

# TI\_GERICHTE 11.2017.73 vom 5. September 2018

TI Tribunale d'appello, 2018-09-05, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_11.2017.73](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_11.2017.73)

FR: TI\_GERICHTE 11.2017.73 du 5 septembre 2018

IT: TI\_GERICHTE 11.2017.73 del 5 settembre 2018

## Regeste

Foro per azione reale intesa a far accertare l'inesistenza del pegno immobiliare incorporato in una cartella ipotecaria

## Erwägungen

### E. 000

“secondo l'ultima conclusione riconosciuta nella decisione” impugnata (art. 308 cpv. 2 CPC). Nella fattispecie tale presupposto è dato, ove appena si consideri il valore nominale della cartella ipotecaria (fr. 200 000.–). Quanto alla tempestività del rimedio giuridico, il decreto cautelare è stato notificato al patrocinatore della convenuta il 27 luglio 2017 (tracciamento degli invii n. \_\_\_\_\_, agli atti). Presentato il 4 agosto 2017 (data del timbro postale), l'appello in esame è pertanto ricevibile.

### E. 2

L'appellante allega alla replica spontanea un suo certificato di domicilio datato 7 settembre 2017. Prodotto su esplicita richiesta formulata da AO 1 e AO 2 nelle osservazioni all'appello (pag. 4 a metà), il documento è ricevibile. AO 1 e AO 2 accludono alle loro osservazioni all'appello la petizione del 25 agosto 2017 con cui hanno intentato la causa di merito davanti al Pretore. Successivo all'emanazione del decreto impugnato, anche tale documento è ricevibile (art. 317 cpv. 1 CPC). Alla duplice spontanea gli istanti uniscono inoltre una dichiarazione risalente al 18 novembre 1997 in cui autorizzavano l'avv. \_\_\_\_\_ a consegnare la nota cartella ipotecaria a E \_\_\_\_\_. Perché tale dichiarazione non potesse essere esibita al Pretore essi non spiegano. Di dubbia proponibilità, quel documento non è in ogni modo di sussidio per il giudizio. Non giova dunque attardarsi sulla sua ricevibilità.

### E. 3

Nel decreto cautelare impugnato il Pretore ha accertato anzitutto la propria competenza per territorio fondandola sull'art. 29 CPC. Egli ha rilevato che la pretesa degli istanti “è inerente alla particella n. 2373 RFD di \_\_\_\_\_” e ha natura reale, AO 1 e AO 2 invocando il loro diritto di proprietà sulla cartella ipotecaria gravante quel fondo e chiedendo la restituzione del titolo alla convenuta che ne è in possesso senza valida causa. Nel merito il primo giudice ha ritenuto che la pretesa degli istanti non appare priva di buon diritto, il mutuo che la cartella ipotecaria aveva lo scopo di garantire essendo stato definitivamente dichiarato nullo per simulazione. Legittima appare pertanto, secondo il Pretore, la richiesta di assicurarsi che la cartella ipotecaria non giunga nella disponibilità di terzi in buona fede, a maggior ragione ove si consideri l'avvenuta retrocessione della cartella il 14 settembre 2016 dalla T\_\_\_\_\_ SA a AP 1. Onde, in definitiva, l'accoglimento dell'istanza e il divieto alla convenuta “di prevalersi dei diritti derivanti dalla cartella ipotecaria”, come

pure di “alienare, cedere, impegnare o utilizzare” il titolo in qualsiasi modo.

