

TI_GERICHTE 14.2021.40 vom 13. September 2021

TI Tribunale d'appello, 2021-09-13, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_14.2021.40

FR: TI_GERICHTE 14.2021.40 du 13 septembre 2021

IT: TI_GERICHTE 14.2021.40 del 13 settembre 2021

Regeste

Rigetto provvisorio dell'opposizione. Contratto di cessione di quote di società.
Trasferimento fiduciario di cartelle ipotecarie in garanzia del credito posto in esecuzione.
Beneficium excussionis realis

Erwägungen

E. 3

Nella decisione impugnata, il Pretore ha anzitutto ritenuto che le indicazioni sul precetto esecutivo relative al titolo di credito e il chiaro riferimento al contratto di cessione non lasciano dubbi sul fatto che CO 1 ha scelto di escutere il fratello in via ordinaria (per il credito causale) anziché in quella di realizzazione del pegno (per credito astratto incorporato nella cartella ipotecaria), ma nondimeno ha considerato che l'eccezione prevista dall'art. 41 cpv. 1 bis LEF non entra in considerazione riferendosi alla decisione emanata da questa Camera il 13 maggio 2020 e alla giurisprudenza federale. Ha però ricordato che in caso di trasferimento fiduciario di una cartella ipotecaria al creditore a scopo di garanzia, il debitore può obbligare il creditore a esaurire dapprima la via dell'esecuzione in realizzazione del pegno immobiliare, sollevando un'eccezione dilatoria – di diritto materiale – in sede di rigetto, se così hanno concordato le parti. Il primo giudice ha quindi cercato d'interpretare il contratto di cessione per capire se tra la creditrice e il debitore vi fosse un accordo in merito al cosiddetto "beneficium excussionis realis". Non risultando alcuna pattuizione in tal senso, in un primo momento egli ha reputato applicabile la prassi secondo cui in assenza di accordo andrebbe privilegiato l'incasso del credito astratto (DTF 140 III 180 consid. 5.1.5), salvo poi concludere che la stessa, data la "particolarità delle circostanze" e richiamata la DTF 68 III 131 citata dall'istante, non trova applicazione nella fattispecie. A tale proposito il Pretore ha ritenuto "ragionevole" attenersi alla struttura tripartita posta alla base degli accordi, di cui la PINT1 1 – proprietaria dei fondi gravati dalle cartelle ipotecarie – è parte integrante. Che l'intenzione delle parti fosse quella di privilegiare il credito causale trova a mente sua conferma sia nel fatto che RE 1 ha precedentemente tollerato l'incasso per via ordinaria di almeno 17 rate senz'alcuna contestazione, sia nel divieto – contenuto nel contratto di cessione – di cedere a terzi le cartelle ipotecarie. Ciò posto, il Pretore ha considerato che il patto di cessione costituisce senz'altro un valido titolo di rigetto provvisorio dell'opposizione per le rate pretese. Il Pretore non ha neppure accolto la seconda contestazione dell'escusso, secondo cui il contratto di cessione non è vincolante a seguito della verifica fiscale dei conti annuali della società nel frattempo eseguita per il periodo 2014-2017, dalla quale sono state valutate riprese a carico dell'istante per quasi fr. 220'000.–, perché manca una puntuale riserva al riguardo nel patto di cessione. Ha pure escluso una compensazione (per quattro motivi che è inutile esporre in questa sede). Onde l'accoglimento delle istanze.

