

TI_GERICHTE 14.2000.00047 vom 6. Februar 2002

TI Tribunale d'appello, 2002-02-06, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_14.2000.00047_d20020206

FR: TI_GERICHTE 14.2000.00047 du 6 février 2002

IT: TI_GERICHTE 14.2000.00047 del 6 febbraio 2002

Regeste

Sentenza o decisione senza scheda

Erwägungen

E. 1

Gli appelli di _____, quand'anche riferiti a due sentenze diverse, riguardano decisioni di analogo contenuto fattuale e giuridico e contengono le stesse conclusioni e motivazioni. Le cause inc.14.00.47 e 14.00.48 vanno quindi considerate come connesse ai sensi dell'art. 320 CPC (per rinvio dell'art. 25 LALEF) e possono essere congiunte ed evase con una sola sentenza, pur mantenendo la loro autonomia nel senso che i dispositivi restano separati e possono essere impugnati anche singolarmente.

E. 2

Con ordinanza 5 maggio 2001, il Presidente di questa Camera ha fissato all'appellante un termine scadente il 23 maggio 2000 per versare sul conto postale del Tribunale d'Appello la somma di fr. 1'275.-- per ogni procedura, precisando che "se è utilizzato il servizio degli ordini collettivi SOC è determinante la data di scadenza indicata dall'utente del SOC alle PTT e non la data dell'ordine da voi impartito alla banca". Il conto del Tribunale è stato bonificato solo il 24 maggio 2000. Dallo scritto 26 luglio 2000 di _____ risulta tuttavia che l'ordine di pagamento dell'appellante per complessivi fr. 2'550.-- è stato eseguito dalla banca il 22 maggio 2000, ricevuto dalla _____ centrale a _____ il giorno seguente e contabilizzato sul conto del Tribunale soltanto il 24 maggio 2000. L'anticipo risulta quindi essere stato versato tempestivamente.

E. 2.1

Di conseguenza la sentenza 19 aprile 2000 della Segretaria assessore della Pretura del Distretto di Lugano, Sezione 5, va così riformata: "1. L'istanza 9 marzo 2000 _____, relativa all'inc. _____ è respinta. 2. La tassa di giustizia di fr. 850.--, da anticipare dalla parte istante, è posta a suo carico, con l'obbligo di rifondere alla controparte fr. 1'800.-- a titolo di indennità."

E. 2.2

La tassa di giustizia del presente giudizio di fr. 1'275.--, già anticipata dall'appellante, è posta a carico di _____, che rifonderà a _____, fr. 1'800.-- a titolo di indennità. 3. L'appello 2 maggio 2000 _____, relativo all'incanto _____ è accolto.

E. 3

Ex art. 82 cpv. 1 LEF se il credito si fonda sopra un riconoscimento di debito constatato mediante atto pubblico o scrittura privata, il creditore può chiedere il rigetto provvisorio

dell'opposizione. Questo vale pure nell'esecuzione in via di realizzazione del pegno, sia per il credito che per il diritto di pegno (cfr. art. 153a cpv. 1 LEF; Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6a ed., Berna 1997, n. 13 ad § 33; Bernheim/Känzig, Basler Kommentar zum SchKG, Basilea/Ginevra/ Monaco 1998, vol. II, n. 7 ad art. 153a).

E. 3.1

Di conseguenza la sentenza 19 aprile 2000 della Segretaria assessore della Pretura del Distretto di Lugano, Sezione 5, va così riformata: “ 1. L’istanza 9 marzo 2000 _____ relativa all’inc. _____ è respinta. 2. La tassa di giustizia di fr. 850.--, da anticipare dalla parte istante, è posta a suo carico, con l’obbligo di rifondere alla controparte fr. 1'800.-- a titolo di indennità.”

E. 3.2

La tassa di giustizia del presente giudizio di fr. 1'275.--, già anticipata dall'appellante, è posta a carico di _____, che rifonderà a _____, fr. 1'800.-- a titolo di indennità. 4. Intimazione a: - _____ Comunicazione alla Pretura di Lugano, Sezione 5. Per la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello Il presidente Il segretario

E. 4

Il giudice del rigetto accerta d'ufficio ed in ogni stadio di causa (quindi anche in sede d'appello) se la documentazione prodotta costituisce valido riconoscimento di debito (cfr. Flavio Cometta, Il rigetto provvisorio dell'opposizione nella prassi giudiziaria ticinese, in R ep. 1989, p. 331) nonché, nell'esecuzione in via di realizzazione di pegno, se vi è un titolo attestante l'esistenza del pegno indicato nel precetto esecutivo: salvo menzione espressa contraria, l'opposizione è in effetti, nel nuovo diritto, presunta diretta sia contro il credito sia contro l'esistenza di un diritto di pegno (art. 85 RFF).

