



REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
TERZA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

Oggetto

GIACOMO TRAVAGLINO

Presidente

CHIARA GRAZIOSI

Consigliere

PASQUALE GIANNITI

Consigliere - Rel.

GIUSEPPE CRICENTI

Consigliere

MARILENA GORGONI

Consigliere

COMODATO
IMMOBILIARE

Ud. 23/02/2023 CC

Cron.

R.G.N. 1047/2019

Ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso 1047/2019 proposto da:

(omissis) (omissis)(omissis)(omissis)

Srl in persona dell'Amministratore

Unico, domiciliati ex lege in Roma, presso la Cancelleria della Corte di Cassazione, rappresentati e difesi dall'avvocato (omissis)

;

-ricorrente -

contro

(omissis) Srl in persona del Presidente del C.d.A. e Legale Rappresentante pro tempore, domiciliato ex lege in Roma, presso la Cancelleria della Corte di Cassazione, rappresentato e difeso dall'avvocato (omissis) ;

-controricorrente -

avverso la sentenza n. 4183/2018 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 19/10/2018;



udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 23/02/2023 dal Consigliere Pasquale Gianniti;

FATTI DI CAUSA

1. In data 29 dicembre 2007, tra la società (omissis) s.r.l., da un lato, e la società (omissis) (omissis) s.r.l. e (omissis) (omissis) venne stipulato un contratto di comodato avente ad oggetto un complesso immobiliare, con annessa pertinenza di aree demaniali, sito in provincia di (omissis) località (omissis) per l'esercizio dell'attività di costruzione, rivendita e rimessaggio barche. In detto contratto, all'art. 2.2, era prevista una penale giornaliera in virtù della sola dichiarata indebita occupazione. Successivamente, il contratto venne sciolto per intervenuta disdetta, nonché in forza dell'impegno di rilascio dell' (omissis) , contenente l'assunzione solidale della concorrente responsabilità per l'adempimento dei patti di rilascio in capo a (omissis) (omissis)

2. A seguito di ricorso della società (omissis) s.r.l. il Tribunale di Como, con decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo n. 710/2017, ingiungeva alla (omissis) (omissis) s.r.l. e a (omissis) (omissis) di pagare in favore della società ricorrente la somma di €. 138.500,00, a titolo di penale, pattuita in euro 500 al giorno, maturata a causa del ritardo nel rilascio del compendio immobiliare di cui al menzionato contratto di comodato del 29 dicembre 2007.

Avverso il decreto ingiuntivo veniva proposta opposizione, nella forma dell'atto di citazione, da entrambi gli ingiunti, che contestavano la sussistenza dei presupposti previsti dagli artt. 633 e ss. c.p.c. In particolare, essi lamentavano l'abnormità della pretesa ad esito della dovuta riduzione della penale azionata e sostenevano che le parti, con il citato accordo, avevano inteso dar corso ad una più ampia operazione commerciale e societaria, che coinvolgeva anche una



società terza (che non era stata chiamata in causa nel giudizio di primo grado).

Il Tribunale, rilevato trattarsi di controversia in materia di comodato di beni immobili, ne disponeva la rimessione al Presidente del Tribunale, ex art. 83 disp. att. c.p.c., che riassegnava la causa al magistrato tabellarmente "competente", il quale, con ordinanza 2/11/2017, "vista l'assegnazione tabellare della presente causa", fissava, in luogo dell'udienza di prima comparizione contenuta nell'atto di citazione, l'udienza di "comparizione delle parti" del 15/1/2018, così implicitamente modificando il rito da comune a locatizio ex art. 447 bis c.p.c.

Si costituiva la società opposta che chiedeva dichiararsi l'inammissibilità dell'opposizione, in quanto la causa, essendo stata introdotta con citazione (e non con ricorso), era stata iscritta a ruolo tardivamente e l'opposizione era stata depositata oltre i termini previsti per legge.

