

# TI\_GERICHTE 14.1995.209 vom 1. März 1996

TI Tribunale d'appello, 1996-03-01, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_14.1995.209](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_14.1995.209)

FR: TI\_GERICHTE 14.1995.209 du 1 mars 1996

IT: TI\_GERICHTE 14.1995.209 del 1 marzo 1996

## Regeste

Sentenza o decisione senza scheda

## Erwägungen

### E. 1

In tema di moratoria concordataria è data facoltà d'appello alla CEF quale Autorità superiore dei concordati (cfr., tra le tante, CEF 9 luglio 1991 in re A. R., in Rep 1992 p.306; CEF 24 marzo 1989 in re L. SA; CEF 20 maggio 1987 in re A.M., in Rep 1989 p.208 cons.1; Rep 1985 p.39; d'altro avviso, ma errato, Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, vol. II, Zurigo 1993, §71 nota 5, p.591). La decisione pretorile 12 dicembre 1995 di concessione della moratoria di quattro mesi per concordato con abbandono dell'attivo è in linea di principio appellabile all'Autorità superiore dei concordati.

### E. 1.1

Di conseguenza il giudizio di prima sede viene così riformato: "1. La sentenza 12 dicembre 1995 del Pretore di Mendrisio-Sud, quale Autorità inferiore dei concordati, nella procedura di moratoria per concordato con abbandono dell'attivo proposta da \_\_\_\_\_, è annullata. 2. È revocata la moratoria concessa il 12 dicembre 1995 a La \_\_\_\_\_. 3. Ogni creditore può chiedere, entro dieci giorni dalla pubblicazione, l'immediata dichiarazione di fallimento. 4. La tassa di giustizia in Fr. 150.-- è a carico di \_\_\_\_\_". 2. La tassa di giustizia di seconda sede in Fr. 225.--, già anticipata dall'ing. \_\_\_\_\_, è a carico di \_\_\_\_\_ che rifonderà all'ing. \_\_\_\_\_ Fr. 1'000.-- per parte di indennità. 3. E' ordinata la pubblicazione del dispositivo di questa sentenza sul Foglio ufficiale svizzero di commercio e sul Foglio ufficiale cantonale. 4. Intimazione: \_\_\_\_\_ Comunicazione: Pretura di Mendrisio-Sud Ufficio esecuzione e fallimenti di Mendrisio Ufficio dei registri di Mendrisio. Per la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello quale Autorità superiore dei concordati Il presidente La segretaria

### E. 2

Presupposto processuale di ogni procedura d'appello, concordato incluso, è che sia data la capacità ricorsuale di chi formula atto d'appello. La legittimazione al ricorso può variare in funzione della decisione pretorile sulla concessione o no della moratoria. a) Nella sentenza 14 aprile 1992 in re H. M.-F. (cfr. Rep 1992, p.310-311, cons.1 e 2) questa Camera si era espressa nel senso che i creditori non hanno qualità di parte nella procedura di concessione della moratoria e pertanto l'appello formulato da un creditore è irricevibile. b) Per l'ing. \_\_\_\_\_ la giurisprudenza di questa Camera, che peraltro corrisponde a quella del Tribunale federale ed è sostanzialmente condivisa dalla dottrina dominante, non è più sostenibile, come il caso di specie ben evidenzia. c) Per La \_\_\_\_\_ non vi è ragione di

mettere in discussione una giurisprudenza ormai consolidata e generalmente condivisa.

### **E. 2.1**

d): a) nel concordato ordinario non va concessa la moratoria se si ipotizza un dividendo concordatario del 2%: in casi siffatti, è di tutta evidenza che i creditori sono meglio tutelati dalla procedura di liquidazione fallimentare, avuto riguardo al suo minor costo (CEF 22 febbraio 1995 in re J. S. cons.8. In linea di principio è inidonea ogni ipotesi di dividendo inferiore al 10% poiché verosimilmente lesiva delle legittime aspettative dei creditori, ai quali non si può imporre un sacrificio finanziario esagerato per raffronto ai vantaggi che derivano al debitore). Al debitore resta comunque sempre riservata la facoltà, verificandosene i presupposti, di richiedere il concordato fallimentare; b) nel concordato con abbandono dell'attivo va prospettata l'esistenza di un residuo attivo che consenta non solo il pagamento dei crediti privilegiati ma anche di un dividendo concordatario. Quando già con l'istanza si dà certezza che non vi sarà attivo, la moratoria non può essere concessa, ritenuto che la procedura si esaurirebbe in uno sterile esercizio giurisdizionale, capace solo di determinare l'aumento del passivo quale conseguenza delle spese procedurali e della notula del commissario.

