

Comitato scientifico:

Simone ALECCI (Magistrato) - Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro BOVE (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Tiziana CARADONIO (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella DELIA (Magistrato) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Paolo DI MARZIO (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Roberto MARTINO (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO (Presidente di sezione, Suprema Corte di Cassazione) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella STILO (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio URICCHIO (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio VALITUTTI (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Improcedibilità della domanda riconvenzionale: fatti e rapporti giuridici possono essere considerati come eccezione?

Posto che si ha eccezione riconvenzionale, quando la deduzione resta contenuta nell'ambito dell'attività strettamente difensiva, lasciando immutato il petitum formulato dall'attore; si ha, invece, domanda riconvenzionale quando il convenuto chiede un provvedimento positivo, autonomamente attributivo di una determinata utilità, cioè tale che vada oltre il mero rigetto della domanda avversaria, ampliando, così, la sfera dei poteri decisorii come sopra determinati, va affermato quanto segue. Nel caso di improcedibilità della domanda riconvenzionale (nella specie per mancato esperimento della mediazione obbligatoria, posto che l'onere del preventivo esperimento del relativo tentativo sussiste anche nei confronti del convenuto che proponga una riconvenzionale) non è impedito al Giudice di considerare i fatti (o i rapporti giuridici) dedotti a suo fondamento nella più limitata ottica dell'eccezione, al limitato effetto di impedire l'accoglimento della domanda avversaria.

NDR: Sulla nozione di eccezione riconvenzionale e domanda riconvenzionale si veda Cass. Sez. I, n. 20178 del 24/09/2010 e Cass. Sez. L, n. 16339 del 04/08/2015; in senso conforme all'utilizzazione, come eccezione, dei fatti e rapporti giuridici dedotti con domanda riconvenzionale improcedibile si veda: Cass. Sez. III, n. 4233 del 16/03/2012; Cass. Sez. III, n. 14852 del 13/06/2013; Cass. Sez. II, n. 24567 del 31/10/2013; Cass. Sez. III n. 21472 del 25/10/2016.

Tribunale di Roma, sentenza del 15.1.2018

...omissis...

Con atto di citazione notificato in data 09.05.2017, la parte ricorrente in epigrafe intimava, alla *dddd* sfratto per morosità *dddd* ed esponeva al Tribunale: di essere proprietari del predetto immobile concesso in locazione ad uso abitazione alla *dddd* con contratto stipulato in data 20.11.2012, debitamente registrato; che la conduttrice intimata si era resa morosa del pagamento dei mesi da dal settembre 2016 all'aprile 2017, per una somma complessiva di € 5.000,00. Per tali ragioni gli intimanti chiedevano la convalida dello sfratto e, in caso di opposizione, l'emissione di ordinanza di rilascio e di decreto ingiuntivo, col favore delle spese di giudizio; nel merito, la risoluzione del contratto di locazione per inadempimento della conduttrice e la condanna al rilascio dell'immobile.

Si costituiva *dddd* proprio e nella qualità di genitore esercente la potestà sul minore *ddd* opponendosi alla convalida, per la sussistenza tra le parti di una situazione riconducibile alla fattispecie del contratto di comodato. In particolare, la terza intervenuta deduceva di aver avuto una relazione sentimentale con *oddis* da cui nasceva il figlio *omissis* e che, sul finire del 2012, il *ddd*, le proponeva di andare a vivere "gratuitamente" presso l'immobile de quo, pur pretendendo la sottoscrizione di un contratto di locazione con la *omissis*, solo temporaneamente presente *ddd*. In sostanza, deduceva la sussistenza di un contratto di comodato gratuito tra la medesima e gli intimanti, nonché di diritto di abitazione del minore *dd*; in ogni caso, dichiarare la nullità della notifica dell'atto di intimazione di sfratto in quanto effettuata in luogo non idoneo per portarla a conoscenza della intimata, domiciliata in Perù.

L'intimata *ddd* rimaneva contumace.

Con ordinanza del 26.06.2017, veniva rigettata la richiesta di ordinanza di rilascio e disposto il mutamento del rito, mandando per la notifica dell'ordinanza e della comparsa di costituzione alla intimata non comparsa, ritualmente effettuata.

Veniva esperito il procedimento di mediazione con esito negativo, come da verbale del 24.10.2017, in atti.

