



TRIBUNALE DI NOLA
II Sezione Civile

Il Giudice designato, dott. *Fabio Maffei*, sciogliendo la riserva formulata all'udienza del 23.12.2010, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel procedimento iscritto al n. **6107-1/2010** R.G.A.C., avente ad oggetto: "*richiesta di sequestro giudiziario ex artt. 670 e 669 quater c.p.c.*", vertente

TRA

Curatela del Fallimento di D.V. S.r.l. (Sent. Tribunale di Nola n. **34/2009**), in persona del Curatore *pro tempore* dott. *,.

RICORRENTE

E

F. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Nola, alla via Boscofangone, zona ASI, ed effettivamente domiciliata in Napoli,.

RESISTENTE

PREMESSO IN FATTO

Con ricorso depositato il 24.11.2010, e ritualmente notificato alla controparte unitamente al pedissequo decreto di fissazione di udienza, la Curatela del Fallimento di D.V. S.r.l. ha esposto: a) di aver convenuto in giudizio dinanzi all'intestato Tribunale, con ricorso *ex artt. 414 e 447 bis c.p.c.* depositato in data 17.9.2010, la società resistente onde far <<accertare e dichiarare l'intervenuta risoluzione, in data 31 luglio 2010, per inadempimento della F. S.r.l., del contratto di affitto di azienda stipulato in data 3 agosto 2009 tra la curatela del fallimento D.V. S.r.l. e la F. S.r.l., consensualmente modificato tra le parti come in atti descritto, ed avente ad oggetto il complesso industriale di proprietà della fallita, sito nell'ASI - Area di Sviluppo Industriale di Nola-, frazione di Polvica, alla via Boscofangone, riportato al NCEU del predetto comune sub fg. 5-p.lla 620-sub 2; Fg. 5-p.lla 638-sub 1; Fg. 5 p.lla 620>>; b) che, a fondamento della proposta domanda di accertamento della intervenuta risoluzione di diritto, aveva invocato l'operatività della clausola risolutiva espressa prevista dall'art. 11 dello stipulato contratto di affitto, avendo, con nota del 17-21 giugno 2010, la curatela fallimentare comunicato alla società resistente la sua intenzione di avvalersi di tale clausola, ritenendo il contratto risolto, ove quest'ultima non avesse, nel termine indicato del 31 luglio 2010, correttamente adempiuto alle prestazioni specificamente indicate nella menzionata comunicazione; c) che la condotta inadempiente imputata alla società resistente era innanzitutto consistita nel mancato pagamento dei canoni di affitto relativi al periodo maggio-luglio 2010 per un importo complessivo di € 112.500,00 nonché nella mancata corresponsione, sull'importo dovuto per i canoni relativi al periodo febbraio-aprile 2010, della differenza, pari ad € 30.000,00, sulla somma effettivamente dovuta secondo gli accordi assunti con lo stipulato contratto; d) che la F. S.r.l., non solo non aveva rispettato l'obbligo



previsto nel predetto contratto di assumere i lavoratori dipendenti della fallita S.r.l. D.V., ma non aveva neppure provveduto alla riparazione dei beni aziendali gravemente danneggiati da ignoti nel dicembre 2009, nonostante le parti avessero espressamente convenuto che le opere di straordinaria manutenzione necessarie per preservare il complesso aziendale concesso in affitto gravassero esclusivamente sulla società affittuaria e nonostante la curatela fallimentare avesse, onde garantire i livelli produttivi ed occupazionali dell'impresa, acconsentito a contribuire parzialmente ai costi da sostenersi per la programmata riparazione, concedendo una riduzione della misura del canone originariamente convenuta; e) che i dedotti inadempimenti, ampiamente asseverati dalle risultanze documentali acquisite agli atti dell'incardinato giudizio di merito, inducendo a ritenere pienamente fondata la domanda di accertamento dell'intervenuta risoluzione dello stipulato contratto di affitto, e quindi il diritto della curatela a conseguire la restituzione del complesso aziendale *de quo*, giustificavano, *a fortiori*, l'esistenza del *fumus* della richiesta misura cautelare; f) che, infine, era evidente l'opportunità di sottoporre a custodia l'azienda e gli immobili *de quibus*, anche per non consentire che la F. S.r.l., continuando ad utilizzare i beni aziendali, omettendo le dovute cautele necessarie per la loro conservazione e non provvedendo alla riparazione del complesso aziendale danneggiato, potesse causare, stante anche le difficoltà economiche in cui versava (vedi lettera del 16 novembre 2010), una forte contrazione dell'attività.

Tanto premesso, ha chiesto autorizzarsi il sequestro giudiziario dell'azienda oggetto del contratto stipulato in data 3 agosto 2009 nonché degli immobili strumentali al suo esercizio come in quest'ultimo individuati.