### **E. 2.7**

d) bb): aa) i creditori non hanno la qualità di parte nella procedura avente per oggetto la moratoria come tale, ossia la questione se siano dati i presupposti formali e sostanziali per la sua concessione (DTF 103 Ia 78-79 cons.4a e rif.; 76 III 31; Rep 1992 p.310 e 1985 p.36): è quindi esclusa per i creditori la possibilità di adire l'autorità superiore dei concordati contro la concessione della moratoria (DTF 103 Ia 78 cons.4a; Pierre-Robert Gilliéron, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, Losanna 1993, p.427; Antoine Favre, *Droit des poursuites*, Friburgo 1974, p.402; Fritzsche/Walder, op. cit., §72 n.14 e nota 34 con riferimento a Jaeger e Blumenstein); bb) i creditori, non sentiti dall'autorità inferiore nel corso della procedura di concessione della moratoria, hanno un interesse giuridico e non solo di mero fatto a che le loro esecuzioni non subiscano una sospensione di quattro/sei mesi da una decisione presa senza che ve ne fossero i presupposti (Tribunale cantonale vodese nella sentenza 17 giugno 1976 che conferma la precedente giurisprudenza (JdT 1958 II 63); Pierre-Robert Gilliéron, *Les conditions d'homologation du concordat dans la pratique judiciaire vaudoise*, in: BLSchK 1983 p.2 e in: JdT 1978 II 133-134 n.1, con l'avvertenza che i due ultimi riferimenti sono ormai superati dalla mutata opinio juris di Gilliéron nel suo manuale del 1988 a p.418, confermata nella 3. ediz. del 1993 a p.427, che si limita ad indicare che il Tribunale federale e la dottrina quasi unanime negano il diritto di ricorso dei creditori, sola voce dissenziente essendo rimasto il Tribunale cantonale vodese; Kurt Amonn, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, Berna 1988, §54 m.19, si è espresso in senso contrario senza però riferirsi alla giurisprudenza del Tribunale federale e alle opinioni dottrinali divergenti: nella 5. edizione del 1993, §54 m.19, ha mutato parere, con riferimento a DTF 103 Ia 78, limitando il diritto d'impugnativa solo contro la nomina del commissario). b) Il Tribunale federale in DTF 103 Ia 78-79 cons.4a ha affermato - senza che ve ne fosse la necessità, non essendo oggetto d'esame su questo specifico punto e quindi con argomentazione che non partecipa della ratio decidendi - senza citare precedenti giurisprudenziali propri, ma con un generico richiamo all'unità di dottrina e prassi, che i creditori non sono legittimati al ricorso contro la concessione della moratoria concordataria perché mancano della qualità di parte. I richiami dottrinali a Carl Jaeger, *Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs*, vol. II, Zurigo 1911, n.7 ad art.

