

TI_GERICHTE 14.2006.98 vom 15. Dezember 2006

TI Tribunale d'appello, 2006-12-15, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_14.2006.98

FR: TI_GERICHTE 14.2006.98 du 15 décembre 2006

IT: TI_GERICHTE 14.2006.98 del 15 dicembre 2006

Regeste

Revoca della moratoria concordataria. Appello. Legittimazione dei creditori e degli ex amministratori. Diritto di essere sentito. Divieto di addurre fatti, prove ed eccezioni nuovi. Principio inquisitorio. Onere delle parti di allegare i fatti pertinenti e di proporre i mezzi di prova.

Erwägungen

E. 1

LALEF; CEF 31 luglio 2002 [14.02.46], cons. 1). Il termine per l'appellazione è di dieci giorni dalla notifica della decisione impugnata (art. 295 cpv. 5 e art. 307 LEF, nonché art. 22 cpv. 1 LALEF).

E. 1.1

Di conseguenza, la moratoria a scopo di concordato concessa a AO 2, _____, è revocata con effetto immediato. 2. Le spese e la tassa di giustizia per complessivi fr. 600.-, anticipate dagli appellanti, restano a loro carico. 3. È ordinata la pubblicazione dei dispositivi n. 1 e 1.1 sul Foglio ufficiale cantonale e sul Foglio ufficiale svizzero di commercio. 4. Intimazione a: – AP 2, _____; – avv. AP 1, _____; Comunicazione a: – Pretura _____; – avv. AO 1, _____; – Ufficio di esecuzione e fallimenti _____; – Ufficio del registro di commercio, Lugano; – Ufficio del registro fondiario _____. Per la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello Il presidente Il segretario

E. 2

Secondo giurisprudenza e dottrina, la legittimazione a ricorrere contro la decisione di omologazione del concordato -laddove esiste un'istanza superiore dei concordati- dev'essere riconosciuta al debitore e a quei creditori che si sono esplicitamente opposti all'omologazione durante l'udienza di discussione dell'istanza (DTF 122 III 398; 129 III 758; Marchand, Commentaire romand de la LP, Basilea/ Ginevra/Monaco 2005, n. 8 ad art. 307, con rif.; Gilliéron, Commentaire de la LP, vol. IV, Losanna 2003, n. 12 ad art. 307; Hardmeier, Basler Kommentar zum SchKG, vol. III, Basilea/ Ginevra/ Monaco 1998, n. 6-8 ad art. 307; Jaeger/ Walder/ Kull/ Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vol. III, ed. 4, n. 3, 6 e 7 ad art. 307; Hunkeler, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, tesi Friburgo 1996, N. 1068, 1069 e segg.; Cometta, La procedura concordataria nel nuovo diritto, in La revisione della legge federale sull'esecuzione e sul fallimento, CFPG, pag. 150).

E. 3

La legittimazione a ricorrere contro la decisione di revoca della moratoria concordataria viene determinata allo stesso modo poiché l'art. 295 cpv. 5 LEF -che prevede appunto tale possibilità- rinvia esplicitamente all'art. 307 LEF: sono quindi legittimati all'appello sia il debitore sia i creditori, alla condizione -per quest'ultimi- che si siano esplicitamente opposti alla revoca della moratoria concordataria e -in particolare- che si siano espressi in tal senso nell'ambito del contraddittorio davanti al primo giudice (Gilliéron , op. cit., n. 25 ad art. 295; Hunkeler , op. cit., n. 825, nota 577 e n. 831). Questa limitazione alla legittimazione attiva ad impugnare la decisione di revoca del giudice del concordato appare ragionevolmente conforme all'analoga fattispecie summenzionata e a quanto indicato in quel caso dalla giurisprudenza federale; il parere contrario, ossia che la legittimazione all'appello sia genericamente riconosciuta ai creditori, volendo con ciò (comunque non esplicitamente) togliere ogni specificazione del concetto, non solo appare scostarsi da quel sistema, ma è indicata -in parte peraltro contraddittoriamente- da dottrina minoritaria (Gani , in Comm. romand, 2005, n. 22 ad art. 295; Jaeger/ Walder, Kull/ Kottmann , op. cit., n. 55 ad art. 295; Jeanneret/ Cavadini-Bircher , Quelques aspects pratiques du nouveau droit de la procédure concordataire, in SJ 1999 II, 205 ad 3). Per quanto riguarda il debitore, la dottrina non è unanime nel porre condizioni alla sua legittimazione a impugnare una decisione di revoca della moratoria concordataria, nel senso che anch'egli debba essersi esplicitamente opposto alla domanda del commissario, segnatamente esprimendosi in tal senso nell'ambito del contraddittorio davanti al primo giudice (Hardmeier , op. cit., n. 8 ad art. 307). La questione, nel concreto e come si vedrà nel seguito, può tuttavia restare irrisolta.

