

## **TI\_GERICHTE 14.2000.49 vom 3. November 2000**

TI Tribunale d'appello, 2000-11-03, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_14.2000.49](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_14.2000.49)

FR: TI\_GERICHTE 14.2000.49 du 3 novembre 2000

IT: TI\_GERICHTE 14.2000.49 del 3 novembre 2000

### **Regeste**

Sentenza o decisione senza scheda

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

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. 2**

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. 3**

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. 4**

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<sup>er</sup> 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 , *Betreibung 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; Bénédict 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 pignorazio 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 pignorazio 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 pignorazio 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. 5

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 [...]”) 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. , pag. 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. , pag. 124 s., lett. a ).

## E. 6

A ragione, l'appellante pretende che i titoli indicati sul precetto esecutivo (credito in conto costruzione n. \_\_\_\_\_) non sono garantiti da pegno immobiliare e non costituiscono 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).

#### **E. 7**

Va tuttavia esaminato (se del caso anche d'ufficio, cfr. sopra cons. 2) 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. 7.1**

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. 7.2**

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. 7.3**

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, pag. 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. 7.4**

Daniel Staehelin ( op. cit. , AJP 1994 p. 1261, ad V i.f.) sostiene però a ragione che, trattandosi di un titolo ipotecario del proprietario (“Eigentümergegrundpfandtitel”, 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” (“registrale o documentale”, “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, Simonius/Sutter , Schweizerisches Immobiliarsachenrecht , vol. II, Basilea 1990, n. 68, Carl Wieland , Les droits réels dans le Code civil suisse , édition française par 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 cédula hypothécaire et naissance du droit de gage , ZBGR 1990, p. 141), vista la confusione dei poli attivo e passivo, confusione che cessa solo qualora un terzo (può anche essere il creditore pignoratorio) acquisisca la proprietà del titolo. Non avendo evidentemente il debitore il potere di disdire ed incassare un “credito” diretto contro sé stesso, la banca non può nemmeno aver acquisito un potere di questo genere, ciò che il Tribunale federale sembra aver dimenticato nella DTF 64 II 418-419, dopo aver correttamente posto che: “Diese Kündigungsmöglichkeit entfällt, wenn kein vom Schuldner verschiedener Verpfänder vorhanden, sondern ein Eigentümerpfandtitel des Schuldners zu Pfand gegeben worden ist”. Va anche rigettata la tesi di Zobl ( op. cit. , n. 142 ad art. 901; 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 (“Begebung”), in quanto fondata su una teoria, detta dell’ “emissione”, che si imparenta ad un assioma ancora tutto da dimostrare (cfr. Bär , op. cit. , p. 111).

### **E. 7.5**

Questa Camera, in una sentenza precedente ( CEF 18 maggio 1998 in re \_\_\_\_\_ c/ H. H., inc. 14.97.103), ha 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 è però fondata sulla decisione pubblicata in BLSchK 1992 già citata, senza procedere ad un esame critico. Per i motivi suesposti, occorre pertanto operare un cambiamento di giurisprudenza, essendone date le condizioni (cfr. DTF 121 III 186 cons. 2b; Auer/Malinverni/Hottelier , Droit constitutionnel suisse , vol. II, Berna 2000, pag. 505 s., n. 1030 s.; Pierre Moor , Droit administratif , vol. 1, 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. 7.6**

Essendo la costruzione giuridica voluta dalle parti (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. 7.7**

Ci si potrebbe chiedere se il patto nullo non dovrebbe essere convertito 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 però 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. 7.8**

Giova in conclusione constatare che non vi è agli atti alcuno titolo attestante l'esistenza a favore di \_\_\_\_\_ di un diritto di pegno sulle quote di comproprietà designate nel precetto esecutivo quale oggetto del pegno immobiliare.

### **E. 8**

Occorre infine rilevare, che - nonostante quanto sinora considerato - la clausola contenuta a pagina 2 del doc. G secondo la quale la banca è autorizzata a sostituirsi al creditore ipotecario, trasformando di fatto il proprio pegno mobiliare in uno immobiliare potrebbe pure essere considerata quale consenso del datore del pegno mobiliare a non opporsi ad una procedura di esecuzione in realizzazione del "pegno" immobiliare (cfr. in particolare il testo di tale clausola: " In particolar modo essa (ndr: la banca) è autorizzata, nei confronti del debitore ipotecario, a disdire e ad incassare direttamente a proprio nome i crediti risultanti da titoli ipotecari datile in pegno "). Tale modo di procedere sarebbe tuttavia unicamente possibile nei confronti del debitore ipotecario, che non deve forzatamente coincidere con il debitore pignoratizio; il condebitore solidale del debitore pignoratizio quale unico proprietario del pegno non può validamente sottoscrivere (a fianco del debitore pignoratizio) un atto di pegno, poiché non ha alcun diritto di proprietà sullo stesso; di conseguenza nonostante il suo nome e la sua firma figurino su un atto di costituzione di pegno, tali indicazioni non hanno alcuna conseguenza giuridica nei suoi confronti, non potendo pertanto la banca dare alcuna disdetta ai crediti causali contenuti nelle cartelle ipotecarie nei confronti di tale condebitore. Inoltre bisogna riconoscere che quest'impegno (del debitore pignoratizio) a non opporsi ad una procedura esecutiva in realizzazione del pegno immobiliare di per sé impossibile senza il suo consenso è particolarmente gravido di conseguenze. A non averne dubbio, il giudice del rigetto dell'opposizione - che si fosse precedentemente convinto della validità contrattuale e legale di tale clausola - dovrebbe tuttavia analizzare l'eccezione del debitore (pignoratizio) ex art. 82 cpv. 2 LEF secondo la quale si tratterebbe di un impegno contenuto in una clausola insolita, non sufficientemente messa in rilievo con accorgimenti grafici e non specificatamente segnalata dalla banca (cfr. DTF 109 Ia 55 cons. 3.a e 104 Ia 278 cons. 3). Dal momento che \_\_\_\_\_ non è debitore pignoratizio, la procedura esecutiva in realizzazione del pegno immobiliare seguita dal \_\_\_\_\_ è nulla; di conseguenza la sua eccezione, per quanto essa appaia fondata, non necessita di essere approfondita ulteriormente.

### **E. 9**

marzo 2000 del \_\_\_\_\_ o, 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.” II. La tassa di giustizia del presente giudizio di fr. 1'275.--, già anticipata dall'appellante, è posta a carico del \_\_\_\_\_ che rifonderà all'arch. \_\_\_\_\_, fr. 1'800.-- a titolo di indennità. III. Intimazione a: - \_\_\_\_\_

Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, Sezione 5. Per la Camera di esecuzione e fallimenti 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.