

TI_GERICHTE 14.2005.20 vom 5. Juli 2005

TI Tribunale d'appello, 2005-07-05, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_14.2005.20

FR: TI_GERICHTE 14.2005.20 du 5 juillet 2005

IT: TI_GERICHTE 14.2005.20 del 5 luglio 2005

Regeste

legittimazione dei rappresentanti della procedente. Eccezione di litispendenza. Questione a sapere se il fondo graato costituisce abitazione coniugale. Cartella ipotecaria quale titolo di rigetto provvisorio. Esigibilità della pretesa posta in esecuzione. Eccezione di compensazione. Sospensione

Erwägungen

E. 1

L'escusso ha eccepito la carenza di legittimazione dei rappresentanti della AO 1 nella procedura in esame. a) In virtù dell'art. 97 n. 4 CPC, applicabile anche nelle procedure previste all'art. 20 LALEF (art. 25 LALEF), se ha motivo di dubbio il giudice esamina d'ufficio, in ogni stadio di causa, se esistono i presupposti processuali, segnatamente la capacità delle parti e la legittimazione dei loro rappresentanti. b) Dalla motivazione della decisione pretorile si deduce che il primo giudice non ha avuto motivo di dubbio in merito alla legittimazione dei rappresentati della procedente, avendo egli ritenuto che gli avvocati _____ e _____, entrambi iscritti a RC con diritto di firma collettiva a due, come emerge dall'estratto prodotto (doc. F), erano legittimati a rappresentare la banca procedente. Infatti una persona giuridica esercita la capacità processuale tramite gli organi autorizzati a rappresentarla (art. 54 e 55 CC). Già per questo motivo, il presupposto controverso è dato. La procedente ha inoltre prodotto una delega 1° settembre 2004 del Consiglio di amministrazione (doc. H), con cui i predetti avvocati sono stati specialmente autorizzati a rappresentare la banca, segnatamente in una precedente procedura per l'incasso dello stesso credito (cfr. sentenza 16 settembre 2004 del _____, doc. G) che è oggetto della presente procedura, con esplicito riferimento a "i successivi passi giudiziari che dovessero essere necessari per il recupero del credito". Ciò che evidentemente non esclude -visto l'esito negativo del precedente contenzioso- di considerare l'istanza in esame proprio come un "passo giudiziario necessario" in vista del "recupero del credito" (cfr. doc. H). L'impugnativa non può pertanto essere accolta.

E. 2

L'appellante ha poi sollevato eccezione di litispendenza, ritenuto che la AO 1 il 10 settembre 2002 si è costituita parte civile nel procedimento penale inc. _____ pendente nei suoi confronti (doc. 1), ponendo in giudizio un credito di fr. 16'054'720.10 e rilevando che nel "saldo netto di 3'700'274.60 relativo alla relazione del signor AO 1 sono compresi mutui ipotecari per CHF 995'000". Secondo l'art. 35 cpv. 1 LForo, se più azioni aventi lo stesso oggetto sono pendenti tra le medesime parti davanti a giudici diversi, il giudice successivamente adito sospende il procedimento finché il giudice preventivamente adito abbia deciso della propria competenza. Si tratta della regolamentazione dell'eccezione di litispendenza, precedentemente considerata -nel nostro Cantone- dall'art. 23 CPC,

eccezione che il giudice esamina in virtù dell'art. 98 CPC. Nel concreto l'eccezione non può però essere accolta: infatti, affinché ci sia litispendenza, sia la vecchia che la nuova norma esigono la perfetta identità fra le azioni proposte: e per quanto riguarda le parti e per l'oggetto della lite, ossia per le domande (Müller/ Wirth , Komm. zum Gerichtsstandsgesetz, Zurigo 2001, art. 35 LForo, N. 11 e segg.); con riferimento alla fattispecie concreta, non può pertanto esistere identità fra un'azione creditoria intesa a ottenere un giudizio di natura sostanziale e una causa di rigetto dell'opposizione (Müller/ Wirth , op. cit., ibidem, N. 20), quest'ultima producendo effetti unicamente nell'ambito del diritto esecutivo: essa statuisce infatti sul solo problema a sapere se una determinata esecuzione può essere continuata oppure no, mentre in quell'ambito le questioni di diritto sostanziale (ossia sul fondamento della pretesa) vengono esaminate –se del caso- in modo sommario e provvisorio (Cometta , Il rigetto provvisorio nella prassi giudiziaria ticinese, in Rep 1989, 343).

