l'ordinanza sulle prove e fissa il giorno nel quale esse verranno assunte”. Tale norma deroga alle disposizioni che disciplinano la procedura ordinaria, in quanto, a differenza di quanto previsto dagli art. 175 e 176 CPC-TI, non consente alle parti di replicare né di duplicare in sede di scambio di allegati – la citazione dell'udienza preliminare, da tenersi entro i seguenti 30 giorni, avviene infatti con l'intimazione della petizione al convenuto (art. 392 CPC-TI) e non al termine dello scambio degli allegati (art. 177 cpv. 1 CPC-TI) – e obbliga il giudice a emanare l'ordinanza sulle prove seduta stante e non successivamente (come invece prescritto dall'art. 182 cpv. 1 CPC-TI). Questa regolamentazione, che mira ad una concentrazione del processo tesa ad accelerarne il decorso, non lascia spazio per un rinvio analogico all'art. 177 cpv. 2 CPC-TI, in virtù del quale se una parte non compare, il giudice fissa una nuova udienza da tenersi entro 15 giorni. In effetti, l'art. 399 CPC-TI, ai termini del quale “per tutto quanto non è espressamente contemplato nel presente capo si applicheranno per analogia le disposizioni sulla procedura ordinaria”, presuppone che la questione da risolvere non sia già disciplinata dalle norme speciali applicabili alla procedura accelerata – e da questo punto di vista l'art. 394 CPC-TI appare esaustivo – e comunque l'applicazione delle norme della procedura ordinaria è subordinato all'esigenza di analogia: orbene, l'allungamento della procedura che determinerebbe l'art. 177 cpv. 2 CPC-TI non è compatibile con l'esigenza di celerità posta dal legislatore, che si esprime attraverso i termini serrati che caratterizzano questo tipo di procedura (cfr. art. 390 cpv. 2, 391 cpv. 3, 392, 395 cpv. 2, 397, 398 cpv. 1 e 398bis CPC-TI). L'eccezione di annullabilità sollevata dall'appellante va quindi respinta. A titolo abbondanziale, occorre del resto rilevare come il vizio denunciato dall'appellante, anche se dovesse essere considerato tale, sia stato in ogni caso sanato. Infatti, giusta l'art. 143 cpv. 2 CPC-TI, “l'eccezione di annullabilità di un atto non è ammessa quando la parte che la oppone ha compiuto o ha espressamente o tacitamente lasciato compiere altri atti successivi”. Ebbene, AP 1, dopo l'udienza preliminare, ha partecipato all'audizione dei testi e al dibattimento finale senza nulla eccepire in merito al mancato rinvio dell'udienza preliminare, di modo che non può legittimamente prevalersene solo ora.

#### **E. 4.3**

In queste condizioni, va respinta anche la censura circa l'asserita violazione del diritto di essere sentito, siccome il convenuto, che non contesta di aver ricevuto la citazione all'udienza preliminare del 28 settembre 2009 (ciò che risulta comunque dimostrato dal fatto che egli ha presentato tempestivamente la risposta del 19 giugno 2009), avrebbe avuto modo di esprimersi in occasione di tale udienza se si fosse presentato.

#### **E. 4.4**

Per il medesimo motivo, va pure respinta la censura relativa alla mancata assunzione delle prove offerte in sede di risposta. L'appellante avrebbe infatti potuto – e dovuto (cfr. art. 180

cpv. 1, per il rinvio dell'art. 399 CPC-TI) – notificare le sue prove in occasione dell'udienza preliminare, indicando i fatti per i quali ne chiedeva l'assunzione. Tenuto conto della sua assenza non giustificata, il primo giudice ha quindi correttamente rifiutato di ammettere le sue offerte di prova (ordinanza 3 dicembre 2009).

## **E. 5**

Giusta l'art. 317 cpv. 1 CPC, possono essere presentati in sede d'appello nuovi fatti e nuovi mezzi di prova soltanto se vengono immediatamente adottati e dinanzi alla giurisdizione inferiore non era possibile addurli nemmeno con la diligenza ragionevolmente esigibile tenuto conto delle circostanze.

