

## **TI\_GERICHTE 14.2021.20 vom 13. August 2021**

TI Tribunale d'appello, 2021-08-13, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_14.2021.20](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_14.2021.20)

FR: TI\_GERICHTE 14.2021.20 du 13 août 2021

IT: TI\_GERICHTE 14.2021.20 del 13 agosto 2021

### **Regeste**

Rigetto provvisorio dell'opposizione. Contratto di mutuo. Versamento di denaro su un conto cointestato alle parti. Prelievo a contanti della quasi totalità della somma depositata. Onere della prova

### **Erwägungen**

#### **E. 3**

Nella decisione impugnata, il Pretore ha dapprima rilevato che CO 1 ha eccepito di non aver mai avuto a disposizione la somma mutuata e sostenuto che il fatto medesimo che il marito abbia accreditato la somma su un conto cointestato ai coniugi escluderebbe il trasferimento del possesso a favore di lei. Ricordato che, secondo la giurisprudenza, se l'istanza di rigetto è fondata su un contratto bilaterale, ove l'escusso eccepisca l'inadempimento delle prestazioni dovute dagli escutenti, incombe al precedente dimostrare di avere adempiuto correttamente al proprio obbligo, ovvero, nel caso di un contratto di mutuo, di aver trasferito al mutuatario la somma mutuata, il primo giudice ha considerato che l'estratto conto della relazione cointestata ai coniugi prodotta dall'istante attesta indiscutibilmente il rispetto dei patti intercorsi tra le parti. Senonché il Pretore ha ritenuto dubbio che l'accredito della somma mutuata su un conto postale o bancario oppure attraverso un giro conto bastasse in un caso in cui il conto è cointestato al mutuante e al mutuatario, reputando che semmai, "per le peculiarità generate dalla co-intestazione e dal co-possesto", solo la prova dell'effettiva disponibilità del credito a favore del mutuatario consenta di concludere che il mutuante ha adempiuto il proprio obbligo. Constatato che secondo l'estratto conto versato agli atti il giorno successivo all'accredito sul conto comune (recte: il 22 dicembre 2008, quindi una settimana dopo il versamento), la somma versata era stata in gran parte prelevata in contanti allo sportello, il Pretore ha concluso che RE 1 non avesse dimostrato il corretto adempimento del contratto di mutuo, dal momento che non ha prodotto la prova documentale dell'effettivo beneficiario del prelievo di cassa, prova di facile accesso – bastava una semplice ricevuta – e che incombeva a lui. Onde la reiezione dell'istanza.

#### **E. 4**

Nel reclamo RE 1 ha innanzitutto ricordato che il mutuante può adempiere il proprio dovere di trasferire al mutuatario la proprietà della somma di denaro pattuita non solo consegnandola in liquido ma anche accreditandola sul conto postale o bancario del mutuatario o di un terzo. Il suo dovere è ossequiato quando la somma convenuta è consegnata al mutuatario così come stipulato nel contratto di mutuo. RE 1 critica il Pretore per aver disatteso le norme sul trasferimento della proprietà e del possesso, omettendo di considerare che la somma pattuita è entrata nella sfera d'influenza di CO 1, la quale ne poteva disporre quando e come intendeva senza l'avallo o la partecipazione del cointestatario. Il reclamante rimprovera anche al primo giudice di non aver motivato la sua

decisione su questo punto, che contrasta con la dottrina e la giurisprudenza secondo cui il mutuo può anche essere prestato in modo indiretto sul conto di un terzo. A suo parere, l'apprezzamento delle prove operato dal Pretore è arbitrario, perché pur riconoscendo egli che il mutuante ha “ indiscutibilmente” rispettato i patti intercorsi tra le parti, ha poi concluso per l'inadempimento degli obblighi di lui, prendendo in considerazione (anche) il prelevamento, di pochi giorni successivo al versamento, quando tale prelevamento concerne piuttosto l'uso del denaro da parte della mutuataria, che non il suo trasferimento da parte del mutuante. Il reclamante chiede quindi l'accoglimento dell'istanza e il rigetto provvisorio dell'opposizione interposta dall'escussa.

## **E. 5**

Il contratto di mutuo sottoscritto dal mutuatario funge in via di principio da titolo di rigetto provvisorio per il rimborso del mutuo e, se è fruttifero, per gli interessi contrattuali, a patto che il mutuante ne abbia dimostrato l'esigibilità. Come per gli altri contratti bilaterali, o ve l'escusso eccepisca l'inadempimento delle prestazioni dovutegli dall'escutente (art. 82 CO), incombe al precedente dimostrare di avere adempiuto correttamente il proprio obbligo, ovvero di avergli trasferito la somma mutuata (DTF 136 III 629 consid. 2; sentenza del Tribunale federale 5A\_179/2012 dell'11 ottobre 2012, consid. 3.2; sentenza della CEF 14.2019.), per ottenere il rigetto provvisorio dell'opposizione all'esecuzione volta all'incasso della propria pretesa (DTF 145 III 25 consid. 4.3.2; sentenze della CEF 14.2017.73 del 22 dicembre 2017, RtiD 2018 II 823 n. 42c, consid. 5.5/c , e 14.2017.131 dell'11 gennaio 2018, consid. 5.2/a, in cui la Camera ha aderito alla cosiddetta “Basler Praxis” anche per quanto concerne l'eccezione di esecuzione difettosa del contratto da parte dell'escutente ).

