

TI_GERICHTE 15.1998.173 vom 3. August 1999

TI Tribunale d'appello, 1999-08-03, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_15.1998.173

FR: TI_GERICHTE 15.1998.173 du 3 août 1999

IT: TI_GERICHTE 15.1998.173 del 3 agosto 1999

Regeste

Sentenza o decisione senza scheda

Erwägungen

E. 1

L'insieme dei creditori del fallito costituisce la massa dei creditori, entità giuridica sui generis di diritto pubblico capace di essere parte (art. 250 cpv. 2 e 260 cpv. 1 LEF; art. 63 cpv. 2 RUF) e come tale di acquisire diritti (ad es. per surrogazione ex art. 215 cpv. 2 LEF) e di assumersi obblighi (ad es. art. 213 cpv. 2 n. 2 LEF). La massa dei creditori manca però di volontà propria: per poterla esprimere ed assicurarne l'esecuzione necessita di organi che sono l'assemblea dei creditori, l'amministrazione (ordinaria o straordinaria) del fallimento e, se del caso, la delegazione dei creditori. L'assemblea dei creditori è l'organo della massa preposto alla formazione della volontà collettiva: pur non essendo un'entità giuridica e ancor meno una persona giuridica, l'assemblea costituisce l'organo più importante che esercita le prerogative lasciate ai creditori dal legislatore, riservato il reclamo all'autorità di vigilanza (CEF 20 giugno 1996 in re C. P. SA c. Prima assemblea dei creditori nel fallimento C. SA cons. 1; CEF 18 settembre 1989, in: Rep 1990, p. 303 n. 1-3).

E. 1.1

Di conseguenza l'avv. _____, non può più fungere quale membro della delegazione dei creditori nella procedura di liquidazione del fallimento _____.

E. 1.2

_____, _____, procederà agli incombeni di sostituzione. 2. Non si prelevano spese e non si assegnano indennità. 3. Contro questa sentenza è dato ricorso entro dieci giorni alla Camera delle esecuzioni e dei fallimenti del Tribunale federale, Losanna, per il tramite della scrivente Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello, Lugano, in conformità dell'art. 19 LEF. 4. Intimazione: _____ Per la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello quale autorità di vigilanza Il
presidente
La segretaria

E. 2

a) La prima assemblea dei creditori può deliberare se costituire fra i suoi membri una delegazione dei creditori, cui affidare le incombenze indicate in termini di sussidiarietà all'art. 237 cpv. 3 n. 1-5 LEF con riserva di ulteriori compiti specifici da elencare esaustivamente. Competenza analoga è ovviamente data ogni volta che se ne presenti l'occasione, ad esempio in caso di funzione vacante per decesso del titolare, dimissioni o revoche ad opera della seconda assemblea dei creditori. b) La delegazione dei creditori è organo ausiliario (Marc Russenberger, Basler Kommentar zum SchKG, vol. III,