E. 4

Nel reclamo RE 1 sostiene che la DTF 140 III 189 citata dal Pretore contiene in realtà una presunzione a favore della facoltà, per l'escusso, di eccepire nella procedura di rigetto il "beneficium excussionis realis" ai sensi dell'art. 41 cpv. 1 bis LEF, qualora le parti non abbiano previsto contrattualmente il contrario (consid. 5.1.5 in fine). Da ciò egli conclude che in assenza di un accordo esplicito nel contratto di cessione la sorella non poteva scegliere liberamente quale via intraprendere per escuterlo, ma doveva procedere nei suoi confronti con un'esecuzione in via di realizzazione del pegno. Il reclamante contesta poi l'applicabilità della DTF 68 III 131 sulla quale il Pretore si è fondato per giungere alla soluzione inversa, rilevando ch'essa, oltre a essere vetusta, verte su una fattispecie diversa da quella ora in esame per il fatto che in quel caso il terzo proprietario del pegno aveva espressamente preteso che l'alienazione dell'oggetto dato in garanzia avvenisse solo a titolo sussidiario. Osserva inoltre come le parti nel presente caso (due fratelli e la loro società) – contrariamente a quelle nella citata sentenza – siano unite tra loro da uno stretto legame familiare. In merito alla mancata contestazione della specie – ordinaria – delle precedenti procedure esecutive, RE 1 ricorda che nulla gli impediva di sollevare l'eccezione dell'art. 41 cpv. 1 bis LEF al momento che riteneva più opportuno. Allega infine che il contratto concluso con la sorella sarebbe viziato da errore essenziale (se non da dolo) a seguito degli accertamenti fiscali eseguiti presso la società, che avrebbero a suo dire modificato le condizioni alla base della cessione delle quote.

E. 5

Nelle sue osservazioni al reclamo CO 1 puntualizza che l'eccezione prevista dall'art. 41 cpv. 1 bis LEF non è ammissibile nel caso in cui – come nella fattispecie – all'escutente è stata trasferita in proprietà una cartella ipotecaria a titolo di garanzia del credito causale (cosiddetta "Sicherungsübereignung"), il quale non si con-fonde con quello astratto incorporato nella medesima. D'altronde, il beneficium excussionis realis non è di natura imperativa, sicché il debitore può rinunciarvi, in particolare concedendo al creditore la facoltà di procedere per le vie ordinarie prima di realizzare il pegno. Secondo la resistente, il Pretore ha quindi a giusto titolo esaminato la reale volontà delle parti al riguardo. Rimprovera al reclamante di non aver indicato i motivi per cui il giudice avrebbe abusato del proprio potere d'apprezzamento. A suo parere, il fatto che il pegno sia di proprietà di un terzo (la società) costituirebbe, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale (DTF 68 III 131), un indizio a favore dell'esclusione del beneficium. Pur negando che l'onere probatorio di tale esclusione spetti a lei, CO 1 ha comunque sostenuto di averne fornito la dimostrazione, sia perché il fratello non ha mai sollevato l'eccezione di escussione reale nelle precedenti esecuzioni, sia perché le parti hanno convenuto che i pegni avrebbero gravato i fondi di un terzo.

E. 6

Costituisce un riconoscimento di debito nel senso dell'art. 82 cpv. 1 LEF l'atto pubblico o la scrittura privata, firmata dall'escusso o dal suo rappresentante, da cui si evince la sua volontà di pagare (o perlomeno di riconoscere) all'escutente, senza riserve né condizioni, una somma di denaro determinata, o facilmente determinabile, ed esigibile (DTF 139 III 301 consid. 2.3.1 con rimandi, S TAEHELIN in: Basler Kommentar, SchKG I, 2 a ed. 2010, n. 25 ad art. 82 LEF). Nel caso specifico – come appurato dal Pretore – il contratto di cessione di quote sociali del 28 giugno 2018 accluso al verbale dell'assemblea generale straordinaria dei soci della PINT1 1, con il quale CO 1 ha ceduto al fratello la propria quota

societaria per fr. 616'916.20, che quest'ultimo si è impegnato a corrispondere, fino a fr. 420'000.–, in 84 rate mensili di fr. 5'000.– ciascuna dal 1° agosto 2018, costituisce un valido titolo di rigetto provvisorio dell'opposizione per le sette rate (dalla 18 a alla 24 a) richieste con le istanze.

E. 7

A norma dell'art. 82 cpv. 2 LEF, all'escusso incombe l'onere di rendere verosimili le eccezioni e obiezioni che deduce in giudizio (DTF 132 III 142 consid. 4.1.1 con rinvii). Esse 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 (Stahelin, op. cit., n. 87 seg. ad art. 82), di principio documentali (art. 254 cpv. 1 CPC; DTF 145 III 23 consid. 4.1.2).