Instauratosi il contraddittorio, si è costituita la F. S.r.l. eccependo a) l'inammissibilità della misura cautelare richiesta; b) l'eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto in oggetto; c) la non imputabilità dei contestati inadempimenti; d) l'inesistenza di alcuni di tali inadempimenti, avendo provveduto sia alla riparazione del complesso aziendale, come attestato dalle depositate fatture, sia all'assunzione dei lavoratori, non ancora occupati, che precedentemente prestavano la loro opera alle dipendenze della fallita società; e) l'inoperatività della invocata clausola risolutiva stante il suo tenore generico ed indeterminato; f) l'assenza dell'asserito *periculum*, poichè, per un verso, le obbligazioni scaturenti dallo stipulato contratto erano state garantite, sin dal momento della sua conclusione, da una polizza fideiussoria rilasciata a favore della curatela fallimentare e, per l'altro, asseriva di aver comunque preservato, nonostante le difficoltà incontrate nell'assumere la gestione dell'azienda, la produttività e l'operatività sul mercato dell'impresa esercitata.

Denegata l'emissione *inaudita altera parte* dell'invocato provvedimento cautelare, all'udienza del 23.12.2010, fissata *ex art. 669 sexies c.p.c.*, udite nel contraddittorio i procuratori delle parti, lo scrivente, acquisita documentazione, si è riservata la decisione.

it



MOTIVI DELLA DECISIONE

1.- Va preliminarmente respinta l'eccezione di inammissibilità della richiesta misura cautelare sollevata dalla società resistente sul presupposto della asserita incompatibilità tra detta misura e l'azione di risoluzione del contratto di affitto di azienda, stipulato tra le parti in data 3 agosto 2009, chiaramente proposta dalla curatela fallimentare con il ricorso, *ex art. 414 e 447 bis c.p.c.*, depositato in data 17.9.2010.

In particolare, la società resistente ha sostenuto che, richiedendo l'art. 670 c.p.c. la strumentalità del sequestro giudiziario rispetto ad una controversia vertente sulla proprietà o sul possesso di un bene, - e quindi rispetto ad un'azione a contenuto reale -, sicuramente non poteva ritenersi tale il giudizio di merito intrapreso dalla curatela, avendo quest'ultimo ad oggetto un'azione di carattere personale.

Orbene, va subito evidenziato che, secondo quanto dispone l'art. 670 c.p.c., il giudice può autorizzare il sequestro giudiziario di beni, fra i quali va certamente compresa anche l'azienda (*cf. Cass. 11.7.1996, n. 6325; Cass. 17.4.1991, n. 4096*), "quando ne è controversa la proprietà o il possesso ed è opportuno provvedere alla loro custodia o alla loro gestione temporanea".

La norma disegna con chiarezza la finalità di garanzia perseguita, e cioè la funzione della misura cautelare consistente nell'assicurare la fruttuosità della esecuzione conseguente all'accertamento del diritto sul bene al termine del processo di cognizione.

Così, ove sussista il timore che la durata del processo possa incidere sulla conservazione del bene, si può adottare la misura cautelare che consenta la gestione controllata del suddetto bene (*cf. Cass. 27.9.1993, n. 9729*).

In altri e più specifici termini, la questione preliminare sollevata dalla resistente impone la corretta esegesi dell'art. 670 c.p.c., quale offerta dalla giurisprudenza consolidata della S.C. e dalla dottrina assolutamente prevalente, al precipuo scopo di accertare l'esatta significazione ed estensione della sua portata applicativa alla luce della funzione della prevista misura cautelare.

Il sequestro giudiziario, infatti, come ogni misura cautelare, è caratterizzato dal requisito della <<strumentalità>>. Siffatto requisito esprime che la misura cautelare non è mai fine a se stessa, perché immancabilmente preordinata alla emanazione di un ulteriore provvedimento definitivo, di cui esso esprime la fruttuosità pratica. Tale carattere, con riguardo specifico alla misura in esame, si sostanzia nella finalità di garantire la conservazione dei beni, affinché risulti assicurato l'utile esperimento dell'esecuzione coattiva, consistente nella consegna dei beni stessi.

Identificato così il carattere della strumentalità è agevole affermare l'impossibilità di restringere la nozione in esame ai soli casi di esperimento di azioni reali. Invero, accanto a questi ultimi ne sono identificabili di ulteriori nei quali, se pur entrano in gioco diritti di natura solo personale, è tuttavia riscontrabile l'astratta funzionalità della misura alla loro tutela. In particolare,



ciò si ha allorquando detti diritti si sostanziano in una pretesa alla riconsegna della cosa, ossia implicano, per il loro soddisfacimento, l'espletamento di una successiva attività esecutiva del tipo di quella che deve essere appunto correlata al sequestro giudiziario. In dette ipotesi emerge, infatti, chiara la ricorrenza della "ratio" sottesa alla previsione di tale misura cautelare tipica individuata nella sua funzionalità a garantire dal pericolo da infruttuosità. Pertanto, non può non condividersi il principio, che costituisce ormai "*ius receptum*", secondo il quale si ha controversia sulla proprietà o sul possesso anche nel caso di controversia su di un diritto personale avente ad oggetto la pretesa restituzione di cose da altri detenute (cosiddetto "*ius ad rem*"), ossia quando debba decidersi in ordine ad un'azione personale che comporti una decisione su detta pretesa (tra le tante e per tutte, Cass.88/4807).

