

TI_GERICHTE 14.2019.98 vom 11. Oktober 2019

TI Tribunale d'appello, 2019-10-11, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_14.2019.98

FR: TI_GERICHTE 14.2019.98 du 11 octobre 2019

IT: TI_GERICHTE 14.2019.98 del 11 ottobre 2019

Regeste

Fallimento. Opposizione segnata solo sull'esemplare del precetto esecutivo per il debitore. Nullità della comminatoria di fallimento eccepita tardivamente. Abuso di diritto

Erwägungen

E. 2

In virtù dell'art. 173 cpv. 2 LEF, se il giudice del fallimento ritiene che nell'esecuzione che ha portato alla domanda di fallimento sia stata anteriormente emanata una decisione nulla, egli differisce la sua decisione e sottopone il caso all'autorità di vigilanza.

E. 2.1

Nel caso in esame, il Pretore aggiunto non ha esaminato la questione della validità della comminatoria di fallimento, verosimilmente perché la RE 1 l'ha contestata – per la prima volta – solo nelle sue osservazioni del 17 aprile 2019 e non ha ribadito la contestazione all'udienza fallimentare dell'8 maggio 2019. L'autorità di ricorso in materia fallimentare deve però rilevare d'ufficio tutte le censure di nullità assoluta (ai sensi dell'art. 22 LEF) riferite a irregolarità precedenti la decisione di prima istanza, pur non allegate davanti al primo giudice, in particolare la nullità della comminatoria di fallimento (art. 174 cpv. 1, 2. periodo LEF; Gilliéron, Commentaire de la LP, vol. III, 2001, n. 36 e 16 ad art. 174 LEF; sentenze della CEF 14.2017.134 del 4 settembre 2017, consid. 2.1 e 14.2001.88 del 9 gennaio 2002).

E. 2.2

Nella fattispecie, a dimostrazione della sua asserita opposizione, non riportata sull'esemplare del precetto esecutivo per il creditore, la RE 1 ha prodotto l'originale del proprio esemplare (doc. 1), sul quale, nella rubrica "opposizione", la casella "opposizione totale" è crociata e vi figurano la data "3.12.2018" e la firma del "notificatore", la cui scrittura pare la stessa di quella con cui è stata compilata la rubrica "visto di notificazione". Non è tuttavia necessario indagare oltre sulla questione (interpellando la posta quale autorità di vigilanza), perché l'eccezione di nullità della comminatoria di fallimento fatta valere dalla reclamante è manifestamente abusiva.

E. 3

La reclamante ammette infatti di non aver interposto ricorso (secondo l'art. 17 LEF) contro la comminatoria di fallimento notificata il 18 gennaio 2019 (doc. B), avendo ritenuto di poter discutere la questione all'udienza di fallimento. Sennonché essa non allega di aver contestato la validità della comminatoria di fallimento alla prima udienza fallimentare del 13 marzo 2019, ma riconosce, anzi, di aver sottoscritto un accordo di rateazione "che prevedeva un pagamento di 4 rate mensili di fr. 1'362.– ciascuna, la prima volta entro il 31

marzo 2019” (reclamo, n. 1 e 2 a pag. 4). Salvo versare solo fr. 795 .-, per di più in ritardo, il 10 aprile 2019 (osservazioni al reclamo, n. III a pag. 2 e replica spontanea, n. III e IV a pag. 3). La reclamante ha poi sì comunicato alla Pretura di aver interposto opposizione al precetto esecutivo, ma solo il 17 aprile 2019 dopo aver ricevuto la comunicazione della seconda istanza (sopra ad D), e ad ogni modo non ha riproposto l’eccezione in occasione dell’udienza dell’8 maggio 2019, limitandosi a dichiarare “di voler pagare il debito, ma di non essere in grado di far fronte al pagamento integrale in tempi brevi dell’importo richiesto” .

