

## **TI\_GERICHTE 15.1999.00197 vom 31. Mai 2000**

TI Tribunale d'appello, 2000-05-31, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_15.1999.00197](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_15.1999.00197)

FR: TI\_GERICHTE 15.1999.00197 du 31 mai 2000

IT: TI\_GERICHTE 15.1999.00197 del 31 maggio 2000

### **Regeste**

Sentenza o decisione senza scheda

### **Volltext**

Ticino Tribunale di appello diritto civile La Camera di esecuzione e fallimenti 31.05.2000  
15.1999.00197

Sentenza o decisione senza scheda

Incarto n. 15.1999.00197 15.1999.00198 Lugano 31 maggio 2000 /CJ/fc/dp 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 ricorso 10 novembre 1999 \_\_\_\_\_ contro l'operato dell'Ufficio di esecuzione di Lugano con il quale egli solleva l'eccezione di beneficium excussionis realis nelle esecuzioni n. \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ inoltrate da \_\_\_\_\_ rispettivamente da \_\_\_\_\_ visto l'incarto completo relativo alla procedura ricorsuale (inc. \_\_\_\_\_), ritenuto in fatto: A. Con PE n. \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ del 29 ottobre 1999, \_\_\_\_\_, rispettivamente la società \_\_\_\_\_, hanno escusso \_\_\_\_\_ in via ordinaria per il pagamento di fr. 207'500.-- oltre interessi al 10% dal 10 giugno 1999, indicando in entrambi i casi quale titolo di credito "vaglia cambiario del 10 giugno 1999". Il 4 novembre 1999, l'escusso ha interposto tempestiva opposizione contro le due esecuzioni. B. Con atto di ricorso unico 10 novembre 1999, \_\_\_\_\_ ha sollevato l'eccezione di beneficium excussionis realis riferendosi alle due esecuzioni a motivo che "i creditori immobiliari sono infatti in possesso di pegno mobiliare a garanzia del loro credito (trattasi di cartella ipotecaria sul mapp. \_\_\_\_\_ RFD, \_\_\_\_\_)". C. Nelle sue osservazioni 25 novembre 1999, \_\_\_\_\_ ha assertedo che la cartella ipotecaria menzionata nel ricorso era stata ceduta in proprietà e che quindi egli non era da considerare quale creditore pignoratizio. A titolo abbondanziale, l'escutente ha affermato che la cartella non poteva garantire due crediti e che il fatto che il possessore di un bene mobiliare, essendo presunto proprietario ai sensi dell'art. 930 CC, potesse disporne in ogni momento non conferiva alcuna garanzia diretta al debito posto in esecuzione. D. Nelle sue osservazioni 25 novembre 1999, \_\_\_\_\_ nega di essere creditrice pignoratizia, non essendo mai stato concluso tra le parti un contratto di pegno a garanzia del credito posto in esecuzione. E. L'UE di Lugano, nelle sue osservazioni 29 novembre 1999, ha chiesto che il ricorso fosse respinto. F. Interrogato formalmente il 16 marzo 2000, \_\_\_\_\_ ha dichiarato di non sapere a che titolo era stata consegnata la cartella ipotecaria al proprio avvocato e di non avere assistito personalmente alla consegna. L'ammontare del suo credito e quello della \_\_\_\_\_ (fr. 207'500.— in entrambi i casi) è rimasto lo stesso nonostante la dazione della cartella. L'escusso, da parte sua, ha affermato di avere, dietro ricevuta, consegnato la cartella in oggetto all'avv. \_\_\_\_\_ "a titolo di

