

TI_GERICHTE 15.2000.61 vom 20. Juli 2000

TI Tribunale d'appello, 2000-07-20, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_15.2000.61

FR: TI_GERICHTE 15.2000.61 du 20 juillet 2000

IT: TI_GERICHTE 15.2000.61 del 20 luglio 2000

Regeste

Sentenza o decisione senza scheda

Erwägungen

E. 1

Dal 1. gennaio 1997 la ricusazione è disciplinata in termini esaustivi dal diritto federale (art. 10 LEF, cfr. Hans Ulrich Walder, *Beschwerdeverfahren, Abgrenzung kantonales Recht / Bundesrecht, Fristen, Nichtige 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 ricusazione (art. 27 CPC). Sono tenuti a ricusarsi 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 commissari di concordato, le norme sulla ricusazione sono ovviamente applicabili anche a loro e devono essere richiamate con chiarezza - dal Pretore in qualità di Autorità giudiziaria inferiore dei concordati - in via preliminare alla loro 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 (Flavio Cometta, *Commentario alla LPR*, n. 3.1.1 all'art. 5, p. 100; Daniel Hunkeler, *Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG - Mit einer Darstellung der Rechtsordnungen der USA, Frankreichs und Deutschlands*, tesi Friburgo 1996, p. 184, n. 691). 2. _____ è legittimata, quale creditrice della ditta _____ cui è stata concessa una moratoria concordataria, ad impugnare la decisione di nomina del Commissario operata dall'Autorità giudiziaria inferiore dei concordati. 3. _____ ha presentato ricorso ex art. 17 LEF all'Autorità cantonale di vigilanza su questione - la ricusazione - che ha effetti sulla nomina del commissario del concordato. Preliminarmente si pone la questione della competenza. In linea di conto entrano tre autorità: il Pretore quale Autorità giudiziaria inferiore dei concordati, la CEF quale Autorità giudiziaria superiore dei concordati e la CEF quale Autorità cantonale di vigilanza in materia di esecuzione e fallimenti. 3.1. È bene ricordare la commistione di incombenze che caratterizza l'Autorità giudiziaria superiore dei concordati e si sviluppa in varie funzioni (Cometta, op. cit., n. 3.6.2.3 all'art. 1, p. 61 ss.): 3.1.1. Autorità d'appello in tema di concessione della moratoria concordataria. È data in linea di principio facoltà d'appello alla Camera di esecuzione e fallimenti. Mentre nel diritto in vigore fino al 31 dicembre 1996 le possibilità di ricorso erano riservate al debitore (si veda però la tesi dissenziente in Rep. 1995, p. 10-12, n. 2.7.d, seguita da CEF 1. marzo 1996 in re G. M. c. L. R. SA cons. 3) - salvo, per i creditori, la sola facoltà di impugnare la nomina di un commissario per parzialità o incapacità - la legittimazione al ricorso può ora variare in funzione del richiedente come pure della decisione pretorile sulla concessione e sul commissario

