

TI_GERICHTE 14.2002.120 vom 7. August 2003

TI Tribunale d'appello, 2003-08-07, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_14.2002.120

FR: TI_GERICHTE 14.2002.120 du 7 août 2003

IT: TI_GERICHTE 14.2002.120 del 7 agosto 2003

Regeste

Sentenza o decisione senza scheda

Erwägungen

E. 7

agosto 2003 /EC/fc/rgc In nome della Repubblica e Cantone del Ticino La Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello composta dei giudici: Cometta, presidente, Pellegrini e Chiesa segretario: Cassina, vicecancelliere statuendo sulla causa a procedura sommaria appellabile promossa con istanza 10 ottobre 2002 da _____ patrocinata da: _____ contro _____ patrocinato da: _____ tendente ad ottenere il rigetto provvisorio dell'opposizione interposta al PE n. _____ in via di realizzazione del pegno immobiliare del 16/20 settembre 2002 dell'UE di Lugano; sulla quale istanza la Segretaria assessore della Pretura di Lugano con sentenza 2 dicembre 2002 ha così deciso: “ 1 L'istanza è respinta. 2. La tassa di giustizia in fr. 1'500.--, da anticipare dalla parte istante, resta a suo carico, con l'obbligo di rifondere alla convenuta fr. 9'000.-- a titolo di indennità.” Sentenza dedotta tempestivamente in appello dalla precedente che con atto 12 dicembre 2002 ha postulato il parziale accoglimento dell'istanza e la reiezione dell'opposizione per fr. 1'225'000.-- con interessi al 5% dal 1. gennaio 2001 su fr. 1'175'000.--; mentre con osservazioni 20 gennaio 2003 l'appellato ha resistito al gravame, protestate tasse, spese e ripetibili; esaminati atti e documenti; ritenuto in fatto:

A. Con PE n. _____ in via di realizzazione del pegno immobiliare del 16/20 settembre 2002 dell'UE di Lugano la _____ (in seguito: _____), ha escusso _____ per l'incasso di: - fr. 600'000.-- oltre interessi al 10% dal 15 marzo 2000; - fr. 200'000.-- oltre interessi al 10% dal 15 marzo 2000; - fr. 200'000.-- oltre interessi al 10% dal 30 aprile 2001. La precedente ha indicato quale titolo di credito: “1) Cartella ipotecaria n. _____ di fr. 600'000.-- dg. _____ gravante in I grado la part. _____ RFD di _____ 2) Cartella ipotecaria n. _____ di fr. 200'000.-- dg. _____ gravante in II grado la part. _____ RFD di _____ 3) Cartella ipotecaria n. _____ di fr. 200'000.-- dg. _____ gravante in III grado la part. _____ RFD di _____, convenzione di cessione di cartelle ipotecarie del 23 aprile 2001, disdetta dei crediti, documenti e corrispondenza relativi”. Interposta tempestiva opposizione dall'escusso, la precedente ne ha chiesto il rigetto provvisorio alla Pretura di Lugano. B. La precedente fonda la propria pretesa su tre cartelle ipotecarie al portatore di fr. 600'000.--, di fr. 200'000.-- e di fr. 200'000.-- gravanti in I, II e III rango la part. n. _____ RFD di _____ (doc. B, C e D) e sulla convenzione di trapasso di proprietà di cartelle ipotecarie/mutui ipotecari a titolo di garanzia del 23 aprile 2001 (doc.A). La precedente produce anche la disdetta 26 giugno 2001 (doc. I) del credito ipotecario e dei crediti incorporati nelle predette cartelle ipotecarie per il 31 dicembre 2001. C. Con l'istanza di

