

## **TI\_GERICHTE 12.1999.5 vom 26. April 1999**

TI Tribunale d'appello, 1999-04-26, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.1999.5](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.1999.5)

FR: TI\_GERICHTE 12.1999.5 du 26 avril 1999

IT: TI\_GERICHTE 12.1999.5 del 26 aprile 1999

### **Regeste**

Sentenza o decisione senza scheda

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

L'annullamento della sentenza 5 maggio 1998 di questa Camera comporta la necessità di ribadire in questa sede i contenuti nella misura in cui questi, nonostante il dispositivo del giudizio di rinvio, hanno trovato sostanziale conferma in sede federale.

#### **E. 1.1**

L'appellante ha eccepito la nullità del giudizio impugnato per il motivo che il Pretore ha omesso di esaminare la sua eccezione di compensazione e la censura relativa agli interessi sul credito. La censura è infondata per il motivo che il vizio della sentenza impugnata -che l'attore a torto identifica in una carente motivazione della sentenza- può essere senz'altro sanato dall'autorità d'appello, che in virtù dell'effetto devolutivo dell'appello ha appunto la facoltà di esprimersi anche sulle eccezioni non esaminate dal Pretore ( II CCA 18 marzo 1996 in re T./M. e B., 13 febbraio 1995 in re H. SA/S. SA; per un'eccezione di compensazione non esaminata dal Pretore: II CCA 30 aprile 1998 in re Y. SA/B.; Anastasi , Il sistema dei mezzi d'impugnazione del codice di procedura civile ticinese, pag. 96). Tale soluzione non comporta evidentemente una violazione del principio del doppio grado di giurisdizione che, come è noto, assicura un duplice esame della controversia da parte di due diversi giudici. Il duplice esame non deve infatti essere inteso come duplice esame del merito: l'esigenza della legge è in particolare soddisfatta quando questo esame abbia portato a una decisione del giudice, qualunque essa sia. Così potrà avvenire che il giudice di primo grado abbia ritenuto di non poter decidere il merito perché sussisteva una causa di nullità, improcedibilità, ecc.; il giudice di appello, andando in contrario avviso, potrà e dovrà decidere la causa nel merito, senza che per questo si incorra in violazione del principio del doppio grado di giurisdizione. Solo in casi tassativamente determinati, quando il giudice di appello rilevi un errore o un vizio della sentenza o del processo di primo grado in base ai quali si può ritenere che il primo giudizio sia interamente mancato -ciò che pacificamente non accade nel caso che ci occupa- si deve rinviare la causa al primo giudice ( II CCA 18 marzo 1996 citata; Satta , Diritto processuale civile, 10. edizione, Padova, 1987, pag. 458; Guldener , Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zurigo, 1958, pag. 501 e 502; Sträuli/Messmer , Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zurigo, 1982, n. 5 ad § 270 ZPO).

#### **E. 1.2**

Infondata è altresì la censura riguardante la misura degli interessi richiesti dalla banca convenuta sul credito in questione. Sia il giudice del rigetto dell'opposizione che la Camera

di esecuzione e fallimenti hanno verificato l'esistenza del consenso dell'attore al saggio di interessi richiesto dell'8,5% e hanno altresì tenuto nel debito conto il divieto dell'anatocismo, con considerazioni degne non solo di un giudizio sommario, ma anche di una pronuncia di merito. A fronte di tali accertamenti e motivazioni, l'attore, solo con la replica, si è limitato ad affermare apoditticamente che "la \_\_\_\_\_ convenuta fa valere, contrariamente al disposto dell'art. 105 cpv. 3 CO, degli interessi composti, e comunque superiori al tasso previsto dall'art. 104 CO". Siffatta contestazione, alla quale nulla è stato aggiunto con l'appello, può tranquillamente essere respinta con un semplice rinvio alle motivazioni di cui alle cennate sentenze, che vengono senz'altro fatte proprie da questa Camera.

### **E. 1.3**

Sulla questione dell'asserita nullità della cartella ipotecaria di fr. 6'600'000.--.

#### **E. 1.3.1**

L'art. 799 cpv. 2 CC stabilisce che il contratto di pegno immobiliare richiede per la sua validità l'atto pubblico. La norma va intesa correttamente: per contratto di pegno immobiliare è intesa la pattuizione tra due parti con la quale una si impegna a costituire (evidentemente mediante iscrizione a registro fondiario: art. 799 cpv. 1 CC) un pegno immobiliare sul proprio fondo a beneficio dell'altra, che per effetto del contratto può esigerne in maniera vincolante l'emissione e può chiedere la diretta immissione nelle prerogative del creditore titolare del pegno, quali l'iscrizione nel registro dei creditori e il possesso dell'eventuale titolo ( DTF 121 III 101, 112 II 432; 71 II 262 e segg.; CEF 26 ottobre 1993 in re B./K. SA; Steinauer , Les droits réels, vol. III, Berna, 1992, n. 2696 e segg.). Non rientra invece in questa nozione, e non necessita perciò della forma dell'atto pubblico, l'accordo con cui il debitore, sia pure nel contesto di un preesistente o parallelo rapporto di mutuo, si impegna nei confronti del creditore alla sola volontaria consegna di un titolo ipotecario del quale egli chiede unilateralmente l'emissione ( DTF 88 II 168, 112 II 432), e questo perché tale accordo non verte direttamente sulla costituzione di un diritto di pegno immobiliare in favore del creditore, ma unicamente sulla consegna di un titolo che si trova in possesso del debitore, impegno per il quale non occorre ossequiare la forma qualificata ( DTF 71 II 265 e 266; II CCA 14 marzo 1997 in re F. SA/U.). Nessuna modifica a questa situazione può risultare dalla disamina dell'art. 20 RRF, norma che per il suo rango subordinato si limita a certificare una situazione risultante dal diritto materiale ( DTF 121 III 102), ovvero dal Codice Civile.

