

SENT. N° 2558/13
REP. N° 2047/13



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Tribunale di Milano
TREDICESIMA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del giudice unico Dott. MARCO MANUNTA ha pronunciato la seguente
SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al N. 15000722/2008 R.G. promossa da:

██████████ ██████████ (C.F. ██████████) con il patrocinio dell'avv. ██████████
██████████ con elezione di domicilio in VIA ██████████ ██████████ presso l'avvocato
suddetto

OPPONENTE

contro

██████████ (C.F. ██████████), con il patrocinio dell'avv. ██████████, con elezione di
domicilio in ██████████ ██████████ presso lo studio dell'avvocato suddetto

OPPOSTA

con la chiamata in giudizio di

██████████ per ██████████ (C.F. ██████████), con gli avv.ti
██████████, ██████████ e ██████████, con elezione di domicilio presso
l'avv. ██████████, via ██████████, ██████████

TERZO CHIAMATO

OGGETTO: opposizione a decreto ingiuntivo.

CONCLUSIONI: come da fogli allegati.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo, notificato il 6.05.08, la [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]. (nel prosieguo [REDACTED]) citava la [REDACTED] al fine di ottenere la revoca del decreto ingiuntivo n. 203/2008 emesso dal Tribunale di Milano - Sez. distaccata di Cassano d'Adda - il 29.02.08, notificato all'odierna opponente il 26.03.08.

In particolare, l'opponente, impegnatasi, in forza di scrittura privata 5 aprile 2006, a concedere in comodato d'uso gratuito alla SOCIETÀ [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]. (in seguito [REDACTED]) casseri ed accessori, aveva stipulato un contratto di noleggio dei citati casseri con l'opposta.

La [REDACTED] eccepiva l'inadempimento dell'opposta e chiedeva di dichiararsi risolto il citato contratto per colpa della [REDACTED] con conseguente revoca del decreto ingiuntivo e condanna al pagamento della somma di € [REDACTED] a titolo di risarcimento danni.

Tuttavia, qualora fosse emerso in corso di causa l'adempimento dell'opposta, la Iter chiedeva di accertare l'inadempimento della Società [REDACTED] alla scrittura privata 5 aprile 2006 per aver illecitamente restituito i casseri e gli accessori forniti da [REDACTED] e, conseguentemente, dichiarare risolto il suddetto negozio, condannando la medesima a pagare le somme oggetto del decreto ingiuntivo nei confronti della [REDACTED]. In subordine, la [REDACTED] chiedeva di condannare la terza chiamata a rimborsare a titolo di manleva all'opponente le somme versate all'opposta. A tal fine, la [REDACTED] presentava istanza di autorizzazione, ex art. 106 e 269 c.p.c., per chiamare in causa il terzo, ossia la Società [REDACTED]

All'udienza del 14 novembre 2008, la [REDACTED] si costituiva sollevando eccezione pregiudiziale in merito alla tardività della notificazione dell'atto di citazione, chiedendo comunque la concessione della provvisoria esecuzione del citato decreto ed infine la reiezione del domande della opponente in ragione del suo regolare adempimento degli obblighi contrattuali e dell'assenza di qualsiasi prova circa la "mancanza di qualità" dei casseri.

Alla successiva udienza, il Giudice dichiarava con ordinanza la tempestività dell'opposizione e concedeva la provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo, assegnando alle parti costituite i termini di cui all'art. 183 comma VI c.p.c. e riservandosi all'esito la decisione sui mezzi istruttori dedotti.

Nelle more, con separata ordinanza pronunciata fuori udienza, il Giudice rilevava l'irritualità dell'istanza di revoca di concessione della provvisoria esecuzione del decreto e, valutata l'istanza di chiamare in causa la Società [REDACTED], in qualità di terzo, effettuata nell'atto di opposizione, fissava nuova udienza per il 7 aprile 2010 per consentire la relativa citazione.

A tale udienza la Società ██████ non si costituiva e il Giudice, rigettate le istanze istruttorie, fissava udienza per la precisazione delle conclusioni.

Alla successiva udienza del 14.12.2011 si costituiva la Società ██████ con intervento volontario al fine di far accertare la tardività e l'irritualità della chiamata in causa del terzo e comunque la manifesta violazione del combinato disposto degli artt. 3 e 4 Cost. poiché chiamata in causa dopo un anno dal perfezionamento dello scambio delle difese di cui all'art. 183 VI c.p.c.; inoltre, eccepiva l'incompetenza del Tribunale di Milano, in favore del foro di Roma o, in alternativa, di quello di Napoli. In subordine, chiedeva la rimessione in termini, ed infine, nel merito, il rigetto delle pretese avanzate dall'opponente perché infondate in fatto ed in diritto.

