

TI_GERICHTE 14.2001.00062 vom 5. September 2001

TI Tribunale d'appello, 2001-09-05, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_14.2001.00062

FR: TI_GERICHTE 14.2001.00062 du 5 septembre 2001

IT: TI_GERICHTE 14.2001.00062 del 5 settembre 2001

Regeste

Sentenza o decisione senza scheda

Erwägungen

E. 1

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. Questo vale pure nell'esecuzione in via di realizzazione del pegno, sia per il credito che per il diritto di pegno (cfr. art. 153a cpv. 1 LEF; Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6a ed., Berna 1997, n. 13 ad § 33; Bernheim/Känzig, Basler Kommentar zum SchKG, Basilea/Ginevra/ Monaco 1998, vol. II, n. 7 ad art. 153a).

E. 1.1

Di conseguenza, i dispositivi n. 1 e 2 della sentenza 19 giugno 2001 (inc. EF. _____) della Segretaria Assessore della Pretura di Lugano, Sezione 5, vanno riformati come segue: “ 1. L'istanza è accolta e di conseguenza l'opposizione interposta dall' _____, al precetto esecutivo n. _____ dell'UE di Lugano è respinta in via provvisoria. 2. La tassa di giustizia di fr. 450.-- è posta a carico dell' _____ che rifonderà a _____, fr. 4'800.-- a titolo di indennità”. 2. La tassa di giustizia di fr. 675.--, già anticipata dall'appellante, è posta a carico dell' _____, con l'obbligo di rifondere a _____ fr. 2'000.-- a titolo di indennità. 3. Intimazione a: - _____ Comunicazione alla Pretura di Lugano, Sezione 5. Per la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello Il presidente Il segretario

E. 2

Il giudice del rigetto accerta d'ufficio ed in ogni stadio di causa (quindi anche in sede d'appello) se la documentazione prodotta costituisce valido riconoscimento di debito (cfr. Flavio Cometta, Il rigetto provvisorio dell'opposizione nella prassi giudiziaria ticinese, in R ep 1989, p. 331) nonché, nell'esecuzione in via di realizzazione di pegno, se vi è un titolo attestante l'esistenza del pegno indicato nel precetto esecutivo: salvo menzione espressa contraria, l'opposizione è in effetti, nel nuovo diritto, presunta diretta sia contro il credito sia contro l'esistenza di un diritto di pegno (art. 85 RFF).

E. 3

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 e sottratti a possibilità di modifica unilaterale dipendente dalla volontà delle parti (cfr. Cometta, op. cit., p. 338 con riferimenti). La volontà di obbligarsi può anche risultare da un atto pubblico redatto nelle forme stabilite dal diritto cantonale, come per esempio le cartelle ipotecarie (cfr. Cometta, op. cit., p. 337 con riferimenti).

E. 3.1

Nella fattispecie, i doc. D 1 e D 2 rappresentano pertanto validi titoli di rigetto per la specie di esecuzione in causa. La censura riferita all'assenza di un diritto di proprietà dell'escutente sulle cartelle in suo possesso è da considerare quale eccezione ai sensi dell'art. 82 cpv. 2 LEF (che viene esaminata infra al cons. 5), in quanto la stessa non risulta dal titolo (cartella) medesimo, bensì dai rapporti personali tra le parti (cfr. CEF [14.01.63] 20 agosto 2001).

E. 3.2

Come rettamente osservato dall'appellata, non vi è identità tra la debitrice _____ e l'escusso _____. Va però ricordato che una copia del precetto esecutivo è pure stata notificata alla società proprietaria del pegno immobiliare, la quale ha potuto far valere – e d'altronde lo ha fatto – le stesse ragioni che avrebbe potuto invocare contro un precetto che, per ipotesi, le fosse stato notificato quale debitrice. Respingere l'istanza per questo motivo costituirebbe quindi un eccessivo formalismo.

