

IL TRIBUNALE DI VARESE, SENTENZA 15 GIUGNO 2010 (ES. G. BUFFONE)

**Contratto a danno del terzo – Azione del contraente contro l'altro contraente per intervenuta resistenza (legittima) del terzo a danno del quale preordinata la stipula – Azione temeraria - Sussiste**

*Il contratto a danno del terzo sussiste anche quando i contraenti ricorrano all'uso di un legittimo tipo negoziale per un illegittimo fine privato (come accade, ad esempio, dove si simuli una cessione di azienda per superare la necessità del consenso del contraente ceduto nello schema della cessione del contratto). Ove l'illegittimità dello schema fraudolento sia stata accertata, e come tale riconosciuta dal giudice, il contraente del patto illecito non può far valere contro il proprio partner negoziale i danni che abbia subito in conseguenza della legittima reazione del terzo (a danno del quale il contratto era preordinato), posto che comune era l'intento fraudolento e che il fallimento dell'operazione negoziale non dipende da uno dei contraenti ma dalla tutela accordata al terzo. Ove, poi, uno dei partner del negozio agisca contro l'altro, dolendosi della intervenuta tutela del terzo, questi, avendo agito con evidente colpa grave se non dolo, deve essere condannato per responsabilità processuale aggravata a domanda del convenuto.*

IL CASO.it

**FATTO E DIRITTO<sup>1</sup>**

Va preliminarmente osservato quanto segue.

**1. CESSIONE D'AZIENDA**

Il G ed il rappresentante legale di MM, sottoscrissero il contratto per cui è lite, registrato in Luino il 6 ottobre 2003 e rubricato "cessione di azienda".

Con tale cessione, il G subentrava nella situazione giuridica soggettiva commerciale della società MM, in quanto cessionario dell'azienda oggetto della stipula.

Va rilevato – come si apprende dalla sentenza della Corte di Appello di Milano (doc. 5, sentenza n. 1019/2007) - che prima del rinnovo del contratto (1 luglio 2003), la F (contraente ceduto) aveva espressamente rifiutato di locare l'immobile all'imprenditore G, preferendo stipulare il nuovo contratto di locazione con MM s.r.l.

<sup>1</sup> All'odierno giudizio è applicabile l'art. 58, comma II, legge 18 giugno 2009 n. 69 e, per l'effetto, la stesura della sentenza segue l'art. 132 c.p.c. come modificato dall'art. 45, comma 17, della legge 69/09.

Da qui, invero, *l'escamotage* del G di ricorrere ad una "CESSIONE D'AZIENDA": e, infatti, mentre la cessione *strictu sensu* del contratto di locazione richiede il consenso del contraente ceduto<sup>2</sup>, il trasferimento dell'azienda può prescindere dallo stesso, applicandosi un regime giuridico differenziato (art. 36, comma I, Legge 392/1978 applicabile *ratione temporis*).

Si discorre di ESCAMOTAGE, perché con la sentenza n. 1019/2007, la Corte di Appello di Milano ha escluso che il contratto per cui è lite (rep. 186366, racc. 10935 del 24 settembre 2003, registrato il 6 ottobre 2003) sia qualificabile come "cessione di azienda".

La motivazione della Corte è senz'altro condivisibile, dovendosi ritenere del tutto infondate le argomentazioni giuridiche svolte dalla difesa della MM s.r.l.: per sua stessa ammissione (v. ricorso), l'unica ragione che indusse il G a ricercare il contratto di cessione era quella di potere usufruire di un locale nuovo e più grande per esercitare la stessa impresa in essere e, cioè, la "E..", avente ad oggetto attività commerciale ben diversa da quella posta in essere dalla MM (quest'ultima: vendita al minuto di generi non alimentari; la E, attività commerciale del tutto diversa: vendita di elettrodomestici).