### **E. 5.1**

Il contratto di mutuo prevede, a carico del mutuante, due obbligazioni: la prima, trasferire la proprietà di denaro o di altre cose fungibili al mutuatario; la seconda, lasciare a disposizione del mutuatario la cosa trasferita, in caso di mutuo a termine, per il tempo concordato, oppure, in caso di mutuo senza termine, fino alla richiesta di restituzione (DTF 128 III 428 consid. 3/b; Weber in: Berner Kommentar, Das Darlehen, 2013 , n. 26-27 e 33 ad art. 312 CO; Maurenbrecher / Schärer in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7 a ed. 2020, n. 6 ad art. 312 CO; Higi in: Zürcher Kommentar, Vol. V/2b, n. 21 ad art. 312 CO). Se l'oggetto del mutuo è una somma di denaro, si ammette – benché solo il denaro contante (e non scritturale) costituisca un valido mezzo di pagamento – che il mutuante possa adempiere il proprio obbligo anche mediante versamento su un conto bancario o postale, senza cioè trasferire la proprietà di denaro contante, bensì creando un credito in capo al mutuatario nei confronti della banca, sul cui conto è stato versato il denaro ( Weber , op. cit., n. 38 ad art. 312; Maurenbrecher / Schärer , op. cit., n. 7 ad art. 312; Higi , op. cit., n. 29 ad art. 312). In tal caso, la prima obbligazione del mutuante si considera adempiuta quando il denaro è accreditato sul conto del mutuatario, a sua disposizione ( Weber , op. cit., n. 538 ad art. 312 ; Higi , op. cit., n. 55 ad art. 312). Anche in tal caso il mutuante è tenuto ad aspettare la scadenza del termine di messa a disposizione della somma mutuata prima di poterne esigere la restituzione.

### **E. 5.2**

Nella fattispecie, non è contestato ed è pacifico che RE 1 ha versato la somma pattuita (fr. 50'000.–) sul conto (comune) indicato nel contratto di mutuo, come risulta dall'estratto

conto da lui prodotto (doc. C). Anche il Pretore ha constatato che sotto questo profilo l'escutente ha "indiscutibilmente rispettato i patti intercorsi tra le parti" (sentenza impugnata a pag. 3 in fondo). Sono quindi superflue le considerazioni del reclamante sul trasferimento della proprietà e del possesso, peraltro inconferenti nel caso in esame, siccome la somma mutuata non è denaro contante – ovvero una cosa suscettibile di essere oggetto di un diritto di proprietà o di possesso – bensì un credito. Secondo la giurisprudenza relativa al rigetto dell'opposizione sulla scorta di un contratto bilaterale (sopra consid. 5), l'escutente ha dimostrato di aver adempiuto la propria obbligazione e siccome la durata contrattuale di dieci anni è spirata (il 12 dicembre 2018) prima dell'inoltro dell'esecuzione, l'obbligo di restituzione della moglie parrebbe esigibile.

### **E. 5.3**

Il Pretore ha tuttavia considerato che, nel caso in cui la somma mutuata è versata su un conto cointestato al mutuante e al mutuatario, "per le peculiarità generate dalla co-intestazione e dal co-possesto" solo la prova dell'effettiva disponibilità del credito a favore del mutuatario consentirebbe di concludere che il mutuante ha adempiuto il proprio obbligo, sicché sarebbe spettato al marito produrre la prova documentale dell'effettivo beneficiario del prelievo a contanti di pressoché l'intera somma mutuata pochi giorni dopo il suo accredito sul conto comune. Da parte sua, il reclamante sostiene che il prelievo in questione concerne piuttosto l'uso del denaro da parte della mutuataria, che non il suo trasferimento da parte del mutuante, sicché non andava preso in considerazione. Contesta quindi implicitamente l'onere della prova posto a suo carico dal primo giudice.

#### **E. 5.3.1**

Una volta nella sua disposizione, il mutuatario può disporre liberamente del denaro o degli altri fungibili mutuati. È infatti tenuto a restituire non quanto ha ricevuto, ma cose della stessa specie in eguale qualità e quantità (art. 312 CO). In linea di massima, non può quindi ragionevolmente essere posto a carico del mutuante la prova che quanto da lui consegnato è ancora nella disposizione del mutuatario al momento in cui chiede la restituzione del mutuo.

#### **E. 5.3.2**

È però vero che se il mutuante, di nascosto o di forza, riprende quanto ha prestato prima della scadenza pattuita, egli viola il suo (secondo) obbligo contrattuale, quello di lasciare l'oggetto del mutuo a disposizione del mutuatario durante l'intera durata convenuta. Ora, l'obbligo di restituzione del mutuo è ovviamente subordinato al rispetto di questa seconda obbligazione. Tuttavia, nel caso usuale in cui l'oggetto del mutuo si trova nella disponibilità esclusiva del mutuatario, sarebbe ingiusto porre a carico del mutuante l'onere di provare ch'egli non l'ha ripreso dopo averlo consegnato, non da ultimo perché si tratterebbe della prova di un fatto negativo, per la quale è indispensabile la collaborazione del mutuatario, nella cui disposizione si trova(va) l'oggetto del mutuo.

