

TI_GERICHTE 14.1995.111 vom 29. Mai 1995

TI Tribunale d'appello, 1995-05-29, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_14.1995.111

FR: TI_GERICHTE 14.1995.111 du 29 mai 1995

IT: TI_GERICHTE 14.1995.111 del 29 maggio 1995

Regeste

Sentenza o decisione senza scheda

Erwägungen

E. 1

Per l'art. 173 cpv.2 LEF quando il giudice del fallimento (in casu la CEF quale Autorità giudiziaria d'appello in procedura sommaria fallimentare) accerti che il debitore non è soggetto alla procedura di fallimento, dovrà differire la decisione e sottoporre il caso all'Autorità di vigilanza (ossia ancora alla CEF ma nella sua qualità di Autorità amministrativa). Ex art. 173 cpv.3 LEF "il decreto dell'Autorità di vigilanza è comunicato al giudice del fallimento, il quale decide"; la CEF avendo nel contempo potere di cognizione nei due ambiti, ne consegue che per ragioni di economia processuale sarà emanato un solo giudizio con dispositivi impugnabili con due diversi rimedi giuridici: - ricorso ex art. 19 LEF al Tribunale federale contro il dispositivo reso dalla CEF quale Autorità cantonale di vigilanza; - ricorso di diritto pubblico al Tribunale federale contro il pronunciato sul fallimento.

E. 1.1

L'Ufficio esecuzione di Lugano provvederà alla prosecuzione dell'esecuzione n. _____ in via di pignoramento. 2. L'appellazione 12 gennaio 1995 di _____ è accolta.

E. 2

Vigilanza sulla liceità della prosecuzione dell'esecuzione in via di fallimento. a) Per l'art. 38 cpv.2 LEF l'esecuzione si prosegue in via di pignoramento o in via di fallimento. L'ufficiale esecutore determina quale specie d'esecuzione sia da applicare (art. 38 cpv.3 LEF), ritenuto il suo obbligo di accertare se esiste un'iscrizione nel registro di commercio (DTF 79 III 13). L'art. 39 cpv.1 LEF impone per norma di diritto cogente la prosecuzione in via di fallimento se il debitore è iscritto nel registro di commercio in una delle qualità descritte ai n. 1-9. Per l'applicazione degli art. 39 e 40 LEF fanno stato le risultanze del registro di commercio (DTF 80 III 97). Determinante è la situazione al momento della presentazione della domanda di prosecuzione dell'esecuzione (Carl Jaeger, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, vol. I, Zurigo 1911, n.5 all'art. 39 LEF; BLSchK 1974 p.77). b) Il qui escusso _____, nato nel _____, non era iscritto, al momento della presentazione della domanda di prosecuzione dell'esecuzione (e neppure vi è iscritto ora, benchè ciò sia senza rilievo nel caso di specie), nel registro di commercio in una delle qualità ex art. 39 cpv.1 n. 1-9 LEF, atteso che non gli è per certo opponibile l'iscrizione di un omonimo - nato nel _____ - quale socio della collettiva _____ e che l'iscrizione quale vicepresidente ed amministratore delegato con firma individuale dalla

costituzione (17 gennaio 1989) della società anonima _____ + _____, dichiarata fallita per decreto 6 luglio 1994 del Pretore del Distretto di Lugano, è inidonea ad assoggettarlo alla procedura di fallimento. c) L'Ufficio esecuzione di Lugano ha erroneamente fatto proseguire l'esecuzione in via di fallimento in luogo della prescritta via di pignoramento: trattasi di violazione di un principio procedurale essenziale che interessa non solo chi è parte diretta nel procedimento esecutivo bensì anche la collettività nel suo insieme, donde la sanzione della nullità dell'atto viziato da carenze insanabili, atteso che è principio giurisprudenziale e dottrinale indiscusso - benchè la LEF non lo menzioni espressamente - che la nullità è rilevabile in ogni momento (almeno finchè l'esecuzione è in corso e nell'ipotesi che non si siano realizzati fatti non più revocabili) e con effetto ex tunc (cfr. DTF 105 III 49, 97 III 11 e 102 cons.5, 94 III 70, 87 III 97, 85 III 14 e 77 III 75; CEF 9.6.1987 su reclamo G.T.; Pierre-Robert Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, Losanna 1993, p.61; Kurt Amonn, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Berna 1993, §9 m.11; Fritzsche/ Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schw. Recht, vol. I, Zurigo 1984, §8 m.28 e 29). Ne consegue la nullità della comminatoria di fallimento erroneamente emessa il 2 agosto 1994 dall'UE di Lugano e notificata l'8 settembre 1994: il citato Ufficio provvederà quindi alla prosecuzione dell'esecuzione in via di pignoramento. d) La procedura inc. VIG 176/94 sfociata nel giudizio 11 novembre 1994 di questa Camera quale Autorità cantonale di vigilanza - resa sulla base di atti che si sono avverati in seguito errati senza che vi sia colpa di qualsivoglia natura da parte dell'UE di Lugano, del Pretore del Distretto di Lugano oltre che dell'Autorità di vigilanza - resta senza conseguenze sulla specie d'esecuzione che sola può essere quella in via di pignoramento. L'errore da omonimia in cui varie autorità sono incorse è stato propiziato dall'atteggiamento rinunciatorio e defatigatorio assunto dall'escusso: sarebbe infatti bastato che avesse presentato reclamo contro la specie d'esecuzione o che fosse comparso all'udienza avanti il primo giudice per il contraddittorio sull'istanza di fallimento. _____ ha invece omesso di ritirare le varie raccomandate che a più riprese gli sono state trasmesse e che sono rimaste senza esito per fatto a lui esclusivamente imputabile.

E. 2.1

Di conseguenza la sentenza 2 gennaio 1995 della Segretaria assessore della Pretura del Distretto di Lugano viene così riformata: " 1. La dichiarazione di fallimento pronunciata dalla Segretaria assessore della Pretura del Distretto di Lugano, inc. n. _____ 753/1994 fall., nei confronti di _____ è annullata. 2. Non si preleva la tassa di giustizia. 3. Le spese dell'Ufficio dei fallimenti di Lugano sono a carico dello Stato del Cantone Ticino".

E. 2.2

Non si preleva la tassa di giustizia. 3. Intimazione a: - _____ Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, Sezione

E. 3

Conseguenze sulla dichiarazione di fallimento. La declaratoria di nullità della comminatoria di fallimento, resa dalla CEF quale Autorità di vigilanza, impone - per evidenti ragioni di economia processuale - di riformare il pronunciato di decozione reso dal primo giudice nel senso che, accolto l'appello, la dichiarazione di fallimento va annullata per pregressa nullità dell'ovvio presupposto formale (comminatoria di fallimento valida).

E. 4

Non si preleva la tassa di giustizia e non si assegnano indennità avendo fatto capo alla procedura ex art. 313bis CPC. Per questi motivi, richiamati gli art. 38, 39, 173 cpv.2 e 3 e 174 LEF nonchè i disposti citati, PRONUNCIA: 1. La comminatoria di fallimento 2 agosto 1994, notificata l'8 settembre 1994, nell'esecuzione n. _____ dell'Ufficio esecuzione di Lugano promossa da _____, contro _____, è annullata.

E. 5

Per la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello Quale autorità d'appello e quale autorità di vigilanza Il presidente La segretaria

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