

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
5P.91/2004 /viz

Sentenza del 24 settembre 2004
Il Corte civile

Composizione
Giudici federali Raselli, presidente,
Escher, Meyer, Hohl, Marazzi,
cancelliere Piatti.

Parti
Sanpaolo IMI SpA,
ricorrente, patrocinata dagli avv.ti Francesco Naef e Claudio Simonetti,

contro

Primarosa Battistella,
opponente, patrocinata dagli avv.ti Rocco Bonzanigo e Angelo Olgiati,
Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello del Cantone Ticino, via Pretorio 16,
6900 Lugano,

Oggetto
art. 9 Cost. (fallimento senza preventiva esecuzione),

ricorso di diritto pubblico contro la sentenza emanata il
4 febbraio 2004 dalla Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello del Cantone Ticino.

Fatti:

A.

A.a Primarosa Battistella è la vedova di fu Nino Rovelli, noto industriale italiano deceduto nel dicembre 1990. Pochi giorni prima del decesso di Nino Rovelli, la Corte di appello di Roma aveva condannato l'Istituto Mobiliare Italiano - IMI SpA (divenuto in seguito a fusione Sanpaolo IMI SpA, la qui ricorrente) a risarcire a lei ed alla Find Srl di Roma (nel frattempo divenuta Eurovalori SpA Milano) l'importo di 500 miliardi di lire italiane (qui di seguito: lit.). A tale titolo, IMI SpA ha pagato nel 1994 l'importo di 980 miliardi di lire italiane. A sua volta, IMI SpA ha convenuto in giudizio nel 1993 il Consorzio bancario SIR SpA in liquidazione (qui di seguito: il Consorzio), chiedendone la condanna a risarcirgli il noto importo di lit. 980 miliardi; il Consorzio ha allora chiamato in garanzia, in via solidale, tanto Primarosa Battistella quanto Find Srl/Eurovalori SpA. Con sentenza di secondo grado del 14 giugno 2001, la Corte di appello di Roma ha accolto la petizione di Sanpaolo IMI SpA, e dichiarato inoltre solidalmente obbligati Primarosa Battistella ed Eurovalori SpA a tenere indenne il Consorzio dal pagamento delle somme citate. In accoglimento dei ricorsi per cassazione interposti da Primarosa Battistella, da Eurovalori SpA e dal Consorzio, la Corte italiana di cassazione ha rinviato alla Corte di appello la causa per nuova decisione.

A.b Le spese legali di prima e seconda istanza italiane, pari a lit. 250 milioni ed accollate a Primarosa Battistella e Eurovalori SpA dalla Corte di appello di Roma in sede di pronuncia 14 giugno 2001, hanno seguito un destino indipendente: limitatamente a quell'importo (poi riconvertito in Euro 109'747), il Pretore di Lugano prima (con sentenza 16 agosto 2002) ed il Tribunale di appello del Cantone Ticino poi (con sentenza 1° luglio 2003) hanno infatti conferito alla sentenza 14 giugno 2001 della Corte di appello di Roma il riconoscimento e l'exequatur giusta la Convenzione di Lugano. Tale importo è stato soluto a fine settembre 2003.

A.c Per completezza, va infine ricordato che Primarosa Battistella ed altre persone sono state condannate penalmente in primo grado a Milano (sentenza 29 aprile 2003) a rilevanti pene detentive, siccome riconosciute colpevoli di aver prezzolato magistrati e pubblici ufficiali dell'amministrazione giudiziaria italiana allo scopo di favorire il fu Rovelli ed eredi nei vari gradi di giudizio del descritto procedimento civile che li ha visti contrapposti ad IMI SpA. Primarosa Battistella e coimputati sono inoltre stati condannati in solido a risarcire a Sanpaolo IMI SpA il danno causato, determinato in Euro 516 milioni. Tale condanna è stata deferita in appello, ed i giudici di seconda sede hanno negato sia

la provvisoria esecuzione che la domanda di condanna ad una provvisoria.

B.

La vertenza ha interessato la magistratura svizzera in due momenti: in primo luogo, nell'ambito della già cennata domanda di delibazione ed exequatur della sentenza di appello italiana del 14 giugno 2001. Come visto (supra, in fatto A.b), tale richiesta è stata accolta dalla giustizia elvetica limitatamente alle spese giudiziarie. Questo aspetto della vertenza non è dunque più di interesse alcuno.

In un secondo momento, Sanpaolo IMI SpA ha introdotto avanti al Pretore di Lugano l'istanza 14 marzo 2003, volta ad ottenere il fallimento senza preventiva esecuzione ex art. 190 LEF di Primarosa Battistella, sostenendo che quest'ultima sarebbe fuggita per sottrarsi alle proprie obbligazioni. L'istanza è stata respinta dal Pretore con decreto 2 dicembre 2003, avendo il primo giudice ritenuto in primis fargli difetto la competenza territoriale, ed inoltre considerato il trasferimento di Primarosa Battistella da Lugano a Biassono, nella casa già dei genitori, a fine 2002 non come fuga ai sensi degli artt. 54 e 190 cpv. 1 cfr. 1 LEF, bensì come normale ritorno nel paese e Stato d'origine.

C.

Sanpaolo IMI SpA è insorta avanti al Tribunale di appello del Cantone Ticino contro la decisione pretorile, adducendo in sostanza che la controparte avrebbe abbandonato il proprio domicilio svizzero lasciando due debiti - il credito del Consorzio, nel frattempo ceduto all'appellante, accertato con la cennata sentenza civile 14 giugno 2001, nonché il risarcimento stabilito in sede penale -, da cui scaturirebbe una presunzione di fuga ai sensi della LEF.

