

## **TI\_GERICHTE 15.1995.00071 vom 29. März 1995**

TI Tribunale d'appello, 1995-03-29, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_15.1995.00071](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_15.1995.00071)

FR: TI\_GERICHTE 15.1995.00071 du 29 mars 1995

IT: TI\_GERICHTE 15.1995.00071 del 29 marzo 1995

### **Regeste**

Sentenza o decisione senza scheda

### **Volltext**

Ticino Tribunale di appello diritto civile La Camera di esecuzione e fallimenti 29.03.1995  
15.1995.00071

Sentenza o decisione senza scheda

Incarto n. 15.95.00071 Lugano 29 marzo 1995/Kc In nome della Repubblica e Cantone del Ticino La Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello quale autorità di vigilanza composta dei giudici: Cometta, presidente, Pellegrini e Zali segretaria: Baur Martinelli, vicecancelliera statuendo sul reclamo 15 luglio 1994 di \_\_\_\_\_ contro l'operato dell'Ufficio esecuzione di Lugano nelle esecuzioni n. \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ promosse contro il reclamante da \_\_\_\_\_ in tema di nullità di procedura esecutiva e di attestato di insufficienza di pegno; richiamato il decreto presidenziale 18 luglio 1994 di concessione dell'effetto sospensivo; viste le osservazioni: - 3 agosto 1994 dell'UE di Lugano; - 12 agosto 1994 della \_\_\_\_\_ esaminati atti e documenti; ritenuto in fatto: A. Con PE n. 295194 del 29/30 marzo 1993, rispet. 29/31 marzo 1993 dell'UE di Lugano la \_\_\_\_\_ (nel seguito: \_\_\_\_\_) ha escusso l'arch. \_\_\_\_\_ quale debitore e la \_\_\_\_\_, quale terza proprietaria del pegno, per l'incasso di un credito Fr. 4'289'530.80 oltre interessi, preteso garantito da tre cartelle ipotecarie al portatore di Fr. 1'250'000.-- cadauna gravanti risp. la PPP \_\_\_\_\_ del fondo base part. n. \_\_\_\_\_ RFD di \_\_\_\_\_ e le PPP n. \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ del fondo base part. n. \_\_\_\_\_ RFD sempre di Lugano. Interposte tempestive opposizioni dagli escussi, la precedente ne ha chiesto il rigetto provvisorio al Pretore, che ha accolto le istanze. Contro i giudizi pretorili si sono tempestivamente aggravati gli escussi. Con pronunciato 12 aprile 1994 la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale di appello ha parzialmente accolto le appellazioni degli escussi, rigettando in via provvisoria le opposizioni interposte dall'arch. \_\_\_\_\_ e da \_\_\_\_\_ ai noti PE "limitatamente a Fr. 3'848'916.45 oltre interessi al 5 3/4 % dal 12 dicembre 1992". B. Con PE n. \_\_\_\_\_ del 19/26 ottobre 1992 \_\_\_\_\_ aveva già escusso \_\_\_\_\_ per un credito di Fr. 4'321'171.90 oltre accessori preteso garantito dalle tre cartelle ipotecarie menzionate al consid. A. Anche a siffatto PE l'escussa ha interposto opposizione, rigettata in via provvisoria dal Pretore del Distretto di Lugano, Sezione 5, con pronunciato 9 febbraio 1993, confermato dalla Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale di appello il 26 ottobre 1993, limitatamente a "Fr. 3'750'000.-- con interessi al 4 3/4 % dal 1.10.1992". Nell'ambito di siffatta procedura esecutiva il 12 gennaio 1994 la \_\_\_\_\_ ha chiesto la vendita delle note cartelle ipotecarie. Il 15 marzo 1994 le tre cartelle ipotecarie sono state aggiudicate a \_\_\_\_\_ per complessivi Fr. 37'000.--. Lo stesso giorno l'UE ha rilasciato