Il sequestro giudiziario, pertanto, presuppone che sussista una controversia sulla proprietà o sul possesso del bene e che all'esito del giudizio di merito vi sia una pronuncia restitutoria, avendo tuttavia la giurisprudenza di legittimità, condividendo le precedenti osservazioni, considerevolmente dilatato i confini della tutela, ammettendola non solo per le azioni reali (così come sembrerebbe suggerire il tenore letterale dell'art. 670 c.p.c.) ma anche per quelle personali che comportino comunque una restituzione del bene (cfr. Cass. 16.11.1994, n. 9645; Cass. 21.7.1994, n. 6813; Cass. 28.4.1994, n. 4039; Cass. 19.10.1993, n. 10333), ribadendo altresì che il sequestro giudiziario è incompatibile soltanto con le azioni meramente dichiarative (cfr. Cass. 10.12.1976, n. 4539; Cass. 24.10.1968, n. 3463).

Più precisamente, la citata giurisprudenza, con un orientamento pressoché costante, ha affermato che ai fini della concedibilità del sequestro giudiziario, si è in presenza di una controversia sulla proprietà o il possesso non soltanto quando siano o saranno esperite le caratteristiche azioni di rivendica, di manutenzione o di reintegrazione, ma anche nel caso in cui sia stata proposta o debba proporsi un'azione contrattuale che, se accolta, importi condanna alla restituzione di un bene, come nelle ipotesi di azioni personali aventi ad oggetto la restituzione della cosa da altri detenuta. Ciò in quanto, il termine "*possesso*", usato dall'art. 670 c.p.c. unitamente a quello di proprietà, non va inteso in senso strettamente letterale, rientrando in esso anche la detenzione (cfr. Cass. Sez. I Civ. 14.11.1994 n. 9645, nonché Cass. 1459/66., 2000/67, 1757/89, 2342/72, 1037/76, 854/82, 5066/84, 6038/86, 5899/87, 6324/87, 1344/89).

In conseguenza di ciò, è da ritenersi ammissibile il sequestro giudiziario in ogni ipotesi in cui risulti proposta, o debba proporsi, l'azione di risoluzione, rescissione, nullità o annullamento o accertamento della simulazione di un rapporto obbligatorio che si riferisca ad un bene suscettibile di formarne oggetto, sempre che a tali azioni sia collegata la pretesa di ottenere la riconsegna dello stesso bene. La misura cautelare di cui si pretende l'emanazione, essendo teleologicamente indirizzata ad assicurare nelle more del giudizio di merito la



custodia e la gestione del bene, presuppone che del medesimo bene venga necessariamente chiesta la restituzione.

Gli esposti principi, dunque, inducono a concludere per l'ammissibilità della misura cautelare in questione, essendo quest'ultima connotata dal requisito minimo della strumentalità rispetto alla domanda di risoluzione contrattuale proposta, nel pendente giudizio di merito, dalla curatela fallimentare, il cui vittorioso esperimento è idoneo a determinare quell'effetto restitutorio del compendio patrimoniale conteso che il richiesto sequestro giudiziario mira ad assicurare e che la curatela ha espressamente domandato una volta accertata l'avvenuta risoluzione dello stipulato contratto di affitto.

In definitiva, nella fattispecie in esame, l'effetto restitutorio conseguente dall'eventuale pronuncia di merito richiesta dalla curatela rivela l'astratta ammissibilità della misura cautelare in questa sede domandata.

2.- Superate le questioni preliminari, nel merito, deve valutarsi l'esistenza della prima delle condizioni per la pronuncia del chiesto provvedimento, consistente nel "*fumus boni iuris*", dovendosi successivamente deliberare in merito all'esistenza dell'ulteriore presupposto relativo al *periculum in mora*, rappresentato, nel caso che ci interessa, dalla necessità di provvedere alla custodia o alla gestione temporanea dell'azienda contesa, sempre che quest'ultima si accerti versare in una situazione di estremo pericolo per la sua stessa sopravvivenza, di tal che la mancata concessione della misura cautelare potrebbe vanificare in maniera definitiva l'attuazione del diritto del ricorrente, ritenuto *prima facie* fondato, alla sua restituzione.

Orbene, la positiva verifica della prima condizione richiesta dall'art. 670 c.p.c. non implica peraltro la piena deliberazione della fondatezza della pretesa, ma solo la formulazione di un giudizio di probabilità che, essendo stato il sequestro richiesto in corsa di causa, si sostanzia nell'accertamento della verosimile fondatezza della domanda proposta dalla parte istante con l'instaurazione del giudizio di merito. Tale valutazione, necessariamente sommario, è da svolgersi allo stato degli atti e si risolve nella comparazione tra l'attendibilità delle reciproche prospettazioni articolate da entrambe le parti.