Parte ricorrente depositava memorie integrative in cui chiedeva la risoluzione per inadempimento del contratto di locazione stipulato il 20.11.2012, con condanna al rilascio dell'immobile e al pagamento, a carico della *dddis*, dell'importo di € 5.000,00 per canoni scaduti, oltre quelli a scadere; con condanna, altresì, della *omissis* per responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c..

Parte intervenuta concludeva in sede di memorie integrative per la dichiarazione della simulazione del contratto di locazione tra gli intimanti e la *dddis* e della sussistenza di un contratto di comodato gratuito tra gli stessi intimanti e la *dds*, nonché di un diritto di abitazione del minore *omissis* nell'immobile di che trattasi.

La causa veniva decisa all'udienza del 15.01.2018 e il Giudice dava lettura in udienza del dispositivo e della contestuale motivazione.

Preliminarmente, si rileva la piena validità della notificazione dell'intimazione di sfratto e contestuale citazione per la convalida alla conduttrice, avvenuta presso l'immobile locato, dal momento che "Ove il conduttore, in occasione della stipula del contratto di locazione, abbia indicato per le notifiche degli atti il proprio domicilio, la notificazione dell'atto di intimazione di licenza o di sfratto può essere legittimamente eseguita a norma dell'art. 137 presso tale domicilio, senza che abbia incidenza il divieto posto dall'art. 660 c.p.c., il quale si riferisce esclusivamente al domicilio eletto" (v. Cass. n. 5103/1981). Nel caso di specie, poi, la notificazione avveniva a mani di persona abilitata alla ricezione, con contestuale avviso ex art. 660 c.p.c..

Peraltro, non è stata fornita alcuna prova del fatto che il domicilio indicato dall'intimata non fosse più tale e va notato che anche parte intervenuta provvedeva alla notificazione della propria comparsa di costituzione alla conduttrice presso l'immobile locato.

Riguardo all'intervento *d* si sottolinea che l'elaborazione più cospicua di dottrina e giurisprudenza in tema di ammissibilità dell'intervento del terzo nel procedimento per convalida si è avuta sulla figura dell'intervento principale o ad *excludendum*, con il quale un terzo afferma un diritto dipendente dal titolo dedotto o relativo all'oggetto introdotto, ma incompatibile o in conflitto con quello affermato dalle parti presenti in causa, come nel caso di che trattasi, in cui la *omissis* ha contestato un rapporto di comodato in contrasto con quello di locazione fatto valere dai ricorrenti e di cui al contratto sottoscritto con la *d*

Dunque, va riconosciuto alla terza un potere autonomo di opposizione avverso le ragioni addotte dagli intimanti, equiparando la sua opposizione (sul piano degli effetti conseguenti) a quella dell'intimata non comparsa.

Va detto che i fatti dedotti dalla *ddd*, in quanto fondati su titoli negoziali differenti rispetto a quelli posti dai ricorrenti a fondamento delle proprie domande, dovrebbero qualificarsi domande riconvenzionali, allo stato, improcedibili in difetto di espletamento della procedura di mediazione.

Infatti, l'onere del preventivo esperimento del tentativo di mediazione sussiste anche nei confronti del convenuto che proponga una riconvenzionale (v. Cass. sent. n. 830/2006).

In proposito, si rileva che, si ha eccezione riconvenzionale, quando la deduzione resta contenuta nell'ambito dell'attività strettamente difensiva, lasciando immutato il *petitum* formulato dall'attore; si ha, invece, domanda riconvenzionale quando il convenuto chiede un provvedimento positivo, autonomamente attributivo di una determinata utilità, cioè tale che vada oltre il mero rigetto della domanda avversaria, ampliando, così, la sfera dei poteri decisori come sopra determinati (v. Cass. Sez. I, n. 20178 del 24/09/2010; Cass. Sez. L, n. 16339 del 04/08/2015). Da ciò consegue che nel caso di inammissibilità della domanda riconvenzionale non è impedito al Giudice di considerare i fatti (o i rapporti giuridici) dedotti a suo fondamento nella più limitata ottica dell'eccezione, al limitato effetto di impedire l'accoglimento della domanda avversaria (v. Cass. Sez. III, n. 4233 del 16/03/2012; Cass. Sez. III, n. 14852 del 13/06/2013; Cass. Sez. II, n. 24567 del 31/10/2013; Cass. Sez. III n. 21472 del 25/10/2016).

Dunque, attesa la improcedibilità della domanda riconvenzionale, i fatti addotti dalla *omissis* andranno considerati come eccezioni ed andrà valutata la loro rilevanza ai fini dell'accoglimento delle domande proposte dai *omissis*.