Basilea/Ginevra/Monaco 1998, n. 24 ad art. 237) atipico (gli organi atipici d'esecuzione forzata si suddividono in organi legittimati a prendere provvedimenti nel senso dell'art. 17 cpv. 1 LEF [cfr. Flavio Cometta, Commentario alla LPR, Lugano 1998, n. 2.3.1. s.] e organi che non ne hanno (sempre) la facoltà) d'esecuzione forzata, facoltativo (Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Berna 1997, § 45 n. 15, p. 358) e non sempre legittimato a prendere provvedimenti ex art. 17 cpv. 1 LEF, anche perché l'estensione delle sue competenze è in funzione del potere conferitole con decisione dell'assemblea dei creditori nel senso dell'art. 237 cpv. 3 periodo introduttivo LEF. Essa è composta di persone fisiche e/o giuridiche - di regola di diritto privato (non sottoposte alla Legge sull'ordinamento degli impiegati dello Stato e dei docenti, del 15 marzo 1995 [LORD, in: RL 2.5.4.1]), chiamate a svolgere funzioni pubbliche nell'ambito di un ben determinato procedimento esecutivo - ed è soggetta al controllo dell'Autorità cantonale di vigilanza (Amonn/Gasser, op. cit., § 4 n. 79, p. 30) e alle norme tariffali previste dalla OTLEF. c) La delegazione dei creditori non rappresenta la totalità dei creditori verso l'esterno, siffatto potere essendo per legge di competenza dell'amministrazione fallimentare, sia ordinaria che speciale. Il suo compito specifico, quale organo permanente, consiste nel veicolare il corretto flusso delle informazioni dall'assemblea dei creditori, quale organo non permanente, all'amministrazione fallimentare e viceversa: obiettivo primario è garantire l'equanime trattamento di tutti i creditori - e non solo di quelli che essi rappresentano direttamente - senza discriminazioni fondate, ad esempio, su gruppi di pressione che talora - in particolare in sede di liquidazione di masse fallimentari ad alto tenore economico-finanziario - tendono a costituirsi a tutela di interessi propri (Russenberger, op. cit., n. 25 ad art. 237). L'ordine dei privilegi può essere solo quello previsto dal legislatore all'art. 219 LEF. d) Efficace deterrente per contrastare non solo certezze di prevaricazioni ma anche mere ipotesi di possibili conflitti di interessi, è costituito dall'attento e corretto uso dell'istituto della riconsuazione ex art. 10 LEF. Mentre è del tutto ovvio che un membro della delegazione dei creditori non possa partecipare alla discussione e alla deliberazione su questioni puntuali che lo riguardano personalmente o come rappresentante o patrocinatore di un creditore (incompatibilità relativa), si dà per contro incompatibilità assoluta ove esso tuteli, secondo qualsivoglia modalità e funzioni, interessi del debitore e/o dei suoi parenti o società del gruppo o comunque vicine al debitore e alla sua cerchia familiare (DTF 56 III 163 cons. 3, 23 II 1960; Russenberger, op. cit., vol. III, n. 25 ad art. 237).

E. 3

a) Se l'assemblea dei creditori nomina una delegazione dei creditori, l'amministrazione fallimentare - ordinaria o speciale - ne dà comunicazione all'Autorità cantonale di vigilanza, cui indicherà nome, professione e domicilio dei membri della delegazione e trasmetterà un estratto del verbale dell'assemblea dei creditori (art. 43 cpv. 1 RUF per analogia). Lo stesso dovere di informazione si ha in ogni caso di completazione o sostituzione. b) L'autorità di vigilanza, d'ufficio o su ricorso ex art. 17 LEF, può intervenire nel caso in cui siano state designate persone inadatte, suscettibili di avere o determinare conflitti di interesse tali da nuocere ai diritti dei creditori. L'intervento d'ufficio si giustifica non solo per ragioni di qualità professionali e personali dei componenti, ma anche ove fossero in numero eccessivo: occorre evitare che si determinino pregiudizi di qualsivoglia natura tanto a carico dei creditori quanto della parte fallita (DTF 119 III 122 cons. 4, 97 III 121, 86 III 121, 59 III 134 e 48 III 196 s.; CEF 20 giugno 1996 in re C. P. SA c. Prima assemblea dei creditori nella liquidazione fallimentare C. SA cons. 3; CEF 17 settembre 1987 in re T., in: Rep 1989, p. 203 cons. 2; sentenza 9 marzo 1970 del Tribunale cantonale friborghese, in: SJ

1971, p. 160; sentenza 10 aprile 1965 dell'Autorità di vigilanza del Cantone San Gallo, in: SJZ 1968, p. 274, n. 143; Fritzsche/Walder, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, vol. II, 3. ediz., Zurigo 1993, § 47 n. 25 e nota 70; Pierre-Robert Gilliéron, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, 3. ediz., Losanna 1993, p. 328; Ernst Martz, *Die Gläubigerversammlung im Konkurs- und Nachlassverfahren*, in: BISchK 1950, p. 102). c) Il potere di cognizione dell'Autorità cantonale di vigilanza, chiamata a statuire sulla designazione e composizione della delegazione dei creditori, è pieno: essa non solo può ma anzi deve riesaminare la questione tanto dal profilo della conformità al diritto esecutivo quanto sotto l'aspetto dell'opportunità, sostituendo il proprio apprezzamento a quello dell'assemblea dei creditori (DTF 119 III 122 cons. 4). Contro il giudizio cantonale resta aperta la via del ricorso al Tribunale federale ex art. 19 LEF, limitata però alle censure di diritto, compreso l'eccesso e l'abuso del potere di apprezzamento (DTF 119 III 122 cons. 4; 97 III 126 cons. 5).

