

# **TI\_GERICHTE 14.1994.00003 vom 6. April 1995**

TI Tribunale d'appello, 1995-04-06, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_14.1994.00003](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_14.1994.00003)

FR: TI\_GERICHTE 14.1994.00003 du 6 avril 1995

IT: TI\_GERICHTE 14.1994.00003 del 6 aprile 1995

## **Regeste**

Sentenza o decisione senza scheda

## **Erwägungen**

### **E. 1**

a) La specie d'esecuzione in esame è quella in via di realizzazione di un pegno immobiliare; tra le sue peculiarità rientra, per quanto qui di rilievo, anche quella di poter interporre due opposizioni (art. 85 cpv. 1 RFF; DTF 105 III 120; Kurt Amonn, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 1993, § 33 m. 11): a) contro il credito; b) contro l'esistenza di un diritto di pegno. b) Salvo menzione espressa, l'opposizione è presunta diretta solo contro il credito e non contro l'esistenza di un diritto di pegno (art. 85 cpv. 1 RFF). Costituisce menzione espressa ad es. la formulazione "Erhebe Rechtsvorschlag mangels Pfandrechts" oppure "Pfandrecht bestritten" (cfr. Amonn, op. cit., § 33 m. 11). c) L'escussa ha interposto opposizione sia contro il credito che contro l'esistenza del pegno immobiliare. L'esecuzione potrà pertanto proseguire solo se entrambe le opposizioni saranno state rigettate (cfr. Amonn, op. cit., § 33 m. 13).

### **E. 2**

a) La nozione di riconoscimento di debito constatato mediante scrittura privata ex art. 82 cpv. 1 LEF, che non è definita dalla legge, implica necessariamente il riconoscimento da parte dell'escusso o del suo rappresentante di un'obbligazione in relazione ad una somma di denaro determinata o facilmente determinabile. Il riconoscimento di debito può essere dedotto anche da un insieme di documenti a condizione che da essi risultino gli elementi necessari. Conditio sine qua non è che la somma di denaro riconosciuta sia facilmente determinabile secondo criteri oggettivi stabiliti in precedenza o sottratti a possibilità di modifica unilaterale dipendente dalla volontà delle parti (cfr. Flavio Cometta, Il rigetto provvisorio dell'opposizione nella prassi giudiziaria ticinese, in Rep 1989 p. 338 con riferimenti). Anche un contratto può costituire in linea di principio riconoscimento di debito, ritenuto l'ossequio delle peculiarità del caso di specie. b) Ex art. 82 cpv. 1 LEF se il credito si fonda sopra un riconoscimento di debito constatato mediante atto pubblico o scrittura privata, il creditore può chiedere il rigetto provvisorio dell'opposizione. La volontà di obbligarsi può risultare da un atto pubblico redatto nelle forme stabilite dal diritto cantonale, per esempio le cartelle ipotecarie (cfr. Cometta, op. cit. in Rep 1989 p. 337). c) Il contratto di mutuo costituisce riconoscimento di debito per il rimborso della somma mutuata e degli interessi, quando cumulativamente sono adempiuti i seguenti requisiti: - vi è contratto di mutuo scritto; - vi è la prova documentale (che può risultare dal contratto medesimo o da una ricevuta separata) che il mutuante ha trasferito al mutuatario il capitale pattuito; - la pretesa deve essere inoltre esigibile (cfr. CEF 19 giugno 1990 in re J./W.SA). d) Nelle cartelle ipotecarie è fissato solo l'obbligo di pagamento di un interesse ed il

relativo tasso massimo, che serve però solo da limite alla garanzia immobiliare, per cui gli interessi non partecipano della natura di cartavalore della cartella ipotecaria. Infatti nella cartella ipotecaria è fissato solo l'obbligo come tale di pagare un interesse che in generale non corrisponde al tasso effettivamente concordato tra le parti. La cartella ipotecaria può rinviare a tale accordo separato in merito all'interesse e al pagamento (cfr. DTF 115 II 353/354; SJZ 1968 p. 77; Fritzsche/Walder, *Schuldbetreibung und Konkurs*, vol. I, Zurigo 1984, § 20 m. 2 p. 258; Panchaud/Caprez, *Die Rechtsöffnung*, Zurigo 1980, § 77 n. 18 p. 199).

### **E. 3**

La procedente fonda la sua pretesa sul contratto di mutuo ipotecario 2 agosto 1990 sottoscritto da \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ (doc. 1) con il quale \_\_\_\_\_ ha loro concesso un mutuo di Fr. 1'500'000.--. Siffatto contratto costituisce, in principio, unitamente alla cartella ipotecaria gravante in I rango la PPP n. \_\_\_\_\_ del fondo base part. \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_, rilasciata alla procedente a garanzia del mutuo, un riconoscimento di debito nel senso sopra inteso per la somma di Fr. 750'000.-- qui posta in esecuzione, atteso che il trasferimento del capitale non è contestato ed è provato dalla cartella ipotecaria detenuta dalla procedente.