rigetto dell'opposizione la precedente ha evidenziato che l'escusso le avrebbe consegnato in proprietà le cartelle ipotecarie contestualmente alla concessione di un credito. La banca sarebbe legittimata anche in virtù della convenzione sottoscritta il 23 aprile 2001 (doc. A in particolare n. 4 e 5) a far valere il credito astratto incorporato nelle cartelle. Le cartelle ipotecarie conterrebbero un chiaro ed esplicito riconoscimento di debito anche per gli interessi al tasso del 10%, ritenuto che "tale interesse non è, per il chiaro tenore letterale delle cartelle, evidentemente un mero interesse massimale, ma l'interesse pattuito per il credito astratto, come specificato ulteriormente anche dalla convenzione doc. A (n.7)". Le cartelle costituirebbero inoltre riconoscimento di debito per l'interesse di ritardo del ¼% in caso di ritardo di oltre un mese nel pagamento di una rata d'interesse o di ammortamento. Il fatto poi che l'escusso avrebbe assunto il debito astratto contenuto nelle cartelle ipotecarie risulterebbe dalla convenzione di cui al doc. A (doc. A n. 4). D. All'udienza di contraddittorio _____ ha sostenuto che le cartelle ipotecarie sarebbero state trasferite quale garanzia e non sarebbero state cedute in proprietà alla banca e che il credito di base non sarebbe stato estinto dalle cartelle ipotecarie, riservandosi la banca di far valere sia il credito incorporato nelle cartelle ipotecarie che il credito di base: per questo motivo dunque le parti avrebbero escluso la novazione (doc. A n. 4). A mente dell'escusso stando così le cose egli manterrebbe tutte le eccezioni basate sul credito di base nei confronti della banca e dunque anche l'eccezione che l'ammontare del credito di base non corrisponderebbe con l'ammontare del credito astratto ora richiesto dalla precedente. _____ ha argomentato che anche volendo considerate "la convenzione di cui al doc. A nel senso di un trapasso di proprietà questo non potrebbe essere che un trasferimento fiduciario ai fini di garanzia". Per questo motivo il debitore sarebbe legittimato a far valere tutte le eccezioni "legate al debito causale ed in particolare il fatto che il credito causale sia inferiore al credito astratto". La banca non avrebbe fornito, malgrado le richieste, alcun documento concernente il mutuo concesso: risulterebbe pertanto impossibile al convenuto dimostrare che il mutuo ammonterebbe a meno di quanto richiesto. Inoltre non potrebbe essere stabilito l'ammontare del credito effettivo della banca. L'escusso ha contestato gli interessi posti in esecuzione: infatti nella cartella ipotecaria sarebbe fissato solo l'obbligo di pagamento di un interesse ed il relativo tasso massimo, che servirebbe però solo da limite alla garanzia immobiliare, ragion per cui gli interessi non parteciperebbero della natura di cartavale della cartella ipotecaria. Le cartelle ipotecarie non potrebbero quindi costituire valido titolo di rigetto dell'opposizione per il tasso di interesse. Anche quanto stipulato dalle parti al n. 7 del doc. A risulterebbe essere un tasso di interesse massimo. Dall'estratto bancario di cui al doc. 3 risulterebbe infatti che il tasso concordato tra le parti per il mutuo concesso all'escusso era del 3.5% e del 4% fino al 30 giugno 2001. A mente di _____ gli interessi devono essere calcolati in base al credito realmente concesso ed in base a quanto egli ha effettivamente pagato: in concreto dalla documentazione da lui prodotta risulterebbe che gli interessi sono stati pagati. In replica _____ ha evidenziato che le cartelle ipotecarie "menzionano chiaramente quale interesse annuo dovuto un tasso del 10% senza aggiungere che questo debba essere considerato il tasso massimo". La dottrina riterrebbe che "il tasso indicato nella cartella debba essere considerato un tasso fisso, anche facendo riferimento alla convenzione di cessione delle cartelle in proprietà." E. Con sentenza 2 dicembre 2002 la Segretaria assessore della Pretura di Lugano ha respinto l'istanza. A mente della giudice di prime cure "sono generalmente considerati leciti il trasferimento o la costituzione fiduciari della cartella ai fini di garanzia (garanzia fiduciaria) che pur lasciando sussistere il credito causale (assenza di novazione), conferisce al creditore (causale) la piena