E. 5

La nozione di riconoscimento di debito constatato mediante scrittura privata ex art. 82 cpv. 1 LEF, che non è definita dalla legge, implica necessariamente il riconoscimento da parte dell'escusso o del suo rappresentante di un'obbligazione in relazione ad una somma di denaro determinata o facilmente determinabile. Il riconoscimento di debito può essere dedotto anche da un insieme di documenti a condizione che da essi risultino gli elementi necessari. *Conditio sine qua non* è che la somma di denaro riconosciuta sia facilmente determinabile secondo criteri oggettivi stabiliti in precedenza e sottratti a possibilità di modifica unilaterale dipendente dalla volontà delle parti (cfr. Cometta, op. cit., p. 338 con riferimenti). La volontà di obbligarsi può anche risultare da un atto pubblico redatto nelle forme stabilite dal diritto cantonale, come per esempio le cartelle ipotecarie (cfr. Cometta, op. cit., p. 337 con riferimenti).

E. 6

La cartella ipotecaria costituisce un “credito personale garantito da pegno immobiliare” (art. 842 CC). Si caratterizza, relativamente agli altri due tipi di pegno immobiliare ammessi in diritto svizzero (ipoteca e rendita fondiaria), con il fatto che essa costituisce una cartavalore che incorpora sia il credito sia il diritto di pegno immobiliare che ne è l'accessorio (cfr. Paul-Henri Steinauer, La cédule hypothécaire, Fiche juridique suisse n. 639, du 1 er février 1999, Ginevra, p. 2, I.A). La cartella incorpora quindi un credito – qualificato di “astratto” (perché non menziona la sua causa, cfr. art. 17 CO – indipendente dal rapporto giuridico di

base – all’origine del credito detto “causale” – che giustifica la costituzione o il trasferimento della cartella. Vi sono principalmente tre modi di garantire un credito mediante una cartella ipotecaria (cfr. DTF 119 II 326 ss, cons. 2a; Dieter Zobl , Zur Sicherungsübereignung von Schuldbriefen, ZBGR 1987 , p. 285-286, ad IV ; Rolf Bär , Der indirekte Hypothekarkredit – Zur Sicherungsübereignung und Verpfändung von Schuldbriefen, in: Theorie und Praxis der Grundpfandrechte, Berna 1996, p. 106 ss., ad I; Daniel Staehelin , Betreuung und Rechtsöffnung beim Schuldbrief, AJP 1994 , p. 1256-7; Paul-Henri Steinauer , A propos de la constitution des cédules hypothécaires, ZBGR 1997, p. 290 ss., ad B; Bénédicte Foëx , Les actes de disposition sur les cédules hypothécaires, in: Les gages immobiliers, Basilea 1999, p. 116-140): a) il trasferimento o la costituzione del titolo in “piena proprietà” (“garanzia diretta”) a favore del creditore (causale), il quale acquisisce la qualità di creditore pignoratizio immobiliare e, salvo convenzione contraria, perde il credito causale che si estingue per novazione (art. 855 cpv. 1 CC); b) la consegna della cartella quale pegno manuale (“garanzia indiretta”), che conferisce al creditore (causale) la qualità di creditore pignoratizio mobiliare, lasciando sussistere il credito causale (cfr. art. 855 cpv. 2 CC: esclusione convenzionale della novazione); c) il trasferimento o la costituzione fiduciaria della cartella ai fini di garanzia (“garanzia fiduciaria”), che, pur lasciando sussistere il credito causale (assenza di novazione), conferisce al creditore (causale) la piena titolarità del credito astratto – e quindi la qualità di creditore pignoratizio immobiliare –, obbligandolo tuttavia a farne uso nella stretta misura necessaria al pagamento del credito causale, in particolare a restituire al debitore (fiduciante) un’eventuale eccedenza.