E. 3

L'appellante sostiene inoltre la nullità della notifica del precetto esecutivo, in quanto non fa menzione del fatto che il fondo gravato (part. _____) costituisce abitazione coniugale del debitore. a) Nell'esecuzione in via di realizzazione del pegno, il PE deve essere notificato, oltre che all'escusso, anche all'eventuale terzo proprietario del pegno, rispettivamente al coniuge dell'escusso o/e del terzo proprietario personalmente, e ciò se il pegno grava l'abitazione della famiglia ai sensi dell'art. 169 CC (art. 153 cpv. 2 LEF). Norma che vale anche se il diritto del terzo o del coniuge viene a conoscenza dell'ufficio esecuzione solo più tardi, salvo che tale diritto sia stato acquisito dopo l'annotazione della restrizione del diritto di disporre (art. 88 cpv. 1 e 2, 100 cpv. 1 e 2 RFF). Sia il terzo, sia il coniuge possono interporre opposizione e far valere tanto le eccezioni che spettano loro personalmente (in particolare per il coniuge quella derivante dall'art. 169 CC), quanto quelle riferite all'esistenza, alla validità e all'estensione del diritto di pegno, nonché all'esistenza, alla validità e all'importo del credito garantito. L'esecuzione contro il terzo o il coniuge non può essere proseguita prima che lo possa essere quella promossa contro l'escusso (art. 88 cpv. 3 RFF). Non vale invece l'inverso; tuttavia la realizzazione del pegno non potrà in ogni caso aver luogo prima che il precetto diretto contro il terzo o contro il coniuge sia passato in forza (cfr. art. 98 cpv. 3 e 100 cpv. 1 RFF) (cfr. anche Bernheim/ Känzig, Basler Kommentar zum SchKG, vol. II, 1998, N. 19-26 ad art. 153). b) Da tutto ciò consegue che l'eccezione dell'escusso (di nullità della notifica del precetto esecutivo) non può essere accolta, pur tenuto conto che, se la procedura nei confronti dell'escusso può proseguire, la realizzazione del pegno non potrà aver luogo, prima che -se del caso- il precetto esecutivo diretto contro la moglie dell'escusso sia passato in forza.

E. 4

a) La nozione di riconoscimento di debito constatato mediante scrittura privata ai sensi dell'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. Condizione essenziale 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 (Cometta, op. cit. 338 e riferimenti; DTF 122 III 125, 106 III 99; Staehelin, Basler Kommentar zum

SchKG, vol. I, Basilea/ Ginevra/Monaco 1998 n.15 ad art. 82; Panchaud/Caprez, Die Rechtsöffnung, Zurigo 1980, § 6 n. 2; Gilliéron, Commentare de la LP, vol. I, Losanna 1999, n. 33 e 42 ad art. 82). La volontà di obbligarsi può anche risultare da un atto pubblico redatto nelle forme stabilite dal diritto cantonale, come per esempio le cartelle ipotecarie (Cometta, op. cit., p. 337 con riferimenti). b) 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. Nell'esecuzione in via di realizzazione di pegno, il giudice accerta inoltre se vi è un titolo attestante l'esistenza del pegno indicato nel precetto esecutivo. c) In virtù dell'art. 82 cpv. 2 LEF il giudice pronuncia il rigetto provvisorio semprechè il debitore non giustifichi immediatamente eccezioni tali da infirmare il riconoscimento di debito; all'escusso incombe l'onere di dimostrare la verosimiglianza delle eccezioni che deduce in giudizio. Secondo la giurisprudenza le eccezioni non solo devono essere esposte in modo convincente ma devono anche essere sostanziate in modo perlomeno verosimile nel senso che a conforto delle allegazioni devono esserci riscontri oggettivi (cfr. DTF 104 Ia 413, cons. 4; Jaeger / Walder/Kull/Kottmann , Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vol. I, 4a ed., Zurigo 1997, n. 28 ad art. 82; Staehelin , op. cit., n. 87 s. ad art. 82 LEF; Gilliéron, op. cit., n. 82 ad art. 82; Peter Stücheli, Die Rechtsöffnung, tesi Zurigo 2000, p. 350, con rif.). d) Nel caso di specie la creditrice fonda la sua pretesa sulla cartella ipotecaria indicata nel precetto esecutivo gravante la part. _____ di proprietà AP 1 (doc. B), cedutale con atto di cessione in garanzia sottoscritto il 25 maggio 1994 (doc. C). In linea di principio la citata cartella ipotecaria costituisce titolo di rigetto provvisorio dell'opposizione ai sensi dell'art. 82 cpv. 1 LEF.

