

## **TI\_GERICHTE 15.2005.78 vom 9. August 2005**

TI Tribunale d'appello, 2005-08-09, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_15.2005.78](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_15.2005.78)

FR: TI\_GERICHTE 15.2005.78 du 9 août 2005

IT: TI\_GERICHTE 15.2005.78 del 9 agosto 2005

### **Regeste**

seconda assemblea dei creditori. Diritto di ricorrere contro le deliberazioni del creditore la cui insinuazione è contestata dalla massa. Conferma "in blocco" della delegazione dei creditori. Motivi di esclusione

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Le deliberazioni della seconda assemblea dei creditori (così come quelle delle successive assemblee) possono essere impugnate con ricorso (art. 17 LEF) all'autorità di vigilanza nel termine di 10 giorni – e non di 5 giorni come previsto all'art. 239 cpv. 1 LEF per le deliberazioni della prima assemblea dei creditori (cfr. Gilliéron , Commentaire de la LP, vol. III, Losanna 2001, n. 20 ad art. 239 e n. 33 ad art. 253; Bürgi , Basler Kommentar zum SchKG, vol. III, Basilea/Ginevra/Monaco 1998, n. 13 ad art. 253 ). Nel caso concreto, l'assemblea dei creditori di cui sono contestate alcune deliberazioni si è tenuta il 10 giugno 2005: il ricorso inoltrato il 13 giugno 2005 è pertanto tempestivo.

#### **E. 2**

Poiché la seconda assemblea dei creditori ordina "inappellabilmente" quanto richiede la gestione del fallimento (art. 253 cpv. 2 LEF), le sue deliberazioni possono di regola essere oggetto di ricorso soltanto per violazione della legge, abuso o eccesso del potere di apprezzamento e denegata giustizia, la questione della loro opportunità essendo sottratta all'esame dell'autorità di vigilanza (cfr. DTF 109 III 87; Gilliéron , op. cit., n. 19 ad art. 253; Bürgi , op. cit., n. 11 ad art. 253).

#### **E. 3**

In linea di massima sono legittimati a ricorrere tutti i creditori che avevano il diritto di partecipare alla seconda assemblea, ossia tutti i creditori la cui insinuazione non è stata oggetto di una decisione definitiva che ne escluda la collocazione (art. 252 cpv. 1 LEF) – compresi quelli il cui credito è oggetto di una contestazione della graduatoria o di una causa sospesa in virtù dell'art. 207 LEF (DTF 90 III 88) –, i membri della delegazione dei creditori e il fallito (cfr. Gilliéron , op. cit., n. 127 ss. ad art. 253; Bürgi , op. cit., n. 15 ad art. 253).

#### **E. 3.1**

Il creditore, la cui pretesa è oggetto di una causa sospesa in virtù dell'art. 207 LEF (e quindi iscritta "pro memoria" nella graduatoria in virtù dell'art. 63 cpv. 1 RUF), è tuttavia escluso dalle deliberazioni relative alla decisione vertente sulla continuazione del processo da parte della massa fallimentare o sulla rinuncia a tale facoltà, con contestuale cessione (ai sensi dell'art. 260 LEF) ai singoli creditori (cfr. art. 63 cpv. 4 RUF). Non è pertanto legittimato a

ricorrere contro una simile deliberazione (DTF 90 III 88 s.; Gilliéron , op. cit., n. 27 ad art. 253).

