

TI_GERICHTE 14.2011.218 vom 18. Januar 2012

TI Tribunale d'appello, 2012-01-18, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_14.2011.218

FR: TI_GERICHTE 14.2011.218 du 18 janvier 2012

IT: TI_GERICHTE 14.2011.218 del 18 gennaio 2012

Regeste

Istanza di provvedimenti conservativi presentata con la domanda di fallimento. Inventario dei beni del debitore. Reclamo contro la decisione che respinge l'istanza sia superprovvisionale che provvisionale. Diritto di essere sentito del creditore. Assunzione di prove in procedura sommaria

Erwägungen

E. 1

L'autorità di ricorso esamina d'ufficio la ricevibilità del reclamo.

E. 1.1

Di conseguenza, la decisione 19 dicembre 2011 del Pretore del Distretto di Lugano, Sezione 5, è annullata limitatamente alla reiezione della conclusione n. II dell'istanza 19 dicembre 2011 (formulata in via cautelare).

E. 1.2

La causa, per quanto concerne la conclusione n. II dell'istanza, è rinviata al primo giudice affinché abbia ad istruirla nel senso del considerando 3.2. 2. La tassa di giustizia della presente decisione di fr. 300.-- è posta a carico di RE 1. 3. Intimazione a: – avv. PA 1, _____; – avv. PA 2, _____, tramite la Pretura del Distretto di Lugano, Sezione 5, unitamente alla citazione delle parti per l'udienza cautelare o all'assegnazione del termine alla parte convenuta per presentare osservazioni all'istanza cautelare.

Comunicazione alla Pretura di Lugano, Sezione 5. Per la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello Il presidente _____ Il segretario 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), con la limitazione di cui all' art. 98 LTF .

E. 1.3

Proposto il 22 dicembre, a fronte di una sentenza notificata all'escussa il 20 dicembre 2011, il reclamo è senz'altro tempestivo e rientra nella competenza della Camera di esecuzione e fallimenti (art. 48 lett. e n. 1 LOG).

E. 1.4

Secondo l'art. 170 LEF, appena presentata domanda di fallimento, il giudice può prendere i provvedimenti conservativi che reputi necessari a tutela dei diritti dei creditori. Siffatta norma non disciplina la procedura applicabile. Dal 1° gennaio 2011, il giudice decide quindi le istanze fondate sull'art. 170 LEF in procedura sommaria (art. 251 lett. a CPC), mentre i presupposti materiali per decretare i provvedimenti conservativi e il tipo di misura

da decretare sono retti dall'art. 170 LEF ad esclusione degli art. 261 segg. CPC (art. 269 lett. a CPC; Hofmann/Lüscher, *Le Code de procédure civile*, Berna 2009, p. 171 ad 5). Il diritto costituzionale di quest'ultimo di essere sentito (art. 29 cpv. 2 Cost.) va concretizzato applicando per analogia la procedura prescritta dall'art. 265 CPC (cfr. 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*, JdT 2011 II 126; Nordmann, *Basler Kommentar zum SchKG*, vol. II, 2 a ed., Basilea 2010, n. 10 ad art. 170).