alla precedente un attestato di insufficienza di pegno contro \_\_\_\_\_ per complessivi Fr. 3'975'430.85. C. Con scritto 22 aprile 1994 \_\_\_\_\_ ha chiesto all'UE di Lugano, atteso che "le tre cartelle ipotecarie oggetto del pegno mobiliare sono già state realizzate nella precedente procedura in via di realizzazione del pegno manuale contro \_\_\_\_\_ (es. n. \_\_\_\_\_)", di rilasciargli l'attestato di insufficienza di pegno anche nella procedura esecutiva n. \_\_\_\_\_. Il 25 aprile 1994 l'UE ha emesso a favore di \_\_\_\_\_ e contro l'arch. \_\_\_\_\_ un attestato di insufficienza di pegno per complessivi Fr. 4'156'404.85. D. Con PE n. \_\_\_\_\_ del 27 giugno/5 luglio 1994, al quale l'escusso ha interposto opposizione, \_\_\_\_\_ procede contro il reclamante per Fr. 4'156'404.85 oltre interessi al 5 % dal 25 aprile 1994. E. Con tempestivo reclamo 15 luglio 1994 l'arch. \_\_\_\_\_ ha postulato, con protesta di spese e ripetibili, la declaratoria di nullità dell'esecuzione n. \_\_\_\_\_, subordinatamente la rettifica del precetto esecutivo, e la rettifica dell'attestato di insufficienza di pegno del 25 aprile 1994, atteso che: - "con il contratto di concessione di credito di costruzione dell'8 giugno 1988 la \_\_\_\_\_ ha aperto un credito fino a concorrenza di Fr. 5'000'000.-- a favore della \_\_\_\_\_ e dell'arch. \_\_\_\_\_, avente per scopo il finanziamento della costruzione di 4 case unifamiliari sui mappali n. \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ del Comune di \_\_\_\_\_, in seguito costituiti in proprietà per piani. Il credito è stato garantito con quattro cartelle ipotecarie al portatore del valore nominale di Fr. 1'250'000.--"; - "il Tribunale federale (DTF 119 III 105) ha ricordato che la costituzione di una cartella ipotecaria estingue per novazione il rapporto creditorio primitivo, salvo pattuizioni contrarie (art. 855 cpv. 1 e 2 CC) (...) in simili circostanze, sussiste esclusivamente il credito garantito dal pegno immobiliare, per cui il creditore deve promuovere l'esecuzione in via di realizzazione di questo pegno, perché l'esecuzione ordinaria lederebbe l'art. 41 cpv. 1 LEF"; - in concreto quindi "sussiste unicamente il credito garantito dai pegni immobiliari. Il debitore invoca pertanto il "beneficium excussionis realis" sancito dall'art. 41 cpv. 1 LEF e chiede l'annullamento dell'esecuzione n. \_\_\_\_\_ la banca creditrice dovrà preventivamente chiedere la realizzazione degli immobili sui quali sono iscritte le cartelle ipotecarie acquistate all'asta del 15 marzo 1994"; - "la procedura di rigetto dell'opposizione nell'esecuzione n. \_\_\_\_\_ contro il signor \_\_\_\_\_ è terminata con la sentenza 12 aprile 1994 della Camera di esecuzione e fallimenti, la quale ha respinto l'opposizione per Fr. 3'848'916.45 con interessi al 5 3/4 % dal 12 dicembre 1992. Il 15 marzo 1994, quando si è svolta la vendita all'asta, gli interessi erano quindi di Fr. 276'640.85, non Fr. 303'075.40 come esposto nell'attestato di insufficienza di pegno. Il credito complessivo ammontava a Fr. 4'125'157.20, non a Fr. 4'156'404.85. Da questa cifra occorre dedurre il ricavo netto dell'asta, ossia Fr. 37'000.--, per cui il credito residuo è di Fr. 4'080'557.20, non di Fr. 4'156'404.85"; - la correzione dell'attestato di insufficienza di pegno "rende inevitabile l'annullamento o la rettifica del precetto esecutivo n. 374811, per il caso che esso non fosse annullato per i motivi esposti sopra". F. Con osservazioni 12 agosto 1994 la \_\_\_\_\_ ha chiesto, con protesta di spese e ripetibili, la reiezione del gravame, eccetto che per l'importo dell'attestato di insufficienza di pegno nell'esecuzione n. \_\_\_\_\_ che deve essere rettificato da Fr. 4'156'404.85 a Fr. 4'094'814.60. La creditrice rileva che in concreto non vi sarebbe stata novazione per cui "non sussistendo esclusivamente il credito garantito dal pegno immobiliare, il creditore non è tenuto a procedere in via di realizzazione di questo pegno, ma può anche procedere in via ordinaria a norma dell'art. 158 LEF, facendo valere il credito derivante dal contratto di mutuo, che è continuato a sussistere". A mente dell'osservante, in DTF 119 III 105 il