### **E. 3.2**

Nel caso concreto, è quindi esclusa, per un motivo analogo, la legittimazione del ricorrente a contestare la deliberazione di cui alla lettera “f”, che colloca in terza classe il credito da lui insinuato. Certo, tale deliberazione non verte sulla continuazione di un processo promosso prima dell’apertura del fallimento circa un credito poi iscritto “pro memoria” nella graduatoria, bensì sulla continuazione di un processo di contestazione della graduatoria (art. 250 cpv. 1 LEF). Non è di conseguenza applicabile direttamente la giurisprudenza citata al considerando precedente sull’assenza di legittimazione del creditore la cui pretesa è oggetto del processo in corso, tanto più che l’amministrazione del fallimento non pare necessitare di autorizzazione per rappresentare la massa in una causa di contestazione della graduatoria (cfr. Alexander Brunner /Mark Reutter , *Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG*, 2. ed., Berna 2002, p. 41), riservati comunque i diritti della delegazione dei creditori e dei singoli creditori in caso di transazione (cfr. art. 66 RUF). Un’applicazione analogica del principio espresso nella citata DTF 90 III 88 s. al caso in esame appare però del tutto giustificata. La seconda assemblea dei creditori è infatti “inappellabilmente” competente per ogni decisione circa la gestione del fallimento (art. 253 cpv. 2 LEF), comprese quelle riferite alla continuazione di processi promossi dalla massa o contro essa diretti (cfr. DTF 86 III 128; Gilliéron , op. cit., n. 12 ad art. 253, ad tertio; Russenberger, *Basler Kommentar zum SchKG*, vol. III, Basilea/Ginevra/Monaco 1998, n. 47 ad art. 237 ), sotto riserva delle competenze della delegazione dei creditori per quanto concerne l’approvazione delle transazioni concluse dall’amministrazione fallimentare (cfr. art. 237 cpv. 3 n. 3 LEF e 66 cpv. 3 RUF; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, vol. II, 4a ed., Zurigo 1997/1999, n. 16 ad art. 237). Qualora l’amministrazione del fallimento decida di consultare l’assemblea in merito a tali processi, i creditori titolari della pretesa litigiosa devono astenersi dal partecipare alla deliberazione, conformemente al principio generale di cui all’art. 10 cpv. 1 n. 1 LEF, e pertanto essi difettano della legittimazione per impugnare la decisione dell’assemblea. Un’eccezione a questo principio è ipotizzabile solo qualora l’assemblea decida di modificare una decisione definitivamente iscritta nella graduatoria (cfr. DTF 107 III 136 ss.). Non è il caso nella fattispecie in esame, perché la seconda assemblea dei creditori ha solo confermato una decisione di collocazione che non è ancora diventata definitiva. È d’altronde irrilevante il fatto di sapere se tale deliberazione sarà vincolante per il giudice del merito o se invece essa non potrà rimettere in discussione una transazione che eventualmente fosse già avvenuta con la regolare autorizzazione della delegazione dei creditori. La questione va in effetti risolta nella procedura giudiziaria di contestazione della graduatoria e il ricorrente non ha nessun interesse degno di protezione a discuterla già in sede di ricorso, dato che potrà far valere i suoi argomenti davanti al giudice civile.

### **E. 4**

A prescindere dall’irricevibilità del ricorso su questo punto, va evidenziato, a titolo abbondanziale, come la censura ricorsuale andrebbe comunque respinta nel merito. Essa appare infatti contraddittoria, siccome è proprio il patrocinatore del ricorrente, durante l’assemblea del 10 giugno 2005, ad aver insistito, contro il parere di alcuni creditori, per far deliberare l’assemblea sulla collocazione del credito di RI 1 (cfr. verbale, p. 11-12), procedura che ora egli ritiene irrita e illegale. D’altronde il ricorrente non ha dimostrato che

l'amministrazione del fallimento abbia effettivamente, con la risposta di causa nella procedura di contestazione della graduatoria, incondizionatamente postulato il parziale accoglimento della domanda. Come detto, la questione andrà comunque risolta in sede di contestazione della graduatoria.

## **E. 5**

Giusta l'art. 253 cpv. 2 LEF, la seconda assemblea dei creditori delibera fra l'altro sulla conferma dell'amministrazione ed eventualmente della delegazione dei creditori.

### **E. 5.1**

L'autorità di vigilanza, d'ufficio o su ricorso (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 (DTF 119 III 122 cons. 4, 97 III 121, 86 III 121, 59 III 134 e 48 III 196 s.; CEF 15 ottobre 2001 [15.01.253], cons. 4e; 4 gennaio 2000 [15.99.174/185/211], cons. 5e). Il potere di cognizione dell'autorità cantonale di vigilanza, chiamata a statuire sulla designazione e composizione della delegazione dei creditori, non è limitato: 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; CEF 15 ottobre 2001 [15.01.253], cons. 4f; 4 gennaio 2000 [15.99.174/185/211], cons. 5f). Questo principio, espresso in merito a una delegazione designata dalla prima assemblea dei creditori, vale anche per le nomine e le conferme decise dalla seconda assemblea, siccome il carattere "inappellabile" delle decisioni di quest'ultima, come si evince dal testo dell'art. 253 cpv. 2 LEF, non riguarda la designazione dell'amministrazione né della delegazione dei creditori (cfr. Gilliéron, op. cit., n. 16 ss. ad art. 253).