nominato: a) Contro la non concessione della moratoria su domanda del debitore, solo il debitore subisce pregiudizio e può quindi ricorrere. b) Contro la non concessione della moratoria su domanda di un creditore, solo quest'ultimo è legittimato al ricorso (Hunkeler , op. cit. , p. 178, n. 668). c) Contro la non concessione della moratoria su segnalazione del giudice del fallimento, non è data a quest'ultimo facoltà di ricorso per carenza della qualità di parte. d) Contro la revoca della moratoria possono ricorrere tanto il debitore quanto il creditore richiedente, ritenuto che la loro qualità di parte risulta dal diritto di essere sentiti dedotto dagli art. 295 cpv. 5 secondo periodo e 298 cpv. 3 secondo periodo LEF (Hunkeler , op. cit., p. 224, n. 851). e) Contro la concessione della moratoria su domanda del creditore o su segnalazione del giudice del fallimento può ricorrere in linea di principio solo il debitore, riservati casi particolari in cui il danno per i creditori risulti essere evidente e rilevante. Sostenere che dalla moratoria concordataria possa derivare ai creditori unicamente un pregiudizio di mero fatto, riconducibile alla sospensione delle esecuzioni, è spesso finzione estranea alla realtà giuridico-economica dell'istituto. f) Contro la concessione della moratoria su domanda del debitore possono ricorrere tutti i creditori (cfr., tra tante, CEF 12 luglio 2000 in re M. e S. I. cons. 2; CEF 18 maggio 1999 in re M. P. E. SA cons. 1; CEF 2 giugno 1995 in re H. J. S.; 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; Cocchi/Trezzini , CPC massimato e commentato, Lugano 2000, n. 7 all'art. 22 LALEF; Flavio Cometta , Il concordato della LEF nella prassi giudiziaria ticinese, in: Rep. 1995, p. 10-12). g) Contro la decisione di nomina del commissario possono ricorrere il debitore e tutti i creditori (art. 294 cpv. 4 LEF). L'ipotesi si realizza quando sia lecito dubitare dell'idoneità, imparzialità e neutralità del commissario, ad esempio quando sia o sia stato mandatario del debitore o vi siano vincoli di parentela. La scelta va operata tenendo presente la norma di comune prudenza che sconsiglia di nominare persona gradita a chi la propone, nel timore che possano darsi motivi di esclusione o di riconsueta (CEF 19 dicembre 1994 in re C. L. in Rep. 1994, p. 435, cons. 7c/bb non pubbl.; Cometta , op. cit., Rep. 1995, p. 12, nota 39; Kurt Stöckli , Die Unabhängigkeit des Sachwalters, in: IWIR 1998, p. 32 s.). Per evitare i continui abusi che la prassi registra e di cui i creditori raramente si avvedono, nel decreto di nomina il commissario - specie se non giurista - va reso espressamente attento sui motivi di riconsueta ex art. 10 LEF, norma applicabile per analogia in virtù del rinvio dell'art. 295 cpv. 3 LEF. 3.1.2. Autorità d'appello contro il giudizio pretorile in tema di omologazione del concordato. Contro l'omologazione o no del concordato è data in linea di principio facoltà d'appello alla CEF quale Autorità giudiziaria superiore dei concordati. La legittimazione al ricorso varia in funzione della decisione pretorile (Flavio Cometta , La procedura concordataria nel nuovo diritto, in: La revisione della legge federale sulla esecuzione e sul fallimento, Collana CFPD vol. 16, Lugano 1996, p. 150-154, n. 11.1): a) Contro la non omologazione del concordato. Non solo il debitore ma anche il creditore richiedente può ricorrere: l'estensione è correlata al diritto del creditore, che può presentare domanda di fallimento, di chiedere al giudice del concordato l'apertura della procedura concordataria. b) Contro l'omologazione del concordato. Possono ricorrere solo i creditori che si sono opposti all'omologazione in sede di udienza (DTF 122 III 399; Hunkeler , op. cit., p. 278, n. 1072). Il debitore ha facoltà ricorsuale solo se subisce un pregiudizio sostanziale (Cometta , op. cit., p. 151, nota 204), ritenuto che in linea di principio si presume abbia ottenuto quanto richiesto. Il commissario non è parte e difetta pertanto della capacità ricorsuale (CEF 19 dicembre 1994 in re C. L. cons. 4a), la sua posizione equidistante dalle parti essendo d'ostacolo al determinarsi a