Tribunale federale non ha “espresso un principio di valore assoluto, applicabile a ogni caso di emissione di cartella ipotecaria a garanzia di un rapporto di credito già esistente, ma ha semplicemente e giustamente osservato che in forza dell’art. 855 cpv. 1 CC in siffatti casi si presume la novazione”. In concreto, “costituendo le cartelle ipotecarie, le parti hanno voluto derogare al principio dell’art. 855 cpv. 1 CC, in virtù della facoltà loro garantita dall’art. 855 cpv. 2 CC, ossia hanno voluto mantenere il credito base, parallelamente al credito astratto contenuto nelle cartelle ipotecarie costituite in pegno manuale, escludendo di conseguenza la novazione”. La banca assevera che anche se non si ammettesse “la deroga convenzionale all’art. 855 cpv. 1 CC, la novazione non potrebbe comunque essere ammessa nel caso concreto”, atteso che “l’estinzione del credito originale (“ancienne créance”) presuppone che la cartella ipotecaria venga costituita come una azione in pagamento, ossia che, secondo quanto pattuito, il titolo venga dato in proprietà al creditore”. La creditrice procedente rileva infine che gli interessi “maturati fra il 12.12.1992 e il 15.3.1994 ammontano a Fr. 278’485.15” e quindi il credito complessivo a Fr. 4’131’814.60 spese comprese. A questo importo vanno dedotti Fr. 37’000.-- quale ricavo dell’asta, per cui l’ammontare esatto del credito residuo è di Fr. 4’094’814.60. “In questo senso va pertanto corretto l’attestato d’insufficienza di pegno nell’esecuzione n. \_\_\_\_\_”. G. L’UE di Lugano ha pure chiesto la reiezione del gravame. Considerato in diritto:

1. Per l’art. 158 cpv. 1 LEF, quando per mancanza di sufficiente offerta la realizzazione del pegno non ha potuto aver luogo o la somma ricavata non copre l’ammontare del credito, si rilascia al creditore procedente un attestato che constati la circostanza; per il cpv. 2, ricevuto l’attestato, il creditore può promuovere l’esecuzione in via di pignoramento o di fallimento, secondo la persona del debitore, ritenuto che se procede entro un mese non è necessario un nuovo precetto.
2. L’attestato di insufficienza di pegno consente al creditore di procedere, nei termini dell’art. 158 LEF, con riferimento alle indicazioni numeriche di cui all’attestato stesso (cfr. Kurt Amonn, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Berna 1988, § 33 m. 45; Pierre-Robert Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, Losanna 1993, p. 117 e 132).
3. Mediante la costituzione di una cartella ipotecaria o di una rendita fondiaria il rapporto creditorio primitivo è estinto per novazione (art. 855 cpv. 1 CC). La costituzione della cartella ipotecaria dà origine a un nuovo credito, che è astratto poiché non menziona la propria causa (DTF 119 III 106). Sovente la cartella ipotecaria è costituita quando le parti sono già debitrici e creditrici una dell’altra; si tratta per esempio di garantire con la cartella il rimborso di un prestito già contratto al momento della sua costituzione (DTF 119 III 106). Per l’art. 855 cpv. 1 CC il nuovo credito nato dal riconoscimento di debito contenuto nella cartella si sostituisce al vecchio credito (DTF 119 III 106-107 e rif. ivi). La disposizione dell’art. 855 cpv. 1 CC non è tuttavia di diritto imperativo e le parti possono stabilire la giustapposizione del credito di base o causale e del credito astratto garantito mediante la cartella ipotecaria (art. 855 cpv. 2 CC; DTF 119 III 105 e 107). Se la cartella ipotecaria del proprietario è costituita semplicemente in pegno e non è trasferita in proprietà al creditore quest’ultimo non diviene titolare del credito garantito dal pegno immobiliare (DTF 115 II 155) e quindi non vi è novazione ex art. 855 cpv. 1 CC. Nel caso di specie niente permette di affermare che le parti abbiano pattuito una cessione in proprietà delle cartelle ipotecarie. Questa forma di garanzia, come la cessione a titolo fiduciario delle cartelle (DTF 115 II 155), è sicuramente praticata ma presuppone una pattuizione tra le parti. In concreto dalla circostanza che la creditrice ha acquistato ai pubblici incanti le cartelle ipotecarie nella procedura di realizzazione del pegno mobiliare, nella quale, almeno da quanto risulta dagli atti prodotti, l’escusso mai ha sollevato