In tema di trasferimento di azienda merita di essere ricordata la consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione (sent. 17.3.2009 n. 6452, rv. 607171; 10.3.2009 n. 5709, rv. 607745; 5.3.2008 n. 5932, rv. 602062) secondo la quale deve intendersi come cessione di azienda il trasferimento di un'entità economica organizzata in maniera stabile la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità e consenta l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di uno specifico obiettivo; al fine di un simile accertamento occorre la valutazione complessiva di una pluralità di elementi, tra loro in rapporto di interdipendenza in relazione al tipo di impresa, consistenti nell'eventuale trasferimento di elementi materiali o immateriali e del loro valore, nell'avvenuta riassunzione in fatto della maggior parte del personale da parte della nuova impresa, nell'eventuale trasferimento della clientela, nonché nel grado di analogia tra le attività esercitate prima o dopo la cessione. Vero è che l'ipotesi della cessione di azienda ricorre anche nel caso in cui il

<sup>2</sup> La cessione è, infatti, il negozio mediante il quale il titolare di un rapporto contrattuale a prestazioni corrispettive non ancora eseguite (CEDENTE) sostituisce a sé un terzo (CESSIONARIO) col consenso dell'altra parte (CEDUTO).

complesso degli elementi trasferiti non esaurisca i beni costituenti l'azienda o il ramo ceduti, tuttavia per la ricorrenza di detta cessione è indispensabile che i beni oggetto del trasferimento conservino un residuo di organizzazione che ne dimostri l'attitudine, sia pure con la successiva integrazione del cessionario, all'esercizio dell'impresa (sent. n. 27286 del 9/12/2005, rv. 586083; n. 23496 del 17/12/2004 (rv. 578713). Si deve, quindi, verificare che si tratti di un insieme organicamente finalizzato "ex ante" all'esercizio dell'attività di impresa (sent. n. 1913 del 30.1.2007, rv. 595833), di per sé idoneo a consentire l'inizio o la continuazione di quella determinata attività (vedi sent. n. 8678 del 9.8.81 rv. 473452; n. 11149 del 1996, rv. 501306; n. 8362 del 1992 rv. 478113). Si può quindi, affermare che, se non è necessaria la cessione di tutti gli elementi che normalmente costituiscono l'azienda, deve tuttavia appurarsi che nel complesso di quelli ceduti permanga un residuo di organizzazione che ne dimostri l'attitudine all'esercizio dell'impresa, sia pure mediante la successiva integrazione da parte del cessionario (Cass. civ., sezione Prima, sentenza 9 ottobre 2009, n. 21481).

Ad ogni modo, la decisione della Corte di Appello di Milano è stata confermata dalla Suprema Corte di Cassazione con sentenza n. 19773/2008 (Cass. civ., sez. III, sentenza 17 luglio 2008 n. 19773, Pres. Vittoria, rel. Scarano) e, dunque, il *decisum* è divenuto giudicato.

## 2. AZIONE DEL G

Chiarito che il contratto sottoscritto dalle parti non fu una cessione di azienda ma una (illecita) cessione di contratto, il G – su tale assunto – propone azione di risoluzione del contratto di cessione di azienda per grave inadempimento del venditore e per l'effetto chiede la restituzione del prezzo di Euro 100.000,00 oltre il risarcimento del danno.

L'azione è infondata e va respinta.

Va premesso che il contratto per cui è lite stabilisce un prezzo della cessione per Euro 45.000,00 ma l'attore sostiene si tratterebbe di un prezzo "simulato", essendo stati versati, in realtà, Euro 100.000,00. Per dimostrare l'assunto, la difesa invocava delle prove orali. Prove respinte, con ordinanza del 20 ottobre 2009 (qui confermata) in quanto la simulazione del prezzo in un atto solenne non può essere provata a mezzo di testimoni, per il divieto di cui all'art. 2722 c.c. (Cass. civ., Sezioni Unite, sentenza 26 marzo 2007, n. 7246).

Non vi sono altri elementi che univocamente confermino la tesi. Quanto al finanziamento per Euro 130.000,00, è sufficiente osservare che la linea di credito (doc. 1) fu concessa in data 25 settembre 2003 e, dunque, in un momento successivo al contratto per cui è lite il quale prevedeva che il prezzo fosse versato immediatamente alla stipula (art. 2). E', allora evidente che il sopra citato finanziamento – in quanto posteriore al pagamento del prezzo – non può essere ricollegato alla “cessione d’azienda”.

