

TI_GERICHTE 14.2003.90 vom 22. März 2004

TI Tribunale d'appello, 2004-03-22, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_14.2003.90

FR: TI_GERICHTE 14.2003.90 du 22 mars 2004

IT: TI_GERICHTE 14.2003.90 del 22 marzo 2004

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 Schuldbetriebs- 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).

E. 1.1

Di conseguenza, la sentenza 27 ottobre 2003 (EF.2003.837) della Pretore del Distretto di Lugano, Sezione 5, è riformata come segue: “1. L'istanza è respinta.

2. _____, che rifonderà a AP0 fr. 1'500.-- a titolo di indennità.” 3. L'istanza di assistenza giudiziaria presentata da AP0 è irricevibile, perché divenuta priva di oggetto. 2. La tassa di giustizia di fr. 500.-- è posta a carico di AO0, che ne verserà l'importo direttamente sul conto del Tribunale d'appello. AO0 rifonderà a AP0 fr. 1'500.-- a titolo di indennità. 3. Intimazione a: – avv. _____, _____; – avv. RA0, _____
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, 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 8 aprile 1974 in re De Vittori, Rep. 1975, p. 101) – 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 diritto vigente dal 1. gennaio 1997, presunta diretta sia contro il credito sia contro l'esistenza di un diritto di pegno (art. 85 RFF).

E. 3

Secondo la giurisprudenza di questa Camera (cfr. per tutte CEF 5 settembre 2001 [14.01.62], cons. 3.3; 13 dicembre 2001 [14.01.93]), ritenuta non arbitraria dal Tribunale federale (STF 11 aprile 2002 [5P.36/2002]), l'escutente che chiede il rigetto provvisorio dell'opposizione deve non solo produrre un titolo di rigetto ai sensi dell'art. 82 cpv. 1 LEF, ma pure dimostrare, con documenti, l'esigibilità del credito posto in esecuzione prima dell'inoltro dell'esecuzione. Il giudice del rigetto deve esaminare d'ufficio se tale prova è stata portata.

E. 3.1

Nel caso concreto, l'escusso ha contestato sia in prima che in seconda istanza di aver ricevuto la disdetta prima dell'inoltro dell'esecuzione (cfr. verbale 10 ottobre 2003, p. 7, 8. capoverso; appello, p. 6 ad 2.3). Agli atti non vi è in effetti prova dell'effettiva ricezione della disdetta del 27 agosto 2002 (doc. N) e nemmeno della sua spedizione.

E. 3.2

La banca, nelle sue osservazioni (p. 3 ad 2.3), ritiene la censura pretestuosa, facendo notare come la lettera di disdetta 27 agosto 2002 sia stata richiamata nella successiva corrispondenza tra le parti (citato il doc. O), senza che l'appellante abbia eccepito qualcosa al riguardo nei tempi e modi imposti dalle circostanze. Lo scritto 4 novembre 2002 di cui al doc. O è tuttavia stato redatto dalla stessa escutente. Non risulta poi dagli atti che sia stato spedito e comunque non vi è la prova che l'escusso lo abbia effettivamente ricevuto né egli ne ha ammessa la ricezione. Orbene, spettava alla banca portare la prova che la disdetta è entrata nella sfera di influenza dell'escusso.

E. 3.3

La banca asserisce inoltre che il contegno del debitore, che nelle concrete evenienze non avrebbe mai ossequiato le scadenze di pagamento e non avrebbe mai dato seguito ai numerosi solleciti della creditrice, avrebbe per effetto di rendere inutile la fissazione di qualsiasi termine d'adempimento poiché d'acchito inutile. La banca sembra così implicitamente riferirsi alla giurisprudenza del Tribunale federale, secondo la quale l'interpellazione è inutile quando appare superflua in virtù delle regole della buona fede, segnatamente nel caso in cui il debitore, con il suo comportamento, ha chiaramente manifestato di non voler adempiere l'obbligo in questione (DTF 94 II 26; 97 II 58 [applicazione analogica dell'art. 108 n. 1 CO; cfr. pure Wolfgang Wiegand, Basler Kommentar zum OR, vol. I, 3. ed. Basilea/ Ginevra/Monaco 2003, n. 11 ad aa) ad art. 102). Nel caso di specie però, non risulta dagli atti che l'escusso abbia manifestato un rifiuto definitivo di eseguire i propri obblighi. Il fatto che non abbia pagato gli interessi ipotecari non costituisce una prova sufficiente in sé, non essendo dato di sapere se il motivo di siffatta carenza sia stato un rifiuto di pagare nel senso della giurisprudenza, delle difficoltà finanziarie oppure, sempre a titolo d'esempio, il fatto che gli interessi apparivano comunque coperti dalla garanzia addizionale di cui al contratto di concessione di credito del 24 luglio 2001 (cfr. doc. A, p. 2, alla voce "Zusatzsicherheit" e doc. 4, p. 3 ad 6), rilevato come la banca non abbia esplicitamente contestato tale tesi in sede d'osservazioni (cfr. p. 2 s., ad 2.2).