l'argomentazione secondo cui le cartelle ipotecarie non sono state cedute alla creditrice in pegno manuale, si deduce che la creditrice non era divenuta titolare del credito garantito dal pegno immobiliare e che quindi non vi sia stata novazione: il credito di base risultante dalla linea di credito quindi sussiste a fianco del credito astratto incorporato nelle cartelle ipotecarie. 4. L'atto di insufficienza di pegno, sulla scorta del quale \_\_\_\_\_ ha promosso l'esecuzione in via di pignoramento o di fallimento n. \_\_\_\_\_, è stato rilasciato alla creditrice nella procedura di realizzazione delle cartelle ipotecarie costituite in pegno manuale a garanzia delle pretese contro il reclamante. Il debitore pretende che la banca, aggiudicataria delle cartelle ipotecarie, proceda in via di realizzazione dei beni immobili sui quali gravano siffatti titoli. Le argomentazioni del reclamante non possono venir condivise dall'Autorità di vigilanza. Infatti, ritenuto che in concreto non vi è stata novazione ex art. 855 cpv. 1 CC, il credito incorporato nelle cartelle ipotecarie acquistate dalla banca all'atto della realizzazione del pegno manuale e il credito per il quale l'UE ha emesso l'atto di insufficienza di pegno in questione sono indipendenti l'uno dall'altro (DTF 89 III 45). La banca, che ha ricevuto le cartelle ipotecarie come pegno manuale, non poteva procedere alla realizzazione del fondo, ma poteva unicamente, come in concreto ha fatto, chiedere la realizzazione di siffatti pegni. Essa ha poi partecipato all'asta e ha comperato le cartelle ipotecarie. Il prezzo netto d'aggiudicazione è stato rettamete utilizzato per estinguere, almeno in parte, il credito per il quale \_\_\_\_\_ ha proceduto nelle vie esecutive (DTF 89 III 45). Con l'aggiudicazione delle cartelle ipotecarie il pegno manuale si è estinto e la banca ha acquistato le cartelle quali titolo di pegno immobiliare (DTF 89 III 45). A seguito di questa operazione \_\_\_\_\_ può ora procedere sia nelle vie esecutive ordinarie (pignoramento o fallimento) per la parte ancora scoperta della pretesa creditoria contro l'escusso di cui all'atto di insufficienza del pegno, sia in via di realizzazione del pegno immobiliare per il credito incorporato nelle cartelle ipotecarie (DTF 119 III 107-108 e rif. ivi, 89 III 45). Essa è infatti divenuta creditrice sia per il titolo delle cartelle sia per il saldo del credito risultante dal rapporto giuridico per il quale ha escusso il reclamante. Per siffatto credito essa può procedere, come in concreto ha fatto, in via esecutiva ordinaria sulla scorta dell'attestato di insufficienza di pegno (DTF 119 III 107-108 e rif. ivi, 89 III 45). La circostanza che \_\_\_\_\_ ha acquistato le cartelle ipotecarie costituite in pegno mobiliare dall'escusso resta dunque senza rilievo alcuno in sede di diritto esecutivo. Ne consegue che l'Ufficio di esecuzione di Lugano si è determinato correttamente: il precetto esecutivo è pertanto valido. 5. Per il reclamante il 15 marzo 1994, quando si è svolta la vendita all'asta, gli interessi assommavano a Fr. 276'640.85. Il credito complessivo ammonterebbe dunque a Fr. 4'125'157.20, dai quali occorrerebbe dedurre il ricavo netto dell'asta di Fr. 37'000.--, per cui il credito residuo sarebbe di Fr. 4'080'557.20 e non di Fr. 4'156'404.85. Come sostenuto dall'escusso, momento determinante per il computo degli interessi scaduti da iscrivere nell'attestato di insufficienza di pegno è il giorno in cui è avvenuto l'incanto del bene oggetto del diritto di pegno. Come rettamete evidenzia \_\_\_\_\_, gli interessi al 5,75% maturati su Fr. 3'848'916.45 dal 12 dicembre 1992 al 15 marzo 1994 ammontano a Fr. 278'485.15: tenuto conto delle spese in Fr. 4'413.-- e del ricavo dell'asta di Fr. 37'000.--, si ha un residuo a saldo a favore \_\_\_\_\_ di Fr. 4'094'814.60, importo per il quale va emesso l'attestato di insufficienza di pegno. Ne consegue che in tali limiti l'attestato di insufficienza di pegno emesso il 25 aprile 1994 dell'UE di Lugano per Fr. 4'156'404.85 si dimostra errato e va rettificato in Fr. 4'094'814.60, importo per il quale l'esecuzione potrà proseguire. 6. Il reclamo 15 luglio 1994 dell'arch. \_\_\_\_\_ è parzialmente accolto nei limiti sopra

indicati. Non si prelevano spese (art. 67 cpv. 2 TarLEF) e non si assegnano indennità (art. 68 cpv. 2 TarLEF), perché così imposto per normativa di diritto federale. Per questi motivi richiamati gli art. 158 LEF; 855 CC pronuncia: 1. Il reclamo 15 luglio 1994 dell'arch. \_\_\_\_\_, è parzialmente accolto. 1.1. È fatto ordine all'UE di Lugano di procedere alla seguente rettifica: Nell'attestato di insufficienza di pegno nell'esecuzione n. 295194 in luogo di "Fr. 4'156'404.85" è iscritto "Fr. 4'094'814.60". 2. Non si prelevano spese e non si assegnano indennità. 3. Intimazione a: - \_\_\_\_\_ Per la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello quale autorità di vigilanza Il presidente La segretaria

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