titolarità del credito astratto -e quindi la qualità di creditore pignoratizio immobiliare- obbligandolo tuttavia a farne uso nella stretta misura necessaria al pagamento del credito causale, in particolare a restituire al debitore un'eventuale eccedenza. Per la prima giudice le cartelle sono state cedute alla banca in proprietà fiduciaria a titolo di garanzia e l'istante "ha fatto valere il credito astratto e non il credito causale che non è stato indicato né tramite un conteggio né tramite la disdetta", dalla quale "risulta che al 26 giugno 2001 il saldo era di fr. 1'150'000.-- mentre non è dato di sapere quale sia stato il credito al momento della disdetta ovvero al 31 dicembre 2001, data in cui l'importo in capitale era da rimborsarsi all'istante oltre agli interessi conteggiati sino a tale scadenza". A mente della prima giudice la tesi del convenuto parrebbe pertanto più verosimile di quella della procedente, motivo per cui l'istanza di rigetto è stata respinta. F. Contro la sentenza pretorile si è tempestivamente aggravata la procedente asseverando che in una recentissima sentenza la Pretore di Lugano avrebbe attribuito la qualità di riconoscimento di debito sia per l'importo capitale che per gli interessi di cartella scaduti da tre anni e per quelli correnti, ad una cartella ipotecaria accompagnata dalla convenzione di cessione in garanzia, sebbene il creditore si sia limitato a comprovare unicamente il credito astratto. L'appellante ha asserito che se il titolo di rigetto è una cartella ipotecaria, ex art. 872 CC il debitore può sollevare l'eccezione personale secondo cui il credito garantito risulta essere minore di quello incorporato nel titolo ipotecario: in questo caso vi sarà rigetto dell'opposizione limitatamente al credito di base. Nella fattispecie il debitore si sarebbe limitato a sostenere che il credito di base sarebbe inferiore al credito astratto incorporato nelle cartelle ipotecarie, senza rendere verosimile l'ammontare di detto credito. Al 31 dicembre 2001 il debito causale, comprensivo degli interessi, sarebbe stato di fr. 1'175'000.-- (capitale fr. 1'150'000.--, interessi ipotecari fr. 25'000.--), a cui occorrerebbero aggiungere le spese giudiziali e extra giudiziali di fr. 50'000.-- almeno, pure garantite dalla cessione in proprietà delle cartelle ipotecarie (doc. A n. 2). A tale data il debito astratto sarebbe stato di circa fr. 1'143'000.-- (capitale fr. 1'000'000.-- oltre interessi scaduti al 10%). All'inizio di settembre 2002, data della domanda esecutiva, il credito astratto sarebbe stato di circa fr. 1'218'000.-- e quindi inferiore al credito causale, comprensivo delle spese giudiziali e extragiudiziali. Solo il trascorrere del tempo ha avuto come effetto il sorpasso del credito astratto in virtù del tasso di interessi più alto. Per questo motivo la banca ha limitato la richiesta di rigetto dell'opposizione a di fr. 1'225'000.-- (importo del credito di base alla scadenza del 31.12.2001 maggiorato delle spese di fr. 50'000.--) oltre a interessi di mora del 5% su fr. 1'175'000.-- a decorrere dal 1. gennaio 2002. G. Con osservazioni 20 gennaio 2003 _____ ha chiesto la reiezione del gravame contestando le calcolazioni dell'appellante relative alla consistenza del credito di base e le spese giudiziarie e extragiudiziarie di fr. 50'000.--, che neppure sarebbero state documentate. A mente dell'osservante il credito di base sarebbe inferiore al credito portato dalle cartelle ipotecarie. _____ ha evidenziato che controparte non potrebbe modificare con l'atto di appello la somma in esecuzione, ritenuto che la stessa avrebbe proceduto in via esecutiva per fr. 1'000'000.-- oltre accessori. A mente dell'osservante gli interessi dovrebbero essere calcolati in base al credito realmente concesso ed in base a quanto è stato effettivamente pagato e non dal momento in cui sono state costituite le cartelle ipotecarie. Considerato in diritto:

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; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire de la LP, vol. II, Losanna 2000, n. 56 ss. ad art. 153). 2. Il giudice del rigetto accerta d'ufficio ed in ogni stadio di causa (quindi anche in sede d'appello), e ciò a prescindere dalla presenza delle parti all'udienza di primo grado e, se presenti, dalle ragioni da loro sostenute (CEF 30 giugno 1972 in re Faoro, Rep. 1972, p. 344, cons. 6; CEF