### **E. 5.1**

Nel caso di specie, l'appellante chiede l'assunzione in sede d'appello di due documenti concernenti il procedimento penale aperto nei confronti degli organi e/o collaboratori di S\_\_\_\_\_ SA (all. C), ossia il verbale d'interrogatorio 25 settembre 2007 dello stesso AP 1 e l'"atto di denuncia – querela" presentato da questi il 13 novembre 2007, con il relativo verbale di accettazione di stessa data. Orbene, sono documenti del 2007 che, a prescindere dalla loro dubbia pertinenza in questa sede, sarebbero potuti essere prodotti già con la risposta del 19 giugno 2009. Lo stesso dicasi della richiesta di edizione da S\_\_\_\_\_ SA di tutta la documentazione di apertura del conto M\_\_\_\_\_, richiesta che del resto figurava già nella suddetta risposta. Evidentemente, l'art. 317 cpv. 1 CPC non consente alle parti di rimediare alle conseguenze per loro negative connesse a norme di preclusione (in casu l'art. 180 cpv. 1 CPC-TI) che sono state correttamente applicate in prima istanza. Quanto alla richiesta di richiamo al Ministero pubblico di Lugano dell'incarto n. \_\_\_\_\_, l'appellante non giustifica la sua apodittica affermazione secondo cui esso non sarebbe potuto essere notificato in prima istanza – eppure risulta aperto già dal 2006 – né precisa i fatti che intenderebbe dimostrare con tale incartamento. Tutte le richieste di prova vengono perciò respinte.

### **E. 5.2**

Visto l'esito del presente giudizio, la richiesta di assunzione agli atti del doc. 2 formulata dagli attori con la risposta 5 marzo 2012 è priva di oggetto.

## **E. 6**

Con il ricorso contro la graduatoria (art. 17 LEF) possono essere fatti valere unicamente errori formali e procedurali nel suo allestimento, ad esempio nei casi in cui la stessa è imprecisa o incomprensibile, non indica i motivi di reiezione di un'insinuazione o ammette un credito non insinuato o insufficientemente sostanziato, mentre l'azione di contestazione di cui all'art. 250 LEF verte su questioni di diritto sostanziale e tende a far stabilire al giudice se e in quale misura (importo, rango ed esigibilità) un determinato credito dev'essere ammesso nella graduatoria (DTF 119 III 84; Hierholzer, Basler Kommentar zum SchKG, vol. II, 2 a ed., Basilea 2010, n. 8 ad art. 250; J aques, Commentaire romand de la LP, Basilea/Ginevra/Monaco 2005, n. 2 ad art. 250; Gilliéron, Commentaire de la LP, vol. III, Losanna 2001, n. 36 ad art. 250). L'azione prevista dall'art. 250 cpv. 1 LEF dev'essere diretta contro la massa fallimentare e consente al creditore di contestare la graduatoria poiché il suo credito non è stato, tutto o in parte, ammesso o collocato nel grado da lui rivendicato (Hierholzer, op. cit., n. 23 ad art. 250). Per contro, se controverso è il credito o il grado di un altro creditore, l'azione dev'essere promossa contro quest'ultimo (art. 250 cpv. 2 LEF; Hierholzer, op. cit., n. 23 ad art. 250). L'onere della prova incombe al

titolare della pretesa che è oggetto della contestazione (art. 8 CC) e pertanto, nel caso in esame, al convenuto ( Jaques , op. cit., n. 4 ad art. 250).

### **E. 6.1**

Nel caso concreto, spettava quindi a AP 1 convincere il giudice, al di là di ogni ragionevole dubbio, dell'esistenza dell'asserito credito di fr. 263'355,84 vantato nei confronti della fallita.