Ad ogni modo, non è affatto elemento unico e sufficiente per dimostrare una simulazione, se non altro tenuto conto del fatto che indubbiamente, per l’apertura della nuova attività, l’imprenditore avrebbe dovuto affrontare nuovi ingenti costi e, dunque, la linea di credito può rispondere a tutt’altra esigenza.

Precisato che il prezzo della cessione è di 45.000,00, la domanda di risoluzione non può trovare accoglimento.

All’art. 3, la parte venditrice si impegnava (come effettivamente fece) a comunicare l’avvenuto subingresso dell’acquirente nel ramo d’azienda (sul presupposto che si trattasse di una cessione d’azienda) ed all’art. 4 ad eseguire gli accordi quanto al locale ceduto.

L’errore giuridico in cui incorre l’attore è ritenere che la successiva caducazione del contratto sia imputabile solo ed esclusivamente al venditore.

Va, infatti, premesso quanto segue.

1) Il contratto fu sottoscritto da entrambe le parti, con ricorso al rogito notarile, e la volontà di stipulare una “cessione di azienda” fu comune: furono, dunque, entrambi i contraenti ad incorrere in un errore giuridico, in specie, una errata interpretazione delle norme di diritto (deve evidenziarsi l’assoluta parità delle parti nella stipula, non essendovi posizioni deboli o parti predisponenti il testo dell’accordo).

2) Il G era ben consapevole della *factio* che andava a sottoscrivere con la società MM: come si apprende dalla sentenza della Corte di Appello di Milano (doc. 5, sentenza n. 1019/2007) prima del rinnovo del contratto (come si è già osservato), la F (locatrice) aveva espressamente rifiutato di locare l’immobile all’imprenditore G, preferendo stipulare il nuovo contratto di locazione con MM s.r.l. E, allora, è del tutto evidente che il G, mediante la cessione, mirava ad ottenere per altra via ciò che non era riuscito ad ottenere mediante trattativa negoziale con la F.

3) La inefficacia del contratto di “cessione di azienda” sottoscritto dalle parti, deriva da disposizioni di legge “ed è da ritenersi nota, per

*presunzione assoluta, alla generalità dei soggetti sottoposti all'ordinamento giuridico*", nel senso che non può imputarsi se non al contraente la responsabilità per il vizio causato dalla violazione di Legge che questi era tenuto a conoscere. Si tratta dell'indirizzo di Cassazione (cfr. Cass. Sez. Un. 11 febbraio 82, n. 835) che pur formatosi in calce alla responsabilità pre-contrattuale ha valenza generale.

4) Sotto altro aspetto, l'azione di risoluzione per inadempimento della controparte, nel caso di specie, non è ontologicamente configurabile. La ragione pratica presa di mira dalla cessione di azienda non fu realizzata non per un comportamento del partner negoziale bensì per la legittima reazione del terzo (la F) che impugnò la suddetta cessione dinnanzi all'Autorità giudiziaria. Non è, allora configurabile, in senso tecnico-giuridico, un "inadempimento" della MM s.r.l. in quanto anche questa non realizzò il comune scopo preso di mira.

5) Sotto ulteriore profilo, alla luce degli elementi in fatto sin qui valorizzati, questo giudice reputa che le parti sottoscrissero un "contratto a danno del terzo", connotato dalla preordinazione dell'effetto lesivo nei confronti del terzo. L'intenzione dei contraenti era, infatti, quella precipua di aggirare il rifiuto della F di stipulare con il G: da qui il tentativo di forzare le maglie dell'art. 36 L. 398/72, utilizzando un legittimo tipo negoziale per un illegittimo fine privato. La figura del contratto a danno del terzo (su cui, da ultimo Cass. civ., sez. III, 20 marzo 2008, n.7485), tipizzata da data risalente, non trova una precipua regolamentazione giuridica ma è certo che, con il medesimo, i contraenti realizzano un abuso della situazione giuridica soggettiva e, dunque, un illecito. L'intento di frode al terzo, ove – come nel caso di specie – comune ai contraenti, rende sicuramente inammissibile una azione risarcitoria "interna", per mancata realizzazione dell'evento finale (la frode al terzo), trattandosi di interesse non meritevole di tutela.