E. 4

L'esigibilità dei crediti posti in esecuzione non essendo stata dimostrata, l'appello va accolto e l'istanza respinta. La fissazione della tassa di giustizia e delle indennità seguono la soccombenza (cfr. art. 48, 49, 61 cpv. 1 e 62 cpv. 1 OTLEF). Siccome non è stato chiesto all'appellante alcun anticipo della tassa di giustizia in quanto era pendente la sua domanda di ammissione al beneficio dell'assistenza giudiziaria, siffatta tassa dovrà essere pagata dalla parte appellata direttamente alla scrivente Camera.

E. 5

L'appellante chiede di essere ammesso al beneficio dell'assistenza giudiziaria per le spese e indennità di prima istanza; non ha invece formulato una formale conclusione in questo senso per le spese e indennità di appello.

E. 5.1

Risulta dalla legge cantonale sul patrocinio d'ufficio e sull'assistenza giudiziaria (Lag, RL 3.1.1.7) che l'assistenza giudiziaria è concessa alle condizioni cumulative seguenti: – il richiedente è una persona fisica indigente (art. 3); – la procedura per la persona richiedente presenta probabilità di esito favorevole, sicché una persona ragionevole e di condizioni agiate non rinuncerebbe alla procedura a causa delle spese che questa comporta (art. 14 cpv. 1 a contrario); – per il gratuito patrocinio vi è necessità oggettiva di patrocinio (art. 14 cpv. 2 a contrario), ossia: – la persona richiedente non è in grado di procedere con atti propri, o – la designazione di un patrocinatore è necessaria alla corretta tutela dei suoi interessi, oppure – la causa presenta difficoltà particolari.

E. 5.2

Ex art. 21 cpv. 1 lett. a Lag, il beneficio dell'assistenza giudiziaria può però essere revocato in ogni tempo interamente o parzialmente dall'autorità giudiziaria che l'ha concessa, segnatamente se la persona beneficiaria diviene in grado di provvedere alle spese di procedura o di patrocinio. Orbene, è il caso della parte che vince la causa qualora venga messo a carico della parte soccombente il pagamento delle spese di giudizio e l'obbligo di rifondere le spese di patrocinio della controparte. A queste condizioni, se la decisione sulla richiesta d'assistenza giudiziaria è emessa solo con la decisione di merito, invece di una revoca del beneficio dell'assistenza giudiziaria si giustifica una reiezione della richiesta. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale (cfr. DTF 122 I 326, cons. 3d; cfr. pure Fabienne Hohl, *Procédure civile*, vol. II, Berna 2002, n. 2034; Jean-François Aubert/Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale*, Zurigo/Basilea/ Ginevra 2003, n. 11 ad art. 29), non vi sono, dal profilo dell'art. 4 vCost. (oggi art. 29 cpv. 3 nCost.), obiezioni contro una reiezione della richiesta di assistenza giudiziaria in siffatta ipotesi, alla condizione che la parte soccombente sia una collettività o una persona privata, la cui solvibilità è fuori dubbio. Il diritto all'assistenza giudiziaria non è infatti assoluto, siccome può essere revocato o negato alla parte indigente che acquisisce, in corso di procedura o per l'esito del processo, sufficienti mezzi per le proprie necessità processuali (cfr. DTF 122 I 324, cons. 2c). Il rischio che l'indennità dovuta dalla parte soccombente non possa essere incassata per il fatto che detta parte opponga in compensazione il credito posto in esecuzione è in pratica escluso, perché il creditore dell'indennità dispone di un titolo di rigetto definitivo ex art. 80 LEF (la sentenza che fissa l'indennità), sicché il debitore dell'indennità può opporsi al rigetto definitivo solo se il diritto che esso oppone in compensazione è accertato in una sentenza o un riconoscimento incondizionato del debitore (cfr. art. 81 cpv. 1 LEF; DTF 115 III 100 cons. 4 con rif.; cfr. pure DTF 124 III 503 cons.

3a). Orbene, se dispone di un simile titolo è praticamente escluso che sia risultato soccombente nella procedura esecutiva da lui promossa.

E. 5.3

Nel caso di specie, l'appello è da accogliere e va messo a carico della parte appellata l'obbligo di rifondere all'appellante un'indennità di prima istanza che, secondo l'art. 62 cpv. 1 OTLEF, copre in modo equo le spese di patrocinio di _____. Inoltre, la parte appellata è una banca la cui solvibilità non può essere messa in dubbio. L'istanza di assistenza giudiziaria risulta pertanto irricevibile perché divenuta priva di oggetto. Per i quali motivi, richiamati gli art. 82 LEF, 102 CO, 14 Lag nonché 48, 49, 61 e 62 OTLEF; pronuncia 1. L'appello 10 novembre 2003 di AP0, _____, è accolto.

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