

TI_GERICHTE 14.2008.75 vom 27. November 2008

TI Tribunale d'appello, 2008-11-27, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_14.2008.75

FR: TI_GERICHTE 14.2008.75 du 27 novembre 2008

IT: TI_GERICHTE 14.2008.75 del 27 novembre 2008

Regeste

Rigetto provvisorio. Esecuzione in via di realizzazione del pegno. Identità. Cartella ipotecaria/istanza di rilascio di cartella ipotecaria quale titolo di rigetto provvisorio. Convenuto escusso quale 3. proprietario del pegno. Pegno immobiliare. Contratto ipotecario. Abuso di diritto

Erwägungen

E. 1

Secondo l'art. 82 cpv. 1 LEF se il credito si fonda su 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 (art. 153a cpv. 1 LEF; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7 a ed., Berna 2003, n. 13 ad § 33; Bernheim/Känzig, Basler Kommentar zum SchKG, Basilea/Ginevra/Monaco 1998, vol. II, n. 39 ad art. 151 e n. 7 ad art. 153a; Gilliéron, Commentaire de la LP, vol. II, Losanna 2000, n. 56 segg. ad art. 153).

E. 2

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, Il rigetto provvisorio dell'opposizione nella prassi giudiziaria ticinese, in: Rep. 1989 338). 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., 337).

E. 2.1

con riferimento a Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 1998, n. 6 e 12 ad art. 82 LEF). Tuttavia, se la cartella ipotecaria non contiene l'indicazione del debitore, il creditore potrà solo ottenere il rigetto provvisorio dell'opposizione, se produce una copia autenticata dell'atto costitutivo nel quale il debito viene riconosciuto. Nel caso di una cartella ipotecaria che è stata costituita nel nome del proprietario stesso (cfr. art. 852 cpv. 2 CC) o della quale lui stesso è stato il primo portatore, l'istanza scritta tramite la quale aveva chiesto l'iscrizione della cartella (cfr. art. 20 RRF) deve essere considerata come contenente un riconoscimento di debito implicito (cfr. DTF

129 III 12 consid. 2.5 e 3.3, 134 III 71 consid. 3.) Ne consegue che la cartella ipotecaria doc. A, considerata insieme con la copia autenticata dell'istanza di _____ di rilascio di cartella ipotecaria 14 luglio 1999 (doc. 3), costituiscono, in via di principio, valido titolo di rigetto provvisorio ai sensi dell'art. 82 LEF nei confronti dell'escusso.

E. 3

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 e se vi è identità fra il creditore, il debitore e il credito indicati nel precetto esecutivo e nell'istanza con il creditore, il debitore ed il credito di cui ai documenti prodotti (Cometta , op. cit., 331, Staehelin, Basler Kommentar zum SchKG, Basilea/Ginevra/Monaco 1998, vol. I, n. 50 ad art. 84; Gilliéron, op. cit., n. 73 ad art. 82 e n. 68 ad art. 84; Stücheli, Die Rechtsöffnung, tesi, Zurigo 2000, pag. 112 ad c). Nell'esecuzione in via di realizzazione di pegno poi, il giudice verifica se vi è un titolo attestante l'esistenza del pegno indicato nel precetto esecutivo (Staehelin, op. cit., n. 166 e 169 ad art. 82): salvo menzione espressa contraria, l'opposizione è in effetti presunta diretta sia contro il credito sia contro l'esistenza di un diritto di pegno (art. 85 RFF).

E. 4

La cartella ipotecaria rilasciata dall'ufficiale del registro fondiario (art. 857 cpv. 1 CC; cfr. DTF 121 III 97 consid. 4.c) è un titolo autentico ai sensi dell'art. 9 CC; essa costituisce parimenti un titolo di rigetto provvisorio secondo l'art. 82 LEF, senza che sia necessario che essa porti la firma del debitore, trattandosi di un atto autentico e non di una scrittura privata che abbisogna della firma (DTF 129 III 12 consid.

