

# TI\_GERICHTE 15.2023.87 vom 20. Dezember 2023

TI Tribunale d'appello, 2023-12-20, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_15.2023.87](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_15.2023.87)

FR: TI\_GERICHTE 15.2023.87 du 20 décembre 2023

IT: TI\_GERICHTE 15.2023.87 del 20 dicembre 2023

## Regeste

Beneficium excussionis realis. Contratti di mutuo che escludono espressamente la fornitura di garanzie di natura immobiliare. Consegna di cartelle ipotecarie. Limiti del principio inquisitorio dinnanzi all'autorità di vigilanza

## Erwägungen

### E. 2

Nel ricorso, RI 1 afferma che, a garanzia dei mutui concessigli, PI 1 ha preteso la consegna delle cinque ipotecarie cartelle gravanti il fondo n. \_\_\_\_\_2 RFD \_\_\_\_\_, poi trasmessegli per il tramite della PI 5 e della PI 4, ciò che risulta dalle lettere del 19 novembre 2012 e del 4 aprile 2013, allegate all'impugnativa. Facendo valere il beneficio di escussione reale del l'art. 41 cpv. 1 bis LEF , il ricorrente chiede l'annullamento del precetto esecutivo. Nelle osservazioni al ricorso, la CE ricorda che tutti e tre i contratti di mutuo escludono in maniera esplicita la fornitura di garanzie reali e per abbondanza rileva che dalla lettera del 4 aprile 2013 citata dal ricorrente non emerge in alcun punto che i crediti posti in esecuzione siano garantiti dalle cartelle da lui menzionate. Nella replica spontanea, RI 1 asserisce che la lettera in questione concerne sì la particella n. \_\_\_\_\_5 RFD \_\_\_\_\_ , a quel tempo di sua proprietà, ma attesta altresì che, su richiesta di PI 1, la PI 4 ha consegnat o a quest'ultimo le cartelle gravanti detto fondo. Sostiene che "questo era l'iter concordato" tra lui e il mutuatario "ed è quindi esattamente quanto è avvenuto pure con le cartelle ipotecarie gravanti" il fondo di \_\_\_\_\_, anche se, "purtroppo" , non è in possesso della ricevuta della seconda consegna. Rileva di averne chiesto la consegna alla fiduciaria, la quale ha risposto di non poter rilasciare alcun tipo d'informazione, non avendo ottenuto dagli eredi lo svincolo dal segreto professionale, ciò che a mente del ricorrente lascia presupporre l'esistenza della ricevuta, di cui postula l'edizione. In conclusione RI 1 giudica "palese" che a un certo punto lui e il mutuatario hanno derogato all'esclusione delle garanzie immobiliari. Da ultimo, rileva che la CE non sostiene "di aver ceduto le cartelle ipotecarie a terzi e queste risultano tutt'ora iscritte a Registro fondiario" , sicché egli reputa ch'essa ne sia ancora in possesso. Il ricorrente conferma pertanto la domanda di annullamento del precetto esecutivo. Nella duplica spontanea, la CE ribadisce che le parti hanno esplicitamente escluso la garanzia dei crediti per mezzo di pegni immobiliari e aggiunge che il diritto tedesco applicabile ai contratti di mutuo non conosce l'istituto del beneficio di escussione reale. Si oppone pertanto all'esecuzione di qualsiasi atto istruttorio.

### E. 3

Per i crediti garantiti da pegno, l'esecuzione si prosegue in via di realizzazione del pegno (art. 41 cpv. 1 LEF), tosto che l'ufficiale sia informato dell'esistenza del diritto di pegno (art. 151 cpv. 1 LEF). L'eccezione del beneficio d'escussione reale prevista dall'art. 41 cpv.

1 bis consente al debitore di pretendere che il creditore venga soddisfatto dapprima sull'oggetto costituito in pegno e solo in seguito sul resto del suo patrimonio (DTF 140 III 180 consid. 5.1.4). Il debitore, ove intenda prevalersi di tale eccezione, deve dimostrare in modo chiaro (“in liquider Weise”) che il credito posto in esecuzione è garantito da un pegno nel senso dell'art. 37 LEF (DTF 129 III 360 consid. 1; sentenze del Tribunale federale 5A\_849/2018 del 15 gennaio 2019, consid. 3.4, e della CEF 15.2017. 99 del 2 maggio 2018, consid. 2.1).