E. 7.1

Nel caso in esame, RE 1 invoca l'eccezione dilatoria secondo cui, stante la cessione fiduciaria della cartella ipotecaria a sua sorella a garanzia del proprio credito, essa aveva l'obbligo di esaurire prioritariamente la via della realizzazione del pegno immobiliare prima di poter eventualmente percorrere la via ordinaria (pignoramento o fallimento).

E. 7.2

Nella sentenza sulla quale RE 1 fonda la propria tesi, il Tribunale federale ha precisato che il creditore al quale una cartella ipotecaria è stata trasferita o ceduta fiduciariamente a scopo di garanzia non può esigere cumulativamente il credito – detto “astratto” – incorporato nella cartella ipotecaria e il credito garantito – detto “causale” – che deriva dal rapporto fondamentale tra il creditore e il debitore (DTF 140 III 188 consid. 5.1.5). Salvo esplicito accordo tra le parti, il creditore non ha neppure la facoltà di scegliere tra l'esecuzione ordinaria volta a riscuotere il credito causale e quella in via di realizzazione del pegno intesa a incassare il credito astratto. Egli è obbligato a procedere nei confronti del debitore dapprima con un'esecuzione in via di realizzazione del pegno fondata sul credito astratto, a meno che quest'ultimo abbia rinunciato, mediante una convenzione esplicita, al cosiddetto beneficio d'escussione reale, detto anche “beneficium excussionis realis” (DTF 140 III 188-189 consid. 5.1.5 in fine). Per sua natura, la convenzione di cessione fiduciaria a scopo di garanzia racchiude infatti un accordo tacito a favore della priorità dell'esecuzione in via di realizzazione del fondo garantito dalla cartella (nello stesso modo che il contratto di pegno vero e proprio contiene implicitamente una clausola di beneficio di esecuzione reale, come risulta dall'art. 41 cpv. 1 bis LEF). Ciò non impedisce tuttavia alle parti, al momento del trasferimento o della cessione della cartella ipotecaria a titolo fiduciario, di prevedere o di escludere – nelle clausole accessorie della cartella, della convenzione fiduciaria oppure del contratto di base tra creditore e debitore – il beneficio di escussione reale (DTF 140 III 188, consid. 5.1.5).

E. 7.3

Nella fattispecie, non è contestato che le cartelle ipotecarie al portatore indicate nel contratto di cessione (doc. B, pag. 2) siano state trasferite fiduciariamente all'istante a scopo di garanzia come pattuito dalle parti. La resistente osserva a ragione che l'art. 41 cpv. 1 bis LEF non si applica a tale tipo di garanzia, come già giudicato da questa Camera (sopra ad C), poiché il credito – causale – da lei fatto valere non è garantito da pegno (lo è unicamente il credito astratto). Il Pretore ha però rilevato a ragione che in una situazione del genere l'escusso può, in sede di rigetto, sollevare un'eccezione dilatoria di diritto materiale, i cui

effetti sono analoghi a quelli del beneficio di escussione reale (DTF 140 III 189 consid. 5.1.6). Tale beneficio è presunto (stessa decisione, consid. 5.1.5). Accordi di-vergenti sono possibili (consid. 5.1.4) . La rinuncia al beneficio di escussione reale presupporrebbe tuttavia una convenzione espressa (“convention espresse”) del debitore (consid. 5.1.5).

E. 7.4

Nel caso specifico, come peraltro accertato dal Pretore, non risulta dal contratto di cessione, né dagli altri atti prodotti in prima sede, che l’escusso abbia espressamente rinunciato a sollevare l’eccezione di beneficio di escussione reale, sicché il credito causale derivante dal contratto di cessione risulta, con ogni verosimiglianza, inesigibile in mancanza di una pregressa esecuzione – parzialmente o totalmente infruttuosa – in via di realizzazione dei crediti incorporati nelle cartelle ipotecarie.