E. 5

Secondo l'art. 82 cpv. 2 LEF il giudice pronuncia il rigetto provvisorio dell'opposizione, a meno che il debitore sollevi e giustifichi immediatamente delle 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 (DTF 104 Ia 413 consid. 4; Jaeger/walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vol. I, 4a edizione, Zurigo 1997, n. 28 ad art. 82 ; Staehelin, op. cit. n. 87 seg. ad art. 82 LEF; Gilliéron , op. cit., vol. II, Losanna 2000, n. 82 ad art. 82). L'istante ha escusso AP 1 quale terzo proprietario del fondo oggetto del pegno. Secondo l'art. 845 cpv. 2 CC le eccezioni del debitore a riguardo della cartella ipotecaria competono anche al proprietario della cosa data in pegno.

E. 6

L'appellante sostiene che al momento dell'erogazione del mutuo ipotecario a _____, in relazione all'acquisto da parte sua della PPP in esame, la cartella ipotecaria in oggetto doc. A non era ancora costituita, come risulterebbe dal doc. 2, rogito del 14 luglio 1999 del notaio _____, dove si legge al punto 3 fol. 3 di un "finanziamento ipotecario da parte di AO 1 Lugano di CHF 320'000.--". Secondo l'escusso il contratto di credito 28 luglio 2000 (doc. C) sarebbe un credito successivo, ma non quello citato nel predetto rogito del 14 luglio 1999, che ha permesso alla precedente proprietaria _____ di acquistare la PPP in oggetto. L'appellante rileva che vi è stato un primo tentativo di rilascio di cartella ipotecaria contestualmente alla rogazione in data 14 luglio 1999, che fu respinta per

questioni tecniche. L'iscrizione è poi avvenuta successivamente in data _____ (estratto dal Registro fondiario, doc. 5). Di conseguenza la cartella ipotecaria doc. A sarebbe nulla, per il fatto che, essendo stata emessa dopo l'erogazione del mutuo alla base dell'acquisto, necessitava della forma autentica. a) Secondo l'art. 799 cpv. 1 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 (art. 799 cpv. 2 CC). In virtù di questa norma, il contratto di pegno immobiliare richiede per la sua validità l'atto pubblico. È tuttavia ammesso che il proprietario dell'immobile possa far iscrivere a registro fondiario un pegno immobiliare al portatore o a proprio nome con una semplice richiesta unilaterale scritta all'ufficiale dei registri (cfr. art 20 cpv. 1 RRF; Steinauer, *Les droits réels*, vol. III, 3. ed., Berna 2003, n. 2954; Trauffer, *Basler Kommentar zum ZGB*, vol. II, 3. ed., Basilea 2007, n. 9 ad art. 799, con rif.). La cessione di una cartella ipotecaria non richiede poi la forma dell'atto pubblico (cfr. art. 869 CC; Steinauer, op. cit., n. 2995; Staehelin, *Basler Kommentar zum ZGB*, vol. II, 3. ed, Basilea 2007, n. 5 ss. ad art. 869). Di conseguenza, è sufficiente la semplice forma scritta perfino per la domanda d'iscrizione di una cartella ipotecaria al portatore contenente nel contempo la richiesta di consegna della stessa, dopo la sua emissione, al creditore (cfr. Trauffer, op. cit., n. 9 ad art. 799, con rif.). Per contro, la convenzione secondo la quale il proprietario s'impegna sin dall'inizio a costituire in pegno (manuale) o a trasferire in proprietà una cartella ipotecaria non ancora emessa deve imperativamente rivestire la forma dell'atto pubblico (DTF 121 III 101; 71 II 262; Steinauer, op. cit., n. 2952a; Trauffer, op. cit., n. 10 ad art. 799). Una convenzione di questo tipo risulta infatti più impegnativa per il debitore che non un contratto in cui egli si sarebbe limitato a promettere di consegnare la cartella ipotecaria dopo la sua emissione, perché, primo il creditore è protetto sin dal momento dell'iscrizione a registro fondiario e non solo dal momento della consegna della cartella ipotecaria, e, secondo, il debitore può sempre, nella prima ipotesi, revocare il mandato dato all'ufficiale dei registri di consegnare la cartella al creditore prima che la consegna sia effettivamente avvenuta (cfr. Steinauer, op. cit., n. 2954 e 2966b). b) Nel caso di specie, dal la documentazione agli atti emerge che _____ con rogito 14 luglio 1999 del notaio _____ ha acquistato la _____ fondo base _____ (doc. 2) e che con istanza 14/19 luglio 1999 ha chiesto l'emissione di una cartella ipotecaria al portatore di fr. 320'000.--, gravante in 1. rango la citata PPP (doc. 3). La cartella ipotecaria, emessa _____ (doc. A e 5), doveva essere consegnata da _____ a AO 1 sulla base della convenzione fiduciaria ("Sicherungsübereignung") 28 luglio 2000 (doc. D), nell'ambito della concessione di un credito ipotecario da parte della banca a _____, concluso con contratto 28 luglio/21 agosto 2000 (doc. C). Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, agli atti non vi è documento alcuno dal quale si possa evincere che _____ si sia impegnata nei confronti di AO 1 a costituire in pegno (manuale) o a trasferire in proprietà una cartella ipotecaria ancora da emettere, gravante la PPP in oggetto. Per i motivi suesposti, la cartella ipotecaria in esame doc. A è stata pertanto validamente costituita con richiesta da parte della proprietaria dell'immobile, precedentemente alla sottoscrizione del contratto ipotecario e della convenzione fiduciaria doc. C e D.