### **E. 3.1**

Nella fattispecie, tutti e tre contratti di mutuo (doc. 4, 5 e 6) prevedono espressamente che non viene fornita alcuna garanzia di natura immobiliare, in particolare cartelle ipotecarie al portatore (punto n. 5). Spettava a RI 1 dimostrare (e non solo rendere verosimile) in modo chiaro che le parti hanno in seguito derogato a tale esclusione e che un pegno nel senso dell'art. 37 LEF è stato costituito a favore del mutuante .

### **E. 3.2**

Nella replica spontanea il ricorrente stesso ammette che la lettera del 4 aprile 2013, in cui PI 1 chiedeva alla PI 4 di consegnare le sei (non cinque) cartelle ipotecarie (doc. C) non riguarda la particella n. 3392 RFD \_\_\_\_\_, bensì la n. 4195 RFD \_\_\_\_\_ . L'argomentazione fondata su tale scritto cade dunque nel vuoto.

### **E. 3.3**

D'altronde, se si può dar atto a RI 1 che la lettera del 19 novembre 2012 attesta effettivamente la trasmissione delle cartelle gravanti il fondo n. 3392 dalla PI 5 alla fiduciaria (doc. D), tale circostanza, da sola, non prova però la successiva trasmissione delle cartelle al mutuante e soprattutto il fatto che la consegna sia avvenuta a titolo di pegno manuale e non in proprietà fiduciaria a scopo di garanzia. Ora, il secondo tipo di trasferimento, presunto dalla legge (art. 842 cpv. 2 CC; Steinauer/Fornage in: Commentaire romand, Code civil II, 2016, n. 25 ad art. 842 CC) , non conferisce a chi riceve la cartella ipotecaria un diritto di pegno giusta l'art. 37 LEF e quindi non gli conferisce il diritto di eccepire il beneficio di escussione reale (DTF 140 III 180 consid. 5.1.4; sentenza della CEF 15. 2020.37 del 13 maggio 2020 consid. 3 e i rinvii). Ne segue che il ricorrente non ha dimostrato in modo chiaro, come gli incombeva (sopra consid. 3), che il credito posto in esecuzione è garantito da un pegno.

### **E. 3.4**

Nulla muta al riguardo il parallelismo tracciato dal ricorrente tra la consegna delle cartelle gravanti il fondo n. 4195 e quella relativa alle cartelle gravanti il fondo n. 3392. Intanto, nel primo caso il trasferimento è avvenuto nel quadro della vendita della Villa “\_\_\_\_\_” (lettera del 4 aprile 2013, doc. C), mentre nel secondo il ricorrente allega che le cartelle sarebbero state consegnate per un altro scopo, ovvero la garanzia dei mutui. E proprio tali circostanze rafforzano l'incertezza sull'utilizzo delle cartelle consegnate alla fiduciaria, che avrebbe potuto avere diversi altri scopi di quello fatto valere dal ricorrente e non permette d'identificare con la chiarezza necessaria il cosiddetto “iter concordato” invocato nella replica.

### **E. 3.5**

La domanda di edizione dalla fiduciaria dell'eventuale ricevuta rilasciata per la consegna delle cinque cartelle ipotecarie consegnate dalla banca (doc. D) risulta inammissibile, sia

per il genere di procedura in cui s'inserisce (sotto consid. 3.5.1), sia perché tardiva (sotto consid. 3.5.2).

### **E. 3.5.1**

Secondo la giurisprudenza l'escusso deve dimostrare in modo liquido che il credito posto in esecuzione è garantito da un pegno (sopra consid. 3). Ciò esclude già di per sé l'adozione di misure istruttorie. Del resto, anche se l'art. 41 cpv. 1 bis LEF prescrive che il beneficio di escussione reale sia eccepito per mezzo di un ricorso all'autorità di vigilanza, la natura della procedura è diversa da quella ordinaria, siccome non si tratta di vagliare l'operato dell'ufficio d'esecuzione, che al riguardo non è tenuto ad alcuna verifica, bensì di appurare se l'eccezione – materiale (DTF 140 III 180 consid. 5.1.4 e i rinvii) – invocata dall'escusso è fondata, e in particolare se ha dimostrato, in modo liquido, che il credito posto in esecuzione è garantito da pegno. È dunque dubbio che il principio inquisitorio limitato dell'art. 20 a cpv. 2 n. 2 LEF si applichi al beneficio di escussione reale.