E. 7

Contrariamente a quanto sostenuto dalla prima giudice, non risulta dal doc. G che le cartelle in esame siano state cedute a _____ in proprietà piena (ipotesi a) o fiduciaria (ipotesi c), bensì solo a titolo di pegno manuale (ipotesi b): vedansi il titolo del contratto (“atto di pegno speciale”), il primo capoverso del formulario n. 22 (doc. G) (“_____e _____ [...] dichiara(no) con il presente atto di costituire a favore del _____ [...] un diritto di pegno su tutti i titoli [...]”), il riferimento all’art. 901 cpv. 2 CC nonché l’elenco delle cartelle ipotecarie designate quali “valori dati in pegno”. Si cercherà d’altronde invano nel testo di queste convenzioni un qualsiasi riferimento ad una cessione delle cartelle a favore di _____. Nemmeno l’appellata ha preteso di aver acquistato le cartelle in piena proprietà in seguito ad una realizzazione privata degli oggetti del pegno manuale (cosiddetta “Selbsteintritt”). Non vi è comunque agli atti alcun documento attestante che una realizzazione di questo genere sia stata notificata all’escussa (cfr. doc. B, che menziona solo la disdetta dei crediti causali ed astratti). Occorre infine desumere dallo scopo perseguito dalle parti che, malgrado la conclusione dei contratti di pegno, il credito causale è sussistito (cfr. art. 855 cpv. 2 CC; ad es. Bär , op. cit. , p. 120 ss., n. 3; Daniel Staehelin , Basler Kommentar zum ZGB, Basilea/Francoforte sul Meno 1998, vol. II, n. 1 ad art. 855; Foëx , op. cit. , p. 124 s., lett. a).

E. 8

A ragione, l’appellante pretende che il titolo indicato sul precetto esecutivo (credito in conto costruzione n. _____) non è garantito da pegno immobiliare e non costituisce quindi un valido titolo di rigetto. Va tuttavia constatato che: – _____ anche le cartelle ipotecarie date in pegno sono indicate, in modo dettagliato, alla voce “titolo del credito”; – _____ quale oggetto del pegno sono state designate le quote di proprietà per piani

gravate dalle medesime cartelle; – il precetto esecutivo indica chiaramente che si procede con esecuzione in via di realizzazione d'un pegno immobiliare. L'escusso non può di conseguenza criticare in buona fede la regolarità formale del precetto, che appare sufficientemente chiaro (anzi, l'indicazione dei crediti causali permette alla debitrice di preparare eventuali eccezioni personali ai sensi degli art. 872 CC e 82 cpv. 2 LEF). La notifica di un precetto esecutivo a _____ quale terzo proprietario delle cartelle date in pegno accanto ai precetti notificati al medesimo ed all'arch. _____ quali condebitori solidali è d'altronde conforme alla regola dell'art. 153 cpv. 2 lett. a LEF.

E. 9

Va tuttavia esaminato (se del caso anche d'ufficio, cfr. sopra cons. 4) se _____ dispone effettivamente di un valido titolo di rigetto, autorizzandolo a chiedere la realizzazione delle quote di proprietà per piani indicate nel precetto esecutivo quale oggetto del pegno immobiliare.

E. 9.1

Il diritto di pegno manuale sulle cartelle gravanti queste quote attestato dal doc. G non permette evidentemente a _____ di chiedere la realizzazione delle quote bensì solo delle cartelle ipotecarie (cfr. DTF 64 III 418).

E. 9.2

L'appellata pretende però di poter ottenere la realizzazione delle quote in forza di una clausola del contratto di costituzione in pegno, secondo la quale la banca è autorizzata, "senza però averne l'obbligo, ad esercitare tutti i diritti ed a prendere le decisioni che competono al datore del pegno, risp. al proprietario dei valori dati in pegno", in particolare, "nei confronti del debitore ipotecario, a disdire e ad incassare direttamente a proprio nome i crediti risultanti da titoli ipotecari datile in pegno [...] come se fosse la proprietaria dei titoli" (formulario n. 22, p. 2, doc. G).

E. 9.3

A differenza dell'art. 1009 cpv. 1 CO che riconosce al portatore di una cambiale sulla quale è stata apposta una girata pignorizia tutti i diritti inerenti alla cambiale, l'art. 906 CC prevede che l'amministrazione e la riscossione dei crediti dati in pegno (manuale) spetta al creditore e non al creditore pignorizio. La dottrina e la giurisprudenza riconoscono tuttavia a quest'ultima disposizione un carattere dispositivo, di modo che le parti possono validamente derogarvi con una clausola del tipo di quella figurante in casu nei contratti di pegno di cui al doc. G (cfr. DTF 64 II 418-419; 97 III 119-120; *Oftinger/Bär*, Zürcher Kommentar IV.2.c, Zurigo 1981, n. 35 ad art. 906; Favre/Liniger, *Cédules hypothécaires et procédure de mainlevée*, in: SJ 1995, p. 105 lett. b; Thomas Bauer, *Kommentar zum ZGB*, Basilea/Francoforte sul Meno 1998, vol. II, n. 1 ad art. 855; Dieter Zobl, *Berner Kommentar IV.2.5.2*, Berna 1996, n. 26 e 76 ad art. 906 [il quale sostiene addirittura, in modo poco convincente, che questa facoltà è, per i titoli al portatore, data dalla legge in applicazione analogica dell'art. 1009 cpv. 1 CO]; Foëx, op. cit., p. 137-138, con rif. in nota 188).