E ciò sebbene sia discusso in dottrina ed in giurisprudenza se il giudice della cautela debba limitarsi al mero riscontro dell'esistenza di una controversia sulla proprietà o sul possesso dei beni sequestrandi, ovvero se sia chiamato a deliberare, sia pur sommariamente, la fondatezza della pretesa attorea, ritenendo, tuttavia, lo scrivente preferibile optare per questa seconda soluzione che privilegia la necessità che il giudice, non si limiti asetticamente a riscontrare il verificarsi della controversia sulla proprietà, ma compia una valutazione anche circa le probabilità di accoglimento della domanda attorea, sia pur in maniera sommaria, attesi gli evidenti limiti alla cognizione imposta dalla natura stessa del procedimento cautelare (cfr. in tal senso Trib. Taranto, 20 ottobre 1995, in Giur. it. 1996, I, 2, 340).

it



D'altronde, la stessa giurisprudenza di legittimità, anteriormente all'introduzione del rito cautelare uniforme, ha espressamente manifestato la sua adesione a quest'ultima opinione, per un verso, chiarendo che, <<qualora si controverta sulla restituzione di una cosa da altri detenuta, il sequestro giudiziario può essere concesso soltanto se, in relazione al *fumus boni iuris*, sussista, oltre la possibilità di accoglimento della pretesa di chi ha richiesto la misura cautelare, anche la probabilità che da tale accoglimento consegua, in concreto, il diritto dell'attore all'immediata restituzione del bene>> (cfr. Cassazione civile, sez. III, 23/06/1982, n. 383) e, per l'altro, precisando che <<il *fumus boni iuris* necessario per l'accoglimento della richiesta di sequestro ex art. 670 c.p.c. non equivale a superficialità del giudizio stesso, dal momento che le valutazioni sul merito espresse in sede di convalida non possono mai pregiudicare la decisione finale o vincolare il giudice del merito>> (cfr. Cassazione civile, sez. I, 03/08/1994, n. 7210).

3.- Esaurite tali premesse di carattere generale, che illustrano i criteri ai quali reputa di doversi attenere questo giudicante, occorre ora procedere all'esame della fattispecie concreta.

Quanto al *fumus*, impregiudicato l'esito e la valutazione delle prove che le parti articoleranno nel corso del pendente giudizio di merito, la valutazione dello scrivente è destinata a fondarsi essenzialmente - e sempre in maniera estremamente sommaria, così come imposto dalla tutela cautelare esperita - sulle risultanze documentali addotte da entrambi contendenti, le quali, invero, non appaiono idonee a fondare la tesi prospettata dalla curatela fallimentare circa l'avvenuta risoluzione di diritto dello stipulato contratto preliminare, in forza della operatività della clausola risolutiva espressa, ivi prevista all'art. 11, invocata dal curatore con la lettera del 17.6.2000 ricevuta dalla società resistente in data 21.6.2010 (e non come erroneamente indicato dalla curatela in data 5 luglio 2010).

Nell'ottica sopra delineata, incentrata sul rapporto di strumentalità che deve avvincere la richiesta misura cautelare con la domanda proposta nel giudizio di merito, - alla stregua della quale va valutata l'esistenza del *fumus* -, appare indubbio che, sia dalla parte motiva dell'atto introduttivo del predetto giudizio, - puntualmente ripetuto anche nella presentata istanza cautelare -, sia dal tenore delle rassegnate conclusioni, possa agevolmente desumersi come l'odierna ricorrente abbia agito onde ottenere l'accertamento dell'avvenuta risoluzione di diritto, alla data del 31 luglio 2010, del contratto di affitto concluso con la società resistente, incentrando sulla fondatezza di tale assunto l'odierna richiesta cautelare.

Più precisamente, che questa sia la prospettazione dell'istante, e quindi la causa *petendi* ed il *petitum* della proposta azione di merito, trova conferma ove si consideri che, nel menzionato atto introduttivo del giudizio di merito, la curatela fallimentare, dopo aver elencato gli inadempimenti asseritamente ascritti alla società resistente, ha chiaramente sostenuto che << il contratto di

it



affitto di azienda intercorso tra le parti deve allo stato ritenersi risolto di diritto alla data del 31 luglio 2010, per inadempimento dell'affittuaria F. S.r.l., in virtù della clausola risolutiva espressa prevista all'art. 11 del contratto d'affitto stipulato, di cui il curatore ha già dichiarato di volersi avvalere con nota del 5 luglio 2010 (rectius del 17-21 giugno 2010)>> (cfr. pg 15 ricorso).

Il richiamo alla operatività della predetta clausola è stato, poi, ribadito, in questa sede, anche nel ricorso cautelare, al precipuo scopo di supportare l'esistenza del dedotto *fumus* (cfr. pg. 22 ricorso per sequestro).

