

2008 5561/08
Rep. 8018/08

PROC. NR. 20448/2007

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE DI MILANO
IN FUNZIONE DI GIUDICE D'APPELLO

IV sezione civile

In composizione monocratica, nella persona della dott.ssa Lucia Formica,
ha pronunciato la seguente,

SENTENZA

Nella causa civile iscritta al numero di ruolo generale sopra riportato,
promossa con atto di citazione in appello notificato il 13 marzo 2007, da:

[redacted], cf [redacted], già Cittadini dell'[redacted], in
persona procuratore speciale, rag. [redacted] elettivamente domiciliata
in Milano, via Rugabella n. 17, presso lo studio dell'avv. Giuseppina Maria
Borella, che la rappresenta e difende per procura in calce all'atto di
citazione in appello;

APPELLANTE

contro

[redacted] in persona
dell'amministratore dott. [redacted] c. f. [redacted]
elettivamente domiciliato in Milano, via G. Rontgen 18, presso lo studio
dell'avv. Maria Giovanna Cleva, che lo rappresenta e difende per procura a
margine alla comparsa di costituzione e risposta in appello;

APPELLATO

CONCLUSIONI DELLE PARTI precisate all'udienza del 19 marzo 2008
come da fogli allegati.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso per decreto ingiuntivo depositato presso il Giudice di Pace di
Milano, la [redacted] deduceva di essere creditrice del
Condominio di Milano, [redacted] della somma di € 1.226, 54, di cui
€ 397,80 per corrispettivo delle prestazioni erogate e di cui alla fattura

114454, e € 828,74 al titolo di penale prevista dall'art. 12 del contratto stipulato tra le parti.

In accoglimento del ricorso, in data 25 ottobre - 1° dicembre del 2005, il Giudice di Pace di Milano emetteva a favore della società ricorrente ed a carico del suddetto condominio decreto ingiuntivo di condanna n. 41214/05, per la somma complessiva sopra indicata, oltre alle spese processuali liquidate in € 445,00.

Avverso tale provvedimento, notificato il 30 gennaio 2006, il Condominio ingiunto proponeva opposizione, mediante atto di citazione notificato il 10 marzo 2006, chiedendone la revoca. L'opponente, con riferimento alla rata scaduta, osservava, in primo luogo, che mancavano i presupposti per l'emissione del decreto ingiuntivo, essendo stata prodotta in sede monitoria solamente una fattura e non anche l'estratto autentico delle scritture contabili della società creditrice; inoltre, evidenziava che aveva provveduto a pagare il debito con assegno del 27 ottobre 2005. Con riferimento alla somma pretesa titolo di penale, eccepeva che la relativa clausola che era vessatoria rivestendo il condominio alla qualità di consumatore; in ogni caso deduceva che la controparte non aveva mai esercitato la facoltà di risoluzione del contratto previsto dalla clausola stessa.

Nel giudizio di opposizione si costituiva regolarmente la società [redacted] che insisteva per la conferma integrale del decreto ingiuntivo. In particolare osservava come i crediti fatti valere in sede monitoria erano tutti provati da adeguata documentazione e sosteneva che la clausola penale, ancorché dovesse ritenersi la veste di consumatore del condominio attore, era valida in quanto sottoscritta e confermata dal condominio stesso ai sensi dell'art. 1341 c.c.; sottolineava inoltre che il contratto doveva ritenersi risolto sulla base della clausola risolutiva espressa di cui all'articolo 12 del contratto.

Il Giudice di Pace con sentenza 30836/06, emessa in data 13 ottobre 2006 e pubblicata il 1° dicembre 2006, accoglieva integralmente l'opposizione, revocava il decreto ingiuntivo opposto e condannava la società convenute in opposizione al pagamento delle spese di lite a favore del condominio.

Avverso la sentenza la [redacted] succeduta a seguito di atto di fusione alla [redacted] proponeva appello dinanzi a questo tribunale con atto di citazione notificato il 15 marzo 2007, con cui chiedeva alla totale riforma della sentenza, e comunque la condanna del condominio al pagamento dell'importo dovuto a titolo di penale, con la diffusione delle spese di lite. A sostegno dell'appello deduceva i seguenti motivi: 1) il

decreto ingiuntivo, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, era stato emesso in presenza di adeguata prova scritta circa tutti presupposti dei crediti fatti valere, tali essendo le fatture commerciali ed il contratto stipulato dalle parti; 2) la clausola penale e la risoluzione di diritto non prevista dal contratto all'articolo 12 era valida; contestava la necessità di dichiarare espressamente la volontà di valersi della clausola risolutiva; la clausola, poi, era stata debitamente sottoscritta ai sensi dell'articolo 1341 s comma c.c.; sussisteva poi il ritardo nel pagamento della fattura relativa al periodo 1° aprile 2005 - 30 giugno 2005, pagamento di fatto avvenuto solamente in data 27.10.2005, cioè dopo l'emissione del decreto ingiuntivo.