E. 3.3

L'appellante critica il fatto che la prima giudice abbia d'ufficio evocato l'eccezione riferita all'asserita assenza di notifica della disdetta all'_____. a) Per la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza, il riconoscimento deve vertere non solo sull'esistenza e l'ammontare del debito ma pure sulla sua esigibilità, di modo che il giudice dovrebbe esaminare d'ufficio il carattere esigibile del credito posto in esecuzione (cfr. BJM 1957, 226; Panchaud/Caprez, *Die Rechtsöffnung*, Zurigo 1980, n. 1 e 8 ad § 1; Dietrich Staehelin, *Vom gegenwärtigen Stand der Basler Rechtsöffnungspraxis*, in: BJM 1958, 5; Peter Stücheli, *Die Rechtsöffnung*, tesi Zurigo 2000, p. 198, ad 8a; apparentemente nello stesso senso, senza esame però: DTF 122 III 126, cons. 2; idem, con la riserva che il giudice deve esaminare la questione dell'esigibilità soltanto se l'escusso solleva l'eccezione: Daniel Staehelin, *Basler Kommentar zum SchKG*, Basilea/Ginevra/Monaco 1998, vol. I, n. 79 ad art. 82). Pierre-Robert Gilliéron (*Commentaire de la LP*, vol. I, Losanna 1999, n. 81 ad art. 82) sembra invece considerare che l'eccezione dell'inesigibilità del credito posto in esecuzione debba essere sollevata e resa verosimile dall'escusso per essere accolta. b) È vero, il testo dell'art. 82 cpv. 1 LEF non esige che il riconoscimento di debito verta anche sull'esigibilità dello stesso. Visti gli effetti gravosi per l'escusso della concessione del rigetto provvisorio dell'opposizione, appare tuttavia escluso che il rigetto possa essere pronunciato senza che l'escutente abbia dimostrato l'esigibilità del credito vantato. Certo, nell'esecuzione basata su contratti bilaterali sinallagmatici in cui le parti sono tenute a prestazioni simultanee o in cui spetta al creditore l'obbligo della prestazione anticipata, i tribunali che, come la scrivente Camera, seguono in materia di rigetto dell'opposizione la prassi di Basilea Campagna (condivisa dal Tribunale federale in STF 13 ottobre 1986, in: Rep 1987 p. 150 cons. 3), impongono all'escusso non solo di sollevare l'eccezione di

mancato adempimento della controprestazione, ma ancora di renderla verosimile (Rep 1986 p. 112-113; Cometta , op. cit. in Rep 1989 p. 348; Staehelin , op. cit., n. 105 ad art. 82 LEF). Orbene, l' *exceptio non adimpleti contractus* non è altro se non un'eccezione (dilatoria) relativa all'inesigibilità del credito (cfr. Staehelin , op. cit., n. 79 ad art. 82 LEF).

c) In realtà, sia per la questione dell'esistenza del credito che per quella della sua esigibilità, vanno distinti due momenti. In una prima battuta, spetta all'escutente provare, con la produzione di un titolo di rigetto (cfr. art. 82 cpv. 1 LEF), che il credito posto in esecuzione è esistito ed è stato esigibile ad un determinato momento anteriore all'inoltro dell'esecuzione. In una seconda battuta, l'escusso avrà la facoltà di opporsi al rigetto rendendo verosimile l'estinzione successiva del credito, la concessione di una moratoria o un'altra eccezione od obiezione (cfr. art. 82 cpv. 2 LEF). Per quanto attiene alla menzionata prassi di Basilea Campagna, va evidenziato che il rigetto può comunque essere concesso solo se il precedente ha dimostrato, con la produzione di un titolo di rigetto, l'esistenza del credito posto in esecuzione nonché l'esigibilità del medesimo, a prescindere dal fatto di sapere se l'escusso ha o no sollevato l'eccezione dell'art. 82 CO. Infatti, quest'ultima ha per effetto di rendere inesigibile il credito della controparte soltanto se viene sollevata in modo esplicito, nel caso contrario l'esecuzione della prestazione dovuta dall'escutente è presunta; l' *exceptio non adimpleti contractus* non va quindi rilevata d'ufficio (cfr. DTF 76 II 298; Pierre Engel , *Traité des obligations en droit suisse*, 2a ed., Berna 1997, p. 657 a.i.; Ingeborg Schwenzer , *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2a. ed., Berna 2000, n. 62.07). d) Nel caso di specie, la prima giudice ha pertanto correttamente esaminato d'ufficio la questione dell'esigibilità.