La Corte cantonale, dopo approfondita disamina dei criteri che reggono la dichiarazione di fallimento senza preventiva esecuzione, è giunta alla conclusione che Primarosa Battistella, avendo effettivamente costituito un nuovo domicilio in Italia e ritenuto come tale trasferimento di domicilio non impedisca realmente la promozione in Italia di quelle azioni revocatorie e penali già possibili in Svizzera, non abbia inteso sottrarsi ai propri obblighi. L'istante non essendo allora riuscita a rendere verosimile una fuga di lei ai sensi degli artt. 54 e 190 cpv. 1 cfr. 1 LEF, si è vista respingere il suo appello.

D.

D.a Con ricorso di diritto pubblico datato 3 marzo 2004, Sanpaolo IMI SpA contesta avanti a questo Tribunale federale le conclusioni della Corte cantonale siccome arbitrarie tanto nella loro motivazione quanto nel risultato. A suo giudizio, quest'ultima avrebbe imposto arbitrariamente requisiti inesistenti o comunque eccessivamente restrittivi perché sia realizzato il caso di fallimento senza preventiva esecuzione per fuga, violando manifestamente in tal modo gli artt. 54 e 190 LEF. Inoltre, nel caso di specie vi sarebbe comunque messa in pericolo concreta dei creditori e Primarosa Battistella avrebbe agito dolosamente.

D.b Primarosa Battistella, nella propria risposta 31 marzo 2004, dopo aver esposto i fatti dal suo punto di vista, procede a contestare puntualmente gli argomenti della ricorrente, ribadendo in sunto come il proprio trasferimento in Italia non rappresenti una fuga anche perché non effettuato clandestinamente. Delle dettagliate contestazioni, così come delle dettagliate censure della ricorrente, si dirà, per quanto utile, nei considerandi di diritto.

D.c Il Tribunale di appello, dal canto suo, ha rinunciato a presentare osservazioni.

D.d Con decreto 2 aprile 2004 il presidente della Corte adita ha conferito effetto sospensivo al ricorso.

Diritto:

1.

1.1 Il Tribunale federale esamina d'ufficio e con piena cognizione la ricevibilità di un rimedio di diritto, senza essere vincolato dalle opinioni espresse dalle parti (DTF 130 III 76 consid. 3.2.2 pag. 81 s.; 129 II 453 consid. 2 pag. 456 con rinvii; 129 I 173 consid. 1 pag. 174). Ciò non esime la ricorrente dall'onere di allegare e provare alla Corte gli elementi fattuali indispensabili per la verifica della sua legittimazione (DTF 125 I 173 consid. 1b; da ultimo, sentenza 6P.48/2004 del 17 maggio 2004, consid. 5).

1.2 La decisione di fallimento, rispettivamente la sentenza dell'autorità giudiziaria di ricorso ai sensi dell'art. 174 LEF (norma applicabile al fallimento senza preventiva esecuzione in seguito al rinvio contenuto nell'art. 194 LEF), può fare unicamente l'oggetto di un ricorso di diritto pubblico secondo l'art. 84 cpv. 1 OG (DTF 118 III 4 consid. 1 pag. 5; da ultimo, sentenza 5P.221/2004 del 2 luglio 2004, consid. 1.1). Poiché incontestatamente tempestivo, almeno nell'ottica di queste due premesse di legge il ricorso si appalesa ricevibile. La legittimazione ricorsuale esige, invece, un esame più approfondito (v. consid. 2 qui di seguito).

2.

Come correttamente premesso dalla Corte cantonale (consid. 3.2 pag. 12), i presupposti formulati all'art. 190 cpv. 1 cfr. 1 LEF per ottenere il fallimento senza preventiva esecuzione - che entrano in

linea di conto nella concreta fattispecie - sono due: l'istante deve essere "creditore" ed il debitore deve essere "fuggito per sottrarsi alle sue obbligazioni".

2.1 Essere creditore presuppone titolarità ed esistenza del credito. Mapoiché senza credito la ricorrente non può dirsi lesa nei propri diritti a' sensi dell'art. 88 OG, e pertanto non sarebbe legittimata ad interporre un ricorso di diritto pubblico, titolarità ed esistenza del credito, prima di essere presupposti sostanziali della domanda di fallimento senza esecuzione preventiva, sono condizioni di ricevibilità del ricorso, da esaminarsi d'ufficio.

2.2 La ricorrente ha sempre dato tale presupposto per scontato, da ultimo anche in sede di ricorso di diritto pubblico. Il Tribunale di appello, diversamente da quanto lascia intendere la ricorrente, non ha positivamente ammesso la sua legittimazione: affrontando la questione nell'ottica delle intenzioni dell'opponente al momento di lasciare la Svizzera, esso si è soffermato sul valore indiziario dei crediti vantati dalla ricorrente, evidenziando come essi potrebbero indiziare una fuga unicamente se un'eventuale procedura esecutiva posta in atto per la loro esecuzione forzata fosse stata così concretamente imminente da spingere il debitore a prendere o tentare la fuga. Procedendo in tal modo, il Tribunale di appello ha ritenuto di potersi esimere dal decidere la questione della legittimazione, lasciando semmai sottintendere che i dubbi prevalgono ("anche volendo ammettere che i crediti vantati dall'istante ..."). L'opponente, invece, aveva sollevato esplicitamente il problema in sede cantonale e lo ripropone anche qui.

2.3 Qualsiasi credito suscettibile di essere insinuato nel fallimento autorizza a chiedere il fallimento senza preventiva esecuzione, dunque anche crediti non ancora esigibili (DTF 85 III 146 consid. 3 pag. 152) e crediti sottoposti a condizione, sia essa sospensiva (art. 210 LEF) oppure risolutiva (poiché come tale, la pretesa esiste già al momento del fallimento, v. Jaeger, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, vol. II, 3a ed., Zurigo 1911, n. 2 ad art. 210 LEF; per la situazione, per certi versi analoga, di un'istanza di sequestro a favore di crediti sotto condizione v. DTF 27 II 180 consid. 5 pag. 191 s.).