294, p.427 (con il richiamo all'opinione dissenziente espressa in SJ 1893 p.787), Jaeger/Daeniker, *Schuldbetreibung und Konkurs-Praxis der Jahre 1911-1945*, Zurigo 1947, n.7 ad art. 294, p.509 (con il riferimento alla giurisprudenza bernese in ZBJV 37 p.541 e 40 p.704 e vodese in SJZ 11 p.79), Hans Fritzsche, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, vol. II, Zurigo 1968, p.314 e Andreas Coradi, *Der Sachwalter im gerichtlichen Nachlassverfahren nach Art. 293 ff. SchKG*, Zurigo 1973, p.15, sono però lungi dal convincere e si caratterizzano per l'apoditticità della conclusione fondata sulla sola carenza della qualità di parte nella fase di concessione della moratoria, sìvero che al considerando successivo il Tribunale federale giunge ad ammettere il diritto di ricorso anche dei creditori ma solo contro la nomina del commissario del concordato (DTF 103 Ia 79 cons.4b). c) Questa Camera - nella sentenza 14 aprile 1992, in: Rep 1992, p.310-311, che rinvia a Rep 1985 p.36-37 - si è allineata alla "costante giurisprudenza" senza che ve ne fosse la necessità, il gravame dovendo in sostanza già essere dichiarato irricevibile per carenza di competenza *ratione loci* e il considerando topico non partecipando della ratio decidendi. Nel citato Rep 1985 p.36-37 è pubblicata la sentenza 5 dicembre 1983 della II. Corte civile del Tribunale federale che ha concluso per l'irricevibilità del ricorso di diritto pubblico formulato da un creditore contro la concessione di una moratoria concordataria, atteso che "il pregiudizio che dalla moratoria deriva ai creditori attraverso la sospensione delle esecuzioni è, secondo la giurisprudenza, di regola un pregiudizio di mero fatto (DTF 79 I 154 e rif., 87 I 370 e rif.)". d) Questa Camera ritiene di non più poter seguire la concezione troppo riduttiva dei diritti dei creditori, che si esaurisce nel suo esito nella violazione del diritto di essere sentito, atteso che (cfr. Cometta, op. cit., n. 2.7. d) cc): - per costante giurisprudenza, il decreto che accorda al debitore la moratoria è una decisione incidentale (DTF 94 I 369, 87 I 369 e 79 I 46 cons.2; Rep 1985 p.36) poiché è funzionalmente collegato alla decisione finale sull'omologazione, di cui costituisce la premessa necessaria (cfr. anche DTF 97 I 681 cons.2 e 93 I 62 cons.2). Se già al momento della concessione della moratoria è evidente che il concordato non sarà mai omologato perché il primo giudice è incorso in una svista manifesta, sfugge ad ogni ragionevolezza e contrasta con il principio dell'economia processuale dover attendere fino al termine della procedura per far valere i propri diritti; - il danno che dalla moratoria deriva ai creditori in seguito alla sospensione delle esecuzioni non è - come erroneamente ritiene una giurisprudenza ormai datata (DTF 87 I 370 e rif.; 79 I 154 e rif.; Rep. 1985 p.36) e sempre richiamata senza più essere stata sottoposta a vaglio critico puntuale - qualificabile come semplice pregiudizio di mero fatto: è di immediata comprensione come un ritardo di 4/6 mesi possa determinare in linea di principio per i creditori, o parte di essi, una perdita patrimoniale irreparabile, ad esempio se i beni gravati da pegno non sono più sufficienti a garantire gli ulteriori interessi o se la successiva revoca della moratoria e la par condicio creditorum connessa all'inevitabile fallimento faranno perdere ai creditori più avanti nell'esecuzione quei privilegi che si erano assicurati processualmente in virtù di una più accorta cura dei propri interessi. Anche il costo della procedura, sul quale incide non poco la retribuzione del commissario e dei suoi ausiliari, periti compresi, va tenuto in debito conto (cfr. Flavio Cometta, *Compiti del commissario della moratoria* (nota a sentenza), in Rep 1992 p.306); - la moratoria concordataria è concessa senza che sia garantito il diritto di essere sentito dei creditori dedotto dall'art. 4 Cost.: la semplificazione procedurale può essere ritenuta provvida nella misura in cui consente una rapida decisione, a condizione però che quei creditori che avessero motivi fondati e di immediato riscontro per opporsi possano farlo tempestivamente; - il diritto di ricorso dei creditori potrebbe altresì