favore solo del debitore o dei creditori. 3.1.3. Autorità di ricorso ex art. 17 LEF contro la decisione pretorile in materia di determinazione dell'onorario del commissario ex art. 55 cpv. 1 OTLEF. L'Autorità giudiziaria superiore dei concordati può esercitare la specifica funzione di Autorità cantonale di vigilanza in materia di applicazione della OTLEF alla procedura concordataria. 3.1.4. Autorità di vigilanza sulla corretta attuazione di ogni questione d'ordine giuridico-amministrativo in connessione alla procedura concordataria ex art. 293 ss. LEF. La Camera di esecuzione e fallimenti quando agisce in funzione di autorità giudiziaria superiore dei concordati può procedere non solo quale autorità d'appello in materia sommaria ex art. 25 cpv. 2 lett. a LEF ma anche come autorità cantonale di vigilanza di grado unico, cui compete la sorveglianza sulla corretta attuazione di ogni questione d'ordine giuridico-amministrativo in connessione alla procedura concordataria ex art. 293 ss. LEF. In siffatta qualifica la CEF non è vincolata dalle domande delle parti ed è legittimata a formulare rilievi di interesse generale per favorire nel Cantone Ticino l'applicazione uniforme del diritto esecutivo federale e del diritto processuale cantonale. All'Autorità giudiziaria superiore dei concordati competono altresì funzioni ispettive nel senso dell'art. 10 cpv. 5 LALEF, disciplinari ex art. 11 LALEF e oneri formativi e di aggiornamento permanente (art. 10 cpv. 6 LALEF). Va ricordato che con la revisione della LEF, in vigore dal 1. gennaio 1997, è ora più che mai di fondamentale importanza la funzione del commissario, come pure il ruolo del giudice del concordato. La CEF ha spesso riscontrato gravi carenze nella preparazione professionale e nella coscienza del ruolo da svolgere dei commissari, in particolare da parte di chi non ha formazione accademica ed è privo di nozioni specifiche in un settore che implica notevoli esigenze di natura giuridica, economica, finanziaria e contabile. È meritevole di approfondimento la questione se de lege ferenda, considerate le notevoli ulteriori competenze che il nuovo diritto assegna loro, siano da istituzionalizzare su piano cantonale corsi di formazione e di abilitazione all'esercizio della funzione di commissario, tanto più nel Cantone Ticino dove per ragioni essenzialmente d'ordine finanziario non si è potuto attuare il principio - opportuno benché solo facoltativo - della separazione delle funzioni di giudice del concordato e di giudice del fallimento, ritenuto altresì che per esigenze di specializzazione non dovrebbero esservi più di un paio di giudici del concordato per tutto il Cantone (CEF 15 luglio 1998 in re Stato del Cantone Ticino e Confederazione svizzera c. G. V. cons. 5; Cometta, op. cit., p. 166; Hunkeler, op. cit., p. 184, n. 692 e p. 171, n. 642).

E. 4

a) La determinazione dell'autorità di ricorso è in funzione del principio del divieto di nova in appello in materia di procedura concordataria, come pure del principio del doppio grado di giurisdizione. Se il giudizio pretorile è stato reso senza aver potuto prendere conoscenza degli elementi che il ricorrente sottopone ora al vaglio del secondo giudice e se l'accertamento dei fatti necessita di atti istruttori, il ricorso alla CEF - non solo quale Autorità giudiziaria superiore dei concordati, ma anche quale Autorità cantonale di vigilanza - è irricevibile, dandosi la competenza esclusiva del primo giudice in materia di ricasazione ex art. 10 LEF di un commissario del concordato (art. 295 cpv. 3 LEF; James Peter, Basler Kommentar zum SchKG, Basilea/Ginevra/Monaco 1998, n. 3 e 19 all'art. 10 con rif.). Per contro, nell'ipotesi che la ricasazione sia già stata chiesta in prima sede, la decisione pretorile di reiezione dell'istanza di ricusa è impugnabile con appello alla CEF quale Autorità giudiziaria superiore dei concordati sulla base di elementi oggettivi che non richiedono istruttoria. Il giudizio sarà in tal caso riformatorio, a meno che emergano fatti rilevanti tali da richiedere ulteriori accertamenti istruttori: in siffatta evenienza si darà un

