

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 18896/2016 R.G. proposto da:

GIAMPAOLO, domiciliato *ex lege* in

per procura speciale in calce al ricorso

-ricorrente-

contro

FALLIMENTO della MAGAZZINI SRL, in persona del curatore p.t.,
elettivamente domiciliato in

per procura speciale in calce al

controricorso.

-controricorrente-

avverso il DECRETO del TRIBUNALE di FIRENZE n. 8867/2015 depositato il
10/06/2016.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 07/11/2023 dal Consigliere
FRANCESCO TERRUSI.

FATTI DI CAUSA

Giampaolo ha proposto opposizione allo stato passivo del Fallimento di Magazzini s.r.l., lamentando, per quanto unicamente rileva in questa sede, la mancata ammissione dei crediti insinuati a titolo di indennità di occupazione illegittima di un immobile, anteriormente locato alla società poi fallita a uso commerciale, e di penale contrattuale per mancato rilascio.

L'opposizione è stata respinta dal Tribunale di Firenze, sull'essenziale considerazione che il locatore aveva tenuto una condotta contraria a buona fede in quanto, pur avendo ottenuto in data 10-8-2011 un provvedimento provvisorio di rilascio, confermato con sentenza di merito, aveva ommesso di darvi esecuzione e non aveva avanzato alcuna ulteriore richiesta di restituzione neppure stragiudiziale, né alla società *in bonis*, né – dopo il fallimento - alla curatela fallimentare.

Il tribunale ha aggiunto che la curatela aveva documentato di non aver avuto contezza dell'esistenza di questioni relative alle unità immobiliari in oggetto fino al momento della presentazione della domanda di insinuazione, e che, a seguito di tale domanda, la stessa curatela aveva tentato di formalizzare la restituzione dei beni, ma senza esito, avendo il locatore rifiutato la consegna sulla base di contestazioni relative allo stato manutentivo; rispetto al quale stato, peraltro, il contratto di locazione dava atto dell'avvenuta accettazione delle unità "così come si trovano", con esonero di responsabilità del locatore per i vizi apparenti e con previsione di lavori da eseguirsi in base ad apposita autorizzazione edilizia.

Il tribunale ne ha dedotto che si dovevano considerare con ciò dimostrate "la tolleranza e la mancanza di interesse" del ricorrente a riottenere il bene; e, in ogni caso, che la mancata attivazione, da parte sua, dei rimedi per la reintegrazione era stata tale da configurare un'ipotesi di abuso del diritto, per violazione dell'art. 1175 cod. civ.

Conseguentemente, per il tramite dell'art. 1227, secondo comma, cod. civ. ha escluso il risarcimento, visto che il creditore avrebbe potuto

evitare il danno usando l'ordinaria diligenza; cosa che non aveva fatto nel concreto, avendo omesso il compimento di quelle attività che avrebbero per l'appunto consentito di contenere il danno stesso.

In guisa di siffatta motivazione ha concluso nel senso della non debenza: a) delle somme richieste per il ritardato rilascio del bene nel periodo compreso tra la data di notifica dello sfratto per morosità e la data della dichiarazione di fallimento; b) delle somme richieste in prededuzione a titolo di canone locativo e di penale da ritardato rilascio per il periodo successivo alla dichiarazione di fallimento; c) delle somme corrispondenti al 50 % dei premi assicurativi pagati per il periodo seguente.

ha proposto ricorso per la cassazione del decreto, affidandosi a cinque mezzi.

Il Fallimento ha replicato con controricorso e memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

I. – Col primo motivo, deducendo la violazione degli artt. 1175, 1206 e seg., 1227, 1382 e 1591 cod. civ., il ricorrente assume che il tribunale, dinanzi alla pacifica mancata restituzione dell'immobile locato nonostante la pronuncia di rilascio conseguente alla risoluzione del contratto, abbia erroneamente escluso ogni diritto di esso locatore a conseguire i canoni a titolo di indennità di occupazione e di penale per il ritardo, sul presupposto del non essersi egli attivato (anche stragiudizialmente) per sollecitare la restituzione del bene. In tal senso il tribunale avrebbe errato sotto un duplice profilo: perché l'onere del creditore può essere affermato, con le dette conseguenze di cui all'art. 1227 cod. civ., solo in caso di previa sua costituzione in mora, ex art. 1206 cod. civ., condizione nella specie non verificatasi; perché in ogni caso, atteso il protrarsi dell'occupazione del bene dopo lo sfratto, il danno era stato predeterminato con clausola penale, e questa circostanza comunque non avrebbe consentito di far ricorso all'art. 1227, secondo comma, cod. civ. per escludere la possibilità del creditore di conseguire il dovuto a tale titolo.

Col secondo motivo il ricorrente, in subordine, denuncia la violazione sotto ulteriore profilo delle norme evocate, stante che la prova dell'operatività dell'art. 1227, secondo comma, cod. civ. avrebbe dovuto essere fornita dalla curatela.

Col terzo motivo, in ulteriore subordine, deduce la violazione degli artt. 1127 e 1591 cod. civ., e dell'art. 2055 stesso codice, per avere il tribunale esonerato la curatela da ogni colpa nonostante l'omissione di presa in consegna delle scritture contabili della fallita e nonostante l'assunzione di informazioni finalizzate alla completa redazione dell'inventario e dell'elenco dei creditori.