E. 1.5

In virtù di quella norma, il giudice del fallimento può quindi, in caso di particolare urgenza, ordinare i provvedimenti conservativi dell'art. 170 LDIP senza sentire preventivamente la controparte (art. 265 cpv. 1 CPC) e persino d'ufficio (ad es.: Nordmann, n. 5 ad 170; Gilliéron, *Commentaire de la LP*, vol. III, Losanna 2011, n. 10 ad art. 170). Ora, sebbene il testo degli art. 308 e 319 CPC non lo preveda, giurisprudenza e dottrina, sulla base del Messaggio del Consiglio federale (FF 2006, 6729 ad art. 261), ritengono che i provvedimenti superprovvisori ordinati giusta l'art. 265 CPC non sottostanno a impugnazione in quanto tali, se non direttamente al Tribunale federale (DTF 137 III 419, cons. 1.3; ICCA 28 gennaio 2011, n. 11.11.4, RtiD II-2011, 763 n. 44c; Bohnet, *CPC commenté*, Basilea 2011, n. 15 ad art. 265; Sprecher, *Basler Kommentar zur ZPO*, Basilea 2010, n. 33 ad art. 253; Huber, in Sutter-Somm et al., *Kommentar zur ZPO*, Zurigo/Basilea/Ginevra 2010, n. 20 ad art. 265; cfr. pure: CEF 27 luglio 2011, inc. 14.11.97 [in una causa relativa a provvedimenti supercautelari giusta l'art. 168 LDIP]). Si considera infatti che la controparte può esprimersi in occasione dell'udienza che il giudice deve indire "quanto prima" già con la decisione supercautelare oppure entro il termine da esso impartito nella stessa decisione (art. 265 cpv. 2 CPC), ovvero in un lasso di tempo che dovrebbe essere più breve del termine di ricorso (Huber, op. cit., n. 21 ad art. 265). Per contro, per una parte della dottrina, la decisione che, come nella fattispecie, respinge un'istanza supercautelare sarebbe impugnabile con appello o con reclamo (Reetz/Theiler, in Sutter-Somm et al., *Kommentar zur ZPO*, Zurigo/Basilea/Ginevra 2010, n. 34 ad art. 308; Bohnet, op. cit., n. 16 ad art. 265; ICCA 28 gennaio 2011 citata sopra). In una recente sentenza (DTF 137 III 419 citato sopra), il Tribunale federale ha però stabilito il principio dell'assenza di ogni ricorso nel CPC contro le decisioni supercautelari, pur negative, ritenendo che il giudice fosse in linea di principio ("grundsätzlich", cfr. già la STF 4_A242/2011 del 13 maggio 2011, cons. 1.4) tenuto a sentire le parti anche quando respinge l'istanza superprovvisoria. Invero, il messaggio del Consiglio federale sul quale si fonda il Tribunale federale (FF 2006, 6729) esclude ogni via di ricorso solo per "i provvedimenti superprovvisori ordinati", ovvero per le decisioni positive ("Die superprovisorische Anordnung als solche unterliegt keinem Rechtsmittel", FF 2006, 7356; "Les mesures superprovisionnelles ordonnées ne sont pas sujettes à recours en tant que telles", FF 2006, 6964), e secondo il testo dell'art. 265 cpv. 2 CPC il giudice è tenuto a sentire le parti solo nell'ipotesi in cui ordina il provvedimento supercautelare richiesto (cfr. art. 265 cpv. 1 CPC); inoltre, gli è consentito rinunciare a dare l'occasione alla controparte di esprimersi sull'istanza, sia supercautelare che cautelare, qualora essa sia manifestamente irricevibile o infondata (art. 253 CPC a contrario; Bohnet, op. cit., n. 17 ad art. 265). Ma proprio in tale ipotesi, la decisione, in quanto statuisce anche sull'aspetto cautelare dell'istanza, è da considerare impugnabile, quanto meno limitatamente a tale aspetto, sicché viene meno la necessità di ammettere la ricevibilità del ricorso contro la reiezione dell'istanza in via

superprovvisoriale.

E. 1.6

Nel caso concreto, il primo giudice ha chiaramente statuito con una sola decisione, definitiva, sull'intera istanza, quindi su tutte le richieste dell'istante, tanto supercautelari quanto cautelari, e ciò senza citare le parti ad un'udienza né impartire alla debitrice un termine per determinarsi sull'istanza e senza assumere le prove chieste dall'istante. Il reclamo – unica via di ricorso aperta in materia fallimentare (art. 309 lett. b. n. 7 CPC a contrario e supra cons. 1.2) – è pertanto ricevibile limitatamente alla parte della decisione che concerne l'istanza cautelare, mentre risulta inammissibile per quanto attiene agli aspetti superprovvisoriali.

E. 2

Secondo l'art. 320 CPC con il reclamo possono essere censurati sia l'applicazione errata del diritto sia l'accertamento manifestamente inesatto dei fatti;

E. 3

In via principale, la ricorrente afferma di aver sufficientemente reso verosimili i presupposti dell'art. 170 LEF già con l'istanza, sicché l'inventario dei beni della debitrice andrebbe ordinato sia in via supercautelare che cautelare. Solo il secondo aspetto interessa in questa sede. Invece, il giudice di prime cure ha apparentemente considerato che l'istanza fosse manifestamente irricevibile o infondata al punto di poterla respingere senza dover dare l'occasione alla controparte di esprimersi (art. 253 CPC). Visto il suo carattere risolutivo, quest'ultimo aspetto va esaminato per primo.