Tale argomento, in uno con il rigetto dell'azione di risoluzione, conduce al rigetto anche dell'azione risarcitoria.

#### **4. AZIONE RICONVENZIONALE DELLA CONVENUTA**

La convenuta, in via riconvenzionale, ha richiesto la refusione delle spese di lite sostenute nei giudizi con la F, almeno per la metà ed una manleva da eventuali azioni della stessa F. L'azione è di difficile collocazione giuridica, anche per l'assoluta carenza di argomenti

giuridici che ne tipizzano natura, contenuto e connotazioni (v. pag. 10 della comparsa).

Essa, comunque, per assoluta carenza di prova sul punto va rigettata.

### 5. LITE TEMERARIA

La convenuta ha chiesto la condanna dell'attrice per responsabilità processuale aggravata. Va premesso che, nel caso di specie, deve farsi applicazione della disciplina vigente prima della Legge 69/2009 e, dunque, dell'art. 96, comma I, c.p.c., come invocato dalla parte convenuta, risultata vittoriosa nel merito rispetto all'azione dell'attore.

Orbene, l'opinione tradizionale circa la disciplina della responsabilità processuale aggravata, ha sostenuto, per diverso tempo, che essa costituisca una *species* del *genus* responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.<sup>3</sup>. In tal senso, si è sostenuto che: a) il danno andrebbe identificato con la perdita subita ed il mancato guadagno di cui all'art. 1223 c.c., per il tramite dell'art. 2056 c.c.<sup>4</sup>; b) l'onere della prova andrebbe ripartito secondo la regola generale di cui all'articolo 2697 c.c.<sup>5</sup> Alla luce di tale impostazione di recente ribadita anche dalla Corte costituzionale<sup>6</sup> - chi volesse ottenere il risarcimento dei danni cagionati dalla responsabilità processuale aggravata per mala fede o colpa grave della controparte soccombente, dovrebbe fornire la prova sia dello stato soggettivo dell'autore dell'illecito, sia dell'*an* che del

<sup>3</sup> In altri termini, la responsabilità in parola viene in essere quando il comportamento del soggetto, che agisce o resiste in giudizio, assume modalità illecite, ossia modalità che si sostanziano in abuso del diritto ad agire o resistere in giudizio. In particolare, i presupposti perché si dia luogo a responsabilità aggravata ex art. 96 comma 1 c.p.c. sono: a) la soccombenza dell'agente o del resistente; b) la produzione di un danno nei confronti della controparte che derivi casualmente e direttamente dalla condotta illecita dell'agente o del resistente; c) un comportamento caratterizzato, dal punto di vista soggettivo, da malafede o, comunque, da colpa grave.

<sup>4</sup> Tradizionalmente, i danni provocati dalla lite temeraria - entro un ventaglio conseguentemente angusto - erano così esemplificati: «Ai costi che il processo può comportare in termini di tempo dedicato all'apprestamento della difesa e che non si traducono in una spesa, si aggiungono le conseguenze pregiudizievoli che possono derivare, sul piano patrimoniale, dalla condizione di incertezza dei rapporti giuridici coinvolti dal processo o dall'incidenza che un tipo di causa può avere sull'apprezzamento della rispettabilità morale, professionale, commerciale della parte» (Così Cass. 16 gennaio 1989, n. 163).

<sup>5</sup> Cass. 15 febbraio 2007, n. 3388; Cass. 4 novembre 2005, n. 21393

<sup>6</sup> In tal senso, C. cost. 23 dicembre 2008, n. 435, in Giust. civ., 2009, n. 3, 551, la quale - nel ritenere manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 96 comma 1 c.p.c. nella parte in cui richiede un'istanza di parte - ha sottolineato che tale previsione si colloca nell'alveo della responsabilità civile, con i conseguenti profili risarcitori e problematiche in ordine all'onere della prova del richiedente.