All'udienza 15 gennaio 2018 il difensore degli opposenti dichiarava di aver rinunciato al mandato e chiedeva espressamente termine a difesa e in ogni caso rinvio dell'udienza per consentire ai propri assistiti di munirsi di nuovo difensore, ma il Tribunale, respinta l'istanza di rinvio, con sentenza resa a verbale e pubblicata telematicamente in pari data, dichiarava inammissibile, per tardività, la svolta opposizione, perché iscritta a ruolo oltre il quarantesimo giorno (e, quindi, presentata fuori dai termini perentori previsti dal rito).

3. Avverso la decisione del giudice di primo grado veniva proposta impugnazione, con atto di citazione a udienza fissa, dalla (omissis) (omissis) .r.l. e da (omissis) (omissis) che chiedevano, in via preliminare, la revoca e/o l'annullamento del decreto ingiuntivo n.



710/2017 per mancanza dei presupposti previsti dall'art. 633 c.p.c., e, nel merito, il rigetto della domanda formulata dalla società ^(omissis) sia in punto di *an* che in punto di *quantum debeatur*.

Precisamente, parte appellante articolava due motivi: con il primo denunciava la violazione e falsa applicazione degli artt. 101 c.p.c. e 24 Cost in tema di violazione del diritto di difesa e di motivazione contraddittoria ed illogica, mentre con il secondo denunciava l'errata applicazione degli artt. 447 *bis* c.p.c. e 1384 c.c. in tema di applicabilità del rito locatizio e della natura della pretesa creditoria azionata ex art. 1384 c.c. e in tema di omessa motivazione.

Si costituiva anche nel giudizio di appello la ^(omissis) che chiedeva il rigetto della impugnazione *ex adverso* proposta.

All' udienza di prima comparizione, la corte territoriale pronunciava ordinanza di conversione del rito.

I giudici di appello, alla successiva udienza del 19 settembre 2018, all'esito della discussione, con sentenza n. 4183/2018 dichiaravano l'inammissibilità e comunque l'infondatezza dell'appello.

4. Avverso la sentenza della Corte territoriale hanno proposto ricorso la società ^(omissis) ^(omissis) s.r.l. e ^(omissis) ^(omissis)

Ha resistito con controricorso la società ^(omissis) s.r.l., che ha preliminarmente eccepito la nullità del ricorso ai sensi degli artt. 20 del d.lgs. n. 82/2005, nonché degli artt. 156 primo comma, 125 primo comma e dell'art. 365 c.p.c., e che ha anche chiesto la condanna di parte ricorrente al pagamento di una ulteriore somma ex art. 96 primo comma c.p.c.

La trattazione del ricorso è stata fissata ai sensi dell'art. 380-*bis*.1. c.p.c.

Il Procuratore Generale presso la Corte non ha depositato conclusioni.



Il difensore di parte resistente ha depositato memoria (con la quale ha insistito sia nell'eccezione preliminare di nullità del ricorso e conseguente tardività sia nella richiesta di declaratoria di inammissibilità e comunque infondatezza del ricorso), nonché nota spese.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. L'eccezione di nullità del ricorso formulata da parte resistente nel controricorso è infondata.

Il ricorso è stato sottoscritto con firma digitale dall'Avv. (omissis) che è cassazionista e che ha sottoscritto, per autentica, la procura speciale a lui conferita sia da (omissis) nella qualità di amministratore unico e legale rappresentante della società ricorrente, che dal ricorrente (omissis) (omissis). D'altronde nel fascicolo sono presenti sia la relata di notifica che l'attestazione di conformità, entrambe firmate digitalmente.

2. Il ricorso è affidato a due motivi.

2.1. Con il primo motivo parte ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 101 e 420 quinto comma c.p.c., nonché dell'art. 24 Cost. (in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c.), nella parte in cui la Corte territoriale, "con motivazione laconica", ha affermato l'inammissibilità dell'atto di appello per tardività, nonché la violazione dell'art. 132 c.p.c., in tema di modalità redazionali della sentenza (in relazione all'art. 360 n. 4 c.p.c.), nella parte in cui la Corte territoriale ha "olimpicamente" sorvolato sull'eccezione di nullità del procedimento e dell'intera sentenza.

