

BGE 121 III 483

Bundesgericht (BGE), 1995-12-21, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_121 III 483](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_121_III_483)

FR: ATF 121 III 483

IT: DTF 121 III 483

Regeste

Regeste Beneficium excussionis realis (Art. 41 Abs. 1 SchKG und Art. 85 Abs. 2 VZG). Wird ein Pfandrecht erst nach der Zustellung des Zahlungsbefehls - und nachdem dieser rechtskräftig geworden ist - begründet, so kann der Schuldner nicht die Einrede des Rechtes auf Vorausverwertung des Pfandes erheben.

Volltext

Urteilkopf 121 III 483 92. Estratto della sentenza 21 dicembre 1995 della Camera delle esecuzioni e dei fallimenti nella causa F contro ditta N S.A. (ricorso LEF) Regeste Beneficium excussionis realis (Art. 41 Abs. 1 SchKG und Art. 85 Abs. 2 VZG). Wird ein Pfandrecht erst nach der Zustellung des Zahlungsbefehls - und nachdem dieser rechtskräftig geworden ist - begründet, so kann der Schuldner nicht die Einrede des Rechtes auf Vorausverwertung des Pfandes erheben. Sachverhalt ab Seite 483 BGE 121 III 483 S. 483 Il 20 giugno 1995 è stato notificato all'ingegnere F un precetto esecutivo (esecuzione ordinaria in via di pignoramento) per un credito della ditta N S.A. di fr. 46'600.- oltre interessi. Questa ha ottenuto il 19 giugno 1995 l'iscrizione provvisoria dell'ipoteca degli imprenditori per lo stesso credito. L'ipoteca legale è poi stata iscritta in via definitiva il 28 settembre 1995. Con atto del 29 settembre 1995 il debitore ha sollevato reclamo, sostenendo che la creditrice era garantita per il suo credito dall'ipoteca iscritta in via definitiva e non poteva far luogo per il credito stesso ad una esecuzione ordinaria in via di pignoramento. Il 2 novembre 1995 la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale di appello del Cantone Ticino ha dichiarato inammissibile il reclamo per tardività. BGE 121 III 483 S. 484 Erwägungen Dai considerandi: 2. Il ricorso solleva la questione di sapere se il debitore possa opporre l'eccezione del beneficio d'escussione reale (art. 41 LEF in relazione con l' art. 85 cpv. 2 RFF ; RS 281.42) allorquando, come in concreto, la costituzione del diritto di pegno (iscrizione in via definitiva dell'ipoteca legale) sia stata posteriore alla notifica del precetto esecutivo. a) La giurisprudenza del Tribunale federale ha sinora lasciato aperta tale questione: nella DTF 59 III 251 consid. 1 perché il debitore stesso ammetteva che la costituzione del pegno era anteriore alla notifica del precetto esecutivo; nella DTF 104 III 9 seg. consid. 3 invece perché il quesito non era decisivo ai fini dell'esito del ricorso. Invero, nella decisione pubblicata in DTF 87 III 50 , la Camera delle esecuzioni e dei fallimenti ha affermato che il creditore che ha promosso un'esecuzione mediante precetto esecutivo per l'esecuzione in via di realizzazione del pegno non può proseguirla in via di pignoramento o di fallimento, anche se - nella domanda di proseguimento dell'esecuzione - dichiara che il diritto di pegno è decaduto. Dal canto suo, la dottrina dominante ritiene che in simile evenienza è esclusa la possibilità d'invocare il beneficio d'escussione reale (FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Vol. 1, pag. 92 n. 8 e pag. 477 n. marginale 12; ZOBL, in BK, Systematischer Teil, n. 624; ed implicitamente FAVRE, Droit des poursuites, pag. 125 in

fondo). Di diverso avviso è invece BRANDT (FJS n. 991, pag. 1) che, facendo riferimento ad una sentenza della Camera di esecuzione e fallimenti di Zurigo (v. ZR 1929, pag. 28 seg., n. 12), afferma che, se il diritto di pegno è stato costituito dopo l'introduzione dell'esecuzione ordinaria ma prima del pignoramento, il debitore può esigere che l'esecuzione sia continuata in via di realizzazione del pegno. Le autorità cantonali non hanno risolto in modo univoco la questione. Oltre alla già citata sentenza dell'autorità di Zurigo, si è pronunciata a favore del debitore l'autorità di Basilea Campagna (v. BLSchK 1982, pag. 222 con nota critica). Di diversa opinione sono invece l'autorità di Basilea Città (v. BLSchK 1968, pag. 180 segg.) e quella di Ginevra (v. BLSchK 1980, pag. 136 segg.). b) Nel caso di specie, risulta dagli accertamenti di fatto contenuti nella sentenza impugnata che il precetto esecutivo è stato intimato al debitore il 20 giugno 1995, mentre il decreto ordinante l'iscrizione provvisoria BGE 121 III 483 S. 485 dell'ipoteca legale reca la data del 19 giugno 1995. A quel momento - diversamente da quanto sembra affermare l'autorità cantonale - l'esecuzione poteva essere promossa unicamente in via ordinaria, atteso che faceva difetto l'esistenza di un diritto di pegno (DTF 58 III 36 segg.), né si poteva pretendere dal creditore di attendere l'iscrizione definitiva dell'ipoteca legale per promuovere l'esecuzione in via di realizzazione del pegno. Fatti questi rilievi, ed accertato in particolare che l'esecuzione è stata correttamente promossa in via ordinaria, rimane da vagliare se il debitore possa appellarsi posteriormente al beneficio d'escussione reale, ossia una volta trascorso il termine di dieci giorni (art. 85 cpv. 2 RFF) per contestare l'esecuzione in via ordinaria, e chiedere l'annullamento di un precetto esecutivo passato in giudicato risp. di tutta la procedura di esecuzione. A tale quesito deve essere data risposta negativa. In effetti, come rileva a ragione la dottrina dominante (v. segnatamente FRITZSCHE/WALDER, op.cit., pag. 92 n. 8; nota redazionale alla citata sentenza apparsa in BLSchK 1982, pag. 222 segg., spec. pag. 224), se il pegno è costituito dopo che il precetto volto all'esecuzione ordinaria è passato in giudicato, non v'è motivo di modificare il modo d'esecuzione (v. in tal senso anche FAVRE, loc.cit., secondo il quale l'esecuzione deve essere continuata secondo il modo stabilito, indipendentemente dai cambiamenti che possono prodursi; ed inoltre la già citata sentenza pubblicata in DTF 87 III 50 [52]). È quindi il precetto esecutivo che stabilisce definitivamente il modo d'esecuzione. Questa soluzione è d'altronde conforme alla ragion d'essere dell' art. 85 cpv. 2 RFF , ossia alla necessità che sia fissata una volta per sempre - e precisamente già all'inizio della procedura - la via esecutiva che dovrà essere seguita (v. DTF 59 III 251 [252]). Ne segue che la Corte cantonale, con la precisazione di cui si è detto, ha a giusta ragione considerato che il ricorrente non poteva prevalersi del beneficio di escussione reale. c) Da ultimo, giova ancora sottolineare che il ricorrente si richiama a torto alla DTF 119 III 105 segg. In tale sentenza è stata infatti affrontata la questione di sapere se ad un'esecuzione ordinaria promossa ai sensi dell' art. 158 cpv. 2 LEF ostava l'esistenza di un diritto di pegno precedentemente costituito e acquistato agli incanti dalla creditrice.

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