Inoltre, rassegnando le conclusioni nell'ambito del giudizio di merito, come anticipato, la curatela ha insistito nel domandare esclusivamente l'accertamento dell'intervenuta risoluzione di diritto, alla data su indicata, del contratto *de quo*. Su tale presupposto ha anche domandato che la società resistente, a partire dalla medesima data, avendo conservato *sine titulo* la detenzione del conteso complesso aziendale, fosse condannata, con riguardo al periodo successivo, a corrispondere in suo favore l'indennità di occupazione raggugliata alla misura del canone di locazione originariamente pattuito. In tal modo, confermando di ritenere risolto di diritto il contratto di affitto intercorso con la società resistente, ha sostanzialmente cristallizzato il *petitum* della proposta azione di merito, limitandolo così esclusivamente all'accertamento dell'avvenuta risoluzione del contratto di affitto, in virtù del citato art. 11 del convenuto regolamento pattizio, contemplante, a suo avviso, una clausola risolutiva espressa.

Tale assunto, tuttavia, appare *prima facie* destituito di fondamento, minando così, allo stato, il *fumus* del diritto della curatela ad ottenere, all'esito dell'instaurato giudizio di merito, la riconsegna del compendio aziendale reclamato, con la conseguenza di pregiudicare, per le ragioni sopra esposte, l'accoglimento anche dell'istanza cautelare in esame.

Il richiamato art. 11 dello stipulato contratto, infatti, espressamente prevede che << *in caso d'inadempimento dell'affittuaria ad una qualsiasi delle obbligazioni di cui al presente contratto, l'affittante invierà all'affittuaria, con raccomandata A/R, una diffida ad adempiere. Inutilmente decorso il termine assegnato all'affittante per sanare l'inadempimento, il contratto s'intenderà risolto*>>.

Orbene, deve escludersi la qualificazione in termini di clausola risolutiva espressa della riportata pattuizione.

Infatti l'art. 1456 c.c., stabilisce espressamente come requisito per la sussistenza di una clausola risolutiva espressa, che la risoluzione in questione sia prevista nel caso che non sia adempiuta secondo le modalità stabilite "...una determinata obbligazione...". In via di interpretazione estensiva dette parole vanno lette come segue "...una o più obbligazioni specificamente determinate..."; ma non possono certamente essere interpretate nel senso che la previsione può riguardare qualsivoglia obbligazione derivante dal contratto.



Tale esegesi della norma *de qua* trova il suo autorevole avallo nel più che consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, avendo la Suprema Corte costantemente ribadito che: "*Per la configurabilità della clausola risolutiva espressa, le parti devono aver previsto la risoluzione di diritto del contratto per effetto dell'inadempimento di una o più obbligazioni specificamente determinate, restando estranea alla norma contenuta nell'art. 1456 c.c., la clausola redatta con generico riferimento alla violazione di tutte le obbligazioni contenute nel contratto*" (cfr. Cassazione civile, sez. III 27/01/2009 n. 1950; Cass., Sentenza n. 11055 del 26/07/2002; Cassazione civile sez. III, 6 aprile 2001, n. 5147).

Soltanto quando sia invocata l'operatività di una clausola risolutiva espressa concepita dalle parti nei su riferiti termini, ritenuti dalla giurisprudenza di legittimità corrispondenti alla riportata esegesi dell'art. 1456 c.c., può escludersi che il giudice debba valutare la gravità dell'inadempimento, dovendo limitare il proprio accertamento esclusivamente all'esistenza dell'inadempimento indicato nella clausola nonché alla sua imputabilità, quantomeno a titolo di colpa, al soggetto obbligato. Soltanto in tale ipotesi, infatti, la clausola risolutiva espressa attribuisce al contraente il diritto potestativo di ottenere la risoluzione del contratto per l'inadempimento di controparte senza doverne provare l'importanza; diritto che sul piano processuale si traduce nella possibilità per il contraente nel cui interesse la clausola è stata prevista di agire in giudizio, onde ottenere una pronuncia meramente dichiarativa della già intervenuta risoluzione contrattuale, sempre che abbia dichiarato di volersi avvalere della prevista clausola, con una manifestazione volontaria recettizia la quale, in assenza di espressa previsione formale, può essere resa in ogni modo idoneo, anche implicito, purché inequivocabile, ed in particolare può essere contenuta anche in un atto giudiziale, senza che ne sia in tal caso necessaria la preventiva formulazione in via stragiudiziale (cfr. Cassazione civile, sez. III, 5 gennaio 2005, n. 167; Cass. 18.6.1997, n. 5455; Cass. 17.5.1995, n. 5436; Cass. 5.5.1995, n. 4911; Cassazione civile, sez. III, 17/01/2007, n. 987).