#### **E. 4**

L'appellante contesta una volta ancora la competenza per territorio del Pretore, sostenendo che l'istanza cautelare andava presentata al foro del suo domicilio (art. 10 cpv. 1 lett. a CPC). Fa valere che una cartella ipotecaria al portatore ha un'esistenza indipendente dalla sua iscrizione nel registro fondiario e che quindi locus rei sitae del titolo può essere unicamente il domicilio del possessore. L'art. 851 CC prevede del resto – essa soggiunge – che il debitore di una cartella ipotecaria deve “fare ogni pagamento al domicilio del creditore” e l'art. 865 cpv. 2 CC dispone che l'annullamento di una cartella ipotecaria al portatore è regolata dalla stessa procedura applicabile a ogni altro titolo al portatore, valendo a tal fine il domicilio del possessore. Non è vero poi – continua l'appellante – che la pretesa degli istanti abbia natura reale, giacché essa riguarda non la garanzia che il titolo incorpora, ma solo la facoltà di disporre del medesimo. Il Pretore ha quindi confuso – essa epiloga – “l'oggetto della pretesa (ovvero la cartella ipotecaria) con l'iscrizione del diritto (garanzia) reale nel registro fondiario”, aspetti che sono da tenere separati. a) Per l'emanazione di provvedimenti cautelari è imperativo territorialmente, salvo che la legge disponga altrimenti, il foro competente per la causa principale oppure il foro del luogo in cui il provvedimento dev'essere eseguito (art. 13 CPC). Per le azioni reali che riguardano fondi il foro principale è quello del giudice nel luogo in cui il fondo è o dovrebbe essere intavolato nel registro fondiario (art. 29 cpv. 1 lett. a CPC). Per le azioni reali che riguardano cose mobili o il possesso di cose mobili e per le azioni in materia di crediti garantiti da pegno mobiliare il foro principale è invece quello del giudice al domicilio o alla sede del convenuto o del giudice nel luogo di situazione della cosa (art. 30 cpv. 1 CPC). In concreto AO 1 e AO 2 hanno inteso esplicitamente adire il giudice del luogo in cui il fondo è intavolato nel registro fondiario (istanza, punto 3), che è il foro principale per le azioni reali riguardanti fondi. L'appellante eccepisce – in sintesi – che l'azione degli istanti non riguarda un fondo, bensì una cartavalore, di modo che il foro principale sarebbe quello del giudice al suo domicilio, il quale coincide con il luogo di situazione della cartella ipotecaria. b) Che la causa promossa da AO 1 e AO 2 sia un’“azione reale” nel senso dell'art. 29 cpv. 1 lett. a CPC non è revocato in dubbio nemmeno dalla convenuta. Sapere se tale azione riguardi la particella n. 2373 RFD di \_\_\_\_\_ o la cartella ipotecaria di fr. 200 000.– accesa in secondo grado su quel fondo dipende anzitutto dalle richieste di giudizio. Ora, nella petizione del 25 agosto 2017 gli attori hanno formulato le seguenti domande: 1. La petizione è accolta. 2. Di conseguenza, è accertata l'inesistenza, in capo alla convenuta AP 1, del diritto di pegno immobiliare di cui alla cartella ipotecaria al portatore d.g. 28 259/19.11.1997 gravante in secondo rango la particella n. 2373 RFD di \_\_\_\_\_ attualmente in suo possesso, come pure di qualsiasi diritto da tale titolo derivante, di qualsiasi natura esso sia. 3. Alla signora AP 1 è fatto ordine, con la comminatoria dell'applicazione dell'art. 292 CP, di depositare presso l'Ufficio dei registri di Lugano, registro fondiario definitivo, entro 5 giorni dalla crescita in giudicato della presente sentenza, l'istanza di cancellazione della cartella ipotecaria al portatore d.g. 28 259/19.11.1997 gravante in secondo rango la particella n. 2373 RFD di \_\_\_\_\_. (...) c) Da quanto esposto si evince senza equivoco che oggetto della richiesta non è – contrariamente a quanto sostiene l'appellante – la disponibilità del titolo al portatore, bensì l'esistenza stessa del pegno immobiliare che il titolo incorpora. L'azione riguarda, in altri termini, la garanzia reale costituita sulla particella n. 2373. Certo, gli attori chiedono che, accertata l'inesistenza del pegno, AP 1 sia tenuta a far cancellare la cartella ipotecaria dal registro fondiario, ma

tale richiesta non ha portata propria. È la conseguenza della domanda principale, da cui dipende. Nella replica spontanea la convenuta obietta che tutto quanto gli attori possono pretendere è, se mai, la restituzione, non l'annullamento del titolo. Simile argomentazione anticipa tuttavia il merito. Sapere se gli attori possano esigere che AP 1 faccia annullare la cartella ipotecaria è una questione che non riguarda il foro. L'appellante evoca, per suffragare la competenza del giudice al proprio domicilio, la procedura per l'ammortamento di titoli ipotecari al portatore (art. 865 cpv. 2 CC). Dimentica però che il foro imperativo per l'ammortamento di titoli di pegno immobiliare è quello del luogo in cui il fondo è intavolato nel registro fondiario (art. 43 cpv. 2 CPC, che rende superata la giurisprudenza menzionata in RtiD I-2004 pag. 615 n. 131c). Anche al proposito l'argomentazione manca di consistenza. d) Ne segue che in concreto il Pretore del Distretto di Lugano aveva la competenza territoriale per statuire sull'istanza cautelare di AO 1 e AO 2, seppure oggetto dell'azione principale non sia – come supposeva il Pretore prima della pendenza della causa – una rivendicazione di proprietà da parte degli istanti sulla cartella ipotecaria, bensì un accertamento circa l'inesistenza del pegno immobiliare che il titolo incorpora. Ad ogni modo, nel risultato il decreto impugnato è corretto e sfugge alla critica.