### **E. 5.2**

Dal momento che compito principale della delegazione dei creditori è la tutela degli interessi di tutti i creditori, appare indicato applicare le regole di esclusione previste all'art. 10 LEF (R ussenberger, op. cit., n. 25 ad art. 237; CEF 15 ottobre 2001 [15.01.253], cons. 4c; CEF 4 gennaio 2000 [15.99.174/185/211], cons. 5c). Occorre al proposito distinguere tra motivi d'incompatibilità relativa, che hanno l'unico effetto di precludere a un membro della delegazione dei creditori di partecipare alla discussione e alla deliberazione su questioni puntuali che lo riguardano personalmente oppure come rappresentante o patrocinatore di un creditore, e motivi d'incompatibilità assoluta, che escludono d'acchito ogni partecipazione alla delegazione dei creditori, ove l'interessato 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.

### **E. 5.3**

Nel caso concreto, il ricorrente contesta la riconferma della delegazione dei creditori per motivi che già gli erano noti al momento della prima assemblea dei creditori.

L'amministratore speciale intravede in tale comportamento un agire contraddittorio, che non meriterebbe tutela (art. 2 cpv. 2 CC), siccome il ricorso avrebbe l'evidente scopo ricattatorio di ottenere la sospensione dell'asta degli impianti, che invece la seconda assemblea dei creditori ha deciso debba avere luogo entro la prima settimana di settembre 2005. L'asserito abuso di diritto non appare tuttavia così manifesto da proibire al ricorrente l'esercizio di una facoltà – quella di ricorrere – che gli riconosce la legge (cfr. art. 17 LEF). Non va infatti dimenticato che se il legislatore ha previsto che la seconda assemblea dei

creditori debba deliberare sulla conferma della delegazione dei creditori (art. 253 cpv. 2 LEF), significa che ha ritenuto che i creditori potessero, tra la prima e la seconda assemblea, cambiare parere sull'idoneità dei membri della delegazione. Occorre di conseguenza entrare nel merito delle censure sollevate dal ricorrente. a) Per quanto concerne la posizione dell'avv. PI 2, va evidenziato come il solo fatto che essa rappresenti un creditore non sia motivo di esclusione assoluto, poiché uno dei presupposti per far parte della delegazione dei creditori è proprio quello di essere creditore o di rappresentare un creditore (cfr. Russenberger, op. cit., n. 28 ad art. 237). Non è poi determinante che il credito della ditta da lei patrocinata (E \_\_\_\_\_) sia contestato né che la seconda assemblea dei creditori abbia deciso a maggioranza di non ammetterlo in graduatoria (deliberazione sulla trattanda "g"), perché tutti i creditori la cui pretesa non è stata definitivamente rigettata – ciò che è il caso di E \_\_\_\_\_, siccome la causa giudiziaria è ancora pendente – hanno il diritto di partecipare alla seconda assemblea (art. 252 cpv. 1 LEF) e quindi fanno parte dei "membri" tra i quali possono essere designati i delegati (cfr. art. 237 cpv. 3 LEF). L'esigenza formulata in dottrina (cfr. Russenberger, op. cit., loc. cit.) secondo cui la qualità di creditore del membro della delegazione non dovrebbe essere dubbia non sembra quindi corrispondere al senso della legge né alla giurisprudenza del Tribunale federale, che non vincola in modo assoluto la capacità di essere membro della delegazione dei creditori alla legittimazione quale creditore (cfr. DTF 51 III 225). Va da sé che, conformemente all'art. 10 cpv. 1 n. 1 LEF (cfr. DTF 56 III 163, cons. 3; Peter, Basler Kommentar zum SchKG, vol. I, Basilea/Ginevra/Monaco 1998, n. 3 ad art. 10; Gilliéron, op. cit., n. 22 ad art. 10), l'avv. PI 2 dovrà astenersi dal partecipare ad eventuali deliberazioni sul credito della sua patrocinata. Si tratta però di un caso di incompatibilità relativa. Non sono invece dati motivi di incompatibilità assoluta. b) L'indipendenza dell'avv. PI 3 viene messa in questione per il motivo che ha patrocinato la fallita prima dell'apertura del fallimento segnatamente nella causa promossa dal ricorrente per il pagamento di arretrati di salario. Il ricorrente non asserisce però che l'avv. PI 3 abbia con la fallita legami di dipendenza (ai sensi dell'art. 10 cpv. 1 n. 3 LEF) che ne compromettano l'autonomia, ricordato che una delle caratteristiche del mandato tipico di patrocinio è appunto quella dell'indipendenza dell'avvocato nei confronti del cliente. Non avendo il ricorrente addotto alcun particolare indizio di subordinazione, non appare dato un motivo di incompatibilità assoluta. Nella procedura fallimentare, l'avv. PI 3 fa del resto valere interessi propri (ovvero l'incasso degli onorari dovutigli dalla fallita per il patrocinio nelle cause avviate dal ricorrente, e da altri) in contrapposizione con quelli della fallita, interessi che peraltro collimano con quelli della maggioranza dei creditori, la quale risulta interessata ad avere nella delegazione dei creditori una persona già cognita delle cause promosse contro la massa prima del fallimento. c) Il ricorrente chiede pure l'esclusione di PI 5, per il fatto di essere municipale del Comune di \_\_\_\_\_, ente pubblico che era rappresentato nel consiglio di amministrazione della fallita da un altro municipale, \_\_\_\_\_, e, seppure a titolo personale, dal sindaco \_\_\_\_\_. Dal registro di commercio non si evince tuttavia che queste due persone rappresentassero (ai sensi dell'art. 707 cpv. 3 CO) il Comune di \_\_\_\_\_ nel consiglio di amministrazione della fallita. D'altronde, il ricorrente non pretende che quel Comune sia un azionista influente della fallita. Non si vedono pertanto motivi per ritenere che PI 5 abbia un interesse proprio nella procedura fallimentare ai sensi dell'art. 10 LEF, segnatamente tale da imporre la sua ricasazione. Certo, egli dovrà attentamente valutare la propria posizione quando si tratterà di deliberare sulla questione della responsabilità degli organi della fallita, ricordato che la responsabilità dei membri di