costituire valido deterrente contro moratorie concesse dai pretori senza approfondito esame dei presupposti e quasi fossero una sine cura, complice il carico di lavoro cui sono sottoposti; - da un appello infondato non deriverebbe comunque danno alcuno al debitore, potendo l'autorità superiore dei concordati non concedere l'effetto sospensivo. e) DTF 87 I 370 e 79 I 154 con i riferimenti a 79 I 44 ss. e 78 I 56, richiamate sub 3c), non possono essere decisive: rese in sede di procedura di rigetto provvisorio dell'opposizione, attestano il profondo travaglio e le incertezze che da decenni connotano la ricerca di una soluzione praticabile, con la definitiva apertura nel senso di riconoscere maggiori diritti alle parti o, detto altrimenti, che quei pregiudizi che tempo addietro non costituivano un danno irreparabile ora lo sono. Senza pretesa di esaustività, si può ricordare che: - "nichts Abweichendes folgt daraus, dass die Verordnung über das Pfandnachlassverfahren für Hotelgrundstücke, vom 18. Dezember 1920, in Art. 32 vorschrieb, dass die Eröffnung des Verfahrens auch den betroffenen Pfandgläubigern mitzuteilen sei, und dass der Entscheid der Weiterziehung nach Art. 19 SchKG an das Bundesgericht unterliege (ebenso die spätern Erlasse über das Pfandnachlassverfahren)" (DTF 76 III 32); - "il est clair que le créancier qui ne peut faire tout de suite procéder à l'exécution ou le débiteur qui y est tout de suite soumis sont dans le cas d'être lésés par le jugement de mainlevée" (DTF 78 I 57); - il rigetto provvisorio dell'opposizione non causa all'interessato un danno irreparabile, atteso che "n'abordant pas le fond, elle tranche une pure question de procédure. Or les prononcés de ce genre appartiennent précisément à la catégorie des décisions incidentes. La jurisprudence range déjà l'octroi du sursis concordataire dans cette catégorie; une solution différente pour les prononcés relatifs à la mainlevée provisoire ne se comprendrait pas. L'instance de mainlevée a le caractère d'un incident de la poursuite: un incident ne peut donner lieu, logiquement, qu'à une décision incidente" (DTF 79 I 46); - il rifiuto del rigetto provvisorio dell'opposizione porta seco per il debitore un danno irreparabile? (questione lasciata aperta in DTF 79 I 153); - il rifiuto del rigetto provvisorio dell'opposizione non trae seco per il creditore un danno irreparabile: benchè criticata da Hans Huber in SJZ 1954 p.301 ss., questa soluzione si giustifica perchè "die nur möglicherweise erwachsenden Nachteile sind blosser Folgen der Verlängerung des Vollstreckungsverfahrens und fallen als solche nicht unter den Begriff der nicht wiedergutzumachenden Nachteile. Auch die mit der Bewilligung der Nachlassstundung verbundene Verzögerung der Vollstreckung kann dem Gläubiger schaden, stellt aber keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil dar" (DTF 87 I 370); - la decisione sul rigetto provvisorio è una decisione finale e non incidentale (cambiamento della giurisprudenza), ritenuto che vi è un sicuro interesse a censurare la violazione del diritto di essere sentito come pure la disparità di trattamento (DTF 94 I 372-373). f) Ne consegue in linea di principio, nel solco della tendenza all'estensione dei diritti anche per i condizionamenti derivati dalla CEDU, la legittimazione al ricorso anche dei creditori per il doveroso ripristino della par condicio nei confronti della parte debitrice: siffatto cambiamento di giurisprudenza determina la ricevibilità del gravame dell'ing. \_\_\_\_\_.

### **E. 3**

La questione del diritto o no di ricorso dei creditori contro la decisione pretorile di concessione della moratoria è meritevole di approfondimento. a) Vi sono due correnti di pensiero (cfr. Flavio Cometta, Il concordato della LEF nella prassi giudiziaria ticinese, di prossima pubblicazione in Rep 1995, n.