#### **E. 5.3.3**

Il Pretore ha invero rilevato a giusto titolo la peculiarità del caso in esame, in cui la somma mutuata è stata versata su un conto comune al mutuante e al mutuatario, di cui essi possono disporre congiuntamente o disgiuntamente, come risulta dall'intestazione del conto a RE 1 "e/o" a CO 1 (doc. C). Anche il mutuante poteva quindi disporre del denaro depositato senza il concorso della mutuataria. Non è invece di rilievo, per quanto attiene all'onere della prova dell'identità della persona che ha prelevato a contanti fr. 47'500.– il 22 dicembre 2008 (doc. C), il fatto che tale prova fosse di "facile accesso" (o forse difficile accesso,

trattandosi di un'operazione avvenuta oltre dieci anni fa), poiché la disponibilità della prova documentale è nel caso di un conto congiunto identica per entrambe le parti.

#### **E. 5.3.4**

Determinante, in fin dei conti, risulta il fatto che nella procedura di rigetto dell'opposizione incombe all'escutente provare (e non solo rendere verosimile: sentenza del Tribunale federale 5A\_741/2013 del 3 aprile 2014, consid. 3.1.3 con rimandi) l'esistenza di un riconoscimento del debito posto in esecuzione, che deve risultare indiscutibilmente dal documento o dai documenti prodotti dall'escutente (sentenza del Tribunale federale 5A\_89/2019 del 1° maggio 2019 consid. 5.1.3; Staehelin in: Basler Kommentar, SchKG I, 2 a ed. 2010, n. 21 ad art. 82 LEF). Ciò vale anche per la questione dell'esigibilità del debito al momento dell'inoltro della domanda di esecuzione (sentenza del Tribunale federale 5D\_168/2019 del 23 dicembre 2019 consid. 3.4.2.1), perlomeno se l'escusso l'ha contestata in modo non palesemente insostenibile (sentenza del Tribunale federale 5A\_1026/2018 del 31 gennaio 2019 consid. 3.2.2), fermo restando che se l'escutente ha dimostrato l'avvenuta esigibilità del suo credito in un determinato momento anteriore, spetta all'escusso rendere verosimile una successiva sospensione dell'esigibilità, ad esempio in seguito alla concessione di una moratoria (sentenza della CEF 14.2001. 62 del 5 settembre 2001 consid. 3.3/c). Nel caso specifico, CO 1 ha eccepito l'inesigibilità del proprio obbligo di restituzione del mutuo già in prima sede, riferendosi (anche) al prelievo di cassa del 22 dicembre 2008 (osservazioni ad 3). L'eccezione è sufficientemente circostanziata e non pare palesemente insostenibile in base agli atti di causa, sicché incombeva a RE 1 dimostrare di non essere stato lui il beneficiario del noto prelievo. Nel 2008, infatti, l'obbligo di restituzione non era ancora esigibile stante la durata decennale del mutuo. La decisione impugnata risulta così giuridicamente corretta e fondata su fatti accertati in modo non manifestamente errato, di modo che il reclamo dev'essere respinto, fermo restando che il giudizio odierno non priva il reclamante del diritto di sottoporre nuovamente il litigio al giudice ordinario (art. 79 LEF e sopra consid. 2).

#### **E. 6**

La tassa del presente giudizio, stabilita in applicazione degli art. 48 e 61 cpv. 1 OTLEF (RS 281.35), segue la soccombenza (art. 106 cpv. 1 CPC). Non si pone invece problema di ripetibili, la contro-parte, cui il reclamo non è stato notificato per osservazioni, non essendo incorsa in spese in questa sede.

#### **E. 7**

Circa i rimedi esperibili sul piano federale (art. 112 cpv. 1 lett. d LTF), il valore litigioso, di fr. 50'000.–, raggiunge senz'altro la soglia di fr. 30'000.– ai fini dell'art. 74 cpv. 1 lett. b LTF. Per questi motivi, pronuncia: 1. Il reclamo è respinto. 2. Le spese processuali di complessivi fr. 400.– relative al presente giudizio, già anticipate dal reclamante, sono poste a suo carico. 3. Notificazione a: – avv. PA 1, \_\_\_\_\_; – avv. PA 2, \_\_\_\_\_.  
Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 5. Per la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello Il presidente \_\_\_\_\_ Il vicecancelliere  
Rimedi giuridici Contro la presente decisione è possibile presentare ricorso in materia civile (art. 72 cpv. 2 lett. a LTF) al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro 30 giorni dalla notificazione (art. 100 cpv. 1 LTF). Il termine di ricorso è sospeso durante le ferie giudiziarie (art. 46 cpv. 1 LTF).

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