E. 3.4

Visto che debitrice cartolare e proprietaria degli immobili gravati è _____ (cfr. supra cons. 3.2), è pacifico che la disdetta dei crediti ipotecari andava fatta alla medesima. a) Risulta dagli atti che _____ ha, almeno due volte (doc. E e F), formalmente disdetto il mutuo e le cartelle, con scritti indirizzati a _____. Anche se non si ha la prova che l'appellante abbia, con il suo scritto 30 gennaio 1997 (doc. E), rispettato il termine di disdetta di 6 mesi, e nemmeno che la scadenza del 31 luglio 1997 sia stata pattuita dalle parti (non è però escluso, cfr. doc. B e la ricevuta dell'avv. _____ datata 28 gennaio 1987), lo stesso valeva comunque per la prossima scadenza (cfr. Daniel Staehelin , *Basler Kommentar zum ZGB*, vol. II, Basilea/Francoforte-sul-Meno 1998, n. 7 i.f. ad art. 844, con rif.) e il doc. F dimostra che la creditrice non ha rinunciato a denunciare il rimborso. b) Certo, le due disdette non sono state fatte all' _____ e nemmeno erano indirizzate a questa società. Risulta tuttavia dagli atti (cfr. doc. B, p. 2, con il quale _____ chiede all'avv. _____, allora amministratore unico dell' _____ che _____, in qualità di azionista unico, consegna in pegno le azioni della società [cfr. inoltre sullo stesso documento la ricevuta dell'avv. _____]; doc. H, in cui _____ chiede a _____ la restituzione dei certificati azionari dell' _____) che _____ sia l'azionista unico dell' _____, circostanza di cui aveva conoscenza l'escutente, poiché detentrica a titolo di pegno manuale delle azioni della società. Costituisce pertanto chiaramente un abuso di diritto per _____ sostenere di non aver avuto conoscenza della disdetta significata all'azionista unico, il quale ha d'altronde chiaramente dimostrato di essere in grado di disporre liberamente degli attivi della società (cartelle ipotecarie, azioni) per garantire un suo debito personale (cfr. sul tema Falvio Cometta , *Il giudice del diritto esecutivo e il principio della buona fede*, in: SJZ 1991, p. 297 ss.).

E. 4

Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, nelle cartelle ipotecarie è fissato solo l'obbligo di pagamento di un interesse ed il relativo tasso massimo, che serve però soltanto da limite alla garanzia immobiliare, per cui gli interessi non parteciperebbero della natura di cartavalore della cartella ipotecaria. D'altronde, il tasso fissato nella cartella ipotecaria non corrisponde di solito al tasso effettivamente concordato tra le parti. Per questo motivo la cartella ipotecaria non potrebbe essere considerata quale titolo di rigetto per gli interessi maturati sul credito astratto (Cfr. DTF 115 II 353-354, cons. 3; RSJ 1968 p. 77; già citata CEF [14.1994.4] 5 aprile 1995, cons. 1d; CEF [14.1995.118] 26 aprile 1996, cons. 2d, Rep. 1996, pp. 278 ss.; Fritzsche/Walder , *Schuldbetreibung und Konkurs*, vol. I, Zurigo 1984, § 20 m. 2 p. 258; Panchaud/Caprez , op. cit., n. 18 ad § 77, p. 199).

E. 4.1

Tale giurisprudenza si riferisce tuttavia esplicitamente a situazioni in cui è regolato nel titolo soltanto l'obbligo di versare interessi in quanto tale, conformemente alle disposizioni pattuite con il creditore (entsprechend "den mit dem Gläubiger vereinbarten Bestimmungen"), il tasso d'interesse indicato essendo da qualificare di tasso massimo ("Maximalzinsfuß"). Con Daniel Staehelin (*Betreibung und Rechtsöffnung beim Schuldbrief*, in: AJP/PJA 1994, p. 1266, ad A e B a.i.) , va però ritenuto che questo non valga per i casi in cui il tasso figurante sulla cartella è un tasso fisso ("fester Zinssatz").

E. 4.2

Il tasso d'interesse figurante sulle cartelle prodotte dall'appellante (doc. D 1 e D 2), è ovviamente un tasso fisso, poiché non rinvia a convenzioni separate pattuite o da pattuire tra le parti per la fissazione del tasso d'interesse effettivo, e nemmeno qualifica il tasso d'interesse di massimale.

E. 4.3

Il fatto poi che l'art. 40 cpv. 1 lett. d RRF sembra contemplare soltanto l'ipotesi del tasso massimo non è determinante. L'ordinanza non può ovviamente limitare la portata della legge e l'art. 818 cpv. 1 n. 3 CC dispone chiaramente che la garanzia immobiliare si estende ad una parte degli interessi dovuti sul credito (astratto), senza escludere che il tasso possa essere fissato nella stessa cartella e nel registro fondiario; anzi lo presuppone, poiché è presunto che la costituzione di una cartella ipotecaria estingua per novazione il credito causale (art. 855 cpv. 1 CC). Del resto, l'art. 53 cpv. 2 lett. d RRF richiede, tra le indicazioni necessarie che devono figurare sui titoli ipotecari, "le clausole sull'interesse". Infine, la nozione stessa di tasso massimale non è contenuta nella legge. Si tratta infatti di una modalità creata per evitare la regola dell'art. 818 cpv. 2 CC: fissando il tasso (qualificato esplicitamente nel titolo di massimale) sopra il 5%, le parti si riservano il diritto di portare il tasso d'interesse effettivamente pattuito con convenzione separata al di là del saggio del 5% senza l'accordo dei creditori pignorati posteriori (cfr. DTF 101 III 74; 115 II 349; Paul-Henri Steinauer , *Les droits réels*, vol. III, 2a ed., Berna 1996, n. 2648). Occorre ancora osservare che la pattuizione di un tasso d'interesse relativo al credito causale non è necessariamente determinante per quanto concerne il tasso relativo al credito astratto (cfr. S taehelin , op. cit. , p. 1266-7, ad B; lo stesso, *Zehn Fallen für Grundpfandgläubiger in der Zwangsvollstreckung*, in: AJP/PJA 1998 , p. 367, ad IV) . Va infatti accuratamente distinto il problema dell'estensione della garanzia reale da quello dell'importo del credito causale. Importo e interessi dei crediti astratto e causale possono