Sotto il primo profilo, parte ricorrente si duole della lesione del diritto di difesa e del principio del contraddittorio nel processo di primo grado (per omessa concessione di un rinvio dell'udienza da parte del primo giudice, nonostante la rinuncia al mandato da parte



del difensore – regolarmente presente in udienza - per replicare all'eccezione di inammissibilità dell'eccezione formulata dall'opposta nel costituirsi); si duole altresì del fatto che di detta lesione la corte territoriale, nonostante l'appello proposto, ha tenuto conto soltanto ai fini della liquidazione delle spese.

Sotto il secondo profilo, ci si duole della stringata motivazione con la quale la corte territoriale ha affermato (pp. 7 ed 8) <<doversi tener conto della peculiarità con cui si è svolto il giudizio di primo grado, nel quale il giudice ha deciso applicando le regole del rito locatizio in punto di ammissibilità dell'opposizione senza previamente adottare rituali forme processuali, essendosi limitato ad emettere un decreto di "udienza di comparizione delle parti" (nel quale è meramente implicita la fissazione di udienza ex art. 420 c.p.c.) e pronunciando in detta udienza, a definizione del giudizio, un provvedimento reso a verbale e parimenti connotato, in certa misura, da irritualità di forma...>>.

Chiede che, previa cassazione della sentenza impugnata, la causa sia decisa dal giudice di rinvio alla stregua del principio di diritto per cui: <<Non può ritenersi conforme al principio del contraddittorio e alle regole procedurali con violazione degli artt. 101 e 420 quinto comma c.p.c. l'assenza del previo avviso e /o la concessione di rinvio, pure richiesto, nel caso in cui nel processo sorgano questioni pregiudiziali o preliminari dalla cui decisione dipendono le sorti del giudizio e in ogni caso non può ritenersi conforme al dettato dell'art. 132 c.p.c. un provvedimento reso a verbale e del tutto privo dei requisiti previsti ai nn. 1,2,3 e 4 della norma citata>>.

2.2. Con il secondo motivo, parte ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 447 bis c.p.c. e 1384 c.c. (in



relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c.) nella parte in cui la corte territoriale ha ritenuto applicabile il rito locatizio ed ha qualificato la pretesa creditoria azionata ex art. 1384 c.c., mentre essa era del tutto scollegata dal contratto di comodato (intervenuto nel 2007), nonché l'omesso esame di un fatto decisivo e controverso (in relazione all'art. 360 n. 5 c.p.c.) nella parte in cui la corte territoriale non ha tenuto conto che era stata eccepito che la sentenza di primo grado non era stata notificata e che l'opposizione era stata correttamente introdotta con rito ordinario.

Rileva, in particolare, che: a) la pretesa creditoria azionata da (omissis) ra del tutto scollegata dal contratto di comodato, intercorso nel 2007 e non faceva alcun riferimento all'applicabilità del rito speciale delle locazioni; b) il decreto era stato emesso ex artt. 633 e 642 c.p.c. e, dunque, senza alcun riferimento al rito speciale; c) a fronte delle suddette circostanze, l'opposizione era stata correttamente proposta nelle forme ordinarie; d) la *causa petendi* era il pagamento di una somma di denaro a titolo di penale, in situazione riconducibile allo schema dell'occupazione *sine titulo*; e) in ipotesi di inadempimento contrattuale, il creditore può chiedere il versamento della clausola penale ricorrendo al procedimento monitorio "se vi sia prova scritta di inadempimento" quale fatto giuridico che rende il credito liquido ed esigibile; f) nel caso di specie, la clausola penale non era neppure presente nell'impegno di rilascio.