Viceversa, qualora la clausola in questione non sia stata formulata come nella odierna vicenda, nei termini sopra indicati, l'inadempimento delle obbligazioni contrattuali imputato da uno dei contraenti all'altra parte non risolve di diritto il contratto, sicché di esso deve essere valutata l'importanza ai sensi del combinato disposto degli artt. 1453 e 1455 c.c., in relazione alla economia del contratto stesso secondo la normativa generale in materia, non essendo sufficiente l'accertamento della sola colpa, come previsto invece in presenza di una valida clausola risolutiva espressa (cfr. Cassazione civile, sez. III, 26/07/2002, n. 11055; Cassazione civile, sez. III, 06/04/2001, n. 5147).

Tuttavia, nella controversia in esame, tale accertamento, essendo precluso nell'instaurato giudizio di merito, deve ritenersi impedito anche nella presente fase cautelare. La soluzione contraria, infatti, condurrebbe ad attribuire al ricorrente un risultato che, allo stato, non appare possa ottenere nel pendente



giudizio di merito, con la conseguente violazione del vincolo di strumentalità che deve sempre sussistere tra la cautela richiesta ed la verosimile fondatezza del diritto fatto valere nell'ordinario giudizio a cognizione piena, affinché venga positivamente delibata la sussistenza del necessario *fumus* della richiesta cautelata.

Ed infatti, come sopra evidenziato, la curatela fallimentare, nel pendente giudizio di merito, - nonché, specularmente, nell'odierno procedimento cautelare -, ha esclusivamente invocato la menzionata clausola risolutiva onde richiedere l'accertamento dell'intervenuta risoluzione di diritto del contratto stipulato con la società resistente, come tale idonea a fondare la domanda di restituzione dell'azienda da quest'ultima detenuta e, di conseguenza, anche il *fumus* della spiegata istanza cautelare, considerando il sequestro unico presidio idoneo ad assicurare tale sua pretesa restitutoria scaturente dall'avvenuto scioglimento del vincolo contrattuale anteriormente all'intrapresa iniziativa giudiziaria.

Ha cioè agito esclusivamente postulando l'effetto risolutivo automatico dello stipulato contratto, in forza dell'invocata clausola prevista dal citato art. 11 del convenuto regolamento negoziale, domandandone di conseguenza l'accertamento. Tale effetto, viceversa, alla luce delle sopra esposte argomentazioni, deve verosimilmente escludersi, difettando la predetta clausola dei presupposti richiesti dall'art. 1456 c.c. affinché possa ritenersi venuto meno il preesistente vincolo contrattuale, in ragione della mera comunicazione alla controparte inadempiente della volontà di avvalersi del diritto, riconosciuto da tale clausola alla parte adempiente, di sciogliersi dal sinallagma.

Acclarato ciò, deve osservarsi come parte istante non abbia avanzato, in aggiunta della proposta azione *ex art. 1456 c.c.*, - ovvero in via subordinata ed alternativa rispetto a quest'ultima -, un'espressa domanda di risoluzione del contratto di affitto *ex artt. 1453 e 1455 c.c.*, la cui proposizione, viceversa, si palesava assolutamente necessaria, affinché gli inadempimenti ascritti alla società resistente potessero essere vagliati anche sotto il profilo della loro gravità, onde pervenire ad una pronuncia costitutiva di risoluzione del contratto per cui è causa.

Operare un simile accertamento, in assenza di una specifica domanda in tal senso, significherebbe, dunque, realizzare un inammissibile ampliamento del *thema decidendum* della lite, e cioè un'inammissibile violazione del principio della corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato, come tale preclusa nel pendente giudizio di merito nonché, di conseguenza, - in ragione del vincolo di strumentalità che avvince quest'ultimo e la proposta istanza cautelare -, anche nell'odierno procedimento.

Tale conclusione s'impone, ove si consideri che costituisce *ius receptum* la regola secondo cui <<le azioni di risoluzione contrattuale, rispettivamente previste dall'art. 1453 c.c. e dagli art. 1456 c.c., sono ontologicamente diverse, sia per "causa petendi" sia per "petitum": la prima tende a una pronuncia



costitutiva che comporta la caducazione del contratto "ex nunc", anche se con effetto retroattivo, nel presupposto di un inadempimento, la cui non scarsa importanza deve essere verificata dal giudice; con la seconda si chiede invece una pronuncia di accertamento della cessazione del rapporto negoziale già avvenuta "ex tunc", in seguito all'esercizio del diritto, riconosciuto alla parte adempiente dalla clausola risolutiva espressa, di sciogliersi dal vincolo contrattuale, una volta verificatosi l'inadempimento convenzionalmente predeterminato dai contraenti quale ragione di per sé sufficiente a dare luogo alla risoluzione>> (cfr. Cassazione, 17.4.1987, n. 3865; Cassazione, 14.1.1992, n. 360; Cassazione, 6.9.1994, n. 7668; Cassazione, 10.11.1998, n. 11282; Cassazione 5.1.2005, n. 167; Cassazione civile, sez. III, 14/11/2006, n. 24207; Cass. 5 gennaio 2005 n. 167; Cassazione civile, sez. II, 06/02/2009, n. 3039; Cassazione civile, sez. II 12/01/2007 n. 423(v., tra le più recenti, Cass. 12 gennaio 2007 n. 423, Cass. 14 novembre 2006 n. 24207, Cass. 7 febbraio 2006 n. 2599, Cass. 5 gennaio 2005 n. 167, Cass. 12 dicembre 2003 n. 19051).