E. 8

aprile 1974 in re De Vittori, Rep. 1975, p. 101) – se la documentazione prodotta costituisce valido riconoscimento di debito e se vi è identità tra il creditore, il debitore ed il credito (indicati nel precetto esecutivo e nell'istanza) con il creditore, il debitore ed il credito (di cui ai documenti prodotti) (cfr. Flavio Cometta, Il rigetto provvisorio dell'opposizione nella prassi giudiziaria ticinese, in R ep. 1989, p. 331; Daniel Staehelin, Basler Kommentar zum SchKG, Basilea/Ginevra/ Monaco 1998, vol. I, n. 50 ad art. 84; Gilliéron, op. cit., n. 73 ad art. 82 e n. 68 ad art. 84; Peter Stücheli, Die Rechtsöffnung, tesi Zurigo 2000, p. 112 ad c) nonché, nell'esecuzione in via di realizzazione di pegno, se vi è un titolo attestante l'esistenza del pegno indicato nel precetto esecutivo (cfr. Staehelin, op. cit., n. 166 e 169 ad art. 82): salvo menzione espressa contraria, l'opposizione è in effetti, nel diritto vigente dal 1. gennaio 1997, presunta diretta sia contro il credito sia contro l'esistenza di un diritto di pegno (art. 85 RFF). In linea di principio è legittimato a chiedere il rigetto dell'opposizione colui al quale il riconoscimento di debito conferisce la facoltà di disporre della pretesa posta in esecuzione (Panchaud/Caprez, Die Rechtsöffnung, Zurigo 1980, § 17 p. 37). 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). 3.1. La cartella ipotecaria costituisce un “credito personale garantito da pegno immobiliare” (art. 842 CC). Si caratterizza, relativamente agli altri due tipi di pegno immobiliare ammessi in diritto svizzero (ipoteca e rendita fondiaria), con il fatto che essa costituisce una cartavalore che incorpora sia il credito sia il diritto di pegno immobiliare che ne è l'accessorio (cfr. Paul-Henri Steinauer, La cédule hypothécaire, Fiche juridique suisse n. 639, del 1. febbraio 1999, Ginevra, p. 2, I.A). La cartella incorpora quindi un credito – qualificato di “astratto” (perché non menziona la sua causa, cfr. art. 17 CO – indipendente dal rapporto giuridico di base – all'origine del credito detto “causale” – che giustifica la costituzione o il trasferimento della cartella. Vi sono principalmente tre modi di garantire un credito mediante una cartella ipotecaria (cfr. DTF 119 II 326 ss., cons. 2a; Dieter Zobl, Zur Sicherungsübereignung von Schuldbriefen, ZBGR 1987, p. 285-286, ad IV; Rolf Bär, Der indirekte Hypothekarkredit – Zur Sicherungsübereignung und Verpfändung von Schuldbriefen, in: Theorie und Praxis der Grundpfandrechte, Berna 1996, p. 106 ss., ad I; Daniel Staehelin, Betreuung und Rechtsöffnung beim Schuldbrief, AJP 1994, p. 1256-7; Paul-Henri Steinauer, A propos de la constitution des cédules

hypothécaires, ZBGR 1997, p. 290 ss., ad B; Bénédict Foëx , Les actes de disposition sur les cédulas hypothécaires, in: Les gages immobiliers, Basilea 1999, p. 116-140; Charles Jaques , Exécution forcée spéciale des cédulas hypothécaires, BLSchK 2001, 203 s.): a) il trasferimento o la costituzione del titolo in “piena proprietà” (“garanzia diretta”) a favore del creditore (causale), il quale acquisisce la qualità di creditore pignoratorio immobiliare e, salvo convenzione contraria, perde il credito causale che si estingue per novazione (art. 855 cpv. 1 CC); b) la consegna della cartella quale pegno manuale (“garanzia indiretta”), che conferisce al creditore (causale) la qualità di creditore pignoratorio mobiliare, lasciando sussistere il credito causale (cfr. art. 855 cpv. 2 CC: esclusione convenzionale della novazione); c) il trasferimento o la costituzione fiduciaria della cartella a scopo di garanzia (“garanzia fiduciaria”, “Sicherungsübereignung”), che, pur lasciando sussistere il credito causale (assenza di novazione), conferisce al creditore (causale) la piena titolarità del credito astratto – e quindi la qualità di creditore pignoratorio immobiliare –, obbligandolo tuttavia a farne uso nella stretta misura necessaria al pagamento del credito causale, in particolare a restituire al debitore (fiduciante) un’eventuale eccedenza.

