

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO

SECONDA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Filippo D'Aquino
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. OMISSIS/2013 promossa da:
CREDITORE

contro

DEBITORI

ATTORE

CONVENUTI

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da fogli allegati al verbale d'udienza di precisazione delle conclusioni.

CONCLUSIONI PER IL CREDITORE

NEL MERITO IN VIA PRELIMINARE: dichiarare, ai sensi e per gli effetti degli artt. 166, 167 e 171, secondo comma, c.p.c., la tardività della costituzione dei convenuti e la conseguente decadenza della sig.ra **DEBITORE ALFA** dalla domanda riconvenzionale proposta in relazione all'accertamento della nullità della sua obbligazione di garanzia contrattuale verso la **CREDITORE**.

NEL MERITO IN VIA PRINCIPALE: dichiarare inefficace nei confronti della **CREDITORE** l'atto di costituzione di fondo patrimoniale a ministero del Notaio Scordo Letterio del 23.09.2011, Rep. N.11785, Racc. n. 9932 trascritto il 13.10.2011 presso l'Ufficio del Territorio di Milano 1, Reg. Gen. N.62140, Reg. Part. N. 42182, nel quale i sigg.ri **DEBITORE BETA** Giuseppe Marcello e hanno conferito i beni immobili descritti al § 3 dell'atto di citazione.

NEL MERITO IN VIA SUBORDINATA: dichiarare inefficace nei confronti della **CREDITORE** l'atto di costituzione di fondo patrimoniale a ministero del Notaio Scordo Letterio del 23.09.2011, Rep. N.11758, Racc. n. 9932 trascritto il 13.10.2011 presso l'Ufficio del Territorio di Milano 1, Reg. Gen. N.62140, Reg. Part. N.42182, limitatamente ai beni in esso conferiti dalla sig.ra **DEBITORE ALFA** sia in piena proprietà che in quota uguale con il sig. **DEBITORE BETA**.

In ogni caso con la condanna dei convenuti al pagamento dei compensi professionali e delle spese del processo.

PER I CONVENUTI: disporsi preliminarmente la sospensione ex art. 295 c.p.c. in attesa della definizione del giudizio n. RG 3598/11 Trib. Lodi. In via preliminare e nel merito accertare la carenza di legittimazione passiva del sig. **DEBITORE BETA** e conseguentemente rigettare ogni domanda proposta nei suoi confronti.

Nel merito: rigettare le domande per le causali di cui in narrative, compiuti gli opportuni accertamenti specie in relazione alla nullità dell'obbligazione di garanzia facente capo alla sig.ra **DEBITORE ALFA** relativamente al contratto di locazione stipulato in data 29.03.2004, [con cui] **CREDITORE** ebbe a concedere in locazione alla **TERZO** l'immobile di sua proprietà sito in OMISSIS, piano terra e primo, costituito da capannone, oltre uffici e servizi, oltre a cortile. In ogni caso con vittoria di spese, diritti ed onorari.

PREMESSO IN FATTO

L'attore si è affermato creditore del terzo **TERZO** (società amministrata dalla convenuta

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11*

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyrights © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Sentenza, Tribunale di Milano, dott. Filippo D'Aquino, 18 marzo 2015