Le parti precedentemente costituite, rilevando la tardività della costituzione del terzo chiamato, dichiaravano di non accettare il contraddittorio. Il Giudice, riservandosi in merito all'ammissibilità della chiamata di terzo, tratteneva la causa in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Come è noto, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo l'inversione dei ruoli opera esclusivamente sul piano formale sicché l'opponente assume la posizione di attore solamente in senso formale, essendo in realtà convenuto in senso sostanziale.

Coerentemente, nel procedimento monitorio, si applicano le normali regole sull'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c.. In particolare, sul tema della prova, è ormai consolidato l'orientamento della Suprema Corte, per il quale *"il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 cod. civ. (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento, perché l'eccezione si fonda sull'allegazione dell'inadempimento di un'obbligazione, al*



quale il debitore di quest'ultima dovrà contrapporre la prova del fatto estintivo costituito dall'esatto adempimento" (n.15502 del 14 luglio 2011; n. 13674 del 13/06/2006; S.U. n. 1353/01).

Nonostante la suddetta distribuzione dell'onere probatorio in ossequio al principio di vicinanza della prova, va evidenziata l'esistenza di un contrapposto onere di allegazione in capo al creditore; onere che non può ritenersi assolto con la mera affermazione di un generico inadempimento o di inesatto adempimento del debitore, ma deve presentare il requisito della specificità. Diversamente non si consentirebbe al debitore la possibilità di difendersi adeguatamente, ponendo di fatto a suo carico l'onere (impossibile da assolvere) di dimostrare l'esatto adempimento rispetto a tutti i possibili profili delle obbligazioni contrattuali.

La correttezza di tale percorso argomentativo trova piena conferma nell'art. 115 c.p.c. riguardante il principio di non contestazione, la cui rilevanza nell'ipotesi in discussione emerge laddove si consideri che l'applicazione di tale principio presuppone l'allegazione di un fatto dai contorni ben definiti e precisi. Così si è espressa sul punto la Suprema Corte: *"L'art. 167 cod. proc. civ., imponendo al convenuto l'onere di prendere posizione sui fatti costitutivi del diritto preteso dalla controparte, considera la non contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti. Tuttavia, in tanto può porsi il problema della contestazione del fatto ed assumere rilievo la non contestazione - quale indice, in positivo e di per sé, di una linea difensiva incompatibile con la negazione del fatto, - in quanto l'allegazione del fatto, con tutti gli elementi costituenti il suo contenuto variabile e complesso, risulti connotata da precisione e specificità, tali da renderla conforme al modello postulato dalla regola legale o contrattuale per l'attribuzione del diritto; altrimenti, il fatto resta, per ciò stesso, estraneo al potere - dovere di contestazione, atteso il collegamento con quello di allegazione (di cui costituisce riflesso processuale) posto dal citato art. 167 cod. proc. civ., e la sua omessa deduzione (nella estensione dovuta) lo restituisce interamente al "thema probandum" come disciplinato dall'art. 2697 cod. civ." (Cass. n. 6936 del 2004).*

Pertanto, l'esigenza di precisione e specificità dei fatti allegati, ma non provati, posti alla base della propria pretesa non può certamente essere messa in discussione in considerazione della sua rilevanza nel sistema di distribuzione degli oneri probatori in capo alle parti.

Nel caso di specie, l'odierna opposta ha agito mediante procedimento monitorio per ottenere l'adempimento dell'obbligazione di pagamento dei canoni per la locazione di casseri da parte della



e, a tal fine, ha provato la fonte del suo diritto di credito e l'avvenuta consegna dei beni oggetto di causa. Nell'atto di citazione, l'opponente, convenuto sostanziale, senza contestare il proprio inadempimento, ha eccepito l'inadempimento della ██████ sostenendo che i casseri consegnati dall'opposta non erano idonei all'uso poiché caratterizzati da "mancanza di qualità".