E. 9.4

Daniel Staehelin (op. cit., AJP 1994 p. 1261, ad V i.f.; cfr. pure Urs Peter Möckli, *Das Eigentümergrundpfandrecht*, tesi Berna 2001, p. 124; Charles Jaques, *Exécution forcée spéciale des cédules hypothécaires*, BLSchK 2001, 210, n. 3.2.2 b; apparentemente contra :

P eter Moser , Die Verpfändung von Grundpfandtiteln, tesi Zurigo 1989, p. 151 ad 1.4.1, con rif.) sostiene però a ragione che, nel caso di un titolo ipotecario del proprietario (“Eigentümergegrundpfand-titel”, ossia cartella o rendita fondiaria a nome del proprietario oppure, se al portatore, in mano del proprietario: situazione nella quale debitore e creditore del credito astratto, nonché il proprietario dell’immobile gravato, sono la stessa persona, cfr. Zobl , op. cit. , n. 141 ad art. 901), il debitore può validamente opporre l’inesistenza del credito astratto, il cui titolare e debitore sono la stessa persona. Infatti, secondo la giurisprudenza recente del Tribunale federale e la maggioranza della dottrina, il credito astratto incorporato in una cartella ipotecaria del proprietario ha un’esistenza solo “formale”, o in altri termini “registrale o documentale” (“Buchforderung”), “eventuale”, “condizionale”, “futura”, “dormiente” o ancora “platonica” (cfr. DTF 115 II 151, risp. DTF 107 III 133, cons. 4, Pierre-Robert Gilliéron , Les titres de gage créés au nom du propriétaire, donnés en cautionnement, dans l’exécution forcée selon la LP, in: Mélanges Paul Piotet, Losanna 1990, p. 279, lett. d, Möckli , op. cit. , . p. 115 ad b, Simonius/ Sutter , Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, vol. II, Basilea 1990, n. 68, Carl Wieland , Les droits réels dans le Code civil suisse, edizione francese da Henri Bovay, vol. II, Parigi/Losanna 1913/1914, p. 145, Bénédict Foëx , Le contrat de gage mobilier, Basilea 1997, n. 559, Henri-Robert Schüpbach , Gestation de la cédule hypothécaire et naissance du droit de gage, ZBGR 1990, p. 141), vista la confusione dei poli attivo e passivo del credito cartolare, confusione che cessa solo qualora un terzo (può anche essere il creditore pignoratizio) acquisisca la proprietà del titolo – e quindi la qualità di creditore ipotecario – oppure qualora la qualità di debitore del titolo venga assunta da un terzo, trasformando il titolo in un cosiddetto “unechter Eigentümergegrundpfandtitel”, cfr. Möckli , p. 71 ss.). Non avendo evidentemente il “debitore” della cartella il potere di disdire ed incassare un “credito” diretto contro sé stesso, il creditore pignoratizio (manuale) non può neanche lui acquisire un potere di questo genere (cfr. Möckli , op. cit. , p. 124), ciò che il Tribunale federale sembra aver dimenticato nella DTF 64 II 418-419 (cfr. altresì BLSchK 1992, p. 153 cons. 2b), dopo aver correttamente posto che: “Diese Kündigungsmöglichkeit entfällt, wenn kein vom Schuldner verschiedener Verpfänder vorhanden, sondern ein Eigentümergepfandtitel des Schuldners zu Pfand gegeben worden ist”. Nel caso di specie, _____ non può pertanto pretendere di aver validamente disdetto i “crediti” incorporati nelle cartelle ipotecarie date in pegno, poiché “debitore” e “creditore” di queste ultime nonché proprietario delle quote di comproprietà gravate è la stessa persona, ossia _____ (cfr. doc. H e G).