*quantum debeatur*<sup>7</sup>. Quanto all'elemento soggettivo, come afferma la più recente Dottrina, la malafede processuale consiste nella consapevolezza dell'infondatezza della domanda o dell'eccezione proposta, oppure nella consapevolezza di agire slealmente abusando del proprio diritto o, ancora, nella consapevolezza di utilizzare lo strumento processuale per scopi estranei ai suoi fini istituzionali. La colpa grave, invece, sussiste quando la parte omette di osservare la benché minima diligenza nella verifica dei necessari presupposti per la proposizione della domanda giudiziale ovvero per la difesa in giudizio. Diligenza che consente di avvedersi dell'infondatezza della propria pretesa e di prevedere le conseguenze dei propri atti (v. Cass. 20 luglio 2004, n. 13455, in Guida dir., 2004, 43, 49; Cass. 23 marzo 2004, n. 5734, in Guida dir., 2004, 18, 67; Cass. 17 ottobre 2003, n. 15551, in Giur. it., 2004, 1598).

I principi sin qui esposti sono stati, però, di recente mitigati proprio dalla Suprema Corte di Cassazione che - nella configurazione del danno da lite temeraria - ha ammesso per la quantificazione del pregiudizio - il ricorso a nozioni di comune esperienza<sup>8</sup>, con un indirizzo accolto, di recente, dalle Sezioni Unite<sup>9</sup>, anche se parte della giurisprudenza successiva ha ribadito, comunque, l'orientamento più restrittivo.

Reputa questo giudice che l'indirizzo più recente della Cassazione vada recepito. Come questo Tribunale ha già affermato, l'istituto della responsabilità processuale aggravata concorre a tutelare l'interesse pubblico ad una Giustizia sana e funzionale, scoraggiando il contenzioso fine a sé stesso che, aggravando il ruolo del magistrato e concorrendo a rallentare i tempi di definizione dei processi, crea nocumento alle altre cause in trattazione mosse da ragioni serie e,

<sup>7</sup> In tal senso, *ex plurimis*: v. Cons. Stato, 25 febbraio 2003 n. 1026; Cass. 9 settembre 2004, n. 18169

<sup>8</sup> Cass. 5 maggio 2003, n. 6796

<sup>9</sup> Il riferimento è a Corte di Cassazione Sezioni Unite Civili, ordinanza n. 3057 del 09 febbraio 2009 che recita "Costituisce causa di responsabilità processuale aggravata, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 96 c.p.c., la proposizione di regolamento di giurisdizione senza il riscontro preventivo (nell'esercizio di un minimo di elementare diligenza) dell'erroneità della propria tesi alla stregua della disciplina positiva e della giurisprudenza, costituendo tale difetto di diligenza un elemento rilevatore di un uso distorto del regolamento ai fini meramente dilatori, oltre che, secondo nozioni di comune esperienza, di conseguenze pregiudizievoli per le controparti. Ai fini della quantificazione del danno la Corte può fare riferimento a nozioni di comune esperienza, tra cui il pregiudizio che la controparte subisce per il solo fatto di essere stata costretta a contrastare un'ingiustificata iniziativa dell'avversario, non compensata, sul piano strettamente economico, dal rimborso delle spese e degli onorari del procedimento stesso, liquidabili secondo tariffe che non concernono il rapporto tra parte e cliente.

spesso, necessità impellenti o urgenze nonché agli interessi pubblici primari dello Stato che, in conseguenza dei ritardi, è sottoposto alle sanzioni previste dalla legge 89/2001, giusta l'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>10</sup>.

Orbene, applicando i principi di diritto sin qui illustrati, la domanda ex art. 96, comma I, c.p.c. deve essere accolta. Come è dimostrato e come già la Corte di Appello di Milano aveva segnalato, il G aveva la precisa intenzione ed il preciso fine di avere in locazione il bene condotto dalla F, non esitando – per raggiungere il suddetto fine – a stipulare un contratto a danno del terzo (la cd. cessione di azienda, creata ad hoc solo per superare il consenso del locatore).