E. 5

L'escusso ha eccepito la nullità della cartella ipotecaria e la conseguente nullità della procedura esecutiva in via di realizzazione di un pegno immobiliare, in quanto la costituzione della cartella ipotecaria in oggetto –contrariamente a quanto è avvenuto– necessitava dell'atto pubblico. In particolare sostiene (almeno implicitamente) la carente validità dell'art. 20 RRF già poiché un “regolamento” del Consiglio federale non può derogare al Codice civile (che è una legge) e sostiene che comunque, quanto alla costituzione della cosiddetta “cartella ipotecaria del proprietario” –di cui appunto all'art. 20 RRF- l'art. 859 cpv. 2 CC atterrebbe solo al caso in cui il proprietario che ha interamente pagato il debito ipotecario torna in possesso della cartella ipotecaria, osservando inoltre che, al di fuori di questo caso, la cartella ipotecaria del proprietario “non esiste”. a) Secondo l'art. 799 CC il pegno immobiliare nasce con l'iscrizione nel Registro fondiario, riservate le eccezioni stabilite dalla legge. Il contratto di pegno immobiliare richiede per la sua validità l'atto pubblico. Di regola, l'obbligo del proprietario del fondo a trasferire una cartella ipotecaria del proprietario, ancora da costituire, necessita dell'atto pubblico. Un tale contratto contiene due obblighi del proprietario del pegno: da un canto, l'obbligo a costituire un diritto di pegno immobiliare e, dall'altro, quello di consegnare il titolo di pegno costituito. Il primo obbligo può secondo l'art. 799 cpv. 2 CC essere adempiuto unicamente nella forma dell'atto pubblico. Per la necessità dell'atto pubblico non fa differenza se alla creditrice viene promessa (troppo presto) la consegna quale pegno manuale della futura cartella ipotecaria, oppure se le viene promessa (troppo presto) la consegna a pieno titolo. Per il fatto che il proprietario di un fondo vuole dare alla creditrice già dall'iscrizione a Registro fondiario della cartella ipotecaria una garanzia reale, la promessa di dazione in pegno e l'obbligo di dazione, che deve essere concluso a favore

