

Repubblica e Cantone
Ticino

Il Consiglio di Stato

Dipartimento federale di giustizia e polizia
Bundesrain 20
3003 Berna

Procedura di consultazione concernente la modifica della legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP) (fallimento e concordato)

Gentile signora Consigliera federale,

abbiamo ricevuto il testo di Avamprogetto (AP) relativo alla suindicata procedura; ringraziandovi per l'opportunità riservatoci di esprimere il nostro parere, formuliamo le seguenti considerazioni. Il tema delle procedure fallimentari a connotazione internazionale retto dagli artt. 166 ss LDIP costituisce un argomento assai complesso, implicando una stretta interazione fra sistemi giuridici disparati ed eterogenei fra loro che ha conosciuto negli anni passati una marcata evoluzione successivamente all'adozione delle norme in vigore, segnatamente tramite regolamentazioni tipo adottate a livello internazionale¹.

Malgrado il numero relativamente contenuto delle casistiche annoverate nell'AP e la conseguente scarsa dimestichezza al di fuori della ristretta cerchia degli addetti ai lavori, le relative implicazioni non possono essere ignorate, atteso come le ricadute dal profilo economico possono rivelarsi rilevanti, di guisa che appare da salutare positivamente l'iniziativa di procedere ad un adattamento delle norme odierne. In tal modo si attua la recezione di regole adottate a livello internazionale, il colmataggio di alcune lacune, ispirandosi pure alla recente dottrina relativamente cospicua ed infine si promuove il coordinamento con il diritto estero corrispondente. Notisi al riguardo la presenza nella limitata realtà ticinese di uno studio specifico edito alcuni anni orsono a cura del giudice. C.J., attuale presidente della CEF che attesta l'attenzione attribuita al tema da parte degli organi preposti².

Premessa

Dal profilo metodologico si prende atto che l'AP intende rivedere le succitate disposizioni della LDIP rinunciando ad intraprendere percorsi maggiormente ambiziosi ed impegnativi,

¹ Cfr. UN resolution 52/158 della Commissione delle NU per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL) del 1997; Regolamento CE n.2015/848 del 20.5.2015 relativo alle procedure di insolvenza.

² Charles JAQUES, La reconnaissance et les effets en Suisse d'une faillite ouverte à l'étranger, Bellinzona 2006.

segnatamente il ricorso ad una soluzione convenzionale a livello internazionale o l'adozione di una normativa più esaustiva di carattere globale del diritto di fallimento internazionale, eventualità ritenute non strettamente indispensabili.

Comprendiamo le motivazioni addotte a suffragio di tale scelta, e riteniamo senz'altro prioritario procedere nel modo più celere possibile, privilegiando un miglior coordinamento delle varie procedure tramite un moderno strumento legislativo atto a completare la LDIP su punti oggi poco chiari o lacunosi, in modo da eliminare potenziali ostacoli al riconoscimento di procedure fallimentari estere e che oggigiorno ne rendono più ardua l'attuazione in nome del principio della territorialità. Si giunge così ad eliminare possibili barriere snellendo al contempo un oneroso sistema burocratico ed agevolando l'attuazione degli effetti transfrontalieri oggi sottoposto a condizioni restrittive del riconoscimento, mediante l'estensione dello stesso a fallimenti decretati nel centro degli interessi principali del debitore (noto come "COMI").

Tutto ciò al fine di rendere il sistema vigente meno macchinoso, istituendo l'eventualità di prescindere da formalità ritenute superate o inutili.

Si annota di transenna come il progetto presenti varie disposizioni che nella prassi già sono state applicate dalla giurisprudenza cantonale o perlomeno auspiccate dalla stessa e dalla dottrina.

In generale pertanto le modifiche proposte meritano approvazione, con le seguenti precisazioni³.

1. Soppressione dell'esigenza di reciprocità

Va senz'altro accolta favorevolmente la soppressione dell'esigenza di reciprocità, perché porta a una semplificazione della procedura, di per sé già gravosa; i presupposti, oltre a quello della reciprocità, non sono infatti meno di sette⁴.

Fra altro non sempre appare immediato dedurre l'esistenza di tale requisito, spingendo talora i richiedenti a ricorrere alla consulenza dell'Istituto di diritto privato comparato a Losanna.