Va confermata la natura locatizia del rapporto originario che investe anche la terza intervenuta, facente parte del nucleo familiare della intimata ed effettiva detentrica, in difetto di valida prova di un diversa figura contrattuale da ritenere applicabile.

La terza intervenuta sostiene la simulazione del contratto di locazione dissimulante un rapporto di comodato tra le parti.

Un negozio giuridico si considera simulato quando le parti lo hanno posto in essere in modo apparente, con l'accordo che lo stesso non produca effetto tra le parti. Di solito le parti che pongono in essere la simulazione si premuniscono: contestualmente alla conclusione dell'atto simulato, formano la c.d. controdichiarazione, nella quale dichiarano per iscritto la reale portata del contratto apparente o nel senso che del medesimo non si vuole veramente la produzione di effetto alcuno (simulazione assoluta) o nel senso che si intendono prodotti effetti propri di un diverso accordo (simulazione relativa).

Nel caso di specie, non veniva redatta (e prodotta) alcuna controdichiarazione e la terza intervenuta chiedeva solo l'ammissione di interrogatorio formale, ritenuto inammissibile e, comunque, irrilevante, per le motivazioni di cui all'ordinanza del 29.11.2017, che qui si reiterano e per cui il provvedimento non va revocato.

La documentazione in atti (v. copia contratto di locazione, nonché ricevute di pagamento - doc. 1, 2 e 3 del fascicolo di parte ricorrente), inoltre, contrasta con quanto sostenuto dalla terza resistente.

L'elemento fondamentale per distinguere la locazione dal comodato, al di là dell'identificazione del tipo di rapporto contrattuale che risulti dal contratto, infatti, è la previsione, a carico di chi ha il godimento materiale dell'immobile, di un pagamento che possa assumere i tratti di un vero e proprio corrispettivo (v. Cass. 2 marzo 2001, n. 3021; Cass. 15 gennaio 2003, n. 485): all'articolo 2 del contratto stipulato con la *omissis* veniva convenuto un canone di € 6.000.00 annuali, da corrispondersi in rate uguali mensili di € 500,00 entro il giorno 5 di ogni mese; i canoni di cui alle ricevute in atti, poi, venivano versati dalla *omissis*. Dette ricevute confermano la corrispondenza tra la realtà effettiva ed il contenuto del contratto o, quantomeno, escludono la volontà delle parti di porre in essere un comodato d'uso gratuito in favore della odierna terza resistente in luogo di un contratto di locazione. Risulta, inoltre, incomprensibile quale sarebbe stato il vantaggio per i *omissis* di dissimulare un contratto di comodato d'uso gratuito e simularne uno di locazione che comporta degli oneri fiscali a carico della proprietà. Per di più, il contratto di locazione fatto valere, veniva stipulato nel rispetto della normativa in materia, con l'assistenza delle Organizzazioni di categoria, proprietari ed inquilini, nonché regolarmente registrato.

Di nessun rilievo la documentazione relativa a procedimenti innanzi il Tribunale per i Minorenni di Roma ed altra Sezione dell'Intestato Tribunale (doc. 3 e 5 del fascicolo della terza intervenuta), in cui non si rinviene alcun riferimento alla concessione gratuita dell'immobile da parte dddd ad altro diritto di godimento sull'immobile de quo, quali, nel caso, l'assegnazione, peraltro, inopponibile agli altri comproprietari.

Va esclusa, in definitiva, la pretesa simulazione dei rapporti tra le parti, oltre che qualsivoglia non ben individuato, oltre che non provato, preteso diritto di "abitazione" del minore, *omissis*. A tale ultimo riguardo, si evidenzia che il diritto di 'abitazione ha natura reale e quindi può essere costituito mediante testamento, usucapione o contratto, per il quale è richiesta ad substantiam la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata di cui all'art. 1350 n. 4 c.c. (cfr. Cass. n. 4562/1990). Il codice civile prevede, all'art. 540, un'unica ipotesi di costituzione legale del diritto di abitazione precisando che al coniuge del defunto, anche quando concorra con altri chiamati, sono riservati i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano.

Affermata la natura locatizia del rapporto contrattuale, la domanda di risoluzione per inadempimento va accolta visto che i ricorrenti hanno assolto agli oneri di prova che gli incombevano ex art. 2697 c.c., producendo in giudizio il contratto stipulato. Infatti, "in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, 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" (v. Cass. n. 15659/2011; Cass. n. 3373/2010; Cass. n. 9351/2007; Cass. n. 1743/2007; Cass. n. 2007/2004).

