

Repubblica e Cantone
Ticino

Il Consiglio di Stato

Ufficio federale di giustizia
Settore Diritto e procedura civili
3003 Berna

Procedura di consultazione concernente la revisione della legge federale sulla esecuzione e sul fallimento (LEF): procedura di risanamento

Gentili signore,
egregi signori,

abbiamo ricevuto la lettera del 4 febbraio 2009 del Dipartimento federale di giustizia e polizia e Vi ringraziamo per l'opportunità concessa di formulare le nostre osservazioni.

Nell'insieme, condividiamo l'avamprogetto di modificazione della legge federale sulla esecuzione e sul fallimento (LEF).

L'avamprogetto rinuncia a estendere a tutte le forme di società le norme sull'avviso obbligatorio di insolvenza. Se da un lato comprendiamo le ragioni di opportunità a sostegno della proposta, dall'altro reputiamo che in tal modo si perda l'occasione per sottoporre al medesimo disciplinamento le ditte individuali e le società di persone iscritte nel registro di commercio. Il principio della parità di trattamento, pur considerando le diverse esigenze per i vari tipi di società, non è rispettato.

Riguardo alle importanti innovazioni prospettate per quanto riguarda i procedimenti concordatari, rileviamo che si è tra l'altro proposto di non procedere alla pubblicazione della moratoria provvisoria (art. 293c AP-LEF; rapporto, pag. 9 ad 1.3). Pur comprendendo i motivi che hanno spinto gli esperti a un passo del genere (salvaguardia della fiducia del pubblico nell'impresa interessata), la soluzione proposta nell'avamprogetto non è del tutto convincente. Scopo della moratoria, sia provvisoria che definitiva, è di consentire il risanamento dell'impresa, previo tuttavia il rispetto dei diritti dei creditori, tra cui quello di sapere fino a che punto essi hanno a che fare con un soggetto confrontato con problemi di solvibilità; solvibilità che anche la moratoria provvisoria, ancorché limitatamente nel tempo, pone sul tavolo della discussione, per cui non si vede perché una circostanza del genere dovrebbe essere sottaciuta agli stessi creditori in nome della buona reputazione della ditta coinvolta. In ogni modo, reputiamo che l'avviso della moratoria provvisoria debba per lo meno essere segnalato agli uffici di esecuzione e fallimenti, in modo da evitare – dandosene il caso – la prosecuzione di eventuali esecuzioni durante la moratoria stessa e i conseguenti ricorsi del debitore all'autorità di vigilanza (rapporto, pag. 10 in alto).

L'articolo 297a AP-LEF prevede poi che nel corso del concordato, con il consenso del commissario, il debitore può disdire in ogni istante, con una scadenza qualsiasi, un rapporto obbligatorio di durata indennizzando la controparte, ritenuto che l'indennizzo è considerato un credito concordatario. Trattasi, come rilevato dalla commissione stessa, di un'innovazione fondamentale, dato che tale diritto straordinario di disdetta costituisce una notevole interferenza nel diritto materiale, poiché permette al debitore di sottrarsi a impegni preesistenti sfavorevoli e indesiderati e dato che l'indennizzo della controparte è considerato un semplice credito del concordato, pertanto soddisfacibile unicamente versando dividendi, con la prospettiva che la controparte debba accettare l'eventualità di subire una perdita se il contratto viene sciolto. Pertanto, secondo gli esperti, la decisione di inserire nella legge una siffatta interferenza nel principio della fedeltà contrattuale va ben ponderata, specie per evitare abusi. In questo senso, sempre secondo i periti, l'esercizio del diritto di disdetta non deve essere riservato esclusivamente al debitore, ma va vincolato anche al consenso del commissario, ma non a quello del giudice del concordato, un'esigenza del genere rischiando di rendere la disdetta più difficile e burocratica (rapporto, pag. 19 ad 3.2). Per finire, il gruppo di esperti ha concluso, nonostante i dubbi emersi, che la proposta va mantenuta, giacché se si vogliono accrescere le prospettive di risanamento, è indispensabile poter disdire in via ordinaria e immediata tali obbligazioni. Trattasi, sempre secondo il collegio, di una condizione irrinunciabile e che costituisce il punto centrale della revisione, poiché in molti casi è l'unico modo per dare avvio a un risanamento (rapporto, loc. cit). Ora, un'interferenza così come prospettata dall'articolo 297a AP-LEF, non è di poco conto, come riconosciuto peraltro dagli esperti stessi. L'esercizio del diritto di disdetta ai sensi della citata norma non dovrebbe essere soltanto vincolato al consenso del commissario, ma anche a quello del giudice del concordato, il vero garante del principio, secondo cui occorre evitare abusi da iniziative del genere. Pertanto, a nostro giudizio, l'articolo 297a AP-LEF deve essere completato con l'aggiunta che al consenso del commissario debba seguire quello del giudice del concordato.

Motivo di particolare riflessione merita, infine, la proposta di introduzione dell'articolo 333b nel codice delle obbligazioni (CO), che la stessa commissione di esperti considera da un punto di vista dogmatico e teorico suscettibile di avvalorare l'impressione che con tale proposta s'intenda indebolire la posizione del lavoratore, dato che in questo modo, contrariamente alla regola generale prevista dall'articolo 333 CO, viene espressamente eluso l'automatismo del trasferimento dei rapporti di lavoro in caso di acquisto di un'azienda durante una moratoria concordataria nel quadro di un fallimento o di un concordato con l'abbandono dell'attivo. In altri termini, in casi del genere i rapporti di lavoro passano all'acquirente con tutti i diritti e gli obblighi che ne risultano se tale trasferimento è stato concordato con l'acquirente ed il lavoratore non vi si oppone, ritenuto in ogni modo che in caso di accordo l'acquirente condivide per lo meno una responsabilità solidale con l'alienante per i crediti insoluti risultanti dai rapporti di lavoro ripresi (rapporto, pag. 21 ad 2.2). Tenuto tuttavia conto dell'insicurezza della giurisprudenza del Tribunale federale sull'applicabilità o meno dell'articolo 333 CO nel quadro della procedura di insolvenza (rapporto, pag. 20 ad 2.1), la proposta commissionale appare tutto sommato sostenibile alla luce anche delle garanzie riconosciute nello specifico contesto ai lavoratori (rapporto, pag. 21 ad 2.2, ultimo periodo, e pag. 21-22 ad 3).

Per quanto riguarda il nuovo articolo 4a AP-LEF sul coordinamento delle procedure, auspichiamo che esso possa contribuire a razionalizzare i vari procedimenti.

Voglia gradire, gentili signore, egregi signori, l'espressione della massima stima.

Il Presidente:

G. Gendotti

Copia p.c. a:

- Divisione della giustizia, Residenza;
- Deputazione ticinese alle Camere federali, Residenza.

PER IL CONSIGLIO DI STATO

Il Cancelliere:

G. Gianella