della creditrice, necessitano dell'atto pubblico. Invece, nel caso in cui a una creditrice viene consegnata una garanzia reale solo dal momento della dazione del titolo di pegno – caso che in pratica costituisce la regola – è sufficiente che l'istanza di costituzione venga allestita nella forma della scrittura semplice (Bernhard Trauffer, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Basilea/Ginevra/Monaco, 2003, n. 10 ad art. 799). Non trovano così conforto le tesi proposte dall'appellante. Anzitutto non è vero che la dottrina unanime metta in dubbio l'applicabilità dell'art. 20 RRF: è ciò che l'appellante vorrebbe lasciar capire, anche se – esplicitamente – dice soltanto che la dottrina è unanime nell'affermare che un regolamento del Consiglio federale non può derogare a una legge formale votata dal parlamento (appello, punto 30). La norma di cui si tratta recita che il documento giustificativo da produrre per l'iscrizione di una servitù stabilita sul proprio fondo, o di una cartella ipotecaria o di una rendita fondiaria al portatore o intestata al proprietario stesso, consiste nella richiesta del proprietario presentata per scritto (art. 20 RRF: 211.432.1). Essa libera cioè l'istante dall'obbligo dell'atto pubblico, quale eccezione al principio dell'art. 799 cpv. 2 CC. Eccezione che tuttavia non rappresenta nulla di anticostituzionale o di anti giuridico, trovando conferma nella giurisprudenza federale relativa alle cartelle ipotecarie del proprietario del fondo e nella dottrina (DTF 121 III 100 e segg.; Trauffer , op. cit., ibidem, N. 9). D'altra parte, non può essere condiviso il concetto riduttivo proposto dall'appellante della cartella ipotecaria del proprietario (Eigentümerschuldbrief) che è invece tale alla sola condizione che creditore del titolo e proprietario del fondo siano la stessa persona (Staehelin , in Comm. di Basilea, art. 859 CC, N. 6), con l'osservazione aggiuntiva: Der Eigentümerschuldbrief kann ein ursprünglicher sein, wenn bereits bei der Errichtung Schuldner, Eigentümer und Gläubiger identisch sind , mentre può nascere anche in un secondo tempo quando debitore e proprietario hanno liquidato il credito e hanno ricevuto il titolo di ritorno (Staehelin , ibidem). Sempre quanto alla creazione del titolo, basta indubitabilmente la forma scritta (semplice) di cui all'art. 20 RRF (Staehelin, op. cit., art. 859 CC, N. 8 e art. 854 CC, N. 15). b) Dalla documentazione agli atti emerge che l'escusso il 9 maggio 1994 ha presentato istanza per emissione di una cartella ipotecaria al portatore per l'importo di fr. 600'000.--, gravante in I. rango il fondo n. _____ (doc. 3) e che contestualmente ha acquistato la proprietà del fondo citato (doc. 2). La relativa cartella ipotecaria (doc. B) è stata in seguito ceduta, il 25 maggio 1994, alla AO 1 (doc. C), a garanzia di un mutuo di fr. 1'000'000.--, che la banca ha concesso all'escusso (doc. A). La garanzia reale è stata pertanto consegnata alla banca creditrice solo dal 25 maggio 1994, al momento della dazione della cartella ipotecaria, per cui la relativa istanza di emissione non necessitava dell'atto pubblico. AP 1 ha pure eccepito l'intempestività della disdetta, rilevando che questa deve essere data con un preavviso di sei mesi, a meno che il convenuto non sia in ritardo con il pagamento di due rate. a) La pretesa posta in esecuzione deve essere esigibile al momento della promozione dell'esecuzione. Esecuzioni premature danneggiano la posizione del debitore così come quella degli altri creditori. L'esigibilità dev'essere accertata d'ufficio dal giudice. Controversa è la questione di sapere, se determinante sia la data di notifica del precetto esecutivo. Questa soluzione è corretta già perché la legge stessa prevede che l'esecuzione inizia con la notifica del precetto (art. 38 cpv. 2 LEF); con l'osservazione – invero abbondanziale – che al giudice del rigetto viene prodotto il precetto esecutivo il quale reca la data della sua notifica e non quella della domanda di esecuzione (Staehelin , op. cit. n. 77 ad art. 82 LEF). b) Il punto 4 lett. a) dell'atto di cessione della cartella ipotecaria concluso tra le parti il 25 maggio 1994 (doc. C) prevede quanto segue: “Il mutuo è concesso per tempo indeterminato e sarà

rimborsabile o esigibile a ogni scadenza semestrale con sei mesi di preavviso. Sarà tuttavia in facoltà della Banca creditrice di chiedere l'immediato rimborso del capitale mutuato anche senza preavviso né costituzione in mora in caso di ritardo nel pagamento di due rate d'interesse o di ammortamento." Con scritto 21 ottobre 2004 (doc. D) la AO 1 ha notificato all'escusso la disdetta del mutuo ipotecario per il 30 novembre 2004, allegando un conteggio 19 ottobre 2004, dal quale risulta che il mutuatario era in ritardo con il pagamento degli interessi dal 31 marzo 2003 al 30 novembre 2004, ossia per oltre due semestri, per un importo di fr. 30'036.--. L'escusso non ha affermato e ancor meno dimostrato di avere effettuato il pagamento dei citati interessi. La disdetta formulata dalla precedente è di conseguenza valida poiché al giorno della notifica del precetto esecutivo, ossia il 22 dicembre 2004 (doc. E), la pretesa posta in esecuzione era esigibile.