Né la conduttrice, rimasta contumace, né la terza detentrica, hanno dato prova di fatti estintivi della pretesa dei ricorrenti. Il mancato pagamento della morosità dal settembre 2016, comporta la pronuncia di risoluzione contrattuale per fatto e colpa della intimata. Il principale obbligo scaturente dalla conclusione di un contratto di locazione per il conduttore, infatti, consiste nel pagamento del corrispettivo pattuito per il godimento della cosa locata. L'inadempimento di tale obbligo costituisce causa di risoluzione del contratto ed il locatore può agire in giudizio per sentir dichiarare lo scioglimento del vincolo contrattuale, con conseguente condanna al rilascio dell'immobile.

Con un'importante differenza a seconda che la locazione riguardi un immobile ad uso abitativo o ad uso diverso (locazione ad uso commerciale): nel primo caso trova applicazione l'art. 5 della L. n. 392 del 1978 che determina ex lege quale motivi di risoluzione il mancato pagamento del canone di locazione decorsi venti giorni dalla sua

scadenza o il mancato pagamento degli oneri accessori, quando l'importo non pagato superi quello di due mensilità del canone.

In materia di locazione ad uso abitativo, dunque, nel caso in cui il conduttore abbia omesso di pagare una o più mensilità del canone locativo (ovvero oneri accessori per un importo superiore a due mensilità di canone), la valutazione della gravità e dell'importanza dell'inadempimento ex art. 1455 c.c., non è rimessa all'apprezzamento discrezionale del Giudice, ma è predeterminata legalmente ex artt. 5 e 55 della L. del 27 luglio 1978 n. 392 (v. Cassazione del 21.6.2017 n. 15348).

La L. del 27 luglio 1978, n. 392 contiene due articoli (5 e 55) che incidono sull'applicabilità dell'art. 1455 c.c.; in realtà gli artt. 5 e 55, più che determinare l'inapplicabilità dell'art. 1455 c.c., offrono un criterio (predisposto dal legislatore) relativo alla valutazione della gravità dell'inadempimento.

Difatti, in base all'art. 5 il mancato pagamento di una o rate del canone determina l'inadempimento del conduttore. Questa valutazione legislativa (relativa alla gravità dell'inadempimento ex art. 5) potrebbe subire delle modifiche se il conduttore richiedesse il termine di grazia per il pagamento ex art. 55: è prevista la sanatoria, cioè è possibile far degradare l'inadempimento da grave a non grave se il conduttore paga in udienza (sanando la morosità).

Circa l'obbligazione del solvere praetium locationis, la valutazione della gravità e della importanza dell'inadempimento del conduttore in relazione all'interesse del locatore insoddisfatto è ancorata dal legislatore ad un parametro (quantitativo e temporale) predefinito, che esclude ogni discrezionale considerazione ad opera del Giudice, tenuto unicamente a verificare il presupposto dell'inadempimento.

In ogni caso, l'omesso versamento del canone locativo alle scadenze pattuite in contratto integra, laddove non giustificato da qualsivoglia motivo, giuridicamente apprezzabile, un fatto idoneo ad alterare l'intera economia del contratto, ovvero sia l'equilibrio tra prestazione (del locatore) e controprestazione (del conduttore) costituente espressione del sinallagma contrattuale ("l'omesso pagamento dei canoni alle scadenze, costituendo la violazione di una delle obbligazioni primarie ed essenziali scaturenti dal contratto di locazione, rende inutile una valutazione specifica della gravità dell'inadempimento, ai fini della risoluzione del contratto" (v. Cass. n. 959/1980).

Ancora, "l'omesso pagamento dei canoni di locazione alle scadenze costituisce violazione di una delle obbligazioni primarie ed essenziali scaturenti dal contratto di locazione, incidente su tutta l'economia del contratto stesso. Pertanto, ai fini della risoluzione, non è necessaria in tale ipotesi alcuna valutazione specifica della gravità dell'inadempimento, essendo essa implicita nella circostanza stessa del mancato pagamento" (v. Cass. n. 4096/1978).

Nel caso di che trattasi, non vi è dubbio che al momento dell'intimazione la conduttrice era morosa di più di una mensilità di canone.