2. Competenza indiretta al foro del centro degli interessi principali del fallito

Il nuovo art. 166 cpv. 1 lett. c n. 2 proposto dal Consiglio federale non è del tutto una novità per il Ticino, perché la regola è già stata applicata in via giurisprudenziale dal tribunale cantonale. In effetti, con un'interpretazione fondata su una riduzione teleologica del testo dell'art. 166 cpv. 1 LDIP, la CEF ha ammesso la competenza indiretta delle autorità italiane in due fallimenti aperti in Italia contro due società del gruppo Parmalat la cui sede statutaria era situata nei Paesi Bassi, considerando come sede il centro dei loro interessi principali (il noto "COMI" nel senso dell'art. 3 del Regolamento europeo sull'insolvenza), così da evitare la situazione claudicante che sarebbe risultata ove non fosse stata ammessa la competenza indiretta italiana, per contro riconosciuta nei Paesi Bassi⁵.

La codificazione di questa regola risponde comunque all'esigenza di sicurezza del diritto. Tuttavia, non pare opportuno escludere la competenza indiretta dell'autorità estera che ha dichiarato il fallimento al foro del centro degli interessi principali della società debitrice (il problema non si pone per le persone fisiche, il cui domicilio coincide sempre con il centro dei loro interessi principali) anche qualora la sede statutaria si trova in Svizzera: sussiste infatti il rischio di un conflitto di competenze negativo ove nessun creditore chieda l'apertura del fallimento in Svizzera,

³ Le considerazioni seguenti riprendono in larga misura quelle espresse da parte della Camera esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello cantonale (CEF) in merito all'Avamprogetto.

⁴ Charles JAQUES, La reconnaissance et les effets en Suisse d'une faillite ouverte à l'étranger, pag. 45; ad es. sentenza della Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello [CEF] 14.2006.123 del 22 novembre 2007, consid. 4, in un caso in cui la Camera ha ammesso che il diritto delle Isole Vergini Britanniche offre reciprocità.

⁵ JAQUES, op. cit., pag. 37 ss; ad 4.

segnatamente quando il valore dei beni localizzati in Svizzera è esiguo. Gli interessi dei creditori chirografari con domicilio o sede in Svizzera sono del resto sufficientemente protetti tramite l'obbligo di riconoscimento della graduatoria straniera posto all'art. 173 cpv. 2-3 LDIP⁶. Si propone quindi la seguente modifica:

Art. 166 cpv. 1 lett. c n. 2

nello Stato nel quale era situato il centro degli interessi principali del debito

3. Estensione al debitore della facoltà di chiedere il riconoscimento in Svizzera di un fallimento estero

La questione della legittimazione attiva del debitore è controversa⁷. Il rapporto esplicativo è restrittivo quanto alla nozione di "debitore", limitandola alla figura del "debtor in possession", ovvero al debitore cui è stata conferita una funzione analoga a quella dell'amministratore del fallimento, la concretizzazione di tale nozione essendo lasciata alla giurisprudenza. Il testo del nuovo art. 166 cpv. 1 LDIP parla però genericamente di "debitore". Ci si potrebbe chiedere se non sia opportuno precisare che solo il "debitore debitamente autorizzato" è legittimato a chiedere il riconoscimento.

4. Coordinamento delle procedure ancillari e di fallimento della succursale svizzera (art. 166 cpv. 2)

L'AP prodotto in consultazione si prefigge fra l'altro di introdurre una maggiore armonizzazione fra la procedura ancillare e quella fallimentare creata dal foro della succursale giusta l'art. 50 cpv. 1 LEF, cui l'attuale art. 166 cpv. 2 LDIP conferisce priorità, favorendo innegabilmente i creditori della succursale sui beni della medesima rispetto agli altri creditori. La precedenza della procedura ancillare introdotta dall'AP rispetto alla procedura di fallimento della succursale è conforme al carattere generale e collettivo del fallimento e all'assenza di personalità propria della succursale. Il diniego di privilegiare i creditori chirografari della succursale corrisponde al principio fondamentale della parità di trattamento dei creditori (art. 220 LEF). La situazione vigente oggi favorisce senza motivo i creditori della succursale rispetto ai creditori (svizzeri ed esteri) della società in generale⁸.