Chiede parte ricorrente che, previa cassazione della sentenza impugnata, la causa sia decisa dal giudice di rinvio alla stregua:

- del principio di diritto (già più volte affermato nella giurisprudenza di legittimità) per cui: <<In caso di ricorso per decreto ingiuntivo, depositato senza alcun riferimento all'applicabilità del rito speciale delle locazioni) e di emissione del decreto ex artt.



633 e 642 c.p.c., è legittima la proposizione dell'opposizione nelle forme ordinarie secondo il principio per cui la scelta da parte del creditore del rito ordinario e delle forme del procedimento monitorio per la proposizione della domanda comporta che l'eventuale opposizione vada proposta, a sua volta, nella medesima forma. Ciò indipendentemente dalle eccezioni sollevate dall'opponente, che dovranno essere deliberate ai soli fini dell'ammissibilità e fondatezza della domanda>>;

-nonché dell'ulteriore principio di diritto (già affermato nella giurisprudenza di merito) per cui: <<In caso di attivazione di una penale ex art. 1384 c.c. in situazione riconducibile allo schema della occupazione *sine titulo*, non rientrante nelle ipotesi tassativamente indicate dall'art. 447 bis c.p.c., si applica il rito ordinario (e non il rito speciale delle locazioni), perché azione posta a tutela del diritto di proprietà (e non anche del distinto diritto contrattuale alla riconsegna della *res*), soprattutto a seguito del venir meno del titolo giustificativo, perché dichiarato nullo o risolto o inefficace come nel caso di specie, divenendo una mera facoltà (e non un obbligo) optare per il rito speciale anche in caso di opposizione a decreto ingiuntivo per una pretesa creditoria di natura risarcitoria in casi omologhi. In ogni caso la concessione dell'ingiunzione al cospetto di una penale deve essere subordinata a due requisiti: a) che vi sia una prova scritta dell'inadempimento, diversa dalla mera produzione di una lettera di messa in mora ovvero altra missiva equivalente; b) che la clausola penale non appaia manifestamente iniqua>>.

3. Il ricorso è infondato.

3.1. In via preliminare, si rileva che il giudizio è stato definito sia in primo grado che in grado di appello sulla base di eccezioni preliminari di rito.



Invero, in primo grado l'opposizione a decreto ingiuntivo, introdotta con atto di citazione notificato in data 19 giugno 2017, è stata dichiarata inammissibile per tardività, in quanto la causa (concernente il mancato pagamento della penale) era stata erroneamente introdotta nella forma dell'atto di citazione (e non in quella del ricorso, come avrebbe dovuto) ed è stata iscritta al ruolo oltre il 40° giorno dalla notifica del decreto da trattare con il rito locatizio.

D'altra parte, nonostante il giudice di primo grado, con ordinanza 2 novembre 2017, abbia implicitamente modificato il rito da comune a locatizio ex art. 447 bis c.p.c., l'appello è stato proposto (non nella forma del ricorso, come previsto dal rito locatizio, ma) nella forma della citazione ed è stato dichiarato inammissibile in quanto iscritto a ruolo (il 26/2/2018) dopo il decorso del trentesimo giorno dalla notificazione della sentenza per via telematica al Procuratore domiciliatario (notifica che aveva fatto scattare il termine breve).

3.2. Sempre in via preliminare si rileva che i giudici di appello hanno ritenuto l'appello inammissibile e comunque infondato.

Inammissibile in quanto, per l'appunto: a) la sentenza di primo grado era stata notificata ad entrambe le parti il 17/1/2018; b) l'appello era stato proposto con unico atto di citazione notificato il 16/2/2018; c) l'iscrizione a ruolo (con la costituzione delle parti appellanti e il deposito dell'atto introduttivo) era avvenuta in data 26/2/2018, quando era già decorso il termine di trenta giorni dalla notifica della sentenza (effettuata, come sopra rilevato, il 1 (omissis)), e così oltre il termine entro il quale l'appellante avrebbe dovuto depositare in cancelleria il proprio ricorso ai sensi dell'art.434 secondo comma c.p.c. Quanto precede in applicazione del principio



(affermando da Cass. n. 14401/2015 e da Cass. n. 9530/2010) per cui l'impugnazione introdotta con atto di citazione è ammissibile se la costituzione della parte avviene entro il termine per proporre appello, con il deposito del ricorso entro detto termine.