Si costituiva a sua volta il condominio chiedendo la reiezione dell'appello e ribadendo tutte le eccezioni e difese già svolte in primo grado; in particolare, osserva che la società appellante non aveva mai dichiarato di volersi avvalere della facoltà di risolvere il contratto come prevista dall'articolo 12 del contratto stesso e sottolineava che in ogni caso che tale clausola era da considerarsi vessatoria e come tale inefficace ai sensi dell'articolo 33 comma secondo lettera f D.lgs n. 206/2005, perché non era stata oggetto di specifica trattativa.

Quindi, precisate le conclusioni, depositate le comparse conclusionali e le memorie di replica, la causa giunge a decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'appello va respinto.

Occorre esaminare separatamente i due crediti fatti valere con lo stesso ricorso per decreto ingiuntivo, distinzione già operata dalle parti nonché dal primo giudice.

1) Con riferimento al credito per il corrispettivo di € 397,80, si osserva che effettivamente la prova scritta allegata in sede monitoria, consistente in una semplice fotocopia della fattura emessa dalla stessa società creditrice, non costituiva adeguata prova ai sensi dell'articolo 634 c.p.c., che impone al ricorrente di produrre estratto autentico delle scritture contabili obbligatorie.

Il difetto di adeguata prova scritta, tuttavia, non comportava di per sé la nullità del decreto ingiuntivo opposto imponendone la revoca.

Infatti, a seguito dell'opposizione si instaura un ordinario processo di cognizione, che non è destinato meramente a verificare se, al momento dell'emissione, sussistevano i presupposti per l'emissione del decreto ingiuntivo, ma impone di verificare, comunque, la sussistenza del credito

già fatto valere in sede monitoria. In quella fase successiva, cioè, il giudice è tenuto a valutare non soltanto la sussistenza delle condizioni di legge (e in particolare l'efficacia probatoria dei documenti) ai fini dell'emissione del decreto, bensì l'intero materiale probatorio acquisito in causa, con la conseguenza che l'accertamento positivo dell'esistenza del credito consente di superare le eventuali insufficienze o lacune della prova relative alla fase sommaria, rendendo irrilevanti eventuali vizi del procedimento monitorio che, come la mancanza di prova scritta, non importino insussistenza del diritto fatto valere in quella sede.

Poiché in questa sede l'opponente non ha in alcun modo contestato la sussistenza del credito e anzi l'ha riconosciuta, dando atto di averlo pagato, la necessità di fornire un'ulteriore prova da parte della società opposta nella fase dell'opposizione era ormai superata.

Correttamente però il decreto ingiuntivo è stato revocato con riferimento a tale credito, proprio perché -come pacifico tra le parti - il debitore aveva nelle more saldato proprio debito.

2) Quanto al credito relativo alla penale, si condivide la soluzione della sentenza impugnata che ha ritenuto la clausola che la prevedeva inefficace ai sensi del D.Lgs n. 206/05.

Al riguardo, va premesso che al contratto concluso con professionista (qual è indubbiamente la società appellante e la sua dante causa) dall'amministratore del condominio, ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei suoi partecipanti, si applica, in presenza degli altri elementi previsti dalla legge il d.lgs n. 206/05, atteso che l'amministratore agisce quale mandatario con rappresentanza dei vari condomini, i quali devono essere considerati consumatori, in quanto persone fisiche operanti per scopi estranei ad attività imprenditoriale o professionale (v. Cass. sent. 24/07/2001 n. 10086 e Cass. ord. 12/01/2005 n. 452, emesse in relazione agli artt. 1469 - bis e seguenti cod. civ. ora trasfusi nel D.lgs citato).

Ciò detto si osserva che la clausola in questione è inclusa dall'articolo 33 della normativa citata tra le clausole che si debbono presumere vessatorie fino a prova contraria, prova il cui onere è a carico del professionista.