### **E. 3.5.2**

Comunque sia, secondo la giurisprudenza della Camera, in linea di massima non è possibile addurre nuovi fatti o mezzi di prova (detti pseudonova) già proponibili in occasione del primo scambio di allegati (sentenza della CEF 15.2023.6 del 17 giugno 2023, consid. 2 e i riferimenti; per analogia, cfr. DTF 142 III 413 consid. 2.2.1, 2.2.2 e 2.2.5, secondo cui i fatti e i mezzi di prova nuovi possono essere fatti valere in appello dopo la scadenza del termine d'appello o di risposta solo alle condizioni restrittive dell'art. 317 cpv. 1 CPC, senza riguardo al fatto che la procedura sia retta dalla massima attinatoria o dalla massima inquisitoria). Un eventuale secondo scambio di allegati o l'esercizio del diritto di replica spontanea non possono servire a completare una critica insufficiente o a formulare nuove censure (cfr. DTF 142 III 413 consid. 2.2.4 i.f., pag. 417). La limitazione dei mezzi di prova nuovi vale anche per l'assunzione di prove in sede di ricorso (o di appello), altrimenti la parte potrebbe aggirarla chiedendo l'assunzione delle prove che la legge non le permette di produrre. Tale rigore processuale si giustifica in particolare nei casi in cui, come nella fattispecie, le parti sono patrociniate da rappresentanti professionali, giacché lo scopo della massima indagatoria è in particolare quello di consentire alle parti di presentare personalmente il ricorso (Cometta/Möckli in: Basler Kommentar, SchKG I, 3 a ed. 2021, n. 6 ad art. 20 a LEF). Presentata solo con la replica spontanea, nel caso in esame la domanda di edizione dell'eventuale ricevuta risulta tardiva, poiché poteva essere presentata senza difficoltà già con il ricorso. Non vi si può quindi dare seguito.

### **E. 3.6**

Non avendo RI 1 dimostrato in modo chiaro l'esistenza di un pegno a favore di PI 1, deve sopportare le conseguenze della mancata prova (art. 8 CC; sentenza del Tribunale federale 5A\_253/2015 del 9 giugno 2015 consid. 4.1), nel senso che il ricorso va respinto. È quindi superfluo esaminare se, come sostenuto dai resistenti solo in duplice, il diritto applicabile ai contratti di mutuo è quello tedesco, che non conosce l'istituto del beneficio di escussione reale, con il rilievo, ad ogni buon conto, che ciò priverebbe la reclamante dalle facoltà di eccepire il beneficio di escussione reale unicamente qualora le cartelle ipotecarie si trovassero in Germania e non ancora in Svizzera, ad esempio presso la fiduciaria svizzera (DTF 68 III 134; A cocella in: Basler Kommentar, SchKG I, 3 a ed. 2021, n. 34 ad art. 41 e i rif.).

### **E. 4**

Per legge non si preleva la tassa di giustizia e non si assegnano indennità (art. 20 a cpv. 2 n. 5 LEF, 61 cpv. 2 lett. a e 62 cpv. 2 OTLEF [ RS 281.35 ] ). Per questi motivi, pronuncia:

1. Il ricorso è respinto. 2. Non si prelevano spese né si assegnano indennità. 3. Notificazione a: – avv. PA 1, \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_; – avv. PA 2, \_\_\_\_\_ & \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_.

Comunicazione all'Ufficio d'esecuzione, Locarno. 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 al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro dieci giorni dalla notificazione, ridotti a cinque ove la decisione impugnata sia stata pronunciata nell'ambito di un'esecuzione cambiaria (art. 74 cpv. 2 lett. c, 100 cpv. 2 lett. a e cpv. 3 lett. a LTF). Il termine non è sospeso durante le ferie giudiziarie nei casi previsti all'art. 46 cpv. 2 LTF.

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