pronunciato cassatorio, con rinvio degli atti al primo giudice affinché, completata l'istruttoria, si determini nuovamente con decisione impugnabile. b) Dal profilo temporale, l'istanza di ricusazione è proponibile finché la moratoria concordataria è in corso. Il ricusante può far valere davanti all'Autorità inferiore dei concordati tanto fatti esistenti o già noti prima del giudizio di nomina del commissario ancorché ignoti al primo giudice (pseudonova), quanto fatti verificatisi o di cui è venuto a conoscenza solo successivamente (nova). Gli atti compiuti da un commissario poi destituito restano in linea di principio validi, anche se impugnabili dandosene i presupposti, riservati i casi di nullità ex art. 22 LEF (Peter , op. cit., n. 20 all'art. 10). c) Nel caso di specie, _____ ha fatto valere con ricorso ex art. 17 LEF all'Autorità cantonale di vigilanza motivi di ricusazione che non erano noti al primo giudice al momento della nomina del commissario. Ne consegue la competenza esclusiva dell'Autorità giudiziaria inferiore dei concordati, cui viene retrocesso l'incarto affinché abbia a determinarsi sull'istanza di ricusazione, dopo aver esperito - in contraddittorio anche con la ricusante - l'istruttoria resasi necessaria. Dovrà in particolare essere sentito il responsabile della _____, verosimilmente il sig. _____ (cfr. lettera 16 maggio 2000 _____ a CEF: "il sig. _____ mi aveva effettivamente chiesto se fossi stato disponibile per esaminare la situazione finanziaria della ditta _____ "), che dovrà riferire sulle circostanze che hanno portato ai contatti della debitrice con il futuro commissario.

E. 5

a) L'art. 4 LPR disciplina la trasmissione d'ufficio degli atti dall'autorità cantonale incompetente a quella competente (cpv. 1), ritenuto che i termini si reputano osservati se lo erano quando l'atto è stato insinuato all'autorità incompetente (cpv. 2). b) La trasmissione d'ufficio di un atto trasmesso ad un'autorità incompetente rientra tra i principi unanimemente ammessi dalla moderna processualistica. La LPR del 1992 ha anticipato l'evoluzione del diritto esecutivo federale, che ha ora nell'art. 32 cpv. 2 LEF una norma analoga, pure costruita sui combinati art. 21 cpv. 2 PA e 107 OG. c) La norma concretizza la concezione, da tempo dominante, secondo cui non si devono frapporre ostacoli vessatori, non giustificati da esigenze formali legittime, alla domanda di giustizia del richiedente non cognito dei termini processuali ma di buona fede (DTF 121 I 95 s. cons. 1d, 118 Ia 243 s. cons. 3b e c con rif., 103 Ia 55 cons. 1. Nella procedura di ricorso l'istituto è limitato nel senso che si fa luogo a trasmissione d'ufficio solo nei casi in cui il ricorso viene presentato direttamente all'Autorità cantonale di vigilanza in luogo dell'organo d'esecuzione che ha deciso, come pure quando vi è stata confusione tra i vari organi (Cometta, Commentario alla LPR, n. 2.1.a all'art. 4, nota 3, p. 92). d) Nel caso di specie, la CEF - erroneamente adita _____ - procederà alla trasmissione d'ufficio degli atti al Pretore del Distretto di Lugano, quale Autorità giudiziaria inferiore dei concordati competente ratione materiae e funzionalmente, affinché si determini, previa istruttoria, sui motivi di ricusazione ex art. 10 LEF formulati dalla creditrice.

E. 6

Il ricorso è irricevibile. Sulle spese occorre ricordare che - benché la gratuità della procedura sia contraria al sistema di diritto amministrativo in cui si muove il ricorso secondo l'art. 17 LEF (Jean-François Poudret/Suzette Sandoz-Monod , Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. II, Berna 1990, n. 2.10 all'art. 81, p. 804) - il principio dell'esenzione è stato codificato per espressa volontà del legislatore (art. 20a cpv. 1 primo periodo LEF e 61 cpv. 2 lett. a OTLEF; DTF 125 III 383 cons. 2a). Per lo stesso

motivo non si assegnano indennità (art. 62 cpv. 2 OTLEF). Richiamati gli art. 10, 17, 293 ss., 294 cpv. 4 e 295 cpv. 3 LEF; 55, 61 cpv. 2 lett. a e 62 cpv. 2 OTLEF; 4 LPR; 7 LALEF pronuncia: 1. Il ricorso 27 aprile 2000 _____, è irricevibile. 2. L'incarto è trasmesso d'ufficio alla Pretura del Distretto di Lugano, Sezione 5, affinché proceda all'esame dell'istanza di ricusazione del Commissario del concordato. 3. Non si prelevano spese e non si assegnano indennità. 4. 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. 5. Intimazione: - _____ Comunicazione: - _____ Per la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello quale autorità di vigilanza Il presidente
La segretaria

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