In particolare l'ipotesi f) del secondo comma dell'articolo 33, attribuisce tale natura alla clausola che impone al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'inadempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente, di importo manifestamente eccessivo.

Nella specie, l'importo dovuto in base alla clausola penale in esame appare manifestamente eccessivo, se si considera che è dovuto anche in caso di ritardo per un solo pagamento e in misura commisurata all'importo

complessivo (sia pure ridotto alla metà) di tutti i canoni che sarebbe sarebbero dovuti fra la data di risoluzione e la scadenza del contratto, indipendentemente dall'estensione del periodo di validità residuo.

In quanto da presumersi vessatoria ai sensi dell'art. 36 codice del consumatore, essa è automaticamente nulla. Spetta al professionista che intende invece farne valere la validità, fornire la prova contraria circa l'effettiva portata della clausola oppure la prova che tale clausola sia stata oggetto di specifica trattativa individuale con la controparte (art. 34 terzo comma); a quest'ultimo fine, diversamente da quanto sostiene l'appellante, non basta dimostrare che la clausola sia stata approvata per iscritto mediante la duplice sottoscrizione prevista dall'articolo 1341 cc (applicabile per le clausole vessatorie diverse da quelle oggetto della disciplina speciale tutela dei consumatori prevista dal D.lgs 206/05), trattandosi di accorgimento non equipollente alla trattativa individuale con lo specifico contraente.

Nel caso in esame l'appellante non ha provato che in realtà la clausola in questione non aveva portata vessatoria, anzi ha riconosciuto tale natura, e non ha provato che essa fu oggetto di specifica trattativa individuale con il condominio appellato.

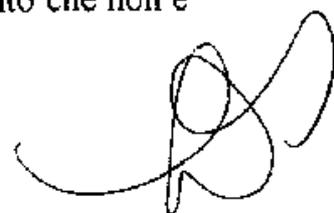
Correttamente, pertanto, il Giudice di Pace ha ritenuto inefficace la traccia in questione e nulla dovuto titolo di penale.

Per tale ragione il decreto ingiuntivo andava senz'altro revocato.

3) L'appellante lamenta infine che il Giudice di Pace non abbia posto a carico del condominio almeno le spese della fase monitoria, atteso che essa era stata costretta a ricorrere alla via giudiziaria a fronte del perdurante inadempimento della controparte, inadempimento venuto meno solo dopo che il decreto ingiuntivo era stato ormai emesso.

In linea di principio, deve ritenersi che il pagamento intervenuto dopo l'emissione del decreto ingiuntivo, cioè allorché non sia più possibile per il ricorrente rinunciare all'azione esercitata con il deposito del ricorso, imponga che con la sentenza che definisce il giudizio di opposizione si dia atto dell'estinzione del credito per il capitale, senza però procedere alla revoca del decreto ingiuntivo anche in punto spese della fase monitoria. Diversamente, il creditore dopo essere stato costretto ad anticipare le spese di lite della fase monitorie, non avrebbe modo per recuperarle.

Nel caso in esame però la situazione è diversa perché le spese di lite sono state liquidate con il decreto ingiuntivo non esclusivamente con riferimento al credito esistente all'epoca della sua emissione, cioè il canone per un bimestre pari a € 397,80, ma anche con riferimento ad un credito che non è mai venuto in essere, ossia quello relativo a una penale.



Bene ha fatto, pertanto, il Giudice di Pace a revocare integralmente il decreto ingiuntivo opposto, compresa la statuizione sulle spese di procedura.

Le spese di questa fase seguono la soccombenza.

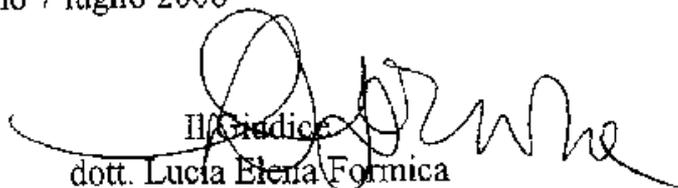
P.Q.M.

Il Tribunale funzioni di Giudice d'Appello, in contraddittorio, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, così provvede:

respinge l'appello;

condanna l'appellante alla rifusione a favore del condominio appellato delle spese di lite della fase di appello, che liquida in € 1.000,00 per diritti, € 600,00 per onorari, oltre rimborso spese generali, IVA e CPA.

Così deciso in Milano 7 luglio 2008


Il Giudice
dott. Lucia Elena Formica



F.A. 30/7/08