E. 7

L'appellante eccepisce inoltre l'abuso di diritto da parte dell'istante nel procedere nei suoi confronti, ritenuta la responsabilità di AO 1 nella situazione venutasi a creare, che ha portato al mancato rimborso da parte di _____ del suo debito nei confronti della banca. a) Il divieto dell'abuso di diritto è un principio generale applicabile a tutto

l'ordinamento legale, compresa la procedura esecutiva (Cometta, op. cit. in Rep 1989 p. 334). Per quanto riguarda la responsabilità della banca nell'ambito del rapporto contrattuale che viene in essere con l'apertura di un conto corrente presso una banca si è constatato che la maggior parte delle pattuizioni, pur nella loro diversità, presentano elementi che si rifanno al mandato (Fellmann, Berner Kommentar, N. 430 ad art. 398; mentre Hardegger, Über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Berna e Stoccarda 1991, p. 116, ritiene che le norme relative al mandato debbano applicarsi in maniera generalizzata in tutti i vari contratti bancari, cfr. DTF 101 II 121, 110 II 286). Giusta l'art. 398 cpv. 2 CO la banca mandataria è tenuta ad eseguire con fedeltà e diligenza gli affari affidatili dal cliente mandante e a dar seguito alle istruzioni ricevute. b) Nella fattispecie, con scritto 8 aprile 2002 _____ ha formulato nei confronti di AO 1 la disdetta, con effetto al 22 aprile 2000, del mutuo ipotecario concessole con contratto 28 luglio 2000 (doc. C), chiedendo alla banca di trasmettere per conoscenza il conteggio relativo al rimborso al notaio _____, incaricato di allestire l'atto di compravendita e di estinguere fiduciariamente il debito nei confronti della banca (doc. 6). Con avviso di accredito 22 aprile 2002 (doc. 7) AO 1 ha comunicato al notaio _____ il versamento, da parte di _____, su ordine di AP 1, sul suo conto no. _____ "Rubrica clienti", dell'importo di fr. 345'000.--, indicando quale motivo del pagamento "compra-vendita AP 1/_____, come da sua lettera del 16.04.02". Il citato importo non è tuttavia stato accreditato dal notaio _____ a AO 1 ad estinzione del debito ipotecario di _____. Come asserito dall'appellante, dal verbale dell'interrogatorio, avvenuto davanti al Ministero pubblico, dell'impiegato di AO 1, _____ (doc. 13), che quale consulente alla clientela commerciale, si occupava delle relazioni bancarie che facevano capo al notaio _____, emerge che a fine maggio/inizio giugno 2002 – e non in febbraio 2002 come pretende l'appellante - era stata segnalata un'attività anomala sui conti del citato notaio, di cui era stata data comunicazione al Servizio compliance della banca, che aveva portato nel corso del 2002 a chiedere spiegazioni al notaio. Dall'esposto 14 febbraio 2003 di AO 1 al Ministero pubblico (doc. 16) emerge che l'istante ha poi saputo, nel novembre 2002, dell'avvenuto acquisto da parte di AP 1 della PPP in esame e della sua iscrizione, effettuata il 12 agosto 2002 a registro fondiario, come proprietario. Venuta a conoscenza che proprietario della PPP in oggetto era divenuto AP 1, con scritto 16 dicembre 2002, UBS SA ha chiesto a _____ il rimborso del mutuo (doc. 15). L'appellante rimprovera a AO 1 di avere però atteso tre ulteriori mesi prima di comunicare a AP 1, tramite copia per conoscenza di una lettera inviata a _____, il mancato rimborso del mutuo e la sua intenzione di procedere alla realizzazione dell'immobile di sua proprietà (cfr. lettera di AO 1 a _____ del 6 febbraio 2003 con copia per conoscenza a AP 1, doc. 8). Quanto sopra esposto non permette tuttavia di affermare che la banca abbia commesso un abuso di diritto prevalendosi della cartella ipotecaria in esame, nei confronti di AP 1, quale nuovo proprietario del pegno. Giusta l'art. 398 cpv. 2 CO, la banca mandataria è tenuta ad eseguire con fedeltà e diligenza gli affari affidatili dal cliente mandante e a dar seguito alle istruzioni da lui impartite. Nel caso di specie gli ordini impartiti alla banca sono sempre provenuti dal titolare stesso del conto, ossia dal notaio _____, sia per i prelievi utilizzati per pagare circa fr. 15'000.-- a giocatori del _____, così come per l'importo di fr. 55'000.-- prelevato in contanti, che per i fr. 345'000.-- versati per tacitare un altro cliente (cfr. doc. 14, sentenza 15 dicembre 2004 della Corte delle assise criminali, pag. 20). D'altro canto le movimentazioni che avvengono sul conto "rubrica clienti" (destinato esclusivamente a uno degli scopi di cui all'art. 5 CDB 03, ora 08) di un notaio, sottoposto al segreto professionale (cfr. art. 5 della