### **E. 6.2**

Ora, dalle ricevute di bonifico bancario prodotte dal convenuto (doc. 3), si evince che lo stesso ha sì effettuato due versamenti sul conto intestato a S\_\_\_\_\_ SA e rubricato "M\_\_\_\_\_" presso la banca I\_\_\_\_\_, il primo di € 10'000.-- il 29 gennaio 2004 e il secondo di € 100'000.-- il 17 gennaio 2005 (il secondo foglio del doc. 3 pare invece essere l'ordine di pagamento sulla base del quale è stato addebitato il conto di AP 1, così come risulta dall'estratto di cui al primo foglio, siccome le date di valuta di addebito – il 29 gennaio 2004 – e di accredito – il 1° febbraio 2004– nonché l'importo, pari a € 10'000.--, corrispondono). Tuttavia, siffatti versamenti ancora nulla dicono sulla loro causale né l'appellante ha dimostrato (e nemmeno tanto specificato) l'esistenza di un obbligo della fallita di restituire quanto versato. Accenna, in sede d'appello (a pag. 9), all'esistenza di un contratto di deposito, ma non ne porta la prova. Oltre al fatto che il doc. 3 non accerta l'asserita accettazione del deposito da parte della fallita, non si può escludere che i versamenti in questione abbiano avuto uno scopo diverso di quello esposto dall'appellante, ad esempio il pagamento di un debito o, come sostenuto dagli attori, il deposito su una rubrica del conto della fallita intestata alla gestrice dei suoi averi, ossia T\_\_\_\_\_ Srl. Infatti, il doc. 3 non permette di affermare con certezza che il conto "M\_\_\_\_\_" sia riferito a AP 1 e non a T\_\_\_\_\_ Srl.

### **E. 6.3**

L'appellante invoca d'altronde le tabelle di cui ai doc. 4 e 5 per dimostrare l'esistenza di una relazione giuridica tra la fallita e lui. Gli attori contestano tuttavia che le stesse provengano dalla fallita (cfr. conclusioni, ad II.1 pag. 2-3), siccome il teste C\_\_\_\_\_, ex condirettore di S\_\_\_\_\_ SA, ha affermato che l'estratto figurante sul secondo foglio del doc. 4 non è stato consegnato da S\_\_\_\_\_ SA, la quale risultava del resto già fallita (dal 23 novembre 2006) alla data indicata, ossia il 6 marzo 2007 (verbale d'audizione 16 giugno 2010, a pag. 2), mentre il teste F\_\_\_\_\_, collaboratore di T\_\_\_\_\_ Srl, ha dichiarato che "la documentazione che è stata consegnata da me a AP 1 non è veritiera, è stata creata da M\_\_\_\_\_ allo scopo di guadagnare tempo in attesa di capitali che avrebbero dovuto arrivare" (verbale 16 giugno 2010, a pag. 4). Ora, queste dichiarazioni fanno nascere perlomeno seri dubbi sul fatto che il plico di documenti in questione (doc. 4 e 5) sia opera della fallita e pertanto su una relazione diretta tra la stessa e il convenuto, dubbi che sono sufficienti a considerare che quest'ultimo non è riuscito a dimostrare l'esistenza del credito da lui vantato, tanto più che le dichiarazioni di T\_\_\_\_\_ Srl di cui ai doc. I e L, a firma di \_\_\_\_\_ M\_\_\_\_\_, confermano che i fondi dei clienti di questa società, tra cui si annovera AP 1 (doc. L), sono stati gestiti esclusivamente da T\_\_\_\_\_ Srl senza coinvolgimento diretto di S\_\_\_\_\_ SA. Del resto, sul secondo foglio del doc. 4, i versamenti che il convenuto afferma di aver fatto risultano registrati a nome di T\_\_\_\_\_.