Infondato, trattandosi di comodato di complesso immobiliare, assoggettato ex art. 447 bis c.p.c. al rito locatizio, per l'assorbente considerazione (p.7) che <<la denunciata violazione del diritto di difesa e del contraddittorio nel processo di primo grado (...) non potrebbe comportare comunque l'accoglimento dell'opposizione in presenza di una questione di diritto impeditiva della rituale instaurazione del giudizio e inerente alla sussistenza della stessa *potestas iudicandi* che il giudice è tenuto a rilevare d'ufficio>>.

3.3.Ciò posto, infondato è il primo motivo.

In punto di fatto, a seguito di accesso agli atti, consentito dalla natura del vizio eccepito, si rileva quanto segue: a) il giudice originariamente assegnatario del fascicolo con decreto 23/10/2017 ha disposto la rimessione degli atti al Presidente del Tribunale di Como rilevando che: "la presente controversia è in materia di comodato di beni immobili"; b) il Presidente riassegnava il fascicolo al magistrato tabellarmente competente; c) quest'ultimo, con ordinanza 2/11/2017, "vista l'assegnazione tabellare della presente causa", modificando l'indicazione della udienza di prima comparizione contenuta nell'atto di citazione, fissava udienza di comparizione delle parti per il 15/1/2018, con implicita conversione del rito; d) a detta udienza compariva uno dei Procuratori degli oppositori, che esibiva "raccomandata del g. 10 novembre 2017 con la quale ha comunicato ai propri assistiti la rinuncia al mandato" e chiedeva rinvio per dare termine ai propri assistiti; e) il termine non è stato concesso in quanto la rinuncia al mandato risale a due mesi prima circa; quella



era la seconda udienza fissata; in via generale, fino a sostituzione permane il precedente difensore; era necessario pronunciarsi sulle eccezioni preliminari sollevate da parte resistente.

In punto di diritto – ribadito che in primo grado il magistrato assegnatario aveva rinviato la causa dal 2/11/2017 al 15/1/2018 per la discussione e che la rinuncia al mandato da parte dell'avv.

(omissis) era stata inviata dallo stesso ai clienti con raccomandata a.r. del 10 novembre 2017 – l'infondatezza del motivo consegue al fatto che in via generale non è configurabile alcun obbligo di rinvio da parte del giudice per anteriore rinuncia al mandato del legale: questi comunque è tenuto a continuare la difesa in giudizio della parte già rappresentata sino alla sua sostituzione con altro difensore.

Alla considerazione che precede, di per sé dirimente, si aggiunge il rilievo che, a fronte della natura della eccezione che ha definito il giudizio in primo grado (tardiva iscrizione a ruolo della causa di opposizione a decreto ingiuntivo), la mancata concessione del rinvio richiesto non soltanto non ha costituito alcuna compressione del diritto di difesa degli odierni ricorrenti, che avevano avuto oltre due mesi di tempo per conferire mandato ad altro legale, ma non ha avuto alcuna influenza decisiva sulla correttezza della decisione (peraltro neppure allegata da parte ricorrente).

Quanto poi alla pretesa nullità formale della sentenza di primo grado ai sensi dell'art. 132 c.p.c. per indeterminato difetto "dei requisiti previsti ai nn. 1,2,3 e 4 di tale norma", trattasi di questione che non risulta sollevata nei motivi di appello e che conseguentemente non può comunque essere dedotta nel presente giudizio di legittimità.