E. 7

L'escusso ha sollevato anche l'eccezione di compensazione con perdite da lui subite per fr. 500'217.-- rispettivamente per fr. 167'651.--, oltre interessi, rispettivamente con sue ulteriori pretese nei confronti della AO 1. a) L'eccezione di estinzione del debito per compensazione – che il debitore può opporre anche con riferimento a un credito contestato che egli vanta contro il precedente (art. 120 cpv. 2 CO) – deve essere accolta nella misura in cui il credito posto in compensazione sia reso attendibile (Panchaud/Caprez, op. cit. § 36 n. 1 ss. p. 80 ss; Staehelin, op. cit. n. 93 ad art. 82 LEF). A tal fine spetta all'escusso rendere verosimile non solo il suo diritto a far valere la compensazione, ma anche, sulla base di giustificativi, la causa e l'importo del credito, ritenuto che la compensazione può avvenire solo nel caso in cui l'importo e l'esigibilità della contropotesa risultino con sufficiente chiarezza dalla documentazione agli atti (Panchaud/Caprez, op. cit., § 36 n. 1 e 2, p. 81). b) L'escusso ha prodotto la perizia 13 gennaio 2003 della _____ (doc. 6 e 14), rilevando che essa si conclude come segue: “ diversi controlli basilari non hanno funzionato. Ciò non ha riguardato solo un'area, ma in pratica tutte le aree coinvolte” Egli ha argomentato che la citata perizia riporta in modo chiaro il fatto che egli è stato danneggiato dall'agire della direzione generale della banca. L'appellante ha poi prodotto la perizia _____ (doc. 8 e 21), rilevando che quest'ultimo ha affermato che l' "AO 1 appare come una vittima degli errori della Direzione della Banca". Sulla base di queste due perizie AP 1 intende rendere verosimile di avere un grosso credito nei confronti della AO 1 dovuto al comportamento antiggiuridico dei suoi organi. Orbene, a prescindere dal fatto che dalle citate perizie emerge che il loro allestimento è stato ordinato dall'appellante, per cui non possono costituire riscontri oggettivi, esse non forniscono nessun elemento che permetta di quantificare il conclamato pregiudizio dell'escusso; e ciò sia relativamente alla perdita di suoi averi depositati su un conto corrente personale, rispettivamente sul conto _____”, sia in merito a sue ulteriori contropotesi nei confronti della banca. In conclusione, poiché i crediti allegati dall'appellante non sono indicati né per l'importo, né per l'esigibilità, anche questa eccezione va di conseguenza respinta.

E. 8

Indipendentemente dall'eccezione di litispendenza, invocando gli art. 111, 112 e 107 CPC, l'appellante chiede (ancorché non ne faccia menzione nel petitum d'appello) di sospendere la causa di rigetto in attesa del giudizio penale sulle pretese di diritto civile. Orbene, a prescindere dal fatto che l'art. 107 CPC non è applicabile al caso concreto poiché vi osta il principio di celerità che informa il diritto esecutivo, in particolare per quanto riguarda la procedura sommaria in materia di rigetto dell'opposizione (Cocchi/ Trezzini , CPC-TI, art.

107, m. 3), la richiesta sospensione della presente causa non ha nemmeno alcun senso, proprio trattandosi –come ampiamente esposto al precedente cons. 2- di due domande diverse, l’una attinente alla procedura esecutiva che ha diritto ad una vita propria ed è connotata da requisiti prevalentemente formali, e l’altra attinente al merito dei rapporti di dare e avere tra le parti, decisione che prevarrà sull’esito processuale della prima. E’ comunque escluso che –con riferimento di presupposti della norma in esame- la futura decisione sostanziale sul credito della banca possa “influire” sull’esito della causa di rigetto. Anche questa domanda cade pertanto nel vuoto.

E. 9

In conclusione, l’appello 7 marzo 2005 AP 1 dev’essere respinto e il giudizio su tassa di giustizia e indennità segue la soccombenza dell’appellante (art. 48, 49, 61 cpv. 1 e 62 cpv. 1 OTLEF). Per quanto riguarda l’indennità da riconoscere alla banca resistente, si rileva solo come l’allegato di osservazioni 14 aprile 2005, sia stato redatto senza l’ausilio di un patrocinatore esterno, con conseguente contenimento della spesa. Motivi per i quali, richiamato l’art. 82 LEF, pronuncia: 1. L’appello 7 marzo 2005 AP 1, _____, è respinto. 2. Le spese e la tassa di giustizia per complessivi fr. 560.--, già anticipate dall’appellante, restano a carico. Questi rifonderà alla AO 1 fr. 500.- a titolo di indennità. 3. Intimazione: - AP 1, _____; - AO 1, _____; Comunicazione alla _____ a) La decisione relativa ad un’istanza di rigetto produce degli effetti unicamente nell’ambito del diritto esecutivo e non sul piano del diritto materiale: essa statuisce infatti unicamente sul problema a sapere se una determinata esecuzione può essere continuata oppure no, mentre le questione terzi implicati Rilevando che “diversi controllo basilar Per la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d’appello Il presidente La segretaria

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