

La Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello quale autorità di vigilanza

Circolare n. 41/2024 sul dovere d'astensione (art. 10 LEF)

1. Premesse

- 1.1** In occasione del trattamento di una segnalazione relativa ad alcune registrazioni di atti esecutivi nell'applicativo informatico "THEMIS" di gestione delle procedure dell'Ufficio d'esecuzione effettuate da una funzionaria in relazione con esecuzioni dirette contro il compagno, la Camera ha avuto modo di constatare che diversi funzionari conoscono solo approssimativamente il dovere di astensione secondo l'art. 10 LEF negli affari di persone vicine e che la sua portata è oggetto di apprezzamenti divergenti, in particolare per quanto attiene all'errato convincimento che tale dovere sarebbe limitato agli atti che rientrano nella specifica funzione dell'impiegato, sicché, ad esempio, un cursore dovrebbe astenersi dall'eseguire solo pignoramenti, ma non altri atti esecutivi come l'emissione di avvisi di pignoramento¹.
- 1.2** Scopo della presente Circolare è d'informare i funzionari dell'Ufficio d'esecuzione sul significato e la portata del dovere d'astensione dell'art. 10 LEF e di stabilire la procedura di sostituzione in caso di astensione.

2. Nozione e portata del dovere d'astensione dell'art. 10 LEF

- 2.1** Giusta l'art. 10 cpv. 1 LEF, i funzionari e gli impiegati degli uffici di esecuzione e degli uffici dei fallimenti e i membri dell'autorità di vigilanza **non possono esercitare le loro funzioni:**
- negli affari propri (n. 1), né in quelli
 - del coniuge, del partner registrato o della persona con cui convivono di fatto (n. 2),
 - dei parenti ed affini in linea diretta o, fino al terzo grado, in linea collaterale (n. 2^{bis}),
 - delle persone di cui sono rappresentanti legali, mandatari o impiegati (n. 3) né
 - negli affari in cui possano per altri motivi avere interessi (n. 4).

¹ Sentenza della CEF 15.2023.36 del 4 luglio 2023 consid. 7 e 7.2.2.

- 2.2** Si tratta di un **caso di astensione obbligatoria**, che mira a prevenire i conflitti d'interessi e così a garantire l'imparzialità delle decisioni adottate nelle procedure di esecuzione e fallimenti. L'obbligo di astensione riguarda tutti gli atti eseguiti in adempimento di doveri di servizio. Chi si trova in una delle situazioni elencate all'art. 10 LEF è obbligato ad astenersi spontaneamente².
- 2.3** Chi si trova in una delle situazioni elencate all'art. 10 cpv. 1 LEF deve astenersi in modo generale **da ogni atto ufficiale** (*"Amtshandlung"*), ovvero da ogni atto eseguito nell'adempimento dei propri doveri di servizio. Ciò mira a evitare i conflitti d'interessi anche solo potenziali (come si evince dalla clausola generale dell'art. 10 cpv. 1 n. 4 LEF), ovvero la mera apparenza di prevenzione. Rende anche più chiari ai funzionari i limiti del dovere d'astensione, perché non devono chiedersi se si trovano soggettivamente in un conflitto d'interessi. Ciò presuppone però di principio che il funzionario **goda di un certo potere d'apprezzamento**, ciò che non è il caso per il semplice invio di atti emessi da altri o l'accettazione di un pagamento (art. 12 LEF) ed è molto limitato per quanto attiene all'emissione dei precetti esecutivi³, fatte salve circostanze particolari nel senso dell'art. 10 cpv. 1 lett. d LEF (sotto ad 2.8).
- 2.4** Per **"affari propri" (n. 1)** s'intendono le procedure esecutive in cui il funzionario è parte (creditore o debitore) oppure terza parte (terzo detentore o proprietario dei beni pignorati o del pegno da realizzare, terzo rivendicante, ecc.)⁴. L'obbligo di astensione si estende agli affari propri di persone di cui il funzionario è il **rappresentante legale** (curatore o tutore)⁵, il **mandatario** (rappresentante convenzionale, incaricato di un mandato precauzionale⁶, procuratore od organo della persona giuridica interessata di diritto privato o pubblico⁷) o l'**impiegato (n. 3)**.