3.4. Il secondo motivo di ricorso è inammissibile.



In punto di fatto si rileva che: a) la sentenza di primo grado è stata notificata telematicamente; b) all'udienza di discussione davanti alla corte territoriale è stata prodotta copia della suddetta notifica telematica; c) non risulta che gli odierni ricorrenti abbiano mai messo in discussione la validità della suddetta notifica, che ha fatto scattare il termine breve.

In punto di diritto, fermo restando l'errore commesso dagli appellanti nella scelta della forma di introduzione dell'impugnazione, l'inammissibilità del motivo in esame consegue: a) al fatto che gli odierni ricorrenti censurano sostanzialmente la sentenza di primo grado, ma non formulano alcun motivo di diritto in merito alla pronuncia di inammissibilità dell'appello; b) al fatto che, ai fini della specificità del motivo (e, dunque, di autosufficienza del ricorso) i ricorrenti avrebbero dovuto riportare il contenuto dei documenti che i giudici di merito avrebbero in ipotesi mal interpretato; c) al fatto che la corte territoriale, ben lungi dall'incorrere nel vizio di omesso esame, ha trattato la questione della interpretazione della domanda monitoria della società ^(omissis) e della relativa *causa petendi* (fondata su contratto di comodato di immobili con richiesta di condanna al pagamento di penale giornaliera di euro 500 per mancato rilascio); e che la questione interpretativa di fatto, compiuta dalla corte territoriale in modo conforme al giudice di primo grado, non è più deducibile davanti a questa corte ai sensi e per gli effetti dell'art. 360 primo comma n. 5 c.p.c.

3.5. In definitiva, per le ragioni che precedono il ricorso va rigettato e, contrariamente a quanto dedotto da parte ricorrente, vanno qui ribaditi i seguenti principi di diritto:



- <<nel caso in cui la sentenza impugnata venga censurata in relazione all'art. 360 primo comma n. 4 c.p.c. , il ricorrente non può limitarsi a dedurre presunti errores in procedendo, ma deve anche indicare e spiegare specificatamente in ricorso che la violazione della legge processuale ha determinato una decisione ingiusta nel merito: tale prescrizione è richiesta al fine di scongiurare il pericolo che, in caso di cassazione della sentenza impugnata con rinvio, il nuovo giudizio di merito conduca allo stesso risultato, con violazione del fondamentale principio di economia processuale>>;

- <<nell'ipotesi di opposizione a decreto ingiuntivo (concesso in materia di locazione di immobili urbani, soggetta al rito speciale di cui all'art. 447-bis c.p.c.), erroneamente proposta con citazione, anziché con ricorso, l'errore non determina nullità del diverso atto introduttivo, ma obbliga l'opponente al rispetto del termine e delle modalità di introduzione della lite prevista dal rito locatizio, da perfezionare con ricorso depositato presso la Cancelleria dell'Ufficio giudiziario competente entro il 40° giorno dalla notifica del decreto e quindi alla iscrizione a ruolo della causa entro tale termine>>.

4. Al rigetto del ricorso consegue la condanna di parte ricorrente alla rifusione delle spese sostenute da parte resistente, da contenersi nell'importo di seguito indicato avuto anche riguardo al rigetto dell'eccezione preliminare di nullità, nonché la declaratoria della sussistenza dei presupposti processuali per il pagamento dell'importo, previsto per legge ed indicato in dispositivo, se dovuto (Cass. Sez. U. 20 febbraio 2020 n. 4315).

Non si ravvisano invece i presupposti per disporre il pagamento di una somma risarcitoria ai sensi dell'art. 96 primo comma c.p.c.

P.Q.M.

La Corte:



- rigetta il ricorso;
- condanna parte ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio, spese che liquida in euro 4.090 per compensi, oltre, alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in euro 200 ed agli accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1-quater del d.P.R. n. 115 del 2002, si deve dare atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, ad opera di parte ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato a norma del comma 1-bis del citato art. 13, se dovuto.

Così deciso in Roma, il 23 febbraio 2023, nella camera di consiglio della Terza Sezione Civile.

Il Presidente
Giacomo Travaglino