### **E. 6.4**

Certo, l'appellante, già con i suoi scritti 22 marzo e 1° giugno 2010, contesta l'affidabilità delle testimonianze raccolte in prima sede, in ragione di un presunto interesse nella lite di entrambi i testimoni nonché di motivi di grave inimicizia nei suoi confronti. Invero, questa censura sarebbe dovuta essere formulata già in occasione dell'udienza preliminare (art. 180 cpv. 3 CPC-TI). Di conseguenza, la successiva contestazione espressa con l'allegato 22 marzo 2010 era tardiva, dal momento che l'istanza 2 febbraio 2010 degli istanti verteva su prove già offerte in sede di petizione. Inoltre, tale scritto risulta comunque tardivo, dato che, secondo le stesse allegazioni dell'appellante (scritto 1° giugno 2010, pag. 1), il termine impartito dal primo giudice con l'ordinanza 4 febbraio 2010 scadeva il 24 marzo 2010; orbene, l'allegato 22 marzo 2010 è giunto in Svizzera solo il 25 marzo (data del timbro postale dell'ufficio postale di Lugano sul doc. 4 allegato allo scritto 1° giugno 2010), ovvero tardivamente, siccome per le memorie inoltrate per posta dall'estero, il termine è osservato solo se perviene in Svizzera prima della scadenza del termine (cfr. STF 5C.320/2001 del 20 febbraio 2001, cons. 4c, citata da Cocchi/Trezzini, Appendice 2000-2004, nota 244 ad art. 131, pag. 182; STF 4A\_269/2010 del 23 agosto 2010, SJ 2011 I 60, c. 2.3 T appy, CPC commenté, Basilea 2011, n. 13 ad art. 143). Non da ultimo, l'appellante non ha in ogni caso specificato quale interesse i testi potrebbero avere nella lite – per la fallita e i suoi organi l'esito della lite è indifferente, siccome è escluso il pagamento di tutti i creditori e quindi il versamento di un saldo attivo alla fine della procedura, e l'interesse di F\_\_\_\_\_ sarebbe piuttosto stato quello di addossare alla fallita la responsabilità per la gestione dei fondi del convenuto – né ha indicato indizi oggettivi e concreti d'inimicizia, se non a suo stesso carico, dato che è il convenuto medesimo ad aver avviato procedure giudiziarie contro i testimoni. Va comunque ricordato che eventuali interessi nella lite o motivi di prevenzione non inficiano in sé la testimonianza, ma devono essere presi in considerazione in occasione della valutazione della prova (cfr. Cocchi/Trezzini, op. cit., nota 721 ad art. 229, p. 617-8, e art. 234 cpv. 3 CPC-TI). Nel caso di specie, entrambi i testi si sono dichiarati "indifferenti" all'esito della causa e la loro testimonianza non ha rivelato alcuna animosità nei confronti del convenuto, il quale del resto non contesta il contenuto delle dichiarazioni testimoniali – anzi fonda la propria tesi anche su alcune di esse (cfr. infra ad cons. 6.5) – bensì l'apprezzamento fattone dal Pretore. Ora, le testimonianze non potevano essere interpretate diversamente che come una negazione della forza probatoria delle tabelle di cui ai doc. 4 e 5.

### **E. 6.5**

Infine, l'appellante fonda la sua tesi su due affermazioni del teste F\_\_\_\_\_, ovvero sul fatto che gli pareva che il convenuto avesse portato a T\_\_\_\_\_ "Euro 150'00.--, che sono stati bonificati sul conto S\_\_\_\_\_ Banca \_\_\_\_\_" (verbale 16 giugno 2010, a pag. 4), e che gli "Euro 40'000,00 che attualmente si trovano sul conto S\_\_\_\_\_ rubrica T\_\_\_\_\_, non sono di T\_\_\_\_\_ a Srl ma del signor AP 1" (pag. 5). Invero, la prima affermazione non va oltre quanto già risulta dai bonifici bancari di cui al doc. 3, se non per quanto riguarda l'importo dei versamenti, sicché si può rinviare in proposito a quanto già espresso al considerando 6.2. Quanto alla seconda affermazione, essa conferma la tesi degli attori, secondo cui la rubrica "M\_\_\_\_\_" è aperta a nome di T\_\_\_\_\_ e non di AP 1. Il riconoscimento del diritto di "proprietà" di quest'ultimo è la conseguenza logica del "contratto di consulenza e anche di gestione" firmato dal convenuto con T\_\_\_\_\_ (verbale di audizione di F\_\_\_\_\_, a pag. 4, rimasto incontestato su questo punto). E questo rafforza l'impressione che AP 1 era legato contrattualmente unicamente con T\_\_\_\_\_, e T\_\_\_\_\_ con S\_\_\_\_\_ . Giusta quindi la

conclusione del primo giudice, circa l'assenza di prova di una reazione contrattuale diretta tra il convenuto e la fallita.

#### **E. 7**

L'appello deve quindi essere respinto e la sentenza impugnata confermata. La tassa del presente giudizio e le ripetibili seguono la soccombenza dell'appellante (art. 106 cpv. 1 CPC). motivi per i quali richiamati gli art. 250 LEF, 39, 180, 177, 394, 399 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. 800.– relative al presente giudizio, già anticipate da AP 1, restano a suo carico. Egli rifonderà alle controparti la somma complessiva di fr. 2'000.- a titolo di ripetibili. 3. Intimazione: – avv. dott. RA 1 ; – avv. RA 2, \_\_\_\_\_. Comunicazione alla Pretura \_\_\_\_\_. Per la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello II presidente \_\_\_\_\_ Il segretario Giacché il valore litigioso della vertenza è di fr. 39'503 .--, 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.