#### **E. 1.3.2**

Nel caso di specie, a non averne dubbi, si è verificata la seconda e non la prima delle situazioni descritte al precedente considerando. Dal doc. 2 risulta infatti che la banca ha unicamente chiesto al debitore di trasmetterle in pegno manuale detto titolo in garanzia di un mutuo di fr. 8'000'000.--, mentre non risulta in alcun modo un impegno del debitore alla costituzione in favore della convenuta del pegno immobiliare, con facoltà per la convenuta di esigere l'emissione del titolo e la sua consegna direttamente nelle sue mani. Ed infatti, l'istanza di emissione della cartella ipotecaria è stata presentata il 26 luglio 1988 dal solo debitore, il quale ha peraltro indicato nell'istanza che il titolo sarebbe stato ritirato dalla convenuta (doc. F), ma tale disposizione del debitore, come si è detto, non coincide e non è da confondere con un contratto con la creditrice, in concreto inesistente, per cui il debitore si impegna all'emissione del titolo ( II CCA 14 marzo 1997 citata). Non può in effetti essere

disatteso che dal profilo obbligatorio nulla imponeva al debitore di chiedere l'emissione del titolo ipotecario, la quale è perciò avvenuta per sua spontanea iniziativa, e questo ancor prima del formale perfezionamento del contratto di mutuo. Non avendo l'attore addotto nei propri allegati introduttivi una fattispecie differente da quella risultante dai citati doc. F e 2, risulterebbe del tutto superflua l'escussione dei testi rifiutati dal Pretore, così che anche questa richiesta dell'appellante deve essere disattesa.

## **E. 2**

Rimane da esaminare l'eccezione di parziale compensazione del credito della convenuta con un asserito proprio credito di fr. 130'340.70, somma corrispondente al suo avere al 9 luglio 1992 sul conto corrente "\_\_\_\_\_". Il Tribunale federale ha accertato in proposito che l'attore avrebbe effettivamente dimostrato che l'8 luglio 1992 il suo conto corrente "\_\_\_\_\_" presentava un saldo attivo di fr. 130'340.70, e che la tesi difensiva della convenuta, per cui tale saldo sarebbe stato riversato sul conto "\_\_\_\_\_", non sarebbe invece stata dimostrata, per cui il rifiuto della richiesta edizione costituirebbe violazione dell'art. 8 CC nei confronti dell'attore. Stanti gli accertamenti effettuati dal Tribunale federale, si può addirittura ritenere che l'attore abbia già ossequiato l'onere della prova a suo carico quo all'esistenza e all'ammontare del credito compensatorio, e che la convenuta abbia invece disatteso l'onere della prova a suo carico circa la pretesa estinzione di tale credito prima della compensazione operata dall'attore con quello oggetto della procedura esecutiva. Non vi è perciò più necessità di procedere all'edizione di documenti richiesta dall'attore, avendo egli già ottenuto il pieno risultato probatorio che con essa si prefiggeva di conseguire, mentre tale prova non può giovare alla convenuta, che non l'ha fatta propria, ed anzi vi si è parzialmente opposta (cfr. verbale dell'udienza preliminare, pag. 2). Ne consegue l'accoglimento dell'eccezione di compensazione per il richiesto importo di fr. 130'340.70 con effetto all'8 luglio 1992 (art. 124 cpv. 2 CO).

## **E. 3**

Il gravame è pertanto da accogliere in tale limitata misura. Ne è lo stesso per la domanda di assistenza giudiziaria, che per il resto risulta infondata per la mancanza di possibilità di esito favorevole delle altre argomentazioni del ricorrente (art. 157 CPC), così come indicato dallo stesso Tribunale federale nel giudizio di rinvio (consid. 6). Si giustifica inoltre di non modificare il riparto di spese e ripetibili adottato dal Pretore, atteso che la soccombenza dell'attore, nel cui comportamento processuale non possono oltretutto essere misconosciuti evidenti intenti dilatori, è pari a circa il 99% a fronte della contestazione sia del credito che del diritto di pegno. Per i quali motivi, richiamati l'art.148 CPC e la TG dichiara e pronuncia I. L'appello

## **E. 5**

gennaio 1998 \_\_\_\_\_ è parzialmente accolto. Di conseguenza la sentenza 28 novembre 1997 della Pretura del distretto di Lugano, sezione 3, è riformata nel modo seguente 1. La petizione è parzialmente accolta. E' accertata l'inesistenza del debito di cui all'esecuzione n. \_\_\_\_\_ dell'UE di Lugano promossa dalla \_\_\_\_\_ nei confronti del \_\_\_\_\_, limitatamente a fr. 130'340.70 oltre agli interessi all'8.50% computati su tale importo con effetto all'8 luglio 1992. 2. Invariato. II. L'istanza di assistenza giudiziaria 5 gennaio 1998 del \_\_\_\_\_ è parzialmente accolta, e all'istante è concesso il gratuito patrocinio dell'avv. \_\_\_\_\_, limitatamente all'adduzione in sede di appello dell'eccezione di compensazione con l'importo di fr.

130'340.70. III. Le spese della procedura d'appello, consistenti in: a) tassa di giustizia fr. 4'950.-- b) spese fr. 50.-- T o t a l e fr. 5'000.-- sono a carico dell'attore per 9/10 e della convenuta per 1/10. L'attore rifonderà alla convenuta fr. 4'000.-- per indennità della procedura di appello. IV. Intimazione: - \_\_\_\_\_ Comunicazione alla Pretura del distretto di Lugano, sezione 3. Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello Il presidente Il segretario

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