Sebbene in tale ipotesi si dovrebbe parlare, piuttosto che di inadempimento, di inesatto adempimento, in ogni caso, l'opponente, nel tentativo di paralizzare la pretesa creditoria dell'opposta, si è limitata ad avanzare l'eccezione in termini del tutto generici ed indeterminati. In particolare, nell'atto di opposizione a decreto ingiuntivo così come negli atti successivi ed anche nella lettera di contestazione inviata alla ██████ la Iter fa riferimento ad una presunta inidoneità dei casseri, oggetto del contratto di locazione, senza mai specificare la causa di tale inidoneità, la tipologia dei vizi, la gravità degli stessi e il numero dei casseri inidonei. L'evidente genericità dell'allegazione, priva di quei requisiti di precisione e specificità di cui si è detto, sebbene non muti la distribuzione dell'onere probatorio così come definito dalla Suprema Corte, certamente è foriera di un profondo vulnus al diritto di difesa dell'opposta e si pone in palese contrasto col combinato disposto degli artt. 115 e 167 c.p.c.

D'altro canto, la stessa opponente, resa edotta della asserita inidoneità dei beni comunicata dalla terza chiamata l'8.09.06 (consegna effettuata il 22.08.06), ha atteso di ricevere ulteriori contestazioni dalla stessa Società ██████ effettivo utilizzatore dei beni, prima di denunciare alla ██████ la sua condotta inadempiente. In tal modo, palesando il proprio stato di incertezza circa le azioni da intraprendere in ragione della genericità e indeterminatezza delle contestazioni ricevute dalla Società Italiana.

Il mancato assolvimento dell'onere di allegazione in ordine all'inadempimento ascritto alla ██████ comporta il rigetto dell'opposizione e la conferma del decreto.

2. In merito all'ammissibilità della chiamata di terzo si osserva quanto segue.

Preliminarmente sulla correttezza del procedimento seguito dall'opponente per chiamare in causa il terzo, si riconosce la legittimità del medesimo alla luce del consolidato orientamento di legittimità secondo il quale *"In tema di procedimento per ingiunzione, per effetto dell'opposizione non si verifica alcuna inversione della posizione sostanziale delle parti nel giudizio contenzioso, nel senso che il creditore mantiene la veste di attore, l'opponente quella di convenuto, ciò che esplica i suoi effetti non solo nell'ambito dell'onere della prova, ma anche in ordine ai poteri ed alle preclusioni di ordine processuale rispettivamente previsti per ciascuna delle due parti. Ne consegue che il disposto dell'art. 269 cod. proc. civ., che disciplina le modalità della chiamata di terzo in causa, non si concilia con il procedimento instaurato tramite l'opposizione al decreto, dovendo in ogni caso l'opponente citare*



unicamente il soggetto che ha ottenuto detto provvedimento, non potendo le parti originariamente essere altri che il soggetto istante per l'ingiunzione di pagamento ed il soggetto nei cui confronti la domanda è diretta, così che l'opponente (cui è altresì preclusa, nella qualità di convenuto sostanziale, la facoltà di chiedere lo spostamento dell'udienza, nonché quella di notificare l'opposizione a soggetto diverso dal creditore procedente in ingiunzione) deve necessariamente chiedere al giudice, con lo stesso atto di opposizione, l'autorizzazione a chiamare in giudizio il terzo al quale ritiene comune la causa sulla base dell'esposizione dei fatti e delle considerazioni giuridiche contenute nel ricorso per decreto ingiuntivo" (Cass. n. 8718 del 2000; n. 13272 del 2004; n. 4800 del 2007).

Il terzo, così citato, deve costituirsi a norma degli artt. 166 e 167 c.p.c., proponendo, a pena di decadenza, eventuali domande riconvenzionali ed eccezioni processuali o di merito che non sono rilevabili d'ufficio. Nella specie, la Società Italiana non si è costituita ritualmente e tempestivamente per la nuova udienza del 7.04.2010, fissata dal Giudice così come previsto dall'art. 269 c.p.c. In tal modo è incorsa nelle preclusioni di cui all'art. 167 c.p.c. ed è quindi decaduta dal potere di avanzare eccezioni processuali ovvero di merito.

La circostanza che la chiamata sia stata autorizzata dopo la concessione dei termini ex art.183, 6° comma, c.p.c. non comporta alcuna inammissibilità della chiamata stessa: la Società ████████, ove si fosse tempestivamente costituita, avrebbe potuto ottenere dal Giudice la nuova concessione dei termini suddetti, proprio in considerazione della tardiva concessione dell'autorizzazione alla chiamata in giudizio, che non poteva limitare illegittimamente il proprio diritto di difesa.

3. Per quanto riguarda l'asserito inadempimento della Società Italiana e la connessa istanza di risoluzione della scrittura privata 5 aprile 2006, si deve rilevare la completa infondatezza della domanda.