Nel caso di specie, l'esistenza di pretese della ricorrente nei confronti dell'opponente viene fatta derivare da due sentenze (estere): la prima in ordine di tempo, quella della Corte di appello di Roma del 14 giugno 2001 parzialmente cassata dalla Corte suprema di cassazione con sentenza 16 dicembre 2002, che condanna, tra altri, l'opponente a tenere indenne il Consorzio dei pagamenti fatti alla ricorrente; e la seconda, quella del 29 aprile 2003 del Tribunale ordinario di Milano, che condanna l'opponente al pagamento di un risarcimento di 516 milioni di Euro alla ricorrente (oltre alle spese di lite). La prima sentenza presenta due aspetti problematici: la titolarità, che la ricorrente fa risalire ad una cessione pro solvendo della pretesa del Consorzio contro Find Srl. e l'opponente e che quest'ultima contesta; nonché l'ammontare della pretesa, che dipende dall'importo che il Consorzio riuscisse un giorno a restituire alla ricorrente. Con riferimento alla seconda sentenza, quella penale, la titolarità della pretesa non è in discussione; lo è, invece, l'ammontare, che a detta dell'opponente fa del torto morale riconosciuto alla ricorrente dei punitive o exemplary damages incompatibili con l'ordine pubblico svizzero, rendendo in

tal modo la sentenza milanese non suscettibile di essere riconosciuta ed eseguita in Svizzera. Entrambe le sentenze, oggetto di impugnative solo parzialmente evase, non sono certamente esecutive: tuttavia, il fatto che le pretese con esse eventualmente accertate non siano ancora esigibili non guasta (DTF 85 III 146 consid. 3 pag. 152). Appare, invece, senz'altro ragionevole considerare entrambi i crediti in discussione quali crediti condizionali: scaturisce dagli atti che in sede civile almeno il principio di un obbligo a carico dell'opponente di tenere indenne il Consorzio per gli eventuali pagamenti che esso dovesse effettuare a favore della ricorrente sia ormai accertato. Lo ha riconosciuto anche questo Tribunale, quando sulla domanda di exequatur chiesta dalla ricorrente per la sentenza in oggetto ha ritenuto che alla luce della sentenza di cassazione italiana, il giudizio della Corte di appello di Roma doveva valere non solo quale mero giudizio di accertamento, ma anche di condanna condizionata (sentenza 4P.176/2003 del 26 novembre 2003, consid. 3.2).

L'obbligo risarcitorio stabilito dalla sentenza penale del Tribunale di Milano è ancora più chiaro. Almeno per quanto necessario per ammettere la legittimazione ricorsuale della ricorrente, vista la decisione ex art. 190 LEF come una di quelle volute dal legislatore a tutela di un creditore opposto a debitore che si è dimostrato indegno dei riguardi altrimenti riservatigli (Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs, vol. II, Zurigo 1993, § 38 margin. 5; v. anche Alexander Brunner, Commento basilese, n. 1 ad art. 190 LEF), ciò basta: una disamina più approfondita delle sentenze italiane, con ponderata considerazione delle censure sollevate dall'opponente, si imporrà unicamente se e nella misura in cui ciò dovesse essere necessario per l'esame dei crediti vantati dalla ricorrente in quanto presupposti sostanziali dell'istanza di fallimento senza preventiva esecuzione.

2.4 Pertanto, il ricorso appare ricevibile anche nell'ottica dell'art. 88 OG.

3.

3.1 Giusta l'art. 9 Cost., ognuno ha il diritto di essere trattato senza arbitrio e secondo il principio della buona fede dagli organi dello Stato. Una sentenza è arbitraria non già quando un'altra soluzione

sarebbe sostenibile o addirittura preferibile, bensì quando appaia manifestamente insostenibile, in evidente contrasto con la situazione di fatto, in aperta violazione di una norma o di un indiscusso principio di legge, o ancora in inconciliabile contraddizione con il sentimento della giustizia. Arbitrio è dato solamente quando un giudizio appaia insostenibile non unicamente per la motivazione, bensì anche per l'esito concreto (DTF 128 I 177 consid. 2.1 pag. 182; 127 I 54 consid. 2b pag. 56, con rinvii).

3.2 Nell'ambito del ricorso di diritto pubblico, il Tribunale federale non esamina d'ufficio l'incostituzionalità di un atto cantonale, ma si limita a discutere soltanto censure formulate in modo chiaro ed esauriente nonché, per quanto possibile, dimostrate (art. 90 cpv. 1 lit. b OG; DTF 129 I 113 consid. 2.1 pag. 120, con rinvii; 122 I 70 consid. 1c pag. 73; 110 Ia 1 consid. 2a pag. 3 seg.). Il principio dell'applicazione d'ufficio del diritto non ha spazio nell'ambito del ricorso di diritto pubblico (DTF 130 I 26 consid. 2.1 pag. 31, 125 I 71 consid. 1c pag. 76). Nella misura in cui la ricorrente accusa i giudici cantonali di arbitrio, non basta che essa affermi semplicemente la presunta arbitrarietà della decisione impugnata: in particolare, essa non può accontentarsi di sottoporre la sentenza cantonale ad una semplice critica, come lo farebbe in una procedura di appello, nell'ambito della quale l'istanza ricorsuale esamina liberamente il diritto (DTF 128 I 295 consid. 7a pag. 312, 117 Ia 10 consid. 4b pag. 12; da ultimo sentenza 5P.195/2004 del 23 agosto 2004 consid. 3.1).

4.

Unica questione dibattuta in questo ricorso di diritto pubblico è quella di sapere se la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale di appello abbia arbitrariamente o no ritenuto non date le condizioni per una dichiarazione di fallimento senza preventiva esecuzione nei confronti dell'opponente (supra, consid. 2), in particolare rigettando l'ipotesi, perorata dalla ricorrente, di una fuga di lei ai sensi degli artt. 54 e 190 cpv. 1 cfr. 1 LEF.