Un **caso particolare** di "affare proprio" è il **negozio giuridico per proprio conto** (anche per interposta persona o, peggio, tramite un uomo di paglia) riguardo a un credito posto in esecuzione o insinuato in un fallimento, oppure a un bene (mobile, immobile o credito) da realizzare in via coatta, che il funzionario se lo aggiudichi in un'asta pubblica, nel quadro di una licitazione privata o a trattative private. I negozi giuridici fatti in violazione di tale divieto sono **nulli (art. 11 LEF)**, anche se nel frattempo la procedura è stata chiusa⁸ e anche se il funzionario si è ricusato⁹. Il divieto concerne però solo i beni che al momento della conclusione del negozio erano pignorati, oggetto di un'esecuzione in via di realizzazione di pegno oppure inventariati

² Citata 15.2023.36 [nota 1], consid. 6.

³ Citata 15.2023.36 [nota 1], consid. 7.

⁴ Möckli in: SchKG, Kurzkomentar, 2^a ed. 2014, n. 4 ad art. 10 LEF; DALLÈVES in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, n. 6 ad art. 10 LEF; per PETER (in: Basler Kommentar, SchKG I, 3^a ed. 2021, n. 6 e 12 ad art. 10 LEF), la situazione del terzo andrebbe esaminata dal profilo della clausola generale dell'art. 10 cpv. 1 n. 4 LEF, ma siccome il terzo interessato è una parte dal profilo procedurale la tesi degli altri autori pare più convincente, anche se dal punto di vista pratico cambia poco.

⁵ Art. 400, 327c o CC.

⁶ Art. 360 segg. CC.

⁷ DTF 99 III 46.

⁸ DTF 112 III 67 consid. 3.

⁹ GILLIÉRON, Commentaire de la LP, vol. I, 1999, n. 10 ad art. 11 LEF.

in un fallimento. Il funzionario che ha acquistato un diritto reale limitato su un fondo prima dell'avvio di un procedimento esecutivo e senza riguardo allo stesso è così autorizzato a partecipare all'asta del fondo, se del caso dopo essersi ricusato¹⁰.

- 2.5** Il funzionario deve astenersi anche negli "affari propri" del **coniuge**, del **partner registrato** o del **convivente (n. 2)** e di **certi parenti**, ossia quelli in linea diretta (tra altri: genitori, nonni, figli e abiativi) e, fino al terzo grado, in linea collaterale (2° grado: fratelli/fratellastri e sorelle/sorellastre; 3° grado: zii, zie, nipoti)¹¹ **ed affini** (coniugi o partner registrati dei parenti appena nominati) (**n. 2^{bis}**). Cugini e cugine (4° grado) non sono contemplati¹², ma a dipendenza del grado di vicinanza effettiva il funzionario potrebbe doversi ricusare in base alla clausola generale dell'art. 10 cpv. 1 n. 4 LEF (sotto ad 2.8).
- 2.6** Una relazione di **amicizia o inimicizia** tra un funzionario o impiegato e una parte (o il suo avvocato), come pure contatti regolari nel quadro professionale, non sono un motivo di astensione assoluto secondo l'art. 10 cpv. 1 n. 1-3 LEF, che non cita tali ipotesi. Può tutt'al più ricadere nel caso generico dell'art. 10 cpv. 1 n. 4 LEF, secondo cui i funzionari o impiegati devono astenersi "**negli affari in cui possano per altri motivi avere interessi**". Tale ipotesi è realizzata quando sussistano circostanze idonee a indurre sfiducia nell'imparzialità dell'organo esecutivo. La semplice apparenza oggettiva di prevenzione o di conflitto d'interessi basta per obbligare l'interessato all'astensione senza che sia necessario dimostrarlo. Tuttavia solo dei rapporti di amicizia stretti, concretizzati da incontri frequenti, da rapporti privati o da pratica sportiva regolare sono suscettibili di giustificare una ricusa, non basta per esempio il fatto di dare del tu a una parte¹³.
- 2.7** In sé, e sempre fatte salve eventuali circostanze particolari nel senso dell'art. 10 cpv. 1 n. 4 LEF, il funzionario incaricato di emettere atti esecutivi non è di principio tenuto ad astenersi se il debitore è un **membro della famiglia o il convivente di un collega** con cui lavora il funzionario¹⁴.
- 2.8** L'**art. 10 cpv. 1 lett. d LEF** è una clausola generale che concerne i **conflitti d'interessi** non contemplati nelle cifre da a-c. A differenza di quei casi tipici, in cui la prevenzione è presunta, nel caso generale la prevenzione presuppone una valutazione concreta nel caso specifico e l'**esistenza di circostanze idonee a suscitare timori di parzialità**, la semplice apparenza di prevenzione bastando¹⁵. Ad esempio una prevenzione potrebbe risultare dal fatto che il funzionario è creditore o debitore dell'escusso o dell'escutente, ma tale circostanza non basta in sé, essendo necessari

¹⁰ DTF 31 I 525; GILLIÉRON [nota 9], n. 11 ad art. 11.