Dovendo, poi, il Giudice esaminare, ai fini della gravità dell'inadempimento, giustificativa della risoluzione del contratto, il comportamento globalmente tenuto dalla resistente, va, altresì, considerato il mancato versamento dei canoni di locazione successivi all'intimazione di sfratto, talché "... la circostanza che l'inadempimento del conduttore, non grave al momento della domanda di risoluzione proposta dal locatore, si aggravi in corso di causa, è rilevante ai fini dell'accoglimento della stessa" (Cass. civ. Sez. III, 20/04/2015, n. 8002 e Cass. civ. Sez. III, 26/10/2012, n. 18500).

Da ultimo si evidenzia che, il locatore può chiedere la risoluzione del contratto e la condanna al rilascio del bene nei confronti del conduttore anche nel caso in cui al momento della proposizione della domanda detto bene è detenuto da un terzo, perché la sentenza di condanna al rilascio ha effetto anche nei confronti del terzo, se il titolo in base al quale costui occupa l'immobile presuppone quello del conduttore, ovvero, nell'ipotesi di trasferimento a titolo particolare della cosa locata, ai sensi dell'art. 1599 c.c., se il titolo, pur proveniente dal proprietario alienante originario locatore, non risulti opponibile all'acquirente perché privo di data certa anteriore all'alienazione della

"res locata". (v. Cass. Sez. III n. 12895/2012; Cass. n. 9024/2005; Cass. n. 15083/2000).

Alla risoluzione del contratto de quo per inadempimento della conduttrice, segue la condanna della *omissis*, così come richiesto da parte ricorrente, al pagamento dei canoni di locazione intimati, pari a € 5.000.00, oltre quelli a scadere fino al rilascio ed interessi legali dalle scadenze al saldo.

Con la pronuncia della risoluzione del contratto di locazione, poi, va ordinato il rilascio dell'immobile per cui è causa e, considerati i rapporti di affinità e/o parentela tra le parti e la presenza del minore, fissato al 15.04.2018, il termine per l'esecuzione, ex art. 56 L. n. 392 del 1978.

Riguardo, infine, alla richiesta di parte ricorrente di condanna della terza resistente al maggior danno per lite temeraria ex art. 96 c.p.c., va detto che la condanna per responsabilità aggravata per colpa grave o dolo presuppone la prova dell'altrui malafede o colpa grave nell'agire o resistere in giudizio, oltre che la prova del danno subito a causa della pretesa condotta temeraria della controparte. Pertanto, è necessario dimostrare l'esistenza sia dell'elemento soggettivo consistente nella consapevolezza o nell'ignoranza colpevole dell'infondatezza della propria tesi, sia di quello oggettivo, ovvero il pregiudizio subito a causa della condotta temeraria della parte soccombente.

Nel caso che ci occupa, non sono stati forniti elementi probatori per provare nessuno dei due succitati elementi, con conseguente rigetto della domanda.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate ai sensi del DM Giustizia n. 55/2014.

La *omissis* va, poi, condannata al versamento, all'entrata del bilancio dello Stato, della somma di € 76,00, pari al contributo unificato della presente procedura, dal momento "ai sensi dell'art. 8, comma 5, del D.Lgs. n. 28 del 2010, nel testo modificato dall'articolo 2, comma 35-sexies del D.L. 13 agosto 2011, n. 138, va pronunciata condanna al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio nei confronti della parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5 del medesimo decreto legislativo, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo" (Trib. Termini Imprese, 09.05.12; Trib. Roma Sez. XIII 10.07.2014).

pqm

Il Tribunale, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta s così provvede: accoglie la domanda e dichiara il contratto di locazione ossrisolto per inadempimento della conduttrice;

ordina alla conduttrice il rilascio dell'immobile, libero da persone e cose, in favore dei ricorrenti e letto l'art. 56 L. n. 392 del 1978 fissa per l'esecuzione la ss condanna sssl pagamento dei canoni di locazione intimati, pari a € 5.000.00, oltre quelli a scadere fino al rilascio ed interessi legali dalle scadenze al saldo; respinge le domande svolte ssss respinge la domanda proposta dalla parte ricorrente di condanna per lite temeraria; condanna le resistenti al rimborso in favore dei ricorrenti delle spese di lite che liquida in € 1.350,00, di cui € 150,00 per esborsi, oltre accessori di legge e rimborso forfettario; respinge la domanda proposta dalla parte ricorrente di condanna per lite temeraria; condanna *omissis* al pagamento di € 76,00 in favore dell'entrata del bilancio dello Stato.