Era, dunque, perfettamente a conoscenza dell'utilizzo abusivo di un tipo negoziale per un fine diverso da quello previsto dalla Legge: tale consapevolezza conferma la sussistenza di una colpa grave nell'odierna azione, posto che in quanto Autore e partecipe del progetto di cui al contratto per cui è lite, era ben a conoscenza delle forti reazioni (legittime) che sarebbero state avanzate dalla F. Quanto basta a ritenere del tutto obliterata la diligenza che consente di avvedersi dell'infondatezza della propria pretesa e di prevedere le conseguenze dei propri atti.

Quanto al danno subito dalla convenuta, il giudice può fare riferimento a nozioni di comune esperienza, tra cui il pregiudizio che la controparte subisce per il solo fatto di essere stata costretta a contrastare un'ingiustificata iniziativa dell'avversario, non compensata, sul piano strettamente economico, dal rimborso delle spese e degli onorari del procedimento stesso, liquidabili secondo tariffe che non concernono il rapporto tra parte e cliente (Corte di Cassazione Sezioni Unite Civili, ordinanza n. 3057 del 09 febbraio 2009).

Valutata la durata del giudizio e la natura della lite, pare equo stimare il danno in Euro 5.000,00 da porre a carico della parte attrice ed in favore della convenuta, ai sensi dell'art. 96, comma I, c.p.c.

### 3. SPESE DI LITE

Le spese vanno poste a carico della parte soccombente.

Quanto all'ammontare della liquidazione, va ricordato quanto affermato dalle Sezioni Unite dell'11 settembre 2007 n. 19014: le spese di lite vanno liquidate giusta la natura ed il valore della

<sup>10</sup> Su tali punti, si v. *Relazione al Parlamento sull'Amministrazione della giustizia*, 2010

controversia, l'importanza ed il numero delle questioni trattate, nonché la fase di chiusura del processo. Il principio di adeguatezza e proporzionalità impone, peraltro, una costante ed effettiva relazione tra la materia del dibattito processuale e l'entità degli onorari per l'attività professionale svolta. Il decisum prevale quindi, di regola, sul disputatum (Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza 11 settembre 2007, n. 19014) salvo il caso in cui vi sia rigetto integrale della domanda attorea (come nel caso di specie) ove consegue che il valore della controversia è quello corrispondente alla somma domandata dall'attore (Cass. civ., Sez. I, 11 marzo 2006, n. 5381; nel caso di specie: euro 1.189,00). Tenendo conto del giudizio, atteso il valore della causa e, per tali indici, applicati i barèmes tariffari, le spese del giudizio vanno liquidate come da dispositivo, in parziale riduzione della nota spese, tenendo conto del rigetto della domanda riconvenzionale (ed apparendo il calcolo degli onorari fuori asse rispetto ai criteri di calcolo). Vanno aggiunte le spese forfetarie, giusta l'art. 14 DM 8.4.2004 n. 127, nonché il rimborso dell'Iva e del Cpa giusta l'art. 11 legge 20 settembre 1980, n. 576

II CASO.it

P.Q.M.

IL TRIBUNALE DI VARESE,,

in composizione monocratica, in persona del giudice dott.  
Giuseppe Buffone, definitivamente pronunciando nel giudizio civile  
iscritto al n. ... dell'anno 2008, disattesa ogni ulteriore istanza,  
eccezione e difesa, così provvede:

■ □ ■

**RIGETTA** le domande della parte attrice

**RIGETTA** le domande riconvenzionali della convenuta

**CONDANNA**, ai sensi dell'art. 96, comma I, c.p.c., la parte attrice al risarcimento del danno in favore della parte convenuta, per responsabilità processuale aggravata, liquidato in Euro 5.000,00 oltre interessi legali dalla sentenza e sino al soddisfo;

**CONDANNA** la parte attrice alla refusione delle spese di lite in favore di parte convenuta, liquidate come segue: €. 607,70 per spese, €.

2.484,00 per diritti, € 2.800,00 per onorari oltre per rimborso forfetario come da tariffa, CPA ed IVA come per Legge.

**MANDA** alla cancelleria per i provvedimenti di competenza

**SENTENZA IMMEDIATAMENTE ESECUTIVA COME PER LEGGE**

III CASO.it