garanzia” del suo debito nei confronti degli escutenti. Considerato in diritto: 1. Secondo l’art. 41 cpv. 1bis LEF, se un’escuzione in via di pignoramento o di fallimento è introdotta per un credito garantito da pegno, il debitore può chiedere, mediante ricorso (art. 17 LEF), che il creditore eserciti dapprima il suo diritto sull’oggetto del pegno. Il capoverso 1bis, introdotto nella LEF con la novella legislativa di 1994 (entrata in vigore il 1. gennaio 1997), non fa altro che codificare la giurisprudenza anteriore che già imponeva all’escusso di sollevare quest’eccezione (cosiddetto “beneficium excussionis realis”) in via di ricorso ex art. 17 LEF, pena la sua decadenza (cfr. i rif. citati da Pierre-Robert Gilliéron , Commentaire de la LP, Losanna 1999, vol. I, n. 14 ad art. 41). 2. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale e la dottrina, il ricorso fondato sul beneficium excussionis realis deve essere accolto solo qualora l’escusso abbia dimostrato in modo liquido e inconfutabile l’esistenza dell’asserito pegno (ad es. DTF 106 III 9, 104 III 9, 93 III 15; Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, 6a ed., Berna 1997, n. 9 ad § 32 ; Gilliéron , op. cit., n. 24 e 38 ad art. 41; D omenico Acocella , Basler Kommentar zum SchKG, Basilea/Ginevra/ Monaco 1998, Vol. I, n. 19 ad art. 41). a) L’eccezione dell’art. 41 cpv. 1bis LEF non è ammissibile quando il credito posto in esecuzione non è garantito direttamente da un pegno, ma indirettamente dal fatto che all’escutente è stata trasferita in proprietà una cartella ipotecaria a titolo di garanzia del credito causale (cosiddetta “Sicherungsübereignung”; cfr. DTF 106 III 6; Daniel Staehelin , Betreuung und Rechtsöffnung beim Schuldbrief, AJP/PJA 1994, p. 1261, lett. B; Gilliéron , op. cit., n. 25 ad art. 41; Acocella , op. cit., n. 20 ad art. 41). In effetti, vi è in una tale situazione una giustapposizione del credito causale e del credito astratto che non riveste alcun carattere reale ai sensi del Codice civile (cfr. art. 37 LEF), essendo unicamente il credito astratto garantito da pegno. Quando invece la cartella ipotecaria è stata data a pegno (manuale, ai sensi dell’art. 901 CC) in garanzia del credito (causale) posto in esecuzione, l’escusso può validamente opporre all’escutente il beneficium excussionis realis (S taehelin , op. cit., p. 1262, lett. C). b) In casu, i crediti posti in esecuzione non si confondono con il credito astratto incorporato nella cartella ipotecaria consegnata all’avv. Quadri, bensì con i crediti (causali) in restituzione degli asseriti prestiti concessi dagli escutenti (o meglio, apparentemente, il credito – i due crediti ? – astratto(i) incorporato(i) nel (nei due) vaglia cambiari(o) probabilmente emesso(i) in pagamento o in garanzia del (dei) credito(i) di prestito), visto che il titolo invocato nella domanda di esecuzione non è la cartella ma il (i due ?) “vaglia cambiari[o] del 10 giugno 1999”. c) L’escusso sembra sostenere di aver dato la cartella in questione a pegno, in garanzia del credito posto in esecuzione, poiché egli pretende che gli escutenti sono in possesso di un pegno mobiliare sulla cartella, mentre \_\_\_\_\_ afferma di averla ricevuto in proprietà. d) Le distinzioni tra il trasferimento di una cartella ipotecaria al portatore in (piena) proprietà, il trasferimento fiduciario a titolo di garanzia e la dazione a pegno dipendono unicamente della volontà delle parti, visto che in tutte queste ipotesi basta, oltre al contratto informale di cessione o di costituzione di pegno, il trasferimento del possesso (art. 967 CO; 901 cpv. 1 CC). e) Nella fattispecie si può escludere il trasferimento in (piena) proprietà, non essendo la cartella ovviamente stata data a titolo di pagamento, dato che per stessa ammissione del creditore, l’ammontare dei crediti (causali) di prestito non sono stati ridotti al momento della consegna della cartella. Invece, non vi sono agli atti prove decisive che permettano di determinare se la cartella è stata consegnata in proprietà a titolo di garanzia o solo data a pegno. La lettera 13 aprile 1999 con la quale l’avv. \_\_\_\_\_ chiede all’escusso di comunicargli quando potrà “cedere” la cartella ipotecaria sulla sua proprietà, oltre che costituire una dichiarazione di parte, precede