5.

Incombe all'istante allegare e provare le circostanze fattuali sulle quali egli fonda la propria istanza (v. Fritzsche/Walder, op. cit., § 38 margin. 6 pag. 89). Ciò solleva la questione dell'intensità della prova.

5.1 Il Tribunale di appello, conducendo un discorso più ampio sull'intensità necessaria per la prova di tutti i presupposti legali per l'apertura del fallimento - ovvero anche della fuga del debitore -, dopo approfondita disamina è giunto alla conclusione che debba bastare un grado accresciuto di verosimiglianza, pari a quello adottato in materia di rigetto dell'opposizione: la tesi del creditore deve apparire più credibile di quella del debitore. La ricorrente, ovviamente, non si oppone a tale lettura. L'opponente, invece, rilevato come la LEF preveda casi specifici ove si procede secondo verosimiglianza, fra i quali tuttavia non appare il fallimento, ne deduce che nel presente contesto si debba richiedere prova piena, seppur sulla scorta dei limitati mezzi di prova ammessi nella procedura sommaria, non valendo il preteso parallelismo con il sequestro, mera misura conservativa e provvisoria. Propone semmai un compromesso: prova piena o verosimiglianza accresciuta per il procedente, semplice verosimiglianza per chi resiste.

5.2 Come appena osservato, solo l'opponente rimette in discussione il grado della prova adottato dall'autorità cantonale. È vero che la parte che è risultata vincente innanzi all'ultima autorità cantonale può criticare nelle proprie osservazioni ad un ricorso di diritto pubblico gli accertamenti e le conclusioni dell'autorità cantonale che le sono sfavorevoli (DTF 115 Ia 27 consid. 4a pag. 30), ma unicamente al fine di evitare che, qualora le censure sollevate dal ricorrente dovessero rivelarsi fondate, la sentenza impugnata venga annullata (Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zurigo 1992, pag. 228, n. 159). Dunque la questione a sapere se si debba esigere prova piena, come preteso dall'opponente, si porrà unicamente qualora in accoglimento delle censure ricorsuali risulti che la Corte cantonale sia caduta nell'arbitrio per non aver ritenuto dati i presupposti legali del fallimento senza preventiva esecuzione sulla base di quella verosimiglianza ritenuta dalla sentenza impugnata e non contestata dalla ricorrente.

6.

Ammessa, almeno quale condizione di ricevibilità del gravame, l'esistenza e la titolarità del credito a favore della ricorrente (supra, consid. 2), si può ora procedere alla verifica dal profilo della verosimiglianza (supra, consid. 5.2) degli altri presupposti richiesti dall'art. 190 LEF.

6.1 Contrariamente a quanto pretende la ricorrente, il potere d'esame del Tribunale federale per tutto quanto segue è limitato all'arbitrio. Il libero potere d'esame al quale fa appello la ricorrente si riferisce unicamente alla cognizione di cui dispone la Camera esecuzione e fallimenti, che decide in ultima istanza sulla determinazione del foro esecutivo giusta gli artt. 46 a 55 LEF (Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Zurigo 1997, n. 7 ad art. 46 LEF) nell'ambito della procedura di ricorso ai sensi dell'art. 19 LEF, per la quale vigono i limiti d'esame previsti per il ricorso per riforma (artt. 63 ss e 82 OG combin.). Per contro, la fuga come tale si stabilisce unicamente in base alle condizioni dell'art. 190 LEF (così, implicitamente, Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, op. cit., n. 2 ad art. 54 LEF, come si evince dal rinvio in parentesi all'art. 190 LEF; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et

la faillite, n. 6 ad art. 54 LEF; fraintendibile, invece, Ernst F. Schmid, Commento basilese, n. 1 ad art. 54 LEF, nella misura in cui lascia supporre l'esistenza di una definizione di fuga autonoma per l'art. 54 LEF). In altre parole, per quanto riguarda

l'ammissione di una fuga del debitore l'art. 54 LEF non solo è funzionale o subordinato all'art. 190 LEF, come rileva l'opponente, ma addirittura non ha portata propria: è dato il foro ex art. 54 LEF solo se sono soddisfatte le condizioni dell'art. 190 LEF.

6.2

6.2.1 Nel merito, la ricorrente censura la conclusione della Corte cantonale, secondo la quale essa non sarebbe riuscita "a rendere verosimile che lo spostamento della debitrice da Lugano a Biassono abbia impedito o eccessivamente complicato il recupero del proprio credito né portato indizi concludenti a dimostrazione della volontà della debitrice di sottrarsi ai propri obblighi". In particolare, essa ritiene manifestamente errata la nozione di fuga adottata dalla Corte cantonale, nella misura in cui questa avrebbe presupposto, "oltre all'elemento oggettivo dell'abbandono da parte del creditore del domicilio svizzero ed a quello soggettivo dell'intenzione di sottrarsi alle proprie obbligazioni, anche l'esistenza di un ulteriore elemento oggettivo identificato nell'esigenza che il comportamento del debitore metta oggettivamente e concretamente in pericolo i diritti del creditore a tal punto da impedire o rendere eccessivamente complicato il recupero del credito così reso illusorio o scoraggiante". Richiama l'art. 84 cpv. 1 lit. a OG per un'arbitraria applicazione dell'art. 190 LEF e, con riferimento all'art. 54 LEF, l'art. 84 cpv. 1 lit. d OG. Quest'ultima norma del diritto esecutivo non ha però in concreto portata propria (supra consid. 6.1), motivo per cui non merita ulteriore disamina.