E. 4

Dal verbale 11 ottobre 2006 dell'udienza di discussione tenuta dal Pretore _____ risulta che né AP 1, né AP 2 hanno presenziato alla discussione. Entrambi gli appellanti erano per contro bene informati di quell'atto processuale: AP 1 vi era stato convocato nella forma edittale, almeno come creditore delle società in moratoria. Il suo silenzio, rispettivamente la sua assenza dal contraddittorio, per quanto esposto ai punti precedenti, ne compromettono la legittimazione attiva a presentare l'appello in esame che, in quanto da lui sottoscritto, potrebbe essere respinto già per questo motivo. Diversa la posizione di AP 2, già amministratore unico delle tre società e quindi da considerare sostanzialmente rappresentante delle debentrici. Orbene nei suoi confronti, valesse il principio che riconosce al debitore facoltà di presentare appello solo alla condizione che abbia partecipato nel senso indicato alla discussione davanti al Pretore, occorrerebbe osservare che, ancorché non sia stato citato personalmente all'udienza, egli né denuncia in questa sede di essere stato leso nei suoi diritti, né potrebbe farlo senza incorrere in un abuso di diritto. Infatti, in data 6 ottobre 2006 egli aveva presentato -insieme a AP 1 - un ricorso a questa Camera fondato sull'art. 17 LEF (peraltro respinto con decisione 20 novembre 2006) nel quale affermava di essere venuto a conoscenza della richiesta di revoca concordataria il lunedì 2 ottobre 2006 tramite la lettura in ufficio del Foglio ufficiale ticinese N. 78 mediante il quale venivano convocate le udienze per la discussione delle domande di revoca della moratoria" (Ricorso, pag. 2). Pertanto AP 2, non presenziando alla discussione, avrebbe tacitamente rinunciato a esprimersi sul tema della revoca delle moratorie e tanto meno vi si sarebbe opposto. E nemmeno potrebbe pretendere di averlo fatto (in qualche modo) per mezzo di quel ricorso che aveva tutt'altro scopo, ossia quello di ottenere dall'autorità cantonale di vigilanza in materia di LEF l'annullamento delle istanze presentate dal commissario e intese alla revoca delle moratorie e al conseguente annullamento dell'udienza dell'11 ottobre successivo (Ricorso, pag. 6). E' opportuno osservare al proposito che

-vigendo nella procedura in esame le norme della procedura civile in virtù del rinvio dell'art. 25 LALEF- la giurisprudenza sorta sul tema ha da tempo relativizzato l'apparente rigore dell'art. 142 cpv. 1 lett. b) CPC (atti di procedura nulli): anzitutto, al di là delle forme, indica il contenuto del diritto delle parti di essere sentite essenzialmente nel diritto di essere poste a conoscenza di ogni domanda o presa di posizione del tribunale e di potersi esprimere al riguardo (Cocchi/ Trezzini, CPC-TI App., ad art. 84, m. 21), puntualizzando che -nella disamina delle fattispecie- il giudice non deve perdere di vista il principio della buona fede (Cocchi/ Trezzini, CPC-TI, ad art. 142, N. 488) e rilevando l'importanza dell'onere di diligenza processuale delle parti, ossia imponendo loro -ad esempio- di chiedere al tribunale la notifica di atti del processo di cui sono a conoscenza e che il giudice non ha loro trasmesso, rispettivamente di vedersi assegnato un termine per prendere posizione al riguardo. Con la conseguenza che, se una parte omette di agire in tal senso, la sua successiva eccezione di essere lesa nel diritto di essere sentita non potrà essere presa in considerazione (Cocchi/ Trezzini, CPC-TI App., ad art. 84, m. 22). Nel solco di queste considerazioni e sempre nell'ipotesi considerata, AP 2, informato com'era dell'imminente discussione sulla domanda di revoca delle moratorie, avrebbe dovuto presentarsi in Pretura, chiedere al giudice di potersi esprimere sul merito delle istanze e -se del caso- opporvisi. Non avendolo fatto, avrebbe anch'egli colpevolmente compromesso la propria legittimazione a impugnare in questa sede il decreto pretorile 18 ottobre 2006. Volendo per contro ammettere comunque la legittimazione del AP 2 a impugnare la stessa decisione, l'appello dovrebbe comunque essere respinto per i motivi esposti nel seguito.