3.2. In casu dalla convenzione di trapasso di proprietà di cartelle ipotecarie/mutui ipotecari a titolo di garanzia del 23 aprile 2001 (doc. A) emerge chiaramente, segnatamente al n. 2 della stessa convenzione, che le cartelle ipotecarie prodotte da _____ (doc. B, C e D) le sono state cedute in proprietà fiduciaria (ipotesi c). Esse costituiscono quindi in sé un valido titolo di rigetto provvisorio dell’opposizione sia per il credito che per il diritto di pegno immobiliare per l’importo nominale indicato nelle stesse (cfr. Jaques , op. cit., p. 208 s., ad 3.2.1b per il rinvio in p. 211 ad 3.2.3b).

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).

4.1. Tale giurisprudenza si riferisce tuttavia esplicitamente a situazioni in cui nel titolo è regolato soltanto l’obbligo di versare interessi in quanto tale, conformemente alle disposizioni pattuite (separatamente dal titolo) con il creditore (entsprechend “den mit dem Gläubiger vereinbarten Bestimmungen”), il tasso d’interesse indicato sul titolo essendo da qualificare di tasso massimo (“Maximalzinsfuß”). Con Staehelin (Betreibung und Rechtsöffnung beim Schuldbrief, AJP 1994, p. 1266, ad A e B a.i.; cfr. pure Charles Jaques , Exécution forcée spéciale des cédulas hypothécaires, BLSchK 2001, 214 s., ad 3.5.1), va però ritenuto che questo non valga per i casi in cui il tasso figurante sulla cartella è un tasso fisso (“fester Zinssatz”).

4.2. Il fatto poi che l’art. 40 cpv. 1 lett. d RRF sembri 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, *AJP* 1994, 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).

4.3. 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 tre interessi annuali scaduti (art. 818 cpv. 1 n. 3 CC) e per l'interesse corrente. Quando invece sulla cartella ipotecaria è indicato unicamente un tasso di interesse massimo, vi potrà essere rigetto dell'opposizione solo nell'ipotesi in cui il creditore possa produrre una convenzione separata nella quale venga stabilito un tasso di interesse fisso (cfr. S taehelin, *AJP* 1994, p. 1267, ad A e B). Il rigetto per l'importo richiesto a titolo di interessi verrà concesso a decorrere dalla data di sottoscrizione della convenzione a meno che nella stessa non sia stato pattuito un determinato termine per il decorso degli interessi (cfr. S taehelin, *AJP* 1994, p. 1267, ad B). Spetta all'escusso (art. 82 cpv. 2 LEF) sollevare esplicitamente l'eccezione relativa ad eventuali pagamenti oppure all'esistenza di una convenzione vincolante per il precedente che preveda un tasso d'interesse inferiore a quello figurante sulla cartella.

4.4. Il tasso d'interesse del 10% figurante sulle tre cartelle ipotecarie prodotte dall'appellante è esplicitamente indicato quale tasso massimale. In casu la _____ ha tuttavia prodotto quale doc. A la Convenzione di trapasso di proprietà di cartelle ipotecarie e mutui ipotecari a titolo di garanzia, al cui numero 7 le parti hanno espressamente pattuito che "se sul titolo ipotecario è indicato solo un tasso di interesse massimale, quest'ultimo è ritenuto come convenuto con il datore della convenzione". In siffatta separata convenzione è stato espressamente pattuito e riconosciuto dal debitore un tasso fisso corrispondente a quello indicato nelle cartelle ipotecarie del 10% (dieci per cento). Per questo motivo il rigetto provvisorio dell'opposizione può quindi essere concesso, in principio, per il saggio d'interesse figurante sulle cartelle ipotecarie prodotte da _____ a decorrere però unicamente dalla data di sottoscrizione della convenzione, ossia dal 23 aprile 2001.