E. 3.1

L'art. 170 LEF conferisce al giudice un ampio potere d'apprezzamento, almeno per quanto riguarda il tipo di misura conservativa da ordinare (inventario dei beni del fallito, annotazione di una restrizione del diritto di disporre, ecc.) (DTF 79 III 47; Nordmann, op. cit., n. 5 e 8 ad art. 170). Scopo della norma è di evitare che il debitore possa causare pregiudizio ai creditori distraendo, distruggendo o liquidando a vil prezzo elementi del suo patrimonio, preparando la fuga o il trasferimento del proprio domicilio, organizzando la sua dissoluzione (se si tratta di una persona giuridica), favorendo alcuni creditori rispetto agli altri, ecc. (ad es. Cometta, Commentaire romand de la LP, Basilea/Ginevra/Monaco 2005, n. 1 ad art. 170 e n. 3 ad art. 162). Spetta in linea di massima al creditore rendere verosimili indizi di simili atti o preparativi, fermo restando che il giudice deve anche intervenire, semmai d'ufficio, se ne è – o ne viene – a conoscenza. Il grado di verosimiglianza richiesto dipende dallo stadio al quale è giunta la procedura: più è avanzata minori sono le esigenze. Il grado di verosimiglianza richiesto per l'erezione dell'inventario dei beni del debitore è quindi inferiore se l'istanza è fondata sull'art. 170 LEF che se si basa sull'art. 162 LEF (Cometta, op. cit., n. 5.7 ad art. 162 e n. 5 ad art. 170). Nella ponderazione dei contrastanti interessi dei creditori e del debitore va anche tenuto conto del potenziale danno che la misura scelta potrebbe arrecare al debitore. Al riguardo, l'erezione dell'inventario dei beni del debitore è una misura relativamente poco invasiva, specialmente se viene ordinata in via supercautelare, siccome il giudice può sempre, in sede di udienza cautelare, ovvero a breve termine, revocare la componente più lesiva, ossia l'obbligo per il debitore di conservare gli oggetti inventariati o di sostituirli con altri di egual valore (art. 164 cpv. 1 LEF). Perciò il giudice non dovrebbe essere troppo esigente quanto alla motivazione dell'istanza di erezione di un inventario dei beni del debitore fondata sull'art. 170 LEF. Addirittura, Co-

metta (op. cit., n. 5 ad art. 170) ritiene che basterebbe chiederlo per ottenerlo, ciò che però non tiene sufficientemente conto del carattere potestativo del potere che l'art. 170 LEF riconosce al giudice del fallimento.

E. 3.2

Nel caso di specie, il primo giudice ha valutato l'istanza alla luce dell'art. 162 LEF (a cui rinvia l'art. 83 LEF) senza avvedersi che in realtà si fonda sull'art. 170 LEF e quindi senza considerare che, visto lo stadio procedurale più avanzato raggiunto (domanda di fallimento), le esigenze in punto alla motivazione dell'istanza erano minori. D'altronde, sebbene egli poteva nutrire legittimi dubbi sulla pertinenza e l'affidabilità dei (due) documenti prodotti con l'istanza, la tesi dell'istante non era così manifestamente insostenibile da negargli la possibilità d'illustrarla meglio in sede d'udienza o di scambio degli allegati (sulla possibilità di addurre nuove prove dopo la presentazione dell'istanza, cfr. art. 229 cpv. 1 e 2 CPC per analogia; per un'ammissione dei nova ancora più estesa in procedura sommaria: Bohnet, op. cit., n. 9 ad art. 253: fino alla chiusura dell'istruttoria; Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zurigo/Basilea/Ginevra 2010, p. 359 ad 3: fino alla decisione). Soprattutto, le offerte di prova formulate dall'istante appaiono pertinenti e ammissibili giusta l'art. 254 cpv. 2 CPC, in quanto possono essere assunte senza ritardare considerevolmente il corso della procedura. Infatti, il giudice avrebbe potuto, già nell'ordinanza di citazione delle parti all'udienza cautelare o di assegnazione alla controparte di un termine per presentare osservazioni all'istanza, ordinare a quest'ultima di produrre all'udienza o con le sue osservazioni i verbali di CO 1 tenutesi nel 2011 e nel 2012 ed eventuali contratti/convenzioni che dovessero nel frattempo essere stati conclusi in attuazione della presunta decisione di trasferire le partecipazioni societarie in una nuova entità. La decisione impugnata era quindi prematura e va quindi annullata.

E. 3.3

Per i medesimi motivi, è prematura anche la domanda della reclamante tendente a che sia ordinato, in via cautelare, l'inventario dei beni della debitrice. Il giudice – come visto – dovrà infatti dapprima dare l'occasione a quest'ultima di esprimersi sull'istanza (art. 265 cpv. 2 e 253 CPC).

E. 4

La richiesta del reclamante, con cui chiede che questa Camera abbia ad ordinare in via superprovvisoria l'erezione dell'inventario dei beni della debitrice, non può essere accolta, poiché né l'art. 170 LEF né gli art. 319 segg. CPC conferiscono simile facoltà all'autorità di ricorso, la cui competenza è data solo in sede di reclamo contro il decreto di fallimento (art. 174 cpv. 3 LEF).

E. 5

Il reclamo va pertanto parzialmente accolto, nel senso che la causa va rinviata al primo giudice perché abbia ad istruirla nel senso del considerando 3.2. La tassa di giustizia in entrambe le sedi, debitamente ridotta per tenere conto del parziale accoglimento dell'istanza e del reclamo, è a carico dell'istante (art. 48, 61 cpv. 1 OTLEF e 106 cpv. 1 CPC). richiamati gli art. 170 LEF; 106, 265, 269, 319 CPC, 48, 61 OTLEF; decreta: 1. Nella misura in cui è ricevibile, il reclamo è parzialmente accolto.

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