E. 3.1

Giusta l’art. 2 cpv. 2 CC, il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge . Il divieto dell’abuso di diritto è un principio generale valido per tutto l’ordinamento legale, compreso il diritto processuale ed esecutivo. Esso fa parte dell’ordine pubblico svizzero e dev’essere applicato d’ufficio da ogni istanza. L’esercizio di un diritto è abusivo in particolare quando appare in contraddizione con un comportamento anteriore e in tal modo delude lecite aspettative suscitate da tale comportamento. L’art. 2 cpv. 2 CC serve da “mezzo di emergenza ” (Notbehelf) correttivo nei casi in cui l’applicazione del diritto formale condurrebbe materialmente a una flagrante ingiustizia o comunque non si concilia con le regole della buona fede. L’abuso di diritto è sanzionabile solo se è “manifesto” e deve quindi essere ammesso restrittivamente (DTF 143 III 673 consid. 4.2 con rinvii; pure DTF 144 III 410 consid. 4.2.3). Non esiste un principio secondo cui si è vincolati ai propri atti. Una contraddizione con un comportamento precedente lede la buona fede quando esso ha fondato un affidamento degno di protezione, che è deluso dai nuovi atti (DTF 143 III 674 consid. 4.2). Ciò vale anche nei casi in cui una parte – in contraddizione con un suo precedente comportamento – si è prevalsa in causa della nullità di un accordo previsto da disposizioni imperative della legge da lei concluso. Perché l’eccezione di nullità sia scartata come manifestamente abusiva è necessario che alla parte che se ne prevale possano essere imputate ulteriori circostanze particolari. Ciò si verifica segnatamente se la parte stessa ha dato impulso all’accordo (nel suo interesse) consapevole della sua nullità, se l’interesse protetto dalla disposizione imperativa è nel frattempo venuto meno o comunque è stato ossequiato in altro modo, oppure ancora se la nullità dell’accordo è stata da lei fatta valere tardivamente, così da impedire alla controparte di tutelare i propri interessi (DTF 129 III 498 consid. 5, 127 III 267 consid. 6/c; sentenza del Tribunale federale 4A_215/2017, consid. 6.1 con rimandi).

E. 3.2

Nella fattispecie, la convenuta non ha impugnato la comminatoria di fallimento, notificata il 18 gennaio 2019 , inducendo così la procedente, ignara della pretesa opposizione (non riportata sul suo esemplare del precetto esecutivo), a inoltrare la domanda di fallimento. Vero è che, tuttavia, in una vertenza analoga a quella in esame, in cui però l’esecuzione era proseguita in via di pignoramento, il Tribunale federale ha considerato che, per far valere di aver interposto opposizione al precetto esecutivo, l’escusso non è tenuto a impugnare già l’avviso di pignoramento, ma può aspettare in buona fede la notifica del verbale di pignoramento, il quale rende univoca la volontà dell’ufficio di non ammettere l’opposizione (sentenza 5A_383/ 2017 del 3 novembre 2017, BISchK 2018, 51-52, consid. 4). a) Sennonché, contrariamente a quanto la RE 1 allega nel reclamo essere stata la sua intenzione, neppure alla prima udienza fallimentare del 13 marzo 2019 essa ha eccepito di aver interposto opposizione. Non solo. Essa si è addirittura impegnata a pagare il credito

posto in esecuzione in quattro rate mensili di fr. 1'362.– ognuna , la prima volta entro il 31 marzo 2019, lasciando così intendere al giudice come all'istante di non contestare il credito, ma neanche la prosecuzione dell'esecuzione. b) Non si disconosce che, dopo l'inoltro, il 9 aprile 2019, della seconda istanza, il 17 aprile la RE 1 ha comunicato spontaneamente alla Pretura di aver interposto opposizione al precetto esecutivo, ma ha anche espresso la volontà di pagare entro la fine del mese un'altra rata oltre a quella di fr. 700.– versata il 4 aprile. Il Pretore aggiunto poteva quindi ritenere tale comunicazione estemporanea , apparentemente non trasmessa alla controparte, come un atto interlocutorio. L'escussa non ha però riproposto l'eccezione all'udienza dell'8 maggio 2019. Anzi, ha dichiarato “di voler pagare il debito, ma di non essere in grado di far fronte al pagamento integrale in tempi brevi dell'importo richiesto” . Sia il giudice che l'istante potevano in buona fede considerare che la convenuta avesse ritirato l'opposizione o perlomeno rinunciato a farla valere. c) In definitiva, la reclamante ha atteso quasi tre mesi dalla notifica della comminatoria di fallimento per eccepire, tardivamente e in contraddizione con quanto lasciava presagire l'impegno da lei assunto nella prima udienza, la pretesa opposizione al precetto esecutivo, inducendo con il suo comportamento omissivo la CO 1 a presentare ben due domande di fallimento e ad assumerne i relativi costi, che diventerebbero inutili se dovesse essere seguita la tesi della reclamante. Visto inoltre il suo comportamento alla seconda udienza, l'istante poteva aspettarsi in buona fede che la convenuta non avrebbe ricorso contro la sentenza, riesumando un motivo di difesa che aveva rinunciato a far valere in prima sede. Su questo punto il reclamo è di conseguenza manifestamente abusivo e non merita protezione (art. 2 cpv. 2 CC).

E. 4

La RE 1 si duole ancora del fatto che nel verbale d'udienza del 13 marzo 2019 non sia stata inserita la condizione da lei posta per il pagamento della somma dovuta, ovvero la consegna – da parte dell'istante – della documentazione originale per il recupero dell'IVA. La reclamante non trae invero alcuna conclusione giuridica da tale censura. Ad ogni modo, essa non dimostra che tale condizione sia stata pattuita dalle parti e del resto in occasione della seconda udienza ha ancora ribadito incondizionatamente di essere intenzionata a pagare il debito. Oltre che irricevibile, poiché insufficientemente motivata, la censura è infondata.

E. 5

In virtù dell'art. 174 cpv. 2 LEF l'autorità giudiziaria superiore può annullare la dichiarazione di fallimento se il debitore, impugnando la decisione, rende verosimile la sua solvibilità e prova per mezzo di documenti che nel frattempo il debito, compresi gli interessi e le spese, è stato estinto (n. 1), o che l'importo dovuto è stato depositato presso l'autorità giudiziaria superiore a disposizione del creditore (n. 2), oppure che il creditore ha ritirato la domanda di fallimento (n. 3). L'enumerazione è esaustiva. Nel caso in esame la reclamante non pretende né di aver estinto il debito di complessivi fr. 5'447.85 più interessi e spese , né di aver depositato l'importo dovuto presso l'autorità giudiziaria superiore a disposizione del creditore e ancora meno che la creditrice abbia ritirato la domanda di fallimento. Difettando già la prima condizione per annullare il fallimento nel senso dell'art. 174 cpv. 2 LEF, il reclamo va respinto senza che sia necessario esaminare il requisito della solvibilità.

E. 6

Essendo stato concesso effetto sospensivo al gravame, il fallimento dev'essere nuovamente pronunciato e pubblicato.

E. 7

La tassa di giustizia e le spese dell'ufficio dei fallimenti seguono la soccombenza (art. 106 cpv. 1 CPC). Non si pone invece problema d'indennità, la CO 1 non avendo formulato alcuna richiesta al riguardo. Per questi motivi, pronuncia: 1. Il reclamo è respinto e di conseguenza è pronunciato il fallimento della RE 1 da martedì 15 ottobre 2019 alle ore 14:00. 2. È ordinata la pubblicazione del fallimento sul Foglio ufficiale svizzero di commercio e sul Foglio ufficiale del Cantone Ticino. 3. La tassa di giustizia del presente giudizio fr. 150.– e le spese pubblicazione (dispositivo n. 2) sono poste a carico della RE 1. 4. Notificazione a: – ; – ; – Ufficio di esecuzione, Mendrisio; – Ufficio dei fallimenti, Mendrisio; – Ufficio cantonale del Registro di commercio, Biasca; – Ufficio del Registro fondiario del Distretto di Mendrisio, Mendrisio. Comunicazione alla Pretura della Giurisdizione di Mendrisio-Sud. Per la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello Il presidente La vicecancelliera Rimedi
giuridici Contro la presente decisione è possibile presentare ricorso in materia civile (art. 74 cpv. 2 lett. d LTF) al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro 30 giorni dalla notificazione (art. 100 cpv. 1 LTF). Il termine di ricorso è sospeso durante le ferie giudiziarie (art. 46 cpv. 1 LTF).

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