E. 7.4.1

In particolare, e contrariamente a quanto sostenuto da CO 1 nelle sue osservazioni al reclamo (pag. 12 ad 3, in fine), non si evince dagli atti che i fratelli RE 1 abbiano espressamente pattuito che il pegno valesse a titolo subsidiario. Non si giunge a una conclusione diversa neppure sulla scorta della sentenza (DTF 68 III 131) presa in considerazione dal Pretore per respingere l’eccezione del beneficio d’escussione reale. Essa riguarda a ben vedere il caso, diverso da quello in esame, in cui il terzo proprietario del pegno – nella fattispecie un quadro – aveva espressamente dichiarato che la realizzazione del medesimo sarebbe potuta avvenire solo una volta esaurite le vie legali (“die legalen Wege”) per il rimborso del credito (DTF 68 III 134 a metà). Per tale motivo il Tribunale federale aveva escluso l’applicabilità dell’art. 41 cpv. 1 bis LEF. Non si evince dalla sentenza, come invece affermato dall’istante, che il fatto per cui il pegno sia di proprietà di un terzo (la società) costituirebbe un indizio a favore dell’esclusione del beneficium . L’alta corte si limita a precisare che le parti (debitore, creditore e proprietario del pegno) possono convenire liberamente dell’ordine di realizzazione del pegno e del resto del patrimonio del debitore, in particolare della sussidiarietà del credito astratto rispetto a quello causale, “per esempio quando il proprietario del pegno è un terzo” (DTF 68 III 133, citato nella DTF 140 III 187 consid. 5.1.4). L’esclusione del beneficium non si può quindi dedurre già dal fatto che il pegno appartiene a un terzo, bensì solo da una convenzione tra le parti o da una rinuncia del debitore . Del resto, l’art. 41 cpv. 1 bis LEF è applicabile anche se il pegno appartiene a un terzo (DTF 35 I 497) , fatto salvo che quest’ultimo sia dichiarato in fallimento (DTF 61 III 36; Gilliéron , Commentaire de la LP, vol. I, 1999, n. 28 ad art. 41 LEF; Acocella in: Basler Kommentar, SchKG I, 2 a ed. 2010, n. 21 ad art. 41 LEF). Non vi sono validi motivi per giudicare diversamente il caso della cartella ipotecaria trasferita o ceduta fiduciariamente a scopo di garanzia. Certo, si ritiene che in una si-mile situazione la prova dell’esistenza di una convenzione di sussidiarietà del pegno appartenente a un terzo non debba essere subordinata a rigide esigenze, ma possa essere sufficiente la mera verosimiglianza (DTF 68 III 135; Gilliéron , op. cit., n. 38 ad art. 41; A cocella , op. cit., n. 23 ad art. 41). Ciò non toglie che a favore della sussidiarietà del pegno (o della garanzia fiduciaria) devono sussistere indizi documentali oggettivi e concreti (sopra, consid. 7), tanto più nel caso di specie, in cui la qualità di terzo della PINT1 1 è da relativizzare alla luce del fatto che RE 1 ne è diventato l’unico socio e gerente (doc. B e risultanze notorie del registro di commercio).

E. 7.4.2

A parte il riferimento al fatto che le cartelle ipotecarie gravano i fondi di un terzo (la PINT1 1) – circostanza, come visto, insufficiente da sé sola a rendere verosimile l'esistenza di una clausola di sussidiarietà (sopra consid. 7.3.1) – il Pretore ne ha intravisto la conferma sia nel fatto che RE 1 ha precedentemente tollerato l'incasso per via ordinaria di almeno 17 rate senz'alcuna contestazione, sia nel divieto – contenuto nel contratto di cessione – di cedere a terzi le cartelle ipotecarie. In mancanza di una rinuncia espressa, gli indizi rilevati dal primo giudice appaiono invero senza rilievo. L'esigenza del carattere espresso della rinuncia potrebbe però prestarsi a discussione. Come l'accordo – tacito – a favore della priorità dell'esecuzione in via di realizzazione del pegno (sopra consid. 7.3), anche manifestazioni di volontà divergenti paiono poter essere tacite oppure risultare dalle circostanze o del contenuto specifico del contratto (cfr. DTF 140 III 188 consid. 5.1.5). La questione può tuttavia rimanere indecisa, giacché gli indizi presi in considerazione dal Pretore non appaiono sufficienti a ribaltare la presunzione del beneficio di escussione reale.