E. 9.5

Va anche rigettata la tesi dell’emissione (“Begebung”) (cfr. Zobl , op. cit. , n. 142 ad art. 901; Moser , op. cit., p. 49 ss.; cfr. pure DTF 38 II 160, 93 II 86 cons. 3, 113 III 147 cons. 4c), secondo la quale il credito incorporato nella cartella del proprietario nascerebbe con la sua costituzione in pegno manuale, in quanto fondata su una teoria che si imparenta ad un assioma ancora tutto da dimostrare (cfr. Bär , op. cit. , p. 111; è particolarmente chiaro da Moser [op. cit . , p. 49): «Es ist davon auszugehen, dass die in Eigentümerpapieren [...] verbrieften Rechte durch die Übertragung (Begebung) von ihrer formellen in eine materielle Existenz erwachsen. Die Übertragung, d. h. die vertragliche Änderung der Rechtserträgerschaft, kann eine solche zu vollem Recht (Eigentum) oder zu beschränktem dinglichen Recht (z.B. Pfandrecht) sein» [sottolineatura del redattore]). Contrariamente a quanto sostenuto da Paul Piotet (Quelques considérations sur l’acquisition des cédules hypothécaires, lettres de rente et obligations hypothécaires, in JdT 1959 I 462 ss. ad B), il

contratto di costituzione di pegno manuale fa sì nascere un rapporto di diritto personale tra il creditore pignoratorio ed il titolare della cartella ipotecaria, ma esso si riferisce al solo credito causale, il “credito” astratto rimanendo in sospeso fintanto che creditore e debitore della cartella si confondono nella stessa persona.

E. 9.6

Questa Camera, in una precedente sentenza (CEF 18 maggio 1998 in re _____ c/ H. H., inc. 14.97.103), aveva riconosciuto al precedente, al quale era stata data in pegno manuale una cartella ipotecaria il cui titolare era l'escusso, il diritto di agire in via di realizzazione del pegno immobiliare, in forza di una clausola del contratto di pegno simile a quella in esame. Si era però fondata sulla decisione pubblicata in BLSchK 1992 già citata (cfr. cons. 9.4), senza procedere ad un esame critico. Per i motivi suesposti, occorre pertanto confermare il cambiamento di giurisprudenza avvenuto con le sentenze del 31 ottobre 2000 (CEF 14.2000.41, _____ c/ _____) e 3 novembre 2000 (CEF 14.2000.49, arch. _____ c/ _____), essendone date le condizioni (cfr. DTF 121 III 186 cons. 2b; Auer/Malinverni/Hottelier , Droit constitutionnel suisse, vol. II, Berna 2000, p. 505 s., n. 1030 s.; Pierre Moor , Droit administratif, vol. I, 2. ed., Berna 1994, n. 2.1.5.2). La banca potrà comunque far valere i propri diritti con un'esecuzione in via di realizzazione del pegno manuale: in questo senso non si dà pregiudizio irreparabile.

E. 9.7

La costruzione giuridica voluta dalle parti, poiché (giuridicamente) impossibile, deve essere considerata nulla (art. 20 cpv. 1 CO), nullità che va rilevata d'ufficio anche in sede di procedura sommaria (cfr. Daniel Staehelin , Basler Kommentar zum SchKG, Basilea/Ginevra/Monaco 1998, vol., n. 48-49 ad art. 82).

E. 9.8

Ci si potrebbe chiedere se il patto nullo non dovrebbe essere convertito, per interpretazione, in un accordo valido che rispecchi la volontà delle parti, in particolare se la clausola nulla non dovrebbe essere interpretata come un impegno da parte della debitrice a non opporsi a che la banca faccia valere il suo credito mediante un'esecuzione in via di realizzazione del pegno immobiliare. A prescindere dal fatto di sapere se le parti possano derogare al modo di esecuzione previsto dalla legge, si tratta comunque di una questione di merito che sfugge al limitato potere di cognizione di questa Camera, alla quale non sono consentite indagini volte a stabilire quale sia il reale significato di una dichiarazione che non appaia sufficientemente liquida, ritenuto che tale accertamento è compito del giudice ordinario (cfr. Cometta , op. cit. , p. 330).

E. 10

Gli appelli vanno pertanto accolti. La tassa di giustizia e l'indennità seguono la completa soccombenza dell'appellata, tenuto conto dell'economia procedurale risultante dalla congiunzione (cfr. art. 48, 49, 61 cpv. 1 e 62 cpv. 1 OTLEF). Per i quali motivi, richiamati gli art. 82 LEF, 842, 855 e 906 CC, nonché 48, 49, 61 e 62 OTLEF; pronuncia: 1. Le procedure relative agli incarti _____ e _____ sono congiunte. 2. L'appello 2 maggio 2000 _____, relativo all'incarto _____ è accolto.