La nuova normativa avrà per effetto pratico di rinviare una parte dei creditori della succursale alla procedura fallimentare generale aperta all'estero, qualora l'istanza di riconoscimento del decreto di fallimento straniero sia stata presentata prima, restando impregiudicata per alcuni dei creditori privilegiati, segnatamente quelli domiciliati in Svizzera, la facoltà di avvalersi dei loro diritti in sede di procedura ancillare secondo l'art. 172 LDIP. Per gli altri permane riservata una verifica relativa alla parità di trattamento garantita nell'ambito del riconoscimento della graduatoria estera giusta l'art. 173 cpv. 3 LDIP.

5. Inizio degli effetti (tipici) del riconoscimento in Svizzera del fallimento estero (art. 170 cpv. 2)

È controversa la questione di sapere da quale momento iniziano gli effetti tipici del fallimento estero riconosciuto in Svizzera. Dal testo dell'art. 170 cpv. 1 LDIP il momento determinante appare essere quello dell'emanazione della decisione di riconoscimento mentre secondo l'art. 170 cpv. 2 LDIP, applicabile però solo ai termini (come il termine di 6 mesi per il privilegio dei crediti del lavoratore giusta l'art. 219 cpv. 4 Prima classe lett. a LEF), il momento tipico è quello della pubblicazione della decisione di riconoscimento. Per coerenza con la regola applicabile in diritto interno (art. 175 cpv. 1 LEF), sia gli effetti che i termini (tranne quelli in materia revocatoria, cfr.

⁶ JAQUES, op. cit., pagg. 39-40 ad 5, con rinvii.

⁷ JAQUES, op. cit., pag. 36.

⁸ Decisione della CEF 14.2004. del 24 settembre 2004, consid. 1).

art. 171 cpv. 1 nLDIP) dovrebbero decorrere dall'emanazione della sentenza di riconoscimento⁹. Il testo dell'art. 170 cpv. 2 LDIP andrebbe quindi modificato come segue:

Art. 170 cpv. 2 (nuovo)

2 Gli effetti e i termini giusta il diritto svizzero decorrono dal momento indicato nella decisione di riconoscimento. È fatto salvo l'art. 171 cpv. 1.

6. Impugnabilità della graduatoria: proposta di abrogazione dell'art. 172 cpv. 2 LDIP

L'art. 172 cpv. 2 LDIP attuale è lesivo del diritto costituzionale dei creditori chirografari di essere sentiti su una decisione che tocca i loro interessi¹⁰. Andrebbe abrogata.

Art. 172 cpv. 2

2 [abrogato]

7. Rinuncia alla procedura ancillare

Anche il nuovo art. 174a cpv. 1 proposto dal Consiglio federale non costituisce una novità per il Ticino, perché la regola che esprime è già stata formulata in via giurisprudenziale dal tribunale cantonale. La CEF ammette infatti già da tempo la rinuncia alla procedura ancillare (o meglio al deposito della graduatoria e alla realizzazione dei beni situati in Svizzera) nei casi in cui nessun creditore domiciliato in Svizzera si è annunciato¹¹.

Va però segnalato che, secondo la giurisprudenza cantonale, è possibile rinunciare anche alla procedura di riconoscimento della graduatoria straniera (giusta l'art. 173 cpv. 2-3 LDIP), quando dovesse risultare dalle dichiarazioni dell'amministrazione estera del fallimento principale e dall'assenza di reazione alla pubblicazione editale della domanda di consegna in natura a detta amministrazione dei beni del fallito situati in Svizzera che nessun creditore con domicilio o sede in Svizzera fa valere pretese contro il fallito¹². Per economia di procedura e di costi, in alcuni casi di procedure ancillari aperte in Ticino si è addirittura integrato nella pubblicazione dell'invito ai creditori privilegiati a insinuare i propri diritti nella graduatoria nel senso dell'art. 172 LDIP, un analogo invito ai creditori chirografari con domicilio o sede in Svizzera ad annunciare i propri diritti in vista dell'eventuale successiva procedura di riconoscimento della graduatoria estera, con l'avvertenza che in caso di silenzio si sarebbe rinunciato alla procedura di riconoscimento della graduatoria estera. Nel segno di un alleggerimento dei costi e di una semplificazione della procedura, si propone di modificare gli art. 173 cpv. 2 e 174a cpv. 1 così come segue:

Art. 173 cpv. 2

2 Il saldo può essere messo a disposizione soltanto se la graduatoria straniera è stata riconosciuta, salvo che non si sia annunciato alcun creditore della terza classe giusta l'articolo 219 capoverso 4 della legge federale sull'esecuzione e sul fallimento, domiciliato in Svizzera.