6.2.2 Secondo la Corte cantonale, la fuga presuppone la riunione di una condizione oggettiva ed una soggettiva, l'abbandono del domicilio (svizzero) rispettivamente l'intenzione del debitore di sottrarsi all'adempimento delle proprie obbligazioni. Dal fatto che un trasloco in Svizzera non configuri fuga, la Corte cantonale ha inoltre dedotto che per costituire valido presupposto di una dichiarazione di fallimento senza preventiva esecuzione, il trasferimento del foro esecutivo all'estero deve pure essere atto a mettere oggettivamente e concretamente in pericolo i diritti dei creditori, "circostanza che non si realizzerebbe se lo spostamento di domicilio non sia stato idoneo ad impedire del tutto ai creditori di far valere i propri diritti né complicato eccessivamente il recupero del loro credito", analogamente a quanto previsto per il fallimento per atti fraudolenti compiuti in pregiudizio dei creditori, pure contemplato all'art. 190 cpv. 1 cfr. 1 LEF. Quale danno ai creditori non bastano semplici aggravamenti della procedura esecutiva: il nuovo foro esecutivo deve piuttosto rendere eccessivamente complicato o lungo il recupero del credito, così da renderlo illusorio e scoraggiante.

6.2.3 Dal canto suo l'opponente, che confuta in maniera più che dettagliata gli elementi di giudizio che la ricorrente apporta a suffragio della propria lettura dei fatti (sui quali argomenti si tornerà, in quanto necessario, più avanti), ovvero dell'ammissione di una fuga di lei, evidenzia preliminarmente un altro aspetto: a suo dire, il concetto di fuga va letto cercando di dargli "un senso conforme a valori e situazioni odierni", e non riprendendo materiali legislativi, fonti giurisprudenziali e dottrinali risalenti alla fine del XIX secolo, quando fu messa in vigore la LEF. In appoggio alla sentenza impugnata, sostiene inoltre che esigere l'applicazione di criteri più restrittivi per ammettere latitanza, fuga e trafugamento di beni nei casi dell'art. 190 LEF rispetto ai casi ex art. 271 LEF sia perfettamente conforme alla differenza oggettiva delle situazioni di fallimento senza preventiva esecuzione rispettivamente di sequestro.

6.3 Nella sentenza impugnata, la Corte cantonale ha definito quale presupposto oggettivo supplementare, per rapporto a quanto richiesto dalle correnti giurisprudenza e dottrina, quello secondo il quale il trasferimento del foro esecutivo all'estero deve pure essere atto a mettere oggettivamente e concretamente in pericolo i diritti dei creditori. Nella sua critica, pure la ricorrente vede tale presupposto come un criterio supplementare. Un suo esame diverrebbe superfluo qualora dovessero essere negati gli ulteriori requisiti (ontologici) della fuga.

Diversamente da quanto avvenuto nella sentenza impugnata e nel ricorso, la questione verrà semmai affrontata in coda all'esame puntuale dei criteri della fuga, e solo qualora una fuga sarà stata ammessa. Solo in tale evenienza si porrà la necessità di decidere se l'argomento proposto dal Tribunale di appello sia nuovo e giustificato di ammettere nuove allegazioni in fatto ed in diritto. In ogni caso, nuove allegazioni e nuove prove sarebbero al più ammissibili unicamente con riferimento all'esame di questo requisito (supplementare): la discussione dei presupposti ontologici della fuga sarà condotta qui di seguito nell'esclusiva ottica dell'arbitrio e del divieto di nova, caratteristico del ricorso di diritto pubblico.

7.

7.1 Per definire il concetto di fuga riportato al considerando precedente, la Corte cantonale si è riferita alla tesi di Werner Baumann (Die Konkursöffnung nach dem SchKG, Zurigo 1979). Per il resto, la dottrina non dedica soverchia attenzione al concetto di fuga, limitandosi piuttosto ad enunciare singoli criteri di giudizio puntualmente rilevanti. Amonn/Walther (Grundriss des Schuldbetreibungs- und

Konkursrechts, 6a ed. Berna 2003, § 38 margin. 7), ad esempio, si limitano a restringere tale (non definito) concetto ad un trasferimento all'estero; pure Pierre-Robert Gilliéron (op. cit., n. 15 ad art. 190 LEF) non definisce positivamente in cosa consista la fuga, limitandosi a precisare che un semplice trasferimento di domicilio, in Svizzera ma anche all'estero, non basta, se non accompagnato da indizi che tale trasferimento sia stato posto in atto al fine di ledere gli interessi dei creditori (loc. cit., n. 16 con esempi dalla giurisprudenza). Anche Jaeger/Walder/Kull/ Kottman si limitano a discutere dettagli, segnatamente la portata di un trasferimento del luogo di residenza solo temporaneo (op. cit., n. 10 ad art. 190 LEF, con rinvio a n. 4 ad art. 53 LEF). Appena più loquaci Fritzsche/Walder, che derivano la fuga

dall'impossibilità, per il creditore, di reperire un qualsiasi luogo di domicilio o di residenza, tanto in Svizzera quanto all'estero; salvo poi precisare che anche il debitore con domicilio noto possa essere visto come fuggitivo, qualora sulla scorta di indizi si debba ammettere che abbia trasferito il domicilio al fine di rendere ai propri creditori impossibile o almeno più difficoltoso tutelare i loro diritti (op. cit., § 38 margin. 6 pag. 87 s.). Alexander Brunner (op. cit., n. 5 ad art. 190 LEF) e Pierre-Robert Gilliéron (op. cit., n. 42 ad art. 271 LEF), come pure, quand'anche implicitamente, Jaeger/Walder/Kull/Kottman (op. cit., n. 10 ad art. 190 LEF), danno per scontato che il concetto di fuga dell'art. 190 LEF sia identico a quello del sequestro ex art. 271 LEF; ma ciò non aiuta oltre nella definizione della fuga, in quanto anche in quel contesto i medesimi autori evitano di definire la fuga, limitandosi a rinviare a quanto detto agli artt. 54 e 190 LEF (v. Jaeger/Walder/Kull/Kottman, op. cit., n. 26 ad art. 271 LEF) oppure ad estrapolare dalla giurisprudenza singoli casi che possano aiutare a delimitare cosa si intenda per fuga (Pierre-Robert Gilliéron, op. cit., n. 43 ad art. 271 LEF).