DEBITORE ALFA, che ne è anche socia unitamente all'altro convenuto **DEBITORE BETA**, a sua volta coniuge della **DEBITORE ALFA**) per canoni di locazione impagati e altre obbligazioni inadempite in virtù di contratto di locazione stipulato in data 29.03.2004. Si afferma, inoltre, creditore anche della convenuta **DEBITORE ALFA** in virtù di fideiussione prestata contestualmente ex art. 21 del suddetto contratto di locazione da parte della suddetta convenuta nei confronti del locatore odierno attore. Deduce che nel maggio 2010 la convenuta **DEBITORE ALFA** e l'altra amministratrice hanno costituito la società **OMISSIS** con sede legale e operativa presso l'immobile locato. Deduce che nel dicembre 2010 la locataria **TERZO** ha chiesto al locatore di "ristipulare" il contratto con la neocostituita società **OMISSIS** di cui la **DEBITORE ALFA** è coamministratrice; deduce che nelle more (in data 1.09.2011) detta società è divenuta cessionaria del ramo di azienda di **TERZO** avente ad oggetto l'attività di asilo nido. Deduce l'attore che in data 23.09.2011 i convenuti hanno costituito un fondo patrimoniale nel quale sono stati conferiti i loro beni immobili; deduce, inoltre, che in data 29.09.2011 la **DEBITORE ALFA** e un'altra socia hanno ceduto le quote detenute in **OMISSIS**. Deduce parte attrice di avere promosso azione di risoluzione del contratto di locazione per inadempimento, azione pendente (all'epoca della proposizione della domanda) presso il Tribunale di Lodi. Deduce, pertanto, la sussistenza del debito pecuniario da inadempimento contrattuale in capo a **TERZO**, nonché in capo alla garante **DEBITORE ALFA**, deducendo che il fondo patrimoniale è stato costituito in frode delle ragioni dell'attore, di cui ne chiede la declaratoria di inefficacia ex art. 2901 c.c. I convenuti si sono costituiti, chiedendo preliminarmente dichiararsi la nullità dell'obbligazione di garanzia sottoscritta dalla **DEBITORE ALFA** all'art. 21 del contratto di locazione del 29.03.2004 e nel merito –previa sospensione del giudizio pendente ex art. 295 c.p.c. in attesa della definizione del giudizio pendente presso il Tribunale di Lodi– rigettare la domanda. Il convenuto **DEBITORE BETA** ha chiesto, altresì, dichiararsi il proprio effetto di legittimazione passiva. Deducono i convenuti nel merito la nullità dell'obbligazione di garanzia, per violazione dell'articolo 1938 c.c. e dunque per omessa predeterminazione dell'importo garantito, tale da non consentire all'odierna convenuta **DEBITORE ALFA** di valutare l'entità dell'impegno economico assunto. Inoltre, deducono l'insussistenza delle condizioni di esperibilità dell'azione revocatoria. La causa è passata in decisione senza istruttoria.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.1 - L'attore si afferma creditore della convenuta **DEBITORE ALFA** in virtù della clausola di "garanzia" stipulata all'art. 21 del contratto di locazione del 29.03.2004, secondo la quale "ad ulteriore garanzia dell'adempimento delle obbligazioni assunte dal conduttore, il presente contratto viene firmato quali garanti a titolo personale, dalle Sig.re Marina Navoni (...) e Antonella **DEBITORE ALFA**". Di tale clausola parte convenuta ne predica la nullità per mancata indicazione dell'importo massimo garantito ex art. 1938 c.c.

Parte attrice contesta l'ammissibilità di detta difesa di parte convenuta, non accettando il contraddittorio. Deduce che detta difesa assurga al rango processuale di eccezione in senso stretto, se non di domanda riconvenzionale, rispetto alla quale (che la si qualifichi come eccezione in senso stretto, eccezione riconvenzionale o domanda riconvenzionale) parte convenuta sarebbe decaduta, non essendosi costituita nel rispetto del termine di cui all'art. 166 c.p.c.

Invero (condividendosi le argomentazioni di parte convenuta), nel caso di specie non si tratta di eccezione in senso stretto (o domanda riconvenzionale), ma di mera difesa, nella quale i convenuti segnalano all'ufficio la circostanza in diritto che la clausola che fonda il diritto di credito di parte attrice nei confronti della convenuta **DEBITORE ALFA** è invalida, in quanto contraria a norme imperative e, in particolare, al disposto dell'art. 1938 c.c.

Vero è che l'esistenza del credito non è fatto costitutivo della domanda ex art. 2901 c.c. (il che rende infondata l'istanza di sospensione del presente giudizio ex art. 295 c.p.c. in attesa della

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11*

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyrights © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Sentenza, Tribunale di Milano, dott. Filippo D'Aquino, 18 marzo 2015

definitiva definizione del contenzioso tra obbligato principale e locatore, attualmente pendente in appello). Tuttavia l'esistenza del credito costituisce condizione per l'esercizio delle azioni di conservazione della garanzia patrimoniale azionate dall'attore, posto che l'attore che chiede dichiararsi inopponibile nei suoi confronti un atto dispositivo del patrimonio, deve sempre affermarsi (almeno in termini di prospettazione) di essere creditore del proprio "debitore" al fine di invocare l'inopponibilità dell'atto dispositivo nei suoi confronti, perché è a tutela di quel preteso credito che sta agendo. Sicché, se non è compito del giudice della causa di conservazione della garanzia patrimoniale accertare l'esistenza di un credito (che può essere anche contestato o litigioso), deve esservi comunque la fondata prospettazione che l'attore vanti un credito nei confronti dell'alienante e che questo credito sia (sempre in termini di prospettazione) sorto e non estinto.