E. 7.4.2.1

In merito al primo indizio, il reclamante sostiene che nulla gli impediva di sollevare l'eccezione dell'art. 41 cpv. 1 bis LEF – recte: del beneficio di escussione reale – al momento che riteneva più opportuno. Anche lo stesso Pretore ammette che non gli si possa rimproverare di aver modificato la propria strategia. Il debitore è infatti libero di sottoporsi a un'altra specie di esecuzione di quella in via di realizzazione di pegno sebbene il credito sia garantito da pegno (Acocella, op. cit., n. 17 ad art. 41; Rigot in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, n. 8 ad art. 41 LEF). Non si può pertanto senz'altro dedurre dal fatto che RE 1 abbia "tollerato" le precedenti esecuzioni in via ordinaria ch'egli abbia rinunciato per atti concludenti al beneficio di escussione reale anche per le rate e le esecuzioni successive. Non si disconosce invero che l'omissione o la rinuncia del debitore a ricorrere tempestivamente contro il precetto esecutivo emesso in via di pignoramento o di fallimento sia da assimilare a una rinuncia tacita all'eccezione del *beneficium excussionis realis* (Acocella, op. cit., n. 43 ad art. 41). Tale rinuncia al diritto di contestare la specie d'esecuzione scelta dal creditore (qualificata anche come perenzione di siffatto diritto) vale però solo nell'esecuzione in corso (cfr. DTF 117 III 75 consid. 1), che diventa definitiva ("rechtskräftig": DTF 110 III 7 consid. 2; 97 III 51 consid. 1). Analogamente, il debitore che omette o rinuncia a interporre tempestivamente opposizione all'esecuzione ordinaria promossa dal creditore al beneficio di una garanzia fiduciaria non lo può più fare nell'esecuzione in corso, ma lo potrà in principio fare in un'eventuale altra esecuzione relativa alla stessa pretesa o ad altre pretese al beneficio della stessa garanzia. La sentenza impugnata non indica le circostanze da cui si potrebbe dedurre una rinuncia al diritto materiale stesso. In mancanza d'indizi in tal senso, risulta giuridicamente erronea l'interpretazione delle manifestazioni di volontà fornita dal Pretore, che nella misura in cui tende a stabilirne il senso oggettivo secondo il principio dell'affidamento – quello soggettivo rimanendo inespresso – pone una questione di natura giuridica, sulla quale la Camera si pronuncia con pieno potere di cognizione (art. 320 lett. a CPC; DTF 129 III 707 consid. 2.4; sentenze della CEF 14.2018.192-193 dell'8 luglio 2019, RtiD 2020 I 734 n. 54 c, consid. 4.3, e 14.2015.118 del 21 ottobre 2015, RtiD 2016 I 735 n. 49c, consid. 7.3/b).

E. 7.4.2.2

Il reclamante contesta inoltre che il divieto di cedere a terzi le cartelle ipotecarie pattuito dalle parti nel contratto di cessione (doc. B, pag. 2 i.f.) possa essere interpretato nel senso compreso dal Pretore, ovvero come un indizio della "volontà dei contraenti di preservare la