Ne discende che le due domande non sono equipollenti e, quindi, ove non siano entrambe congiuntamente proposte in via alternativa o subordinata, non è dato accogliere una in base al riscontro di quanto è richiesto per l'altra, integrando ciò la violazione dell'art. 112 c.p.c..

In definitiva, avendo la curatela fallimentare incentrato il *fumus* della spiegata richiesta di sequestro soltanto sull'operatività della richiamata clausola risolutiva, in modo pienamente corrispondente al *petitum* dell'azione ex art. 1456 c.c. esercitata nell'istaurato giudizio di merito, e considerato che tale azione non appare, allo stato, verosimilmente destinata ad essere accolta, stante il generico tenore con cui è stato formulato il citato art. 11 del contratto di affitto, l'istanza cautelare in esame, - non potendo il dedotto inadempimento, in assenza di una specifica domanda in tal senso, essere anche valutato sotto il profilo del combinato disposto degli artt. 1453 e 1455 c.c., deve necessariamente essere rigettata. Non può infatti ritenersi sussistente, sulla base della *sommatoria cognitio* propria di questa fase, il primo presupposto necessario per la concessione della richiesta cautela, vale a dire la fondata probabilità della vittoriosa definizione per l'istante dell'incardinato giudizio di merito, con il conseguente accertamento del suo diritto ad ottenere la restituzione dell'azienda oggetto del concluso contratto di affitto.

4.- Nondimeno, e solo per mera completezza, va comunque rilevato che, se anche, all'esito del giudizio di merito, si pervenisse ad una diversa conclusione in ordine alla qualificazione della azione esperita dalla curatela attrice, il presente ricorso cautelare avrebbe comunque avuto analogo epilogo.

Invero, anche a voler ritenere sussistente il requisito del *fumus boni iuris*, rimarrebbe comunque carente la dimostrazione dell'ulteriore requisito della sussistenza dell'opportunità di provvedere - mediante l'invocato sequestro - alla custodia ed alla gestione temporanea dell'azienda *de qua*.

it



Orbene, va subito evidenziato che, secondo quanto dispone l'art. 670 c.p.c., il giudice può autorizzare il sequestro giudiziario, ove sussista il timore che la durata del processo possa incidere sulla conservazione del bene, dovendosi, peraltro, precisare che la nozione di *conservazione* nel sequestro giudiziario, a differenza di quanto accade per il sequestro conservativo, non si sostanzia necessariamente nel pericolo, concreto ed attuale, di sottrazione od alterazione del bene, essendo invece sufficiente, ai fini dell'opportunità della cautela, che lo stato di fatto esistente in pendenza del giudizio comporti la mera possibilità, sia pure astratta, che si determini una situazione tale che, al termine della lite, la parte istante, ove risulti essere vittoriosa, non riuscirebbe ad ottenere il vantaggio spettante, vedendo così pregiudicata l'attuazione del diritto controverso.

Il peculiare presupposto del sequestro giudiziario può, infatti, essere esattamente apprezzato solo alla luce della finalità della misura, che va colta nel rapporto di strumentalità esistente con la futura attività esecutiva e nell'interesse della parte istante ad ottenere che sia mantenuta o stimolata la produttività e l'integrità del bene e non vadano perduti i frutti che essa può concretamente rendere, tanto che, inequivocamente, nel n.1 dell'art. 670 c.p.c. è stata prevista l'opportunità di una conservazione non risolvendosi nella custodia, ma anche estesa <<alla gestione temporanea>> del bene.

Verendo all'odierna fattispecie, sebbene una parte della giurisprudenziale tende a porre in secondo piano il requisito "gestionale" sopra rimarcato, affermando che, *"ai fini dell'autorizzazione del sequestro giudiziario, la necessità di provvedere alla conservazione e alla custodia dei beni sui quali deve eseguirsi la misura cautelare, sussiste quando lo stato di fatto esistente in pendenza del giudizio comporta la possibilità che si determinino situazioni tali da pregiudicare l'attuazione del diritto controverso, senza che possa diversamente rilevare la mera capacità di gestione dei beni della parte che li possiede"* (cfr. Cass. 27.9.1993, n. 9729), deve comunque osservarsi che, nel ricorso introduttivo del giudizio, la curatela istante si è limitata sul punto esclusivamente ad affermare che (cfr. pag. 23 e ss) <<... si deve ravvisare nel caso di specie il requisito del *periculum* già in ragione della natura produttiva del bene che rende di per sé opportuna la custodia del medesimo, e integra l'elemento necessario e sufficiente per la concessione della misura del sequestro>>. Ha aggiunto, poi, che le modalità e la consistenza dell'inadempimento ascritto alla società resistente sarebbero tali che <<... la Curatela, in attesa della definizione del giudizio di merito, rischia di perdere le potenzialità dell'azienda stessa, anche tenuto conto che le asserite difficoltà economiche paventate dall'affittuaria potrebbero condurre alla chiusura della medesima o, comunque, ad una forte contrazione dell'attività>>, determinando ciò sia il mancato conseguimento degli scopi perseguiti dagli organi fallimentari concludendo il contratto di affitto per cui è causa, sia un progressivo depauperamento dei beni aziendali.