E. 4

a) La ricasazione è ora disciplinata in termini esaustivi dal diritto federale all'art. 10 LEF (cfr. Hans Ulrich Walder, *Beschwerdeverfahren, Abgrenzung kantonales Recht/Bundesrecht, Fristen, Nichtigte Verfügungen*, in: ZSR 1996 I, p. 203, n. 2) e include le nozioni che nel diritto cantonale sono indicate con astensione e ricusa (art. 32 LPamm), rispettivamente esclusione (art. 26 CPC) e ricasazione (art. 27 CPC). Sono tenuti a ricasarsi ope legis tanto i funzionari e impiegati degli uffici d'esecuzione e dei fallimenti sottoposti alla LORD che i membri dell'autorità di vigilanza. Quanto agli organi non sottoposti alla LORD (art. 7 LALEF), tra cui rientrano anche i periti e altre persone ausiliarie designati dai vari organi d'esecuzione forzata, le norme sulla ricasazione sono ovviamente applicabili anche a loro e devono essere richiamate con chiarezza in via preliminare alla nomina. L'obiettivo da perseguire con rigore è quello di evitare il sorgere di conflitti di interesse in chi è chiamato istituzionalmente ad operare a vantaggio equanime di creditori e debitori (Cometta, *Commentario alla LPR*, n. 3.1.1.a ad art. 5). I motivi di ricasazione si estendono anche al giurista che funge da segretario dell'organo giudicante (STF 28 luglio 1998 [inc. n. 1P.138/1998], in: SJZ 1998, p. 495). Nel Cantone Ticino, per quanto riguarda la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello quale Autorità cantonale di vigilanza, l'estensione concerne i vicecancellieri e gli ispettori (art. 20 cpv. 3 LPR; art. 10 LALEF). b) La disciplina sulla ricasazione ex art. 10 LEF si applica anche alla delegazione dei creditori, designata in conformità dell'art. 237 cpv. 3 LEF, nella liquidazione fallimentare (DTF 56 III 163 cons. 3; Russenberger, n. 25 all'art. 237 LEF; Pierre-Robert Gilliéron, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, vol. I, Losanna 1999, n. 22 all'art. 10 LEF). Dispute sull'obbligo di ricasarsi vanno sottoposte nel Cantone Ticino al giudizio dell'Autorità cantonale di vigilanza in via di ricorso ex art. 17 LEF. c) I funzionari e gli impiegati degli uffici d'esecuzione e degli uffici dei fallimenti, come pure i membri della delegazione dei creditori nella liquidazione fallimentare, non possono esercitare le loro funzioni: - negli affari propri (art. 10 cpv. 1 n. 1 LEF); - negli affari del coniuge, del fidanzato, del concubino, dei parenti ed affini in linea retta ascendente e discendente nonché dei parenti ed affini in linea collaterale fino al terzo grado incluso. Parentela e affinità sono disciplinate dall'art. 20 CC (Margrith Bigler-Eggenberger, *Basler Kommentar, ZGB I*, Basilea e Francoforte sul Meno 1996, n. 9, 10 e 24 ad art. 20 CC; Fritzsche/Walder, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, vol. I, 3. ediz., Zurigo 1984, § 7, n.