Col quarto motivo, sempre in subordine, denuncia la violazione delle medesime norme sotto il profilo della giustificazione del rifiuto di consegna del bene, fatta dalla curatela in modo peraltro informale solo il 4-5-2015, quando invece il credito insinuato era afferente alla condotta inerziale fino al 24-2-2015.

Infine col quinto mezzo il ricorrente denuncia la violazione dell'art. 96 legge fall., in quanto in ogni caso il tribunale, respingendo in toto l'opposizione al passivo, aveva mancato di riconoscere i canoni e le indennità di occupazione e la penale pattuita dalla data di deposito della sentenza di rilascio alla dichiarazione di fallimento (25-2-2014), in contrasto col giudicato endofallimentare prodottosi in ordine al decreto di approvazione dello stato passivo; il quale difatti aveva ammesso al passivo il credito da rimborso dei premi assicurativi, dovuti in base al contratto di locazione, nella misura del 50 % fino alla dichiarazione di fallimento; così da determinare un effetto ostativo alla ritenuta non debenza invece dei canoni e dell'indennità di occupazione fino alla stessa data della dichiarazione di fallimento siccome derivanti dallo stesso contratto di locazione, visto che l'efficacia vincolante del giudicato si forma anche sulle premesse in fatto dell'accertamento compiuto.

II. - Il primo motivo è fondato.

In linea generale, ove si discorra – come nella specie - di responsabilità del conduttore per la ritardata restituzione del bene locato ex art. 1591 cod. civ., l'ordinaria diligenza richiesta al creditore dall'art. 1227, secondo comma, cod. civ., per evitare un suo concorso nella produzione del danno, non implica l'obbligo di compiere attività ulteriori come la proposizione di un'azione – né di cognizione né esecutiva - per ottenere il rilascio della cosa locata (v. Cass. Sez. 3 n. 19139-05, Cass. Sez. 3 n. 11364-02).

In altre parole, l'ordinaria diligenza, che il creditore deve usare nell'attivarsi per evitare la produzione di ulteriori danni, non comprende mai l'obbligo di intraprendere un'azione giudiziaria, cognitiva o esecutiva che sia, e tanto meno comprende l'obbligo di richiedere ciò che gli spetta in base a un titolo già formato – cosa che nella specie risulta pacificamente (in fatto) in base alla stessa decisione impugnata.

III. - Di nessuna rilevanza è a tal riguardo la menzione, da parte del Tribunale di Firenze, del divieto di abuso del diritto.

L'abuso del diritto si realizza quando nel collegamento tra un potere conferito a un soggetto - o appunto un diritto o una facoltà - e il suo concreto esercizio ne risulti alterata la funzione obiettiva rispetto alla norma che lo prevede, ovvero quando lo schema formale del diritto sia finalizzato a obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore (cfr. *ex aliis* Cass. Sez. L n. 15885-18, Cass. Sez. 3 n. 26541-21).

Non può sostenersi che ciò accada, quanto al creditore, in dipendenza del mero fatto della protrazione dell'occupazione di un suo bene da parte del conduttore, dopo la sentenza che ha pronunciato la risoluzione del contratto e che ha disposto il rilascio.

In questo caso il creditore non abusa di nessun diritto e di nessun potere, dovendo molto semplicemente ottenere ciò che la legge stabilisce a ristoro del pregiudizio derivato dall'avversa condizione (illegittima) di occupazione senza titolo.

Si apprende d'altronde dalla stessa motivazione del decreto impugnato che l'istante aveva ben plausibilmente motivato il suo rifiuto in base alla condizione del bene, a fronte di una mera (e come tale irrilevante) offerta informale del curatore del fallimento.

IV. - Non meno grave è il secondo errore commesso dal Tribunale di Firenze, questa volta sul versante della clausola penale.

Per costante giurisprudenza la pattuizione di una clausola penale, avendo la funzione di preventiva liquidazione del danno conseguente all'inadempimento della obbligazione primaria, esclude l'operatività della disciplina relativa alla evitabilità del danno ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1227, secondo comma, cod. civ. (v. Cass. Sez. 2 n. 6927-01, Cass. Sez. 3 n. 13023-95). E la ragione è ovvia, visto che la pattuizione della penale prescinde dal danno e dalla sua prova (v. da ultimo Cass. Sez. 1 n. 28037-23, cui *adde* Cass. Sez. 6-3 n. 21398-21, Cass. Sez. 3 n. 11204-98).

In altre parole, il concorso del fatto colposo del creditore non può mai essere invocato per escludere il credito da penale contrattuale, perché quel fatto è uno dei criteri (ordinari) di determinazione del danno risarcibile. Mentre la clausola penale possiede una funzione eminentemente sanzionatoria, e la sua operatività non è vincolata alla effettiva esistenza (e alla prova) di un danno, ma è condizionata solo all'inosservanza dell'obbligo di comportamento del debitore.

V. - Tutto ciò determina che il decreto va cassato e la causa rinviata al medesimo tribunale, in diversa composizione, affinché si uniformi ai principi appena riportati.

Restano assorbiti tutti i restanti motivi.

Il tribunale provvederà anche sulle spese del giudizio svoltosi in questa sede di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso, assorbiti gli altri, cassa il decreto impugnato e rinvia al Tribunale di Firenze, in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di cassazione.

Deciso in Roma, nella camera di consiglio della prima sezione