### **E. 4**

Il ricorrente è legittimato al ricorso anche nella sua qualità di parte nel procedimento ex art. 309 LEF, che l'ha portato a chiedere l'immediata dichiarazione di fallimento de \_\_\_\_\_, entro il termine di dieci giorni dalla pubblicazione della sentenza 3 novembre 1995 del Pretore di Mendrisio-Sud, che non ha omologato il concordato percentuale proposto per carenza del presupposto della sufficiente garanzia ex art. 306 cpv.2 n.2 LEF. È infatti di immediata intelligenza che non può darsi soluzione di continuità - limitatamente alla determinazione della qualità di parte dell'ing. \_\_\_\_\_ - tra il rigetto del primo concordato, la domanda di fallimento per i combinati art. 190 cpv.1 n.3 e 309 LEF e la seconda moratoria concordataria: è per questo motivo che il primo giudice, correttamente, ha intimato il pronunciato 12 dicembre 1995 di concessione della moratoria anche al qui ricorrente.

#### **E. 5**

I requisiti per la concessione di una seconda moratoria concordataria devono essere ben più restrittivi di quelli che occorrono in prima battuta: per evitare abusi, sempre ipotizzabili nel delicato settore della procedura concordataria in un Cantone che evidenzia dati numerici sospetti (cfr. Cometta, op. cit., note 2 e 3), l'asticella del grado di verosimiglianza va alzata in modo apprezzabile nel senso che si richiede verosimiglianza accresciuta, superiore a quella in senso stretto richiesta ex art. 82 LEF, mentre per la concessione della prima moratoria è sufficiente la verosimiglianza prima facie o apparente (sulla nozione di verosimiglianza nei vari gradi, cfr. Cometta, op. cit., n. 3.5. b) e c). a) Per il ricorrente le "pretese e contestate nuove circostanze di fatto" sono "assolutamente irrilevanti" nel senso che a fronte di una garanzia, non prestata, dell'ordine di oltre 11 milioni di franchi vi è solo un minor fabbisogno di un milione, secondo i dati de La \_\_\_\_\_, e di Fr. 637'313.-- secondo il calcolo dell'ing. \_\_\_\_\_, ritenuto che di valida garanzia - sia pure in termini ridotti - non vi è comunque traccia alcuna. Quanto poi alle trattative in corso per la cessione dell'attività, è improprio parlare di novità rilevanti, a prescindere dall'assoluta inconsistenza degli impegni documentali. b) Per La \_\_\_\_\_ è invece di portata decisiva che l'ing. \_\_\_\_\_ non si sia "mai opposto o anche solo espresso" sulla prospettiva di concordato con abbandono dell'attivo, ritenuto che è "circostanza rilevante" la riduzione di pretese di creditori privilegiati che consentirà il pagamento integrale dei privilegiati e un "evidente aumento del dividendo a favore dei chirografari"; anche le trattative condotte con possibili acquirenti sono "serie e tuttora in corso" e un loro positivo esito rappresenterebbe una circostanza utile per tutti i creditori.

#### **E. 6**

Le decisioni in materia di moratoria concordataria non crescono in giudicato materiale - e quindi non si dà immutabilità della (prima) sentenza, del suo contenuto e dei suoi effetti, tale da escludere la proponibilità di una nuova domanda sullo stesso oggetto e tra le stesse parti (cfr., tra tanti, Oscar Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, Berna 1992, p.199 n.59 e p.200 n.66 ss.; Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zurigo 1979, p.364; Rep. 1989 p.210) - ma solo formale, nel senso che la sentenza non può più essere impugnata con i rimedi ordinari di diritto (appello) ed è quindi esecutoria (Vogel, op. cit., p.199 n.61 e p.200 n.64): una seconda domanda può quindi essere formulata, a condizione che si fondi su nuove circostanze di fatto, rilevanti e di immediato riscontro (cfr. Cometta, op. cit. n. 2.4. a) e rif. ivi). Ad esempio, se la prima domanda di moratoria è stata respinta per mancanza di dati contabili aggiornati, si potrà chiedere di nuovo la moratoria purché si producano contestualmente gli elementi che prima non vi erano. Idem se si presenta una garanzia ex

art. 306 cpv.2 n.2 LEF di soggetto di diritto di solvibilità certa, mentre in precedenza il prospettato dividendo concordatario si riduceva a vaga promessa. La prestazione di una garanzia sufficiente per assicurare un dividendo al massimo dell'1% è irrilevante poiché inidonea, atteso che la proposta di concordato deve essere seria e rispettosa dei diritti dei creditori (Cometta, op. cit., n.