La prospettazione dell'esistenza del credito dell'attore che azioni uno strumento di conservazione della garanzia patrimoniale (revocatoria ordinaria) non è dissimile da quella che il creditore deve possedere e dimostrare in sede di procedimento per la dichiarazione di fallimento ex art. 6 l.f., ove prospetti l'esistenza di un credito nei confronti del proprio debitore, anche non accertato giudizialmente, laddove l'accertamento del credito è demandato ad altra sede (formazione dello stato passivo). Così come il creditore che chieda il fallimento del proprio debitore deve dimostrare la propria legittimazione come creditore, negli stessi termini il creditore deve dimostrare di essere tale al fine di invocare nei confronti del proprio debitore uno strumento di conservazione della garanzia patrimoniale quale l'azione revocatoria ordinaria. Così come non vi è interesse per un terzo a impugnare per inefficacia un atto negoziale (come a chiedere il fallimento), non vi è interesse neanche per colui che, pur qualificandosi creditore, non lo sia. Conseguentemente la titolarità di un diritto di credito, anche eventuale, costituisce condizione dell'azione revocatoria sotto il profilo (se non della *legitimitas ad causam* dell'attore, ossia della astratta titolarità dell'azione), sicuramente sotto il profilo della carenza dell'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c., circostanza rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, salva la formazione di un giudicato sul punto, poiché l'esistenza di una utilità concreta al giudizio costituisce un requisito per la trattazione del merito della domanda (Cass., Sez. II, 30 giugno 2006, n. 15084).

Pertanto, al pari del venir meno sopravvenuto di un diritto di credito dell'attore, la carenza *ab origine* dello stesso credito determina la carenza dell'interesse all'azione revocatoria, non sussistendo l'esigenza di dichiarare a garanzia del credito l'inefficacia dell'atto di disposizione del patrimonio; condizione che comporta, indipendentemente dall'originaria fondatezza o meno della domanda, il rigetto nel merito della domanda stessa (Cass. Sez. II, 4 novembre 2004, n. 21100).

La contestazione, pertanto, della validità della clausola che fonda l'esistenza dell'obbligazione di garanzia della DEBITORE ALFA, in quanto si traduce nella contestazione dell'esistenza dell'interesse ad agire, si traduce non in una eccezione in senso stretto (indipendentemente dal fatto che la nullità possa essere rilevata di ufficio dal giudice), ma in una contestazione del fondamento della domanda, che può essere dedotta come mera difesa. Né rileva che la DEBITORE ALFA non abbia invocato detta nullità in altri giudizi (segnatamente quello già pendente davanti al Tribunale di Lodi).

1.2 - La clausola in oggetto recita testualmente, come si è osservato, "ad ulteriore garanzia dell'adempimento delle obbligazioni assunte dal conduttore, il presente contratto viene firmato quali garanti, a titolo personale, dalle Sig.re Marina Navoni (...) e Antonella DEBITORE ALFA". E' questa la "garanzia" invocata dall'attore al fine dell'estensione in capo alla DEBITORE ALFA delle obbligazioni assunte dal conduttore, tra cui l'obbligo di ripristino dell'immobile nello stato di fatto in cui si trovava al momento della consegna e, ovviamente, il pagamento dei canoni e delle indennità di occupazione. Peraltro, come nota lo stesso attore, tale garanzia riguarda in generale qualsiasi obbligazione pecuniaria del conduttore conseguente alla stipulazione del contratto di

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11*

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyrights © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Sentenza, Tribunale di Milano, dott. Filippo D'Aquino, 18 marzo 2015

locazione e, precisamente, anche la cauzione (art. 20) e la stipula di polizza assicurativa per un valore di ricostruito di almeno € 500.000,00 (art. 16), obbligazioni che si aggiungono alle predette (rimessione in pristino e pagamento del canone), stimate (per quanto accertatosi nel corso del procedimento pendente davanti al Tribunale di Lodi) in circa Euro 350.000,00.

Orbene, costituisce principio pacifico (indicato espressamente nell'art. 1938 c.c. come modificato dall'art. 10 l. 154/92) che ogni fideiussione debba indicare a pena di nullità l'importo massimo garantito, anche ove si tratti di fideiussioni stipulate in epoca precedente alla novella dell'art. 1938 c.c. (Cass., Sez. I, 9 febbraio 2007, n. 2871). Detto principio è ritenuto dalla giurisprudenza principio di ordine pubblico, operante anche per le fideiussioni rilasciate a favore di soggetti diversi dalle banche o dalle società finanziarie (Cass., Sez. III, 14 marzo 2014, n. 5951) e financo –come deduce parte convenuta– per le garanzie personali atipiche (Cass., Sez. III, 26 gennaio 2010, n. 1520). L'obbligazione assunta dalla DEBITORE ALFA, per il suo tenore letterale, si presta ad essere qualificata in termini di impegno fideiussorio tipico e, pertanto, richiede a pena di nullità la predeterminazione dell'importo massimo garantito, che nel caso di specie fa difetto. La nullità della clausola n. 21 del contratto in oggetto appare evidente anche alla luce delle deduzioni della stessa parte attrice (ancorché tale garanzia si intenda come garanzia atipica), non tanto e non solo in quanto non individuata con precisione le obbligazioni alle quali la DEBITORE ALFA si sarebbe obbligata, ma soprattutto in quanto non contiene alcuna predeterminazione dell'importo massimo garantito.