4.5. Come visto per l'art. 818 cpv. 1 n. 3 CC, il rigetto può essere concesso per il capitale aumentato degli interessi correnti nonché quelli scaduti di tre anni. A partire dalla scadenza del termine di disdetta, ossia a partire dal 1. gennaio 2002 (doc. I), possono essere richiesti soltanto interessi di mora, però comunque al tasso convenzionale del 10% (cfr. art. 104 cpv. 2 CO). In casu quindi il rigetto può essere pronunciato, riservate eventuali fondate eccezioni dell'appellato (cfr. infra cons. 5.), per fr. 1'000'000.-- oltre interessi al 10% dal 23 aprile 2001 su fr. 800'000.-- e dal 30 aprile 2001 (data di iscrizione della cartella ipotecaria di terzo grado) su fr. 200'000.--, a prescindere dalla data di emissione della cartella ipotecaria (art. 856 cpv. 2 CC).

5.1. 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

E. 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). In altre parole, il giudice deve respingere l'istanza di rigetto quando vi sono più motivi di ritenere vera piuttosto che falsa l'eccezione opposta dall'escusso, senza che egli debba escludere ogni possibilità che l'eccezione sia priva di fondamento (DTF 104 Ia 413, cons. 4). 5.2. _____ ha asseverato che il credito causale sarebbe inferiore al credito astratto: la banca poi non gli avrebbe fornito, malgrado le richieste in tal senso, alcun documento concernente il mutuo concesso e quindi all'escusso risulterebbe impossibile dimostrare che il mutuo ammonterebbe a meno di quanto richiesto dalla controparte. Inoltre non potrebbe essere determinato l'ammontare del credito effettivo della banca nei suoi confronti. A mente di _____ gli interessi devono essere calcolati in base al credito realmente concessogli ed in base a quanto effettivamente pagato: in concreto dal doc. 3 risulterebbe che gli interessi sono stati pagati. Dalla disdetta risulterebbe "che al 26 giugno 2001 il saldo era di fr. 1'150'000.-- mentre non è dato di sapere quale sia stato il credito al momento della disdetta ovvero al 31 dicembre 2001, data in cui l'importo in capitale era da rimborsarsi all'istante oltre agli interessi conteggiati sino a tale scadenza". 5.3. Spetta all'escusso allegare e rendere verosimile ai sensi dell'art. 82 cpv. 2 LEF l'eccezione riferita all'estinzione parziale o completa del credito (astratto) incorporato nelle cartelle oppure al fatto che l'importo del credito di base garantito dalle cartelle è inferiore a quello del credito astratto e non alla banca rendere verosimile l'esistenza del credito di base (cfr. D aniel S taehelin, Betreuung und Rechtsöffnung beim Schuldbrief, AJP 1994, p. 1265 ad XII.B e infra cons. 6.3.). La censura dell'appellante riferita alla carente motivazione da parte della banca sulla differenza tra l'importo richiesto con l'esecuzione e l'importo del prestito è quindi infondata. 5.4. Ciò posto, rimane da esaminare l'eccezione dell'escusso secondo cui l'importo del credito causale garantito dalle cartelle sarebbe inferiore al credito astratto. L'appellato non mette in discussione il saldo del prestito ipotecario indicato in fr. 1'150'000.-- nello scritto di disdetta (doc. I), limitandosi a rilevare che "al 26 giugno 2001 il saldo era di fr. 1'150'000.-- mentre non è dato di sapere quale sia stato il credito al momento della disdetta ovvero al 31 dicembre 2001, data in cui l'importo in capitale era da rimborsarsi all'istante oltre agli interessi conteggiati sino a tale scadenza". Egli allega poi di aver pagato gli interessi. Dallo scritto 3 luglio 2001 del Procuratore Pubblico Emanuele Stauffer risulta, con sufficiente verosimiglianza, che l'importo di fr. 22'303.45 riferito agli interessi ipotecari per il primo semestre 2001 (doc. 3), è stato bonificato a favore della precedente. Dal doc. 3 e dalla disdetta di cui al doc. I risulta poi che l'importo capitale del credito ipotecario assommava al 30 giugno 2001 a fr. 1'150'000.--. Ora al 30 giugno 2001, pur tenendo conto del fatto che gli interessi ipotecari riferiti ai primi sei mesi del 2001 sono stati corrisposti dal debitore, la somma dovuta sulla base del credito causale ammontava - senza considerare le spese giudiziali e extragiudiziali quantificate dalla precedente in fr. 50'000.--, pure garantite dalle cartelle ipotecarie cedute in proprietà a titolo fiduciario (doc.