Legge sul notariato), sono numerose e non soggiacciono al controllo della banca, che esegue le istruzioni ricevute dal titolare del conto, senza dover verificare se queste istruzioni corrispondono agli accordi intrapresi tra il notaio e i suoi clienti. Pretendere tale impegno di controllo dalla banca, significherebbe imporle la supervisione di una realtà che non conosce. In tale contesto non poteva pertanto essere riconoscibile per AO 1 se l'importo versato da AP 1, tramite la _____, era stato destinato ad altri scopi. Va poi osservato che dall'esposto 14 febbraio 2003 di AO 1 al Ministero pubblico (doc. 16) si evince che _____, diversamente da quanto comunicato nella sua disdetta 8 aprile 2002 (doc. 6), ha continuato a pagare gli interessi ipotecari e gli ammortamenti, come pattuito nel contratto di mutuo ipotecario. Solo dopo aver preso conoscenza, nel novembre 2002, dell'iscrizione a Registro fondiario di AP 1, quale nuovo proprietario della PPP, la banca si è attivata nei confronti di _____ con lettera 16 dicembre 2002 (doc. 15). D'altronde nei confronti di AO 1 era lei la debitrice e non AP 1, al quale la banca si è rivolta solo in seguito, non avendo ottenuto il rimborso del mutuo ipotecario dalla debitrice _____. La banca non è la tutrice del cliente e ancor meno di un terzo che ha scelto di operare per il tramite di un notaio, al quale ha indirizzato la propria fiducia. Le precedenti considerazioni portano a concludere che l'appellante non ha reso verosimile ai sensi dell'art. 82 cpv. 2 LEF che AO 1 ha abusato del suo diritto di chiedere la realizzazione forzata della cartella ipotecaria doc. A nei confronti del convenuto, quale terzo proprietario del pegno. La sentenza pretorile va di conseguenza confermata.

E. 8

L'appello va quindi respinto. Tassa di giustizia e indennità seguono la soccombenza (art. 48, 49, 61 cpv. 1 e 62 cpv. 1 OTLEF) Per i quali motivi, richiamati gli art. 82 LEF, 48, 49 61 cpv. 1 e 62 cpv. 1 OTLEF pronuncia 1. L'appello è respinto. 2. La tassa di giustizia di fr. 300.--, già anticipata dall'appellante, resta a suo carico, con l'obbligo di rifondere a AO 1 fr. 500.-- a titolo di indennità. 3. Intimazione: - avv. PA 1, _____; - avv. PA 2, _____; Comunicazione alla Pretura del Distretto di _____. Per la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello Il presidente _____ La segretaria Giacchè il valore litigioso della vertenza è di fr. 305'119.--, contro la presente decisione è possibile presentare ricorso in materia civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro 30 giorni dalla notificazione (art. 72 e segg. LTF).

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