E. 5

L'appello non è stato notificato né al commissario, né agli altri creditori, dal momento che essi non erano abilitati a ricorrere contro la decisione impugnata (per quanto concerne il commissario, cfr. Marchand, op. cit., n. 15 ad art. 307; Gilliéron, op. cit., n. 13 ad art. 307; Hardmeier, op. cit., n. 9 ad art. 307, con rif.; per quanto concerne i creditori, si rinvia al precedente considerando 3, con il rilievo che, nella fattispecie, nessuno dei creditori presenti all'udienza dell'11 ottobre 2006 si è opposto alla revoca della moratoria).

E. 6

. Nel merito, gli appellanti rimproverano al Pretore di aver “fatto proprio un resoconto del commissario assolutamente lacunoso, tenuto conto delle innumerevoli critiche di cattiva amministrazione che gli venivano regolarmente mosse” ed elencano a sostegno della loro affermazione tutta una serie di attivi delle società che il commissario non avrebbe colpevolmente realizzati. A parere degli appellanti, il Pretore avrebbe fondato la sua decisione su cifre “fasulle”, “senza preoccuparsi di controllare o approfondire alcunché”. Avrebbe invece dovuto “destituire il commissario, reintegrare il Consiglio d'amministrazione con l'amministratore precedente, nominare un nuovo commissario competente, serio e affidabile, e prorogare la moratoria di quel tanto che bastava per rifare e sanare il percorso concordatario su basi oggettive”.

E. 7

La procedura in esame è retta dal diritto cantonale e in particolare dalla procedura sommaria (art. 25 n. 2 lett. a LEF e 20 cpv. 1 LALEF; cfr. pure: Marchand, op. cit., n. 20 ad art. 307; Gilliéron, op. cit., vol. IV, n. 6 ad art. 307; Hardmeier, op. cit., vol. III, n. 12 ad art. 307). L'autorità di ricorso esamina quindi solo le censure d'appello esplicitamente allegare (cfr. art. 309 cpv. 1 lett. d CPC per il rinvio dell'art. 25 LALEF) e si fonda sui fatti -non

contestati in sede d'appello— così come stabiliti in prima istanza (cosiddette massime dispositiva e attinatoria). In particolare, le parti non sono autorizzate ad addurre fatti, prove ed eccezioni nuovi nella seconda sede cantonale (art. 22 cpv. 4 LALEF; CEF 31 luglio 2002 [14.02.46], cons. 6; Cometta , op. cit., pag. 153 ad 11.1.4). Infatti, contrariamente a quanto previsto in materia di fallimento (art. 174 LEF) e di sequestro (art. 278 LEF), il diritto federale non impone ai Cantoni l'ammissione di fatti nuovi nelle procedure come quella in concreto applicabile (cfr. Marchand , op. cit., n. 22 ad art. 307; Gilliéron , n. 14 ad art. 307; Hardmeier , op. cit., n. 13 ad art. 307).

E. 8

Nel caso concreto, tutte le critiche rivolte dagli appellanti all'operato del commissario costituiscono fatti nuovi, ossia non adottati davanti al Pretore, segnatamente all'udienza dell'11 ottobre 2006, e pertanto sono inammissibili in questa sede. In particolare, anche nel caso in cui si riconoscesse a AP 2 la legittimazione all'appello, prescindendo cioè dalla sua mancata partecipazione e dalla sua mancata presa di posizione in prima sede, le sue allegazioni in questa sede costituiscono fatti nuovi e non possono essere prese in considerazione.

E. 9

A titolo aggiuntivo -viste le precedenti conclusioni- si potrebbe porre il quesito di un obbligo del Pretore di verificare d'ufficio le cifre esposte dal commissario a sostegno dell'istanza di revoca delle moratorie. La procedura di revoca della moratoria concordataria, come quella tendente alla sua concessione o all'omologazione del concordato, è retta dal principio inquisitorio (cfr. DTF 59 III 37; CEF 10 marzo 2003 [14.03.3], cons. 3; Amonn/Walther , Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7a ed., Berna 2003, n. 10 ad § 54; Gilliéron , op. cit., n. 17 ad art. 293 e 10 ad art. 294; Vollmar , in Comm. di Basilea, vol. III, n. 10 ad art. 294 e n. 32 ad art. 295): ne consegue che il giudice deve accertare d'ufficio i fatti rilevanti per la decisione d'omologazione (Hohl , Procédure civile, vol. I, Berna 2001, n. 846 e segg.). Ciò non significa tuttavia che le parti possano restare inattive nella procedura: loro spetta infatti di allegare i fatti della controversia e di proporre i mezzi di prova (cfr. Vogel/Spühler , Grundriss des Zivilprozessrechts, 8a ed., Berna 2006, n. 54 ad cap. 6).