società e di riflesso il suo patrimonio immobiliare” (sentenza impugnata a pag. 7 in basso), sostenendo che ciò deponesse semmai a favore della propria tesi, secondo cui eventuali contenziosi si sarebbero dovuti limitare alle sole tre parti interessate stante il carattere familiare dell’accordo di cessione, fermo restando che la costituzione ad hoc delle cartelle ipotecarie e il loro trasferimento fiduciario alla sorella a scopo di garanzia non avrebbe senso se le parti avessero rinunciato alla priorità dell’escussione reale dei pegni (reclamo ad 5.4). La valenza da attribuire a tale clausola rispetto alla questione dell’escussione delle cartelle ipotecarie non è per niente chiara. Anche un’esecuzione ordinaria potrebbe minacciare l’esistenza della PINT1 1 quale azienda di famiglia nella misura in cui potrebbe giungere al pignoramento delle quote sociali dell’escusso e alla loro aggiudicazione a terzi. Viceversa la garanzia fiduciaria su fondi della società potrebbe essere stata una pretesa di CO 1, che il fratello avrebbe mitigato con la pattuizione (implicita) della sussidiarietà dei pegni e del divieto di cessione delle cartelle ipotecarie. Fatto sta che l’interpretazione della volontà oggettiva – anche su questo punto – delle parti proposta dall’istante e seguita dal Pretore non risulta più verosimile di quella del convenuto, di guisa che la presunzione del beneficio di escussione reale non può considerarsi ribaltata (v. sopra consid. 7.4.1).

E. 7.5

Tutto sommato, si può condividere l’accertamento del Pretore, secondo cui non risulta dagli atti che al momento della firma del contratto di cessione le parti abbiano fatto particolari riflessioni sulle modalità d’incasso delle pretese della cedente (sentenza impugnata a pag. 7 a metà). Che ciò sia idoneo a confortare “la bontà dell’approccio dell’istante” è per contro giuridicamente errato siccome contrario alla presunzione di beneficium risultante dalla giurisprudenza del Tribunale federale (sopra consid. 7.3). L’eccezione dilatoria del convenuto andava perciò accolta. La sentenza impugnata deve così essere riformata nel senso che entrambe le istanze sono da respingere.

E. 8

Stante l’esito del giudizio odierno, diventa superfluo esaminare la seconda censura sollevata da RE 1 (contratto di cessione viziato da errore essenziale) e la domanda di effetto sospensivo contenuta nel reclamo va dichiarata senza oggetto.

E. 9

In entrambe le sedi la tassa, stabilita in applicazione degli art. 48 e 61 cpv. 1 OTLEF (RS 281.35), come le ripetibili, determinate in virtù dell’art. 11 cpv. 1-2 RTar (RL 178.310) per il rinvio del l’art. 96 CPC, seguono la soccombenza (art. 106 cpv. 1 CPC).

E. 10

Circa i rimedi esperibili sul piano federale (art. 112 cpv. 1 lett. d LTF), i valori litigiosi, di fr. 10'000.– nella causa _____ e di fr. 25'000.– nella causa _____, non raggiungono la soglia di fr. 30'000.– ai fini dell’art. 74 cpv. 1 lett. b LTF. Per questi motivi, pronuncia: 1. Il reclamo è accolto e di conseguenza i dispositivi n. 1 – 2.2 della decisione impugnata sono così riformati: 1. L’istanza del 20 luglio 2020 (_____) è respinta. Le spese processuali di fr. 200.–, anticipate dall’istante, sono poste a suo carico. Essa è tenuta a rifondere alla controparte fr. 500.– per ripetibili. 2. L’istanza del 20 agosto 2020 (_____) è respinta. Le spese processuali di fr. 300.–, anticipate dall’istante, sono poste a suo carico. Essa è tenuta a rifondere alla controparte fr. 1'000.– per ripetibili. 2. La domanda di effetto sospensivo contenuta nel reclamo è senza oggetto. 3. Le spese processuali di complessivi fr. 600.– relative al presente giudizio, già anticipate dal

reclamante, sono poste a carico di CO 1, che gli rifonderà fr. 1'800.– per ripetibili. 4.
Notificazione a: – ; – . Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 5.
Per la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello II

presidente La vicecancelliera 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) solo se la controversia concerne “una questione di diritto di importanza fondamentale” (art. 74 cpv. 2 LTF). Laddove tale presupposto non sia adempiuto è dato, entro lo stesso termine, il ricorso subsidiario in materia costituzionale al Tribunale federale per i motivi previsti dall'art. 116 LTF (art. 113 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.