un consiglio di amministrazione per il proprio operato è comunque personale anche quando rappresentano una persona giuridica (cfr. Wernli, Basler Kommentar zum OR, vol. II, 2. ed. Basilea/Ginevra/Monaco 2002, n. 40 ss. ad art. 707). d) Il ricorrente ritiene che a PI 4 sia preclusa una posizione di indipendenza per il fatto di aver gestito gli impianti della fallita durante due anni su mandato della delegazione dei creditori e di essere figlio di \_\_\_\_\_, il quale faceva parte del consiglio di amministrazione della fallita. Gli argomenti sono rilevanti. Infatti, appaiono dati, in modo generale, sia il motivo d'esclusione dell'art. 10 cpv. 1 n. 1 o 4 LEF (affari o interessi propri) sia quello dell'art. 10 cpv. 1 n. 2 LEF (affari di parenti). È innegabile che PI 4, nella sua qualità di amministratore unico della società che gestisce gli impianti della fallita (\_\_\_\_\_), abbia un ovvio interesse personale al mantenimento del loro funzionamento, soluzione che ha del resto strenuamente difeso durante la seconda assemblea dei creditori (cfr. verbale, p. 5 ss.). Se è vero che le sue competenze tecniche possono essere utili alla massa fallimentare, esse lo possono essere anche senza che egli faccia parte della delegazione dei creditori. Una separazione delle competenze gestionali e strategiche appare infatti opportuna, tanto più che il padre di PI 4 è stato membro del consiglio di amministrazione della fallita nonché (fino al giugno 2003) presidente del consiglio di amministrazione della società \_\_\_\_\_. La conferma di PI 4 quale membro della delegazione dei creditori va pertanto annullata. Gli organi della massa fallimentare esamineranno l'opportunità di proporla o no la sostituzione ai creditori, con il rilievo che la delegazione potrà nel frattempo validamente deliberare nella sua composizione a quattro membri.

#### **E. 5.4**

Il ricorrente ha anche chiesto l'annullamento della deliberazione di nomina della delegazione dei creditori, considerando che la votazione non avrebbe dovuto avvenire in blocco bensì separatamente per ogni candidato. La legge non prescrive quali siano le modalità di designazione della delegazione dei creditori. Esse devono essere definite dall'assemblea dei creditori. Trattandosi di un problema d'opportunità, l'autorità di vigilanza può intervenire solo in caso di modalità manifestamente abusive. Nel caso concreto, si è decisa tacitamente una votazione in blocco conformemente a quanto previsto dall'ordine del giorno. Neppure il rappresentante del ricorrente si è opposto, prima della votazione, a siffatta modalità. È pertanto malvenuto a contestarla solo in questa sede.

#### **E. 6**

Il ricorso va pertanto parzialmente accolto. Non si preleva la tassa di giustizia e non si assegnano indennità (art. 61 cpv. 2 lett. a e 62 cpv. 2 OTLEF). richiamati gli art. 10, 17, 20a, 237, 252, 253 LEF; 61 e 62 OTLEF; pronuncia:

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