#### **E. 7**

a) Va evitata per ovvie ragioni la reiterazione delle domande al solo scopo di differire artatamente un fallimento ormai inevitabile: è infatti costitutivo di violazione del precetto della buona fede ogni comportamento che contrasta in tutta evidenza con quanto ogni soggetto di diritto corretto e leale farebbe in circostanze simili. b) Il diritto di essere sentito nella fase di concessione, che è riservato al debitore istante, è relativo e si manifesta solo se la moratoria concordataria non viene concessa, venendo in caso contrario a mancare il pregiudizio giuridico. I creditori non possono invece richiamarsi all'obbligo del contraddittorio, ritenuto che il precetto costituzionale non è violato se viene loro riconosciuta la legittimazione al ricorso contro il giudizio di concessione della moratoria, come è ora il caso nel Cantone Ticino in seguito al mutamento giurisprudenziale.

#### **E. 8**

Nel caso di specie può darsi una seconda moratoria solo ove siano dimostrate in termini di verosimiglianza accresciuta nuove circostanza di fatto, rilevanti e di immediato riscontro. a) Le trattative in vista della cessione della ditta, anche se in minima parte nuove, restano comunque ancora in quella fase nebulosa in cui si dibattono da oltre un anno e sono pertanto inidonee a costituire fatto rilevante, a prescindere dalla carenza dell'ulteriore requisito cumulativo dell'immediato riscontro. b) La rinuncia di creditori privilegiati a parte dei loro crediti è fatto nuovo. Per l'ossequio del presupposto della rilevanza del novum va esaminato se, al momento della presentazione della seconda domanda di moratoria, fosse stato ipotizzabile ritenere che la doppia maggioranza richiesta per ottenere l'omologazione del concordato sarebbe stata conseguita. Detto altrimenti, si pone la questione a sapere se i creditori che hanno accettato il primo concordato - sulla base di un dividendo concordatario prospettato e da garantire al 17% - sarebbero ugualmente disposti al consenso anche se non vi fosse garanzia di dividendo alcuno perché il concordato, cui il debitore tende, è quello con abbandono dell'attivo, con tutta l'alea immanente a siffatta specie. Difficile propendere in senso affermativo, tanto più che manca anche qualsivoglia valida garanzia per il soddisfacimento dei creditori privilegiati, per la parte di privilegio su cui non vi è stata rinuncia. La vexata quaestio può rimanere indecisa: quand'anche fosse ammessa la rilevanza, verrebbe comunque a mancare il requisito cumulativo dell'immediato riscontro. c) Sarebbe invece stato fatto nuovo, rilevante e di immediato riscontro, la dazione al giudice del concordato - al momento della presentazione il 15 novembre 1995 della seconda istanza di moratoria - di valida garanzia ex art. 306 cpv.2 n.2 LEF, per l'importo ridotto di un milione di franchi o poco meno per la rinuncia alla garanzia di creditori privilegiati. Siffatta omissione, manifesta, non pregiudicherà comunque a La \_\_\_\_\_ il diritto di richiedere, ove se ne realizzassero i presupposti, il concordato fallimentare ex art. 317 LEF.

#### **E. 9**

Il ricorso dell'ing. \_\_\_\_\_, limitatamente alla domanda volta alla reiezione della seconda domanda di moratoria, va accolto. Non si può invece accedere uno actu alla declaratoria di decozione, su cui sarà chiamato a determinarsi in prima istanza il giudice del

fallimento, la sospensiva ex art. 173a LEF essendo venuta a decadere. Il grado di prevalenza del ricorrente è valutato nel rapporto 3/4 a 1/4, l'ing. \_\_\_\_\_ avendo prevalso sulla legittimazione al ricorso dei creditori e sulla reiezione della seconda domanda di moratoria mentre la controparte ha solo evitato l'immediata dichiarazione di fallimento. Per questi motivi, richiamati gli art. 293 ss. LEF, PRONUNCIA 1. Il ricorso 22 dicembre 1995 dell'ing. \_\_\_\_\_, è parzialmente accolto.

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