L'art. 2 della citata scrittura privata prevede che "...l'assuntore concede a titolo di comodato gratuito alla committente il cassero necessario per la realizzazione delle pile n. 18, 20 e 21 del Viadotto Napoli...".

Il contratto di comodato, disciplinato dagli artt. 1803 ss c.c., è definito dal codice civile come il contratto con cui una parte consegna all'altra una cosa mobile o immobile, affinché se ne serva per un tempo o per un uso determinato, con l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta. L'art. 1809 c.c. dispone che il comodatario è obbligato a restituire la cosa alla scadenza o, in mancanza di termine, quando se ne è servito in conformità del contratto. Dall'impianto codicistico emerge chiaramente che non sussiste alcun obbligo del comodatario di utilizzare la cosa consegnata, bensì quello di restituire il



bene alla scadenza del termine. Pertanto, non è possibile parlare di inadempimento contrattuale nell'ipotesi, come quella che ci occupa, in cui il comodatario abbia restituito anticipatamente la cosa concessa in comodato perché asseritamente viziata.

È necessario inoltre sottolineare la palese contraddizione della domanda di risoluzione per inadempimento con la condotta processuale ed extraprocessuale adottata dall'opponente.

La [redacted] con lettera del 10.10.2006, ha contestato all'opposta l'inadempimento del contratto di locazione beni mobili, sostenendo *"di aver visionato il materiale arrivato in cantiere, e di aver assistito al mancato raggiungimento di un'attività ben eseguita nel tentativo di assemblarlo e di condividere il contenuto delle note di [redacted] che vi alleghiamo"*. In particolare, nella nota del 5.10.2006, la Società [redacted] scrive *"..il cassero è inidoneo per l'esecuzione delle suddette pile..."*. Inoltre, l'odierna opponente ha eccepito l'inadempimento della [redacted], producendo in giudizio le relative lettere di contestazione e chiedendo la risoluzione del contratto di locazione.

Ora, sebbene l'opponente, in quanto creditore che agisce per la risoluzione del contratto di comodato, per quanto sopra detto, non abbia l'onere di provare l'inadempimento, tuttavia quanto appena osservato si pone in contrasto con la domanda di risoluzione del contratto di comodato. Infatti, l'onere di allegazione gravante sulla [redacted] ed avente ad oggetto l'idoneità dei casseri, fatto costitutivo dell'inadempimento del terzo chiamato (comodatario), confligge con la posizione processuale e extraprocessuale della medesima opponente, che nei confronti dell'opposta ha sostenuto, invece, l'inidoneità degli stessi beni.

Alla luce di quanto detto, si deve concludere per l'infondatezza della domanda di risoluzione del contratto di comodato per inadempimento della Società [redacted]

4. La domanda di manleva è infondata.

I casseri, locati dall'opposta alla [redacted] sono stati concessi in comodato d'uso gratuito dalla stessa opponente alla Società [redacted]. Pertanto, stante la natura gratuita del contratto di comodato, non si comprende quale sia il fondamento giuridico della pretesa creditoria dell'opponente nei confronti del terzo chiamato, posto che il pagamento dovuto dall'opponente all'opposta non può essere oggetto di domanda di rifusione nei confronti del terzo-comodatario, attesa la gratuità della prestazione.

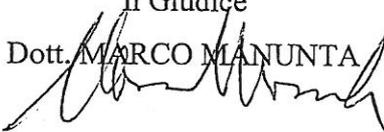
Le spese di giudizio seguono la soccombenza della parte opponente, sia rispetto all'opposta, sia rispetto al terzo chiamato e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa domanda, eccezione o istanza rigettate, in contraddittorio, così provvede:

1. Rigetta l'opposizione e tutte le domande proposte da parte opponente [REDACTED].
2. Conferma il decreto ingiuntivo n. 203/2008 emesso dal Tribunale di Milano - Sez. distaccata di Cassano d'Adda – il 29.02.08;
3. Condanna, inoltre, la [REDACTED] a rimborsare alla [REDACTED] le spese di lite, che si liquidano in € [REDACTED] per compensi, oltre IVA e CPA.
4. Condanna, infine, la [REDACTED] a rimborsare alla [REDACTED] le spese di lite, che si liquidano in € [REDACTED] per compensi, oltre IVA e CPA.

Milano 22.2.13.

Il Giudice
Dott. MARCO MANUNTA




La presente copia è conforme all'originale
PER USO UFFICIO

Milano, 23 FEB 2013