la consegna, avvenuta il 10 giugno 1999 (v. la relativa ricevuta), e non permette quindi di determinare qual è stata la volontà delle parti al momento dell'effettiva consegna. La dichiarazione, anche essa unilaterale, dell'escusso, nell'ambito del suo interrogatorio formale, secondo la quale egli avrebbe consegnato la cartella "a titolo di garanzia" non è però univoca, non essendo dato di sapere se egli avesse in mente una garanzia fiduciaria o una garanzia reale. Nel dubbio, il ricorso deve essere respinto (cf. sopra consid. 2 a.i.). Questa conclusione vale a maggior ragione per \_\_\_\_\_ poiché questa nega di aver ricevuto la cartella in garanzia (fiduciaria o reale) e che non vi sono elementi concreti in senso contrario. f) A titolo abbondanziale, va aggiunto che le presunzioni legali non permettono apparentemente di sciogliere l'incertezza. Secondo l'art. 930 cpv. 1 CC, il possessore di una cosa mobile ne è presunto proprietario. Tale presunzione si applica alle cartevalori al portatore (DTF 109 II 242; Emil W. Stark, Basler Kommentar zum ZGB, Basilea 1998, Vol. II, n. 27 ad art. 930), anche nei confronti del precedente possessore (Paul-Henri Steinauer, Les droits réels, t. I, 2a ed., Berna 1990, n. 401a). In casu si dovrebbe pertanto concludere nel senso di un trasferimento fiduciario a titolo di garanzia, come sostenuto da \_\_\_\_\_. Dal punto di vista del diritto obbligatorio invece vale la presunzione inversa, ossia a favore della dazione a pegno, in quanto la stessa è meno impegnativa per il proprietario della cartella (cfr. DTF 38 II 529, 37 II 162; Hans Moser, Die Verpfändung von Grundpfandtiteln, tesi Zurigo 1989, p. 27, n. 3; Staehelin, op. cit., p. 1258, lett. A). Quest'ultimo autore sostiene tuttavia che questa presunzione va invertita in caso di consegna di una cartella "del proprietario" (ossia in mano del proprietario e debitore) a causa delle sue conseguenze giuridiche poco chiare ed in parte insoddisfacenti. Tale parere, espresso prima dell'ultima modifica della LEF, non pare poter essere da condividere al momento attuale. In effetti, con l'introduzione dell'art. 156 cpv. 2 LEF queste conseguenze negative sono state eliminate. La dazione a pegno appare quindi oggi meno impegnativa per il proprietario della cartella che il trasferimento a titolo di garanzia, già per il fatto che è solo nel primo caso che il debitore può far valere l'eccezione di cui all'art. 41 cpv. 1bis LEF. Come si vede, le presunzioni legali del diritto reale e del diritto obbligatorio sono contraddittorie. 3. Ne consegue la reiezione del gravame. Sulle tasse occorre ricordare che ■ benché la gratuità della procedura sia contraria al sistema di diritto amministrativo in cui si muove il ricorso secondo l'art. 17 LEF (Jean-François Poudret /Suzette Sandoz-Monod, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. II, Berna 1990, n. 2.10 all'art. 81, p. 804) ■ siffatto principio è stato codificato per espressa volontà del legislatore (art. 20 a cpv. 1 primo periodo LEF e 61 cpv. 2 lett. a OTLEF; DTF 125 III 383 cons. 2a). Per lo stesso motivo non si assegnano indennità (art. 62 cpv. 2 OTLEF). Richiamati gli art. 17, 41 LEF, nonché 62 OTLEF, pronuncia: 1. Il ricorso 10 novembre 1999 di \_\_\_\_\_, è respinto. 2. Non si prelevano spese, né si assegnano indennità. 3. Contro questa decisione è dato ricorso entro dieci giorni alla Camera delle esecuzioni e dei fallimenti del Tribunale federale a Losanna, per il tramite della scrivente Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello, in conformità dell'art. 19 LEF. 4. Intimazione a: \_\_\_\_\_ Per la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello quale autorità di vigilanza Il presidente La segretaria