E. 7

e nota 7; Eugen Bucher, Berner Kommentar, Berna 1976, n. 35 e 73 ad art. 20/21 CC). Il grado della parentela è determinato dal numero delle generazioni e due persone sono fra loro parenti in linea retta se una discende dall'altra (genitori e figli [primo grado], nonni e nipoti [secondo grado] e bisnonni e pronipoti [terzo grado]), mentre sono parenti in linea collaterale se discendono da un autore comune ma non l'una dall'altra (fratelli e sorelle, anche se gemelli, e fratellastri sono parenti di secondo grado in linea collaterale; zii e nipoti lo sono in terzo grado; primi cugini, ossia figli di fratelli, sono già parenti in linea collaterale di quarto grado e sono pertanto inidonei a costituire motivo di ricusazione per parentela), cfr. art. 10 cpv. 1 n. 2 LEF (Cometta, Commentario alla LPR, n. 3.1.2 e note 42 s. ad art. 5, p. 101 s.); - negli affari di una persona di cui siano rappresentanti legali, mandatari o impiegati (art. 10 cpv. 1 n. 3 LEF); - negli affari in cui possano per altri motivi avere interessi. Questo motivo di ricusazione contiene una clausola generale destinata a coprire altri casi di conflitto di interessi non sussumibili sotto le altre ipotesi. La norma corrisponde ad altre previste da leggi federali di procedura (ad esempio l'art. 10 PA) e rappresenta in questo senso un contributo all'armonizzazione del diritto federale (art. 10 cpv. 1 n. 4 LEF). Questo motivo di ricusazione non si realizza, ad esempio, quando la domanda di ricusa è incentrata su evanescenti allegazioni riconducibili in sostanza a contrasti soggettivi con l'ufficiale esecutore, riferiti a fatti del tutto irrilevanti dal profilo del diritto esecutivo (CEF 16 settembre 1997 in re R. N.). Non è motivo di ricusazione il fatto di aver già deciso a danno del ricusante in un'altra procedura: lo stesso giudice o tribunale ricusato può in tal caso decidere sulla ricusa (STF [II Corte civile] 25 novembre 1992 in re W. e V. M. cons. 2a; DTF 114 Ia 278 s. cons. 1, 105 Ib 304). Non è di per sé sufficiente a giustificare la ricusa il fatto che sia stata sporta contro il ricusato una denuncia penale riferita all'esercizio della sua funzione pubblica. Infatti, in caso contrario, sarebbe possibile sbarazzarsi di un organo d'esecuzione forzata - come pure di un magistrato - soggettivamente non gradito, semplicemente inoltrando una denuncia penale (STF [inc. 5P.78/1999] 29 marzo 1999 in re G. R. cons. 5; Jean-François Egli, La garantie du juge indépendant et impartial dans la jurisprudence récente, in: RJN 1990, p. 25). 5. La domanda di ricusa è incentrata sul conflitto di interessi che si realizza nella persona dell'avv.

_____ quale membro della Delegazione dei creditori, per il fatto che rappresenta o ha rappresentato la _____, società che vede _____ quale amministratore unico e azionista totalitario, avuto riguardo alla centralità delle funzioni esercitate da _____ - come pure della moglie e del figlio - nell'iniziativa immobiliare che ha portato al fallimento della _____ e che vede un ulteriore attore nella _____ a) Orbene, è innegabile che _____ sia stato amministratore unico e azionista di maggioranza della fallita _____ e che poco prima della declaratoria di decozione la _____ abbia ceduto, con effetto retroattivo, alla _____ - società costituita all'inizio del 1994, facente capo alla famiglia _____ (_____, moglie e figlio) - tutti i proventi derivanti dai contratti di locazione del _____. Il Ministero pubblico del Cantone Ticino già si occupa delle vicende connesse a _____ e _____ riconducibili in sostanza a _____. Di rilievo nel caso di specie è anche il fatto che con circolare 1. ottobre 1993 ai proprietari per piani e ai comproprietari di _____, _____ abbia reso noto quanto riferito nella narrativa fattuale sub E i.f., con riferimento al doc. M, allegato alla segnalazione doc. D. b) Il potenziale conflitto di interessi, suscettibile di condizionare l'operato dell'avv. _____ quale membro della delegazione dei creditori, non può essere sanato dallo stadio relativamente avanzato in cui è giunta la procedura di