A n. 2), ma in concreto non documentate - a fr. 1'150'000.--. Alla data di emissione del precetto esecutivo e ancora della presentazione dell'istanza di rigetto dell'opposizione l'importo totale del credito di base di fr. 1'150'000.-- era superiore all'importo dedotto in esecuzione e per il quale vi è titolo di rigetto dell'opposizione, ossia fr. 1'000'000.-- oltre interessi al 10% dal 23 aprile 2001 su fr. 800'000.-- e dal 30 aprile 2001 su fr. 200'000.--: per questo motivo occorre rigettare l'opposizione anche per gli interessi maturati sui crediti di cartella del 10% dal 23 aprile 2001 su fr. 800'000.-- e dal 30 aprile 2001 su fr. 200'000, ritenuto che l'appellato non ha reso verosimile, come impostogli dall'art. 82 cpv. 2 LEF, di aver pagato alla banca importi che potessero essere portati in deduzione degli interessi dovuti. 6. A differenza di quanto richiesto dalla creditrice con il precetto esecutivo e con la relativa istanza, il rigetto dell'opposizione può essere concesso limitatamente a fr. 1'000'000.-- oltre interessi al 10% su fr. 800'000.-- dal 23 aprile 2001 e su fr. 200'000.-- dal 30 aprile 2001. Irrilevante risulta pertanto la richiesta di riduzione dell'importo per il quale _____ chiede il rigetto dell'opposizione operata con l'atto d'appello, nel quale la procedente ha limitato la richiesta di rigetto a fr. 1'225'000.-- oltre interessi di mora del 5% su fr. 1'175'000.-- a decorrere dal 1. gennaio 2002, atteso che con tale richiesta la procedente chiede più di quanto può esserle concesso in sede di procedura sommaria di rigetto dell'opposizione. 7. L'appello di _____ va quindi parzialmente accolto. Tassa di giustizia e indennità seguono la pressoché totale soccombenza di _____ (art. 48, 49, 61 cpv. 1 e 62 cpv. 1 OTLEF). Per i quali motivi, richiamati gli art. 82, 152a cpv. 1 LEF, 818 cpv. 1 n. 3 e cpv. 2, 842, 855 cpv. 1 e 2 CC, 40 cpv. 1 lett. d, 53 cpv. 2 lett. d, 85 RRF; 48, 49, 61 cpv. 1 e 62 cpv. 1 OTLEF; pronuncia I. L'appello 12 dicembre 2002 _____, è parzialmente accolto. 1.1. Di conseguenza, i dispositivi n. 1 e 2 della sentenza 2 dicembre 2002 (inc. EF.2002.1806) della Segretaria Assessore della Pretura di Lugano, Sezione 5, vanno riformati come segue: “ 1. L'istanza 10 ottobre 2002 _____, è parzialmente accolta . 1.1. L'opposizione interposta da _____, al precetto esecutivo n. _____ del 16/20 settembre 2002 dell'UE di Lugano è rigettata in via provvisoria per fr. 1'000'000.-- oltre interessi al 10% dal 23 aprile 2001 su fr. 800'000.-- e dal 30 aprile 2001 su fr. 200'000.--. 2. La tassa di giustizia di fr. 1'500.--, da anticipare dalla parte istante, è posta a carico di _____, che rifonderà a _____ fr. 9'000.-- di indennità.” II. La tassa di giustizia del presente giudizio di fr. 2'250.--, già anticipata dall'appellante, è a carico di _____, che rifonderà a _____ fr. 4'500.-- di indennità. III. Intimazione a: - _____ Comunicazione alla Pretura di Lugano, Sezione 5. Per la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello II
presidente Il segretario

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