it



Tuttavia, la curatela si è limitata ad una mera allegazione, - peraltro generica ed in parte adeguatamente contrastata dalla documentazione depositata dalla società resistente -, dei comportamenti posti in essere dalla resistente potenzialmente idonei a depauperare l'azienda in questione, senza però, in concreto, dimostrare alcunché.

In altri termini, se è vero che “...l'opportunità di conservazione del bene non sorge soltanto in presenza di un pericolo attuale di sottrazione o di distruzione, ma è sufficiente che si prospetti la semplice possibilità di pregiudizio e, più in generale, una situazione di fatto diversa da quella di diritto, tale che al termine della lite la parte istante non riuscirebbe ad ottenere il vantaggio che le spetta...” (cfr. in motivazione, la citata Cass. 27.9.1993, n. 9729, nonché, in senso sostanzialmente conforme, Cass. 28 giugno 1969, n. 2342), è parimenti innegabile che, nella specie, la ricorrente, anche sotto il profilo della mera allegazione, ha giustificato l'opportunità di affidamento a terzi della gestione dell'azienda in questione (e degli immobili strumentali all'esercizio della sua attività) in modo del tutto teorico e virtuale, non avendo minimamente prospettato, dedotto e tanto meno dimostrato concreti elementi da cui possa trarsi il pericolo di un'alterazione e depauperamento dell'azienda suddetta.

Sotto tale profilo, le appena riportate argomentazioni di cui al ricorso introduttivo esprimono un'esigenza estremamente generica, priva di qualsivoglia riscontro con atti e/o comportamenti della resistente astrattamente idonei ad alterare o depauperare il complesso di beni da cui è costituita la suddetta azienda, risolvendosi, così, nell'affermazione di una *opportunità* di per sé valevole sempre e comunque in presenza di una controversia, la quale, da sola, tuttavia, non può giustificare, stante l'attuale dettato dell'art. 670 c.p.c., l'adozione della misura indicata.

In altri termini, anche nella sola prospettazione delle ragioni poste dalla curatela istante a fondamento della richiesta cautela manca il riferimento a circostanze idonee ad accreditare la sussistenza della dedotta opportunità.

D'altra parte, la società resistente ha adeguatamente documentato, per un verso, di aver eliminato le carenze manutentive dei beni aziendali denunciati dalla curatela (cfr. Fatture rilasciate dalla impresa * forniture elettriche attestanti le avvenute riparazioni, affollate ai n. 36 e 37 della produzione della resistente) e, per l'altro, sia di aver provveduto ad incrementare il livello occupazionale assumendo altri dipendenti della società fallita (cfr. comunicazioni ufficio del lavoro), sia di aver mantenuto una discreta produttività dell'azienda non solo ottenendo e dando esecuzione a svariati ordini di acquisto commissionati dai suoi clienti, ma anche promuovendo rapporti di collaborazione con altre imprese per assicurarsi la fornitura dei suoi prodotti (cfr. fatture ed accordo commerciale con la * S.r.l.).

Circostanze, queste, che, in base alla valutazione necessariamente sommaria propria di questa fase, - in considerazione anche della situazione di



dissesto in cui versava l'azienda della società fallita al momento della conclusione del contratto di affitto, - situazione protrattasi anche successivamente a causa della negativa congiuntura economica del settore di mercato in cui l'impresa operava (vedi relazione del curatore depositata in data 3 novembre 2009)-, inducono ad escludere la rappresentata esigenza di affidare a terzi la gestione dell'azienda *de qua*.

Ne deriva, pertanto, il rigetto dell'odierna domanda cautelare della curatela del Fallimento di D.V. S.r.l., differendosi la pronuncia sulle corrispondenti spese di giudizio all'esito del procedimento di merito in ragione del combinato disposto degli artt. 669 *septies* e 669 *octies* c.p.c..

PER QUESTI MOTIVI

Il Giudice, pronunciando sull'odierna domanda cautelare, così provvede:

a) letti gli artt. 670, 669 *quater*, 669 *sexies* e 669 *septies* c.p.c., rigetta l'istanza cautelare formulata dalla Curatela del Fallimento della D.V. S.r.l.;

b) differisce la pronuncia sulle spese del procedimento all'esito del giudizio di merito.

Manda alla Cancelleria per le comunicazioni di rito.

Nola, 11 gennaio 2011

Il Giudice

dr. Fabio Maffei