7.2

7.2.1 Non è agevole definire in termini positivi il concetto di "fuga", poiché essa si definisce attraverso il confronto ed una compenetrazione vicendevole e dinamica delle sue componenti ontologiche: l'abbandono di un luogo; lo scopo, consistente nell'eludere, sottrarsi a o rifuggire da una situazione ostile; infine, le particolari modalità di comportamento, caratterizzato dalla massima celerità e/o segretezza e/o assenza di pianificazione (Nicola Zingarelli, *Il nuovo Zingarelli, vocabolario della lingua italiana*, a cura di Miro Dogliotti e Luigi Rosiello, 11a ed. Bologna 1983, pag. 774; Giacomo Devoto/Gian Carlo Oli, *Il dizionario della lingua italiana*, ed. 2002-2003, Firenze 2002, pag. 868). Non ogni abbandono di un luogo, ma soltanto quello finalizzato allo sfuggire ad una situazione ostile soddisfa questa definizione. Nel contesto del diritto esecutivo svizzero, la situazione ostile consiste nell'essere il debitore confrontato con l'imminente possibilità di un'esecuzione forzata in Svizzera. Da qui, dottrina e giurisprudenza fanno discendere come un trasloco in Svizzera non potrà mai configurare una fuga (DTF 33 I 442 consid. 3 pag. 445, con rinvio a Jaeger, op. cit.). L'intenzione soggettiva del debitore al momento di

trasferirsi altrove in Svizzera è del tutto irrilevante: anche se intrapreso con lo scopo tipico della fuga, un trasferimento all'interno del medesimo Paese non appare atto a creare difficoltà di rilievo per il creditore. Ciò prova che risiede intrinseca nel concetto medesimo di fuga l'idea della sua idoneità a raggiungere lo scopo prefissato - nel contesto del diritto esecutivo, quello di sfuggire ai propri creditori.

7.2.2 Accertato in tal modo che un trasferimento all'interno della Svizzera non può configurare una fuga, la Corte cantonale ne deduce che dal profilo oggettivo il debitore debba necessariamente spostare il proprio domicilio all'estero.

Senonché un trasferimento all'estero non equivale eo ipso ad una fuga. Così, secondo una sentenza della Corte di cassazione del Cantone Zurigo (Kassationsgericht Zürich, sentenza 6 luglio 1954, in: SJZ 51 [1955] n. 176 pag. 348; riproposta da Fritzsche/Walder, op. cit. § 38 margin. 6 pag. 88) non è arbitrario negare la connotazione di fuga ad un trasferimento all'estero in luogo noto ai creditori. Per contro, il trasferimento in un luogo di soggiorno o addirittura la presa di un nuovo domicilio all'estero, seppur noti ai creditori, possono invece giustificare la dichiarazione di fallimento senza preventiva esecuzione, se accompagnati da indizi che il trasferimento sia stato posto in atto al fine di ledere gli interessi dei creditori (Pierre-Robert Gilliéron, op. cit., n. 16 ad art. 190 LEF, con esempi; Fritzsche/Walder, op. cit., § 38 margin. 6 pag. 87 s., con esempio in nota 6; supra, consid. 7.1) e tale intendimento si sia manifestato nel modo in cui è stato trasferito il domicilio (Fritzsche/Walder, loc. cit.), rispettivamente la fuga sia manifesta (Jaeger, op. cit., n. 1 ad art. 54 LEF). Seppur si basa sull'ammissione di una fuga per giustificare la fuga stessa, il ragionamento è chiaro: il trasferirsi all'estero, e dunque

la rinuncia alla giurisdizione elvetica a favore di una giurisdizione estera, rappresenta di principio comportamento legittimo, se non inficiato dalle intenzioni soggettive del debitore nonché, cumulativamente, dalle modalità del suo agire. Ne discende che, di principio, una giurisdizione esecutiva estera può sostituirsi a quella svizzera, senza che tale fatto, di per sé, trasformi un espatrio in una fuga ai sensi della LEF; il creditore non può far altro che accettare eventuali complicità derivanti dal trasferimento di domicilio, in particolare non può lamentare che gli sia

venuta meno la giurisdizione svizzera.

7.3

7.3.1 Già si è accennato che fuga è l'abbandono di un luogo allo scopo di sottrarsi alle proprie obbligazioni. L'abbandono del domicilio precedente non crea soverchie difficoltà, almeno nel caso concreto in cui vi è formale presa di domicilio in un nuovo luogo, e dunque cambiamento di luogo radicale e - di principio - a tempo indeterminato.

7.3.2 Più ostico è definire lo scopo. Quello dello scopo perseguito dal debitore è un criterio squisitamente soggettivo, che sfugge per definizione ad ogni e qualsiasi dimostrazione diretta. Per questa ragione, la dottrina considera unanimemente come l'intenzione del debitore debba essere dedotta da indizi (Jaeger, op. cit., n. 9 ad art. 271 LEF; Jaeger/ Walder/Kull/Kottmann, op. cit., n. 25 ad art. 271 LEF; Fritzsche/Walder, op. cit., § 38 margin. 6 pag. 88) quali le modalità della trasferta, avvenuta magari senza lasciare indirizzo, la mancata costituzione di un nuovo domicilio fisso, l'aver disposto in modo inusuale dei propri attivi (Fritzsche/Walder, op. cit., § 38 margin. 6 pag. 88; Pierre-Robert Gilliéron, op. cit., n. 16 ad art. 190 LEF; KG ZH in SJZ 1955, cit.).