### **E. 4**

a) Per l'art. 82 cpv. 2 LEF il giudice pronuncia il rigetto provvisorio dell'opposizione a meno che il debitore sollevi o giustifichi immediatamente delle eccezioni tali da infirmare il riconoscimento di debito; all'escusso incombe l'onere di dimostrare la verosimiglianza delle eccezioni che deduce in giudizio. Secondo la giurisprudenza le eccezioni 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 (cfr. in senso convergente l'obiter dictum della II Corte civile del Tribunale federale nella sentenza 13 ottobre 1986 in re H.B. c. H. SA in Rep 1987 p. 150-151 cons. 3; CEF 12 gennaio 1988 in re Na. c. V.O.; Panchaud/Caprez, op. cit., § 26 p. 61; BLSchk 1982 p. 95-97; SJZ 1974 p. 228 n. 44, 1971 p. 26-28; BJM 1970 p. 83-85; ZR 1967 n. 110; Marcel Caprez, *La mainlevée provisoire*, FJS 186 p. 6; ZBJV 1944 p. 416). b) L'escussa ha argomentato che la creditrice non ha disdetto il credito incorporato nella cartella ipotecaria, che costituisce l'unico titolo di credito dopo che si è verificata la novazione secondo l'art. 855 cpv. 1 CC. aa) 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 debitrice e creditrice 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 le parti hanno pattuito una cessione in proprietà della cartella

ipotecaria. Siffatta circostanza emerge direttamente dalle stesse ammissioni della \_\_\_\_\_ (cfr. istanza di rigetto dell'opposizione pto. 2 p. 2) e indirettamente dal fatto che la creditrice, ritenendosi proprietaria della nota cartavalore, ha promosso contro \_\_\_\_\_ un'esecuzione in via di realizzazione del pegno immobiliare e non manuale come avrebbe invece fatto nell'ipotesi in cui la cartella ipotecaria non le fosse stata ceduta in proprietà. Avendo ricevuto la cartella ipotecaria in proprietà \_\_\_\_\_ è divenuta titolare del credito incorporato nel titolo, garantito da un pegno immobiliare ordinario (DTF 115 III 152, 155). La costituzione di tale cartavalore ha estinto per novazione l'obbligazione originaria: il credito incorporato nella cartavalore si è sostituito al credito derivante dal contratto di mutuo. Ne consegue che, come rettamente evidenziato dalla giudice di prime cure, titolo di rigetto dell'opposizione può essere unicamente la cartavalore e non il contratto di mutuo originario. Nel caso di specie la cartella ipotecaria gravante in I rango la PPP n. \_\_\_\_\_ del fondo base part. n. \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_ costituisce pertanto, in principio, titolo di rigetto dell'opposizione per l'importo capitale di Fr. 750'000.--. La cartella ipotecaria non costituisce invece titolo di rigetto dell'opposizione per gli interessi che non partecipano della sua natura di cartavalore (cfr. consid. 2d). bb) Dagli atti risulta che con lettera raccomandata 2 giugno 1992 (doc. 9), inviata alla debitrice, \_\_\_\_\_ ha disdetto il mutuo ipotecario per il 4 dicembre 1992. Visto che con la costituzione della cartella ipotecaria il credito incorporato nell'originario contratto di mutuo è stato estinto per novazione, l'escussa non poteva che intendere la disdetta 2 giugno 1992 valevole per la cartella ipotecaria. Di conseguenza la cartella ipotecaria va ritenuta disdetta e l'opposizione interposta da \_\_\_\_\_ contro il credito e contro l'esistenza del diritto di pegno rigettata.

## E. 5

L'appello 7 novembre 1994 \_\_\_\_\_ va quindi parzialmente accolto. Tassa di giustizia e indennità seguono il grado di soccombenza (art. 51, 54, 67 e 68 OTLEF), considerato in particolare che in prima sede la precedente ha richiesto il rigetto dell'opposizione per l'importo di Fr. 1'500'000.-- oltre accessori, quando con l'esecuzione in esame procede solo per Fr. 750'000.-- oltre accessori, mentre in appello il petitum è limitato a Fr. 750'000.-- oltre accessori, nonchè Fr. 41'445.-- per i quali motivi, richiamati gli art. 82 LEF; 85 cpv. 1 RFF; 855 cpv. 1 e 2 CC pronuncia I. L'appello 7 novembre 1994 \_\_\_\_\_ è parzialmente accolto. Di conseguenza la sentenza 26/27 ottobre 1994 della Pretore di Lugano, Sezione 5, è così riformata: " 1. L'istanza 22 agosto 1994 \_\_\_\_\_, è parzialmente accolta. Di conseguenza l'opposizione interposta da \_\_\_\_\_ al PE n. \_\_\_\_\_ del 3 gennaio/14 febbraio 1994 dell'UE di Lugano è rigettata in via provvisoria, sia per quanto riguarda il credito che per quanto concerne il pegno, per Fr. 750'000.--. 2. La tassa di giustizia di Fr. 250.--, già anticipata dall'istante, è a carico per 3/5 della \_\_\_\_\_ e per 2/5 di \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_ rifonderà a \_\_\_\_\_ 400.-- per parte di indennità." II . La tassa di giustizia del presente giudizio di Fr. 375.--, già anticipata dall'appellante, è a carico per 6/7 di \_\_\_\_\_ e per 1/7 \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_ rifonderà a \_\_\_\_\_ Fr. 1'400.-- per parte di indennità. III. Intimazione a: - \_\_\_\_\_ Comunicazione alla Pretura di Lugano, Sezione 5. Per la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello Il presidente La segretaria