1.3 - Quand'anche volesse sostenersi che l'obbligazione fideiussoria fosse valida ove indeterminata ma astrattamente determinabile -ove si sostenesse che l'obbligazione fideiussoria fosse valida anche solo ove determinabile come per la giurisprudenza precedente l'entrata in vigore dell'art. 10 l. 154/92 (il che, peraltro, appare contrario alla lettera dell'art. 1938 c.c. attualmente in vigore)- ciò non potrebbe essere in ogni caso non contenendo l'art. 21 citato i criteri per la predeterminazione dell'importo massimo garantito.

Non possono costituire criteri quelli indicati dall'attore (peraltro tardivamente) in memoria di replica, quali il fatto che nel contratto sia previsto che si sarebbe dovuto procedere al cambio di destinazione d'uso e al ripristino della destinazione d'uso industriale, il che avrebbe comportato anche il richiamo a "precisi adempimenti, nel rispetto di chiare normative, criteri ed attività (edilizie, di sicurezza, di impiantistica ecc.) e mercuriali". Una tale indicazione può determinare i contorni di una obbligazione di *facere* gravante sul conduttore, ma non può determinare né contenere i criteri per determinare la conseguente obbligazione pecuniaria necessaria per dare esecuzione a detta obbligazione; una obbligazione di *facere* non può essere tradotta in una corrispondente obbligazione pecuniaria succedanea (anzitutto a quanto avviene per il risarcimento in forma specifica ex art. 2058 c.c.) se non previa determinazione giudiziale in sede contenziosa, non anche previo esperimento di un giudizio di esecuzione degli obblighi di *facere* ex art. 612 c.p.c. *A fortiori* questa presunta predeterminazione dell'ammontare dell'obbligazione "pecuniaria" (che manca radicalmente per il conduttore) non vale neanche per la succedanea obbligazione di garanzia della DEBITORE ALFA. Ed è lo stesso attore, in memoria di replica, a dimostrare l'inconsistenza di tale argomento, laddove osserva che "non è necessario che il costo sia indicato in maniera specifica sin dall'inizio, sia perché le normative, i criteri costruttivi, i costi dei materiali e delle imprese di costruzione possono mutare nel corso del tempo", posto che "nessuno possiede il dono del vaticinio". Proprio perché i costi possono maturare imprevedibilmente nel corso del tempo (così come l'ammontare della stessa obbligazione del pagamento dei canoni di locazione e dell'indennità di occupazione può crescere indefinitamente) è necessario, quanto meno ai fini della determinazione preventiva dell'ammontare massimo dell'obbligazione del garante/fideiussore, che questi impegni siano predeterminati nel *quantum ex ante* ai fini della validità dell'obbligazione di garanzia assunta, cosa che manca nella clausola in esame.

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11*

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyrights © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Sentenza, Tribunale di Milano, dott. Filippo D'Aquino, 18 marzo 2015

Né può fondatamente sostenersi che questo impegno sia ricavabile da quello individuato per la determinazione dell'impegno assicurativo (art. 16) in € 500.000,00, non essendovi nell'art. 21 alcun richiamo a tale disposizione.

Non sussiste, pertanto, stante la nullità della clausola di cui all'art. 21 del contratto citato, neanche in termini di prospettazione, alcun credito dell'attore nei confronti della dante causa **DEBITORE ALFA**. Conseguentemente non vi è alcun interesse ad agire dell'attore nel presente giudizio. La domanda va, pertanto, rigettata nel merito, dichiarandosi assorbite le ulteriori questioni.

2 - Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo, considerandosi la causa di valore indeterminabile di media complessità.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando sulla domanda di **CREDITORE** nei confronti di **DEBITORE ALFA** e **DEBITORE BETA**, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

1 - rigetta la domanda;

2 - condanna altresì la parte **CREDITORE** a rimborsare alla parte **DEBITORE ALFA** e **DEBITORE BETA** in solido tra loro le spese di lite, che si liquidano in € 10.343,00 per compensi, oltre 15% rimborso spese generali, i.v.a., c.p.a. come per legge.

Milano, 20 marzo 2015

Il Giudice Unico
dott. Filippo D'Aquino

**Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*

EX PARTE CREDITORIS