7.3.3 Rientra fra questi indizi la scelta del nuovo luogo di residenza. Così, la trasferta in un Paese la cui legislazione esecutiva renda particolarmente ostico il recupero del credito potrà essere letta senza arbitrio (nel senso di una *praesumptio hominis*) quale indizio di fuga, recuperando attraverso questa finzione il criterio dell'idoneità oggettiva a sfuggire ai propri obblighi. Viceversa, la scelta di un nuovo luogo di residenza ove vengano regolate esecutive di serietà paragonabile a quelle del diritto svizzero varrà quale indizio contro l'ipotesi di una fuga.

Più in generale, la scelta di una nuova residenza che ben si inserisce nel vissuto del debitore - a valere come indizio positivo di una motivazione che nulla ha a che vedere con eventuali debiti - dovrà essere accettata senza soverchio riguardo alle eventuali difficoltà che essa comporti per i suoi creditori.

7.3.4 Ora, il debitore che lascia la Svizzera per rientrare nel proprio Paese d'origine, al contempo Stato nel quale ha sede il creditore procedente e Stato avanti alla cui giurisdizione sono pendenti le procedure giudiziarie preposte a far chiarezza sull'effettiva sussistenza dei crediti posti alla base della presente procedura, per definizione non si allontana, bensì si avvicina al proprio creditore. Che quest'ultimo abbia, per un certo lasso di tempo, potuto beneficiare di una giurisdizione particolare non implica che tale situazione debba perpetuarsi. È, altrimenti, ab initio insostenibile l'assunto di partenza della ricorrente: essa non dispone di alcun aprioristico diritto di perpetuazione del foro esecutivo dell'opponente in Svizzera, per il solo fatto che quest'ultima ha in passato risieduto in questo Paese, e non può lamentarsi che la sua partenza complicherebbe la procedura di recupero per il creditore. È vero che la procedura esecutiva si complica, ma soltanto quella svizzera: non è tuttavia lecito capovolgere i termini della questione e fare capo a questo argomento per dedurre un foro, tanto più che con il suo trasferimento in Italia, l'opponente ha reso più agevoli le procedure esecutive previste da quell'ordinamento

giudiziario. Né è argomento di pregio alcuno il fatto che l'esecuzione forzata in Italia sia inefficace, tanto in astratto quanto in concreto: se considerazioni di opportunità giuridica possono alimentare il forum shopping, esse non possono certo fondare una giurisdizione che altrimenti non sussiste (più).

7.4 Applicando i concetti appena esposti al caso di specie, si deve concludere che la scelta dell'opponente di trasferire il proprio domicilio in Italia, per di più al paese natale, costituisce indizio talmente forte contro l'ipotesi di una sua fuga, che da solo basterebbe per non ritenere arbitraria una reiezione dell'istanza. L'indizio è di particolare peso per due ragioni: in primo luogo, poiché tale sua scelta si sposa in modo naturale con il suo vissuto. Secondariamente, poiché in nessun caso la presa di domicilio in Italia le permetterebbe di sottrarsi genericamente alle proprie obbligazioni; con il suo ritorno a Biassono viene sì a cadere la giurisdizione esecutiva elvetica, ma ad essa si sostituisce una giurisdizione esecutiva equivalente, seppur di contenuti assai diversi, anzi una giurisdizione più vicina tanto alla presunta debitrice quanto alla presunta creditrice, in quanto quella del loro luogo di domicilio rispettivamente sede, ed inoltre quella davanti alla quale sono pendenti le vertenze giudiziarie preposte al chiarimento dei rispettivi diritti e doveri. Anzi: se si pon mente al procedimento penale in corso nei suoi confronti, la giurisdizione italiana (in senso lato) alla quale l'opponente si è volontariamente

sottoposta appare per lei potenzialmente ben più ostile di quella svizzera, in quanto la rende più facilmente oggetto di eventuali misure cautelari - nonché dell'esecuzione di un'eventuale pena - che non se fosse rimasta in Svizzera.

8.

Le critiche mosse dalla ricorrente alla lettura data dalla Corte cantonale alle ulteriori motivazioni soggettive riconosciute all'opponente, esaminate qui, come anticipato, nell'ottica del mero arbitrio e senza tener conto dei numerosi nova proposti dalla ricorrente, non appaiono atte a inficiare la conclusione presa in virtù della scelta del nuovo domicilio.

8.1 La ricorrente non può dedurre a proprio favore alcunché da quelle circostanze che riassume sotto

il titolo: cessione di beni, comportamenti reticenti, tattiche dilatorie ed occultamenti vari. Non si ravvede arbitrio nella conclusione della Corte cantonale, secondo la quale la cessione di una banca ai figli non sia avvenuta in modo dissimulato, e dunque non possa essere vista come operazione in fraudem creditorum, né di peso alcuno appaiono gli argomenti che vi oppone la ricorrente, tratti da fattispecie assai diverse. La mancata partecipazione dell'opponente all'udienza indetta sui provvedimenti conservativi chiesti dalla ricorrente ex art. 39 CL, che quest'ultima interpreta come una sottrazione di lei ai propri obblighi previsti all'art. 91 LEF, è pure fattore privo di rilevanza, atteso che dalla sentenza impugnata emerge come la sua assenza sia stata accompagnata da rimedi di diritto previsti dalla legge. In questo contesto cade nel vuoto la critica della ricorrente, secondo la quale la Corte cantonale avrebbe capovolto l'onere probatorio: inequivocabilmente la Corte cantonale si riferiva all'obbligo della ricorrente di sostanziare perché l'opponente fosse da ritenersi responsabile della propria mancata audizione, e non

all'obbligo di provare che l'opponente non avesse alcuna giustificazione.