liquidazione fallimentare, atteso che nel caso di specie le decisioni riferite al modo di realizzazione degli attivi non si possono qualificare di sinecura. A ben poco sussidia poi il fatto che il mandato conferito all'avv. _____ dalla _____ avesse validità solo per la seconda assemblea dei creditori e che il mandatario sia ora in possesso di un nuovo mandato, conferitogli _____ il 16 settembre 1998, che gli consente di rappresentarla nella procedura fallimentare della _____, società in cui la partecipazione della famiglia _____ è divenuta minoritaria e la stessa non ha più rappresentanti nel consiglio d'amministrazione. A nulla giovano i mutamenti intervenuti nel consiglio d'amministrazione della _____ dopo la presentazione della domanda di ricusa 9 ottobre 1998: dall'estratto 3 dicembre 1998 del registro di commercio di Lugano risultano per certo interessi recenti e attuali della famiglia _____ nella _____, che non possono passare in seconda linea, atteso che il 2 dicembre 1998 _____ ha lasciato la presidenza del consiglio di amministrazione con firma collettiva a due per passare a procuratore con firma collettiva a due, e che sempre il 2 dicembre 1998 _____, membro del consiglio di amministrazione con firma collettiva a due, è stata radiata. Come peraltro evidenziano anche i ricusanti, nel mutamento intervenuto nel patrocinio è difficile ravvisare una sanatoria di una posizione discutibile dal profilo degli interessi dei creditori nella liquidazione fallimentare che interessa la _____. Siffatto procedere non può che essere sintomo di contrasti di interessi tra la fallita, _____ e _____, tutte società che hanno visto interventi attivi, diretti e indiretti, di _____, di sua moglie e dei suoi figli (cfr. circolare 1. ottobre 1993 ai proprietari per piani della _____, doc. M allegato alla segnalazione doc. D), con il rilievo che della complessa questione penale sottesa alle vicende che hanno determinato il fallimento della _____ già se ne occupa il Ministero pubblico del Cantone Ticino in relazione alla procedura penale promossa con la citata segnalazione 25 aprile 1996 dell'Autorità cantonale di sorveglianza LAFE. c) Benché non vi siano indizi dal profilo soggettivo a carico dell'avv. _____ intesi a dimostrare che abbia commesso in concreto atti procedurali in contrasto con gli interessi dei creditori nel loro insieme, la sua funzione di membro della delegazione dei creditori - con riferimento alla centralità e all'importanza di questo istituto (cfr. cons. 2 e 3) per il corretto svolgimento della liquidazione fallimentare in un caso, come quello di specie, di natura complessa - contrasta dal profilo oggettivo con i principi dedotti dall'art. 10 LEF riferiti al sufficiente distacco dagli interessi della fallita _____, per i legami innegabili che intercorrono tra il membro della delegazione dei creditori e la famiglia _____ coinvolta in composizione varia (_____, la moglie _____ e i figli _____ e _____) e a vario titolo in vicende che ruotano attorno alla fallita _____, a _____ e a _____. Ne consegue che l'avv. _____ non può fungere da membro della delegazione dei creditori, non solo per ovvie ragioni di opportunità, ma anche per l'incompatibilità assoluta che deriva dal fatto che esso tutela in sostanza anche interessi della fallita per il tramite di persone facenti capo a _____ e alla sua famiglia come pure a società del gruppo o comunque vicine tanto alla fallita che alla sua cerchia familiare (DTF 56 III 163 cons. 3, 23 II 1960; Russenberger, op. cit., vol. III, n. 25 ad art. 237). 6. Non si prelevano spese (art. 20a cpv. 1 primo periodo LEF e 67 cpv. 2 OTLEF) e non si assegnano indennità (art. 68 cpv. 2 OTLEF). Richiamati gli art. 10 e 237 cpv. 3 LEF, PRONUNCIA 1. La domanda di ricusa 9 ottobre/11 novembre 1998 è accolta.