## **E. 5**

Indipendentemente da quanto precede la convenuta afferma che il Pretore avrebbe dovuto respingere l'istanza cautelare perché l'azione di AO 1 e AO 2 non denota parvenza di buon diritto ( *fumus boni iuris* ). Essa ribadisce che la nota cartella ipotecaria è stata costituita in garanzia di un mutuo simulato, ovvero a scopo illecito di elusione fiscale. E siccome in pari turpitudine *melior est causa possidentis* , ciò esclude ogni restituzione del titolo da parte sua (art. 66 CO). La tesi è destinata all'insuccesso. Intanto, nella misura in cui l'interessata dà per riprodotto un capitolo delle proprie osservazioni del 24 aprile 2017 all'istanza cautelare, l'appello va dichiarato irricevibile già per carenza di motivazione (nel senso dall'art. 311 cpv. 1 CPC). Chi introduce appello, per vero, non può limitarsi a reiterare le proprie allegazioni di prima sede, ma deve confrontarsi partitamente con quanto figura nella decisione impugnata (DTF 138 III 375 consid. 4.3.1; più recentemente: sentenza del Tribunale federale 4A\_290/2014 del 1° settembre 2014 consid. 3.1, in: RSPC 2015 pag. 52; sentenza 4A\_218/2017 del 14 luglio 2017 consid. 3.2.1 in: SJ 2018 pag. 21). Comunque sia, e a prescindere dall'inammissibile rinvio al memoriale di primo grado, la parvenza di buon diritto insita nell'azione di merito era un requisito preposto all'adozione di provvedimenti cautelari secondo il vecchio diritto di procedura (Rep. 1989 pag. 128 consid. 2). Nella legge nuova l'istante deve rendere verosimile invece che “un suo diritto è leso o è minacciato di esserlo” (art. 261 cpv. 1 lett. a CPC). In concreto il Pretore ha ravvisato tale presupposto nel rischio che gli istanti corrono qualora AP 1, riavuta la cartella ipotecaria il 14 settembre 2016 dalla T\_\_\_\_\_ SA, ceda il titolo a terzi. Fossero inconsapevoli del fatto che il pegno è stato costituito per garantire un mutuo fittizio, costoro andrebbero protetti nella loro buona fede (art. 848 CC). Su tale ragionamento, che gli istanti prospettavano già nell'istanza cautelare (pag. 5), la convenuta non spende una parola. Non si pronuncia nell'appello e nemmeno si pronunciava nelle citate osservazioni del 24 aprile 2017 all'istanza cautelare. Tanto meno essa pretende, per ipotesi, che il rischio in questione non sussista. Se ne conclude che, privo una volta ancora di adeguata motivazione (nel senso dell'art. 311 cpv. 1 CPC), l'appello vede la sua sorte segnata.

## **E. 6**

Le spese della decisione odierna seguono il principio della soccombenza (art. 106 cpv. 1 CPC). L'appellante rifonderà inoltre alle controparti, che hanno presentato osservazioni e duplice spontanea all'appello tramite un patrocinatore, un'adeguata indennità per ripetibili.

#### **E. 7**

Circa i rimedi esperibili contro l'odierna sentenza sul piano federale (art. 112 cpv. 1 lett. d LTF), il valore litigioso raggiunge la soglia di fr. 30 000.– ai fini dell'art. 74 cpv. 1 lett. b LTF (sopra, consid. 1), fermo restando che contro decisioni in materia di provvedimenti cautelari può essere fatta soltanto la violazione di diritti costituzionali (art. 98 LTF). Per questi motivi, decide: 1. Nella misura in cui è ricevibile, l'appello è respinto e il decreto cautelare impugnato è confermato. 2. Le spese processuali di fr. 2000.– sono poste a carico dell'appellante, che rifonderà a AO 1 e AO 2 fr. 3500.– complessivi per ripetibili. 3.

Notificazione: – ; – . Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1. Per la prima Camera civile del Tribunale d ' appello Il

presidente

La vicecancelliera Rimedi giuridici Nelle cause senza carattere pecuniario il ricorso in materia civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, è ammissibile contro le decisioni finali, parziali, pregiudiziali e incidentali previste dagli art. 90 a 93 LTF per i motivi enunciati dagli art. 95 a 98 LTF entro 30 giorni dalla notificazione della decisione impugnata. Nelle cause aventi carattere pecuniario il ricorso in materia civile è ammissibile soltanto se il valore litigioso ammonta ad almeno 30 000 franchi; quando il valore litigioso non raggiunge tale somma, il ricorso in materia civile è ammissibile se la controversia concerne una questione di diritto di importanza fondamentale (art. 74 LTF). Laddove non sia ammissibile il ricorso in materia civile è dato, entro lo stesso termine, il ricorso subsidiario in materia costituzionale al Tribunale federale per i motivi previsti dall'art. 116 LTF (art. 113 LTF). Il termine di ricorso al Tribunale federale è sospeso durante le ferie giudiziarie, ma non nei procedimenti concernenti l'effetto sospensivo né altre misure provvisionali (art. 46 cpv. 2 LTF).

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