E. 10

Nella fattispecie, il giudice che -a dipendenza della procedura sommaria applicabile- può limitarsi ad esaminare i fatti pertinenti sotto l'angolo della verosimiglianza (CEF 10 marzo 2003 [14.03.3], cons. 5.1), ha avuto senz'altro facoltà di affidarsi ai dati fornitigli dal commissario, in particolare dal momento che né il debitore, né i creditori, li hanno contestati in sede di contraddittorio. D'altronde, gli appellanti -nemmeno in questa sede- non allegano che i dati figuranti nell'istanza di revoca della moratoria non trovino riscontro negli inventari allestiti dal commissario e nelle offerte di acquisto degli attivi allegati all'istanza. Mentre sarebbe semmai spettato a loro, al di là degli aspetti formali dell'operato del commissario, di contestare puntualmente l'istanza in sede di discussione, in modo tale da fornire al giudice i motivi di quella verifica che essi auspicano solo genericamente. Non va d'altra parte dimenticato che -analogamente- l'onere della prova dei presupposti per la concessione, rispettivamente per la proroga della moratoria concordataria grava sull'istante e che la legge pone severi requisiti in merito alla motivazione dell'istanza e alle prove da produrre (cfr. art. 293 cpv. 1 LEF; CEF 31 luglio 2002 [14.02.46], cons. 3 e 4; Cometta ,

op. cit., p. 122, n. 3.1.2.1.b). Gli appellanti non possono pertanto ora pretendere –a dire il vero senza eccessiva convinzione– di delegare al giudice o al commissario loro compiti processuali, in particolare per quanto concerne la questione della determinazione degli attivi della società in moratoria. In altri termini, il principio inquisitorio non deve rappresentare una soluzione di comodo per le parti, già per fatto che la sua applicazione è semmai prevista per garantire gli interessi delle persone che non sono parte nella procedura, pur avendovi interessi propri, rispettivamente per tutelare l'interesse pubblico (cfr. Gani , op. cit., n. 8 ad art. 294).

E. 11

Per completezza, occorre inoltre precisare che le critiche formulate dagli appellanti sull'operato del commissario nella procedura disciplinare sfociata nella decisione 5 ottobre 2006 (inc. CEF 15.2006.52), con cui l'autorità di vigilanza non ha dato seguito alla loro segnalazione, sono irrilevanti nella procedura in esame, in particolare a causa della diversa natura delle due procedure (la presente e quella disciplinare), ma anche perché è processualmente inammissibile motivare un appello, rinviando ad allegazioni espresse in altre memorie e in altra sede (Cocchi/ Trezzini , op. cit., m. 21 ad art. 309 CPC). Non v'era pertanto motivo perché il primo giudice le dovesse prendere in considerazione; tanto meno se si considera che -per un motivo o per l'altro- gli appellanti non hanno impugnato quella decisione.

E. 12

Da ultimo, non si può non rilevare come gli appellanti non abbiano nemmeno tentato di dimostrare il buon fondamento delle loro affermazioni. Infatti, nell'appello, non propongono alcuna prova a sostegno delle critiche rivolte all'operato del commissario, limitandosi a un irrituale richiamo di “tutti gli atti citati nel presente esposto nonché di tutti i loro allegati”. I due documenti annessi all'appello, comunque di data successiva all'udienza dell'11 ottobre 2006, non rivestono nessun valore probatorio circa l'effettivo valore dei beni formalmente intestati a P _____, anzi confermano semmai la cifra di fr. 400'000.-- indicata dal commissario nell'istanza di revoca della moratoria. E in ogni caso, secondo gli stessi appellanti, la vendita di questi beni nuocerebbe ai creditori e agli azionisti di _____ e non di AO 2.

E. 13

L'appello va quindi respinto, così che viene confermata la revoca della moratoria concordataria pronunciata dal Pretore _____. La tassa di giustizia segue la soccombenza (art. 48, 49, 61 cpv. 1 e 62 cpv. 1 OTLEF). La pronuncia dev'essere comunicata all'UEF _____, all'Ufficio del registro di commercio e all'Ufficio del registro fondiario (art. 308 cpv. 1 LEF, per il rinvio dell'art. 295 cpv. 5 LEF; cfr. Hardmeier , op. cit., n. 1 ad art. 308). Il dispositivo della sentenza verrà pubblicato sul FUC e sul FUSC. Per i quali motivi, richiamati gli art. 25, 295 e 308 LEF; 18, 20, 22 e 25 LALEF, nonché 48, 49, 61 e 62 OTLEF, pronuncia: 1. L'appello 24 ottobre 2006 del lic. oec. AP 2, _____, e dell'avv. AP 1, _____, è respinto.