divergere (cfr. S taehelin , AJP 1994, p. 1267, ad B) .

E. 4.4

La cartella ipotecaria sulla quale figura un tasso d'interesse fisso costituisce pertanto, in un'esecuzione in via di realizzazione del pegno immobiliare fondata sul credito astratto, un titolo di rigetto per tutti gli interessi scaduti dall'emissione del titolo e per l'interesse corrente. Spetta all'escusso (art. 82 cpv. 2 LEF) sollevare esplicitamente l'eccezione relativa ad eventuali pagamenti, all'esistenza di una convenzione vincolante per il precedente che preveda un tasso d'interesse inferiore a quello figurante sulla cartella, oppure al fatto che la garanzia ipotecaria si estenda al massimo agli interessi scaduti di 3 anni (art. 818 cpv. 1 n. 3 CC).

E. 4.5

Nel caso di specie, il tasso d'interesse – fisso – riferito al credito cartolare è del 7% a contare dal 3 febbraio 1987 (cfr. doc. D 1 e D 2 , a p. 7 in alto a destra). L'appellante chiede tuttavia l'applicazione soltanto del tasso ridotto del 5,25% (cfr. doc. L), che probabilmente è quello pattuito internamente dalle parti (cfr. doc. A). Risulta d'altronde dalle stesse cartelle che gli interessi chiesti sono esigibili. A partire dalla scadenza del termine di disdetta, possono essere richiesti soltanto interessi di mora, però comunque al tasso convenzionale (cfr. art. 104 cpv. 2 CO).

E. 5

Per l'art. 82 cpv. 2 LEF il giudice pronuncia il rigetto provvisorio dell'opposizione a meno che il debitore sollevi e 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, ritenuto che 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 , Die Rechtsöffnung, Zurigo 1980, § 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; ZBJV 1944 p. 416; cfr. pure: Marcel Caprez , La mainlevée provisoire, FJS 186 p. 6).

E. 5.1

La convenuta, fondandosi sul doc. I, a pagina 2, pretende che l'escutente avrebbe ammesso di disporre unicamente di un pegno mobiliare sulle cartelle ipotecarie e quindi difetterebbe di un titolo di rigetto valido per il genere di esecuzione scelto (realizzazione di pegno immobiliare).

E. 5.2

Si tratta tuttavia di un novum, irricevibile in sede di appello contro una sentenza di rigetto (cfr. art. 22 cpv. 4 LALEF). È vero, l'_____ ha, in prima sede, contestato l'esistenza di un diritto di pegno immobiliare, ma apparentemente, stando al verbale di udienza, senza motivazione se non un rinvio generico alla documentazione prodotta dall'escutente. Non è sufficiente per considerare che siffatte eccezioni siano già state sollevate davanti al giudice di prime cure. Da questo rigore procedurale non deriva comunque per l'_____ alcun danno irreparabile, poiché potrà, se lo ritiene opportuno, far valere le proprie ragioni in sede

di disconoscimento di debito.

E. 5.3

Quo agli interessi, l'appellata non ha sollevato, davanti alla prima giudice, alcuna eccezione, e in particolare non ha reso verosimile – e nemmeno allegato – di averli pagati né ha dimostrato che il tasso d'interesse pattuito internamente sia stato inferiore a quello vantato dall'appellante.

E. 6

L'appello 28 giugno 2001 di _____ va quindi accolto. La fissazione della tassa di giustizia e delle indennità seguono la soccombenza (cfr. art. 48, 49, 61 cpv. 1 e 62 cpv. 1 OTLEF). Per i quali motivi, richiamati gli art. 82 LEF, 2 al. 2, 818, 844 CC, 40, 53 RFF, 82 CO, 22 LALEF 48, 49, 61 cpv. 1 e 62 cpv. 1 OTLEF; pronuncia 1. L'appello 28 giugno 2001 di _____ è accolto.

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