Art. 174a cpv. 1

1 Se non si è annunciato alcun creditore secondo l'articolo 172 capoverso 1, ad istanza dell'amministrazione straniera del fallimento si può rinunciare a eseguire una procedura ancillare e mettere il patrimonio situato in Svizzera a disposizione della massa straniera del fallimento previo riconoscimento della graduatoria estera alle condizioni stabilite all'art. 173 capoversi 2 e 3.

⁹ JAQUES, pag. 62 ad 3, con rinvii.

¹⁰ JAQUES, op. cit., pag. 71 ad h).

¹¹ Sentenze della CEF 14.2004.27 del 20 dicembre 2004 consid. 3 e RtiD 2005 II 795 n. 94c.

¹² Sentenze della CEF 14.2009.46 dell'8 marzo 2010, consid. 3 e 14.2010.7 del 25 febbraio 2010.

Il tribunale verifica in particolare se nella procedura estera si tiene adeguatamente conto dei crediti dei creditori domiciliati in Svizzera. Questi creditori devono essere sentiti.

Per quanto attiene le successive proposte di modifica, segnatamente in tema di competenze dell'amministrazione del fallimento (art. 174a cpv. 2) delle quali viene prevista un'estensione limitatamente a quanto rientra nel novero degli atti di diritto privato, ciò rappresenta un corollario a quanto predisposto in precedenza e va pertanto approvato.

Anche le disposizioni attinenti la cooperazione e al coordinamento (art. 174b), al riconoscimento di decisioni su azioni revocatorie e decisioni analoghe (art. 174 c) nonché in tema di crediti oggetto di liti pendenti (art. 244a LEF) non richiedono particolari commenti e incontrano il nostro favore.

8. Abrogazione formale dei Trattati con la Corona di Wurttemberg, il Regno di Baviera e il Regno di Sassonia.

Il campo territoriale (rispettivamente Bezirk des Oberlandesgericht Stuttgart, lo Staatsgebiet des Freistaats Bayern e [controverso] il Land di Sassonia) e materiale di questi trattati è limitato e incerto¹³ (L'unica volta in cui l'applicazione di uno di quei trattati – quello del 1834 con il Regno di Baviera – si è concretamente posta¹⁴), la CEF ha in fin dei conti lasciata aperta la questione di sapere se non sia inapplicabile (e ciò già dalla costituzione dello Stato federale tedesco alla fine della seconda guerra mondiale) per il fatto che il Land di Baviera non ha adottato una legge di applicazione sulla cittadinanza bavarese (prevista dalla costituzione della Baviera), soluzione che pare tuttavia contraddire il principio dell'art. 42 cpv. 2 CV o se, visto il principio di parità di diritti e di doveri di cui alle costituzioni federale e bavarese, il trattato si applica ora ad ogni procedura d'insolvenza decretata in Baviera nei confronti di un cittadino tedesco (limitatamente ai soli beni mobili). L'istanza di riconoscimento in Svizzera della decisione di fallimento dell'Amtsgericht Kempten allora in esame poteva infatti essere accolta in base agli art. 166 segg. LDIP, norme che peraltro disciplinano anche, contrariamente ai Trattati, la procedura da seguire in Svizzera. L'abrogazione formale di questi trattati appare quindi auspicabile

Ringraziando anticipatamente per l'attenzione che sarà rivolta alle nostre osservazioni, vogliate gradire, l'espressione della nostra stima

Il Presidente:

N. Gobbi

PER IL CONSIGLIO DI STATO

Il Cancelliere:

G. Gianella

Copia p.c. a:

- Dipartimento delle istituzioni (di-dir@ti.ch);
- Segreteria generale del Dipartimento delle istituzioni (di-sg@ti.ch);
- Divisione della giustizia (di-dg@ti.ch);
- Deputazione ticinese alle camere federali (joerg.debernardi@ti.ch; nicolo.parente@ti.ch; renata.gottardi@ti.ch; sara.guerra@ti.ch);
- Pubblicazione in Internet.

¹³ JAQUES, op. cit., pagg. 17-18.

¹⁴ Sentenza CEF 14.2006.111 del 13 luglio 2007, consid. 3.2/b.