¹¹ In linea collaterale il primo grado non esiste (FANKHAUSER in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7^a ed. 2022, n. 10 ad art. 20 CC).

¹² Cfr. FANKHAUSER [nota 4], loc. cit.

¹³ Citata 15.2023.36 [nota 1], consid. 9.4-9.4.3.

¹⁴ Citata 15.2023.36 [nota 1], consid. 9.4.2.

¹⁵ PETER [nota 4], n. 11 ad art. 10; MÖCKLI [nota 4], n. 8 ad art. 10; DALLÈVES [nota 4], n. 8 ad art. 10.

altri indizi di un interesse proprio particolare nel caso concreto. Il solo fatto che il funzionario sia cliente della banca procedente non è sufficiente¹⁶.

2.9 L'ufficiale tenuto a ricusarsi trasmette immediatamente la domanda al suo supplente e ne avvisa il creditore con lettera semplice (art. 10 cpv. 2 LEF). Sulla sostituzione degli altri funzionari decide l'ufficiale¹⁷ o, in caso di necessità, il suo supplente. Se sia l'ufficiale sia il supplente sono tenuti a ricusarsi, decide l'autorità di vigilanza, che ne va avvisata¹⁸.

3. Istruzioni

3.1 Ogni funzionario dell'Ufficio d'esecuzione (UE) o dei fallimenti (UF) deve astenersi dal compiere atti ufficiali (sopra ad 2.3) – tranne, salvo circostanze particolari, l'emissione di precetti esecutivi e l'invio di atti emessi da altri – nei procedimenti in cui:

- è creditore, debitore o terza parte, oppure rappresentante (in senso lato) o impiegato di una parte (ad 2.4)
- il suo coniuge, partner registrato, convivente, parente (fino alla parentela degli zii, zie e nipoti) o affini (coniugi o partner registrati del parente) è parte al procedimento (ad. 2.5)
- egli ha un interesse nel procedimento che ne potrebbe compromettere l'apparenza d'imparzialità (ad 2.8); in linea di massima, una semplice relazione di amicizia o d'inimicizia tra un funzionario e una parte (o il suo avvocato) non è sufficiente al riguardo (ad 2.6), né il fatto che la parte sia un membro della famiglia o il convivente di un collega con cui lavora il funzionario.

3.2 Ogni funzionario deve in particolare astenersi dal partecipare ad aste pubbliche organizzate dall'Ufficio (UE o UF) per cui lavora o acquisire beni pignorati o inventariati nel quadro di una licitazione privata o di trattative private (n. 2.4).

3.3 Se il funzionario si trova in un caso di astensione (ad 3.1) o nutre dubbi al riguardo, deve comunicarlo all'Ufficiale o, se non è possibile, al suo supplente, che deciderà se sostituirlo e con chi nel procedimento in cui si verifica o è reputato verificarsi un conflitto d'interessi (ad 2.9).

3.4 Se è l'Ufficiale a doversi ricusare, egli trasmette immediatamente la domanda al suo supplente e ne avvisa il creditore con lettera semplice. Qualora sia l'Ufficiale sia i supplenti siano tenuti a ricusarsi, decide l'autorità di vigilanza (ad 2.9).

3.5 Gli Ufficiali, di concerto con l'ispettore della CEF, sono incaricati di procedere alla diffusione e alla presentazione della Circolare a tutti i funzionari del rispettivo Ufficio.

3.6 La presente Circolare entra in vigore con effetto immediato.

¹⁶ PETER [nota 4], n. 13 ad art. 10.

¹⁷ DALLÈVES [nota 4], n. 9 ad art. 10; GILLIÉRON [nota 9], n. 49 ad art. 10 LEF.

¹⁸ PETER [nota 4], n. 16 ad art. 10.

4. Intimazione: – Ufficiale d'esecuzione, Lugano;
– Ufficiale dei fallimenti, Viganello.

Comunicazione: – Sezione di esecuzione e fallimenti, Bellinzona;
– Divisione della Giustizia, Bellinzona.

**Per la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello
quale autorità di vigilanza**

Il presidente

L'ispettore