8.2 Inconferente è pure la contestazione della ricorrente, secondo la quale l'opponente non avesse alcun altro motivo plausibile di lasciare la Svizzera se non quello di fuggire: a parte il fatto che, come già si è constatato (supra, consid. 7.4), il vissuto dell'opponente spiega in modo convincente la sua decisione di rientrare a Biassono, spetta alla ricorrente dimostrare, quale componente costitutiva del concetto stesso di fuga, che la parte resistente si sia allontanata allo scopo di eludere, sottrarsi a o rifuggire da una situazione ostile. Non essendovi riuscita, qualsiasi altro motivo abbia spinto l'opponente - ma anche la semplice assenza di un qualsivoglia motivo - va preso per buono e sufficiente, senza che da una sua assenza sia lecito dedurre alcunché a favore dell'ipotesi della fuga, come d'altronde ha pertinentemente concluso la Corte cantonale.

8.3 Le particolari modalità poste in atto dal debitore nel trasferire il proprio domicilio, ovvero massima celerità e/o segretezza e/o assenza di pianificazione, sono un'ulteriore caratteristica ontologica del concetto di fuga: qualsiasi partenza che non abbia rispettato almeno uno di questi canoni non costituisce fuga (v. tuttavia Fritzsche/Walder, op. cit., § 38 margin. 6 pag. 88, dopo nota 6; ma gli esempi che gli autori medesimi riportano subito prima bene illustrano proprio alcune fra le più classiche modalità di fuga).

Seppur suggestive, le allegazioni della ricorrente - che da numerosi indizi (l'aver l'opponente ordinato lavori di sistemazione della residenza luganese due mesi prima di lasciare l'abitazione, l'aver ella omesso di avvisare i propri patrocinatori e la figlia prima di lasciare la Svizzera, l'aver ella lasciato un appartamento imballato e semivuoto, e l'aver ella infine omesso di lasciare un recapito) vorrebbe far discendere la prova della natura clandestina della partenza dell'opponente dalla Svizzera - si rivelano essere del tutto inadatte a dimostrare l'assoluta insostenibilità, e dunque l'arbitrarietà (supra, consid. 3.1) delle divergenti conclusioni della Corte cantonale: esse si appalesano di natura meramente appellatoria e sono di conseguenza irricevibili.

8.4 Ovviamente, se il comportamento come tale tenuto dall'opponente non configura fuga, diventa superfluo soffermarsi sull'esistenza o meno di debiti stratosferici a suo carico. Quest'ultimo, infatti, è un indizio atto a consolidare l'ipotesi di fuga per rapporto ad un comportamento che già ne soddisfa, seppur in forma blanda, i requisiti ontologici, ma non può, preso di per sé, trasformare in fuga un comportamento al quale, come nel caso di specie, fa in particolare difetto il requisito dell'intenzione di sottrarsi ai creditori. Ciò detto, la conclusione - nell'esito identica - cui è giunto il Tribunale di appello sulla scorta dell'argomento che il preteso credito della ricorrente contro l'opponente (da quest'ultima contestato nella sua stessa esistenza) scaturente dalla sentenza civile di Roma del 2001 soggiaccia ad una condizione talmente remota da non costituire una minaccia immediata per l'opponente, appare del tutto sostenibile, dunque certamente non arbitraria. E l'obiezione della ricorrente, per cui, se non l'avesse considerata una minaccia, l'opponente non avrebbe impugnato detta sentenza, sfiora il temerario: si impugna, ovviamente, una sentenza perché la si considera errata, non esclusivamente perché se ne temano le

conseguenze, in specie l'esecuzione.

9.

Per le ragioni esposte la conclusione della Corte cantonale, secondo la quale la ricorrente non ha saputo rendere verosimile che l'opponente abbia trasferito il proprio domicilio da Lugano a Biassono nell'intenzione di danneggiare la presunta creditrice qui ricorrente, regge agevolmente alle varie censure d'arbitrio sollevate da quest'ultima. In queste circostanze non occorre pronunciarsi sulle argomentazioni sollevate dall'opponente in relazione all'intensità della prova richiesta dall'autorità cantonale (v. consid. 5.2). Avendo la ricorrente mancato di dimostrare la realizzazione di uno dei presupposti ontologici della fuga, diviene superfluo esaminare in dettaglio sia la sussistenza dei pretesi crediti da lei vantati (questione lasciata aperta supra al consid. 2.3), sia la pertinenza dell'avversato criterio supplementare esatto dalla Corte cantonale, ossia quello per il quale il trasferimento del foro esecutivo all'estero deve essere atto a mettere oggettivamente e concretamente in pericolo i diritti dei creditori (questione lasciata aperta supra al consid. 6.3).

10.

Il ricorso contro la sentenza con la quale la Corte cantonale ha respinto l'istanza di fallimento senza preventiva esecuzione contro l'opponente si rivela, in conclusione, infondato. Esso va pertanto respinto, nella misura in cui non sia già irricevibile. Le spese processuali seguono la soccombenza (art. 156 cpv. 1 OG). La tassa di giustizia è fissata in funzione dell'ampiezza e della difficoltà della causa, del modo di condotta processuale e della situazione finanziaria delle parti (art. 153a cpv. 1 OG). La ricorrente soccombente è inoltre condannata a rifondere alla parte opponente adeguate spese ripetibili della sede federale (art. 159 cpv. 1 OG).

Per questi motivi, il Tribunale federale pronuncia:

1.

Nella misura in cui è ammissibile, il ricorso è respinto.

2.

La tassa di giustizia di fr. 10'000.-- è posta a carico della ricorrente, che rifonderà all'opponente fr. 10'000.-- a titolo di ripetibili della sede federale.

3.

Comunicazione ai patrocinatori delle parti e alla Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello del Cantone Ticino, nonché all'Ufficio di esecuzione e fallimenti di Lugano e alla Pretura del Distretto di Lugano, Sezione 5.

Losanna, 24 settembre 2004

In nome della II Corte civile
del Tribunale federale svizzero

Il presidente: Il cancelliere: