

**Tribunale di Palermo Sez. III, Sent., 2 Settembre 2011.**

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI PALERMO

TERZA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale - terza sezione civile - in composizione monocratica, nella persona del G.O.T. dott.ssa Maria Luisa Montalto, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 14264 del Registro Generale degli Affari Contenziosi Civili dell'anno 2008

Tra

To.Ma. elettivamente domiciliata in Palermo, Via (...) presso lo studio dell'avv. Pa.Pu. che lo rappresenta e difende, giusta mandato a margine dell'atto di citazione

Opponente

E

Du. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro - tempore elettivamente domiciliata in Palermo, P.zza (...) presso lo studio dell'avv. Ma.Ba. che la rappresenta e difende giusta procura a margine del ricorso<sup>1</sup>, per decreto ingiuntivo

Opposta

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

(ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 132 c.p.c. e 118 disp.att. c.p.c. come novellati dalla L. n. 69/2009)

Preliminarmente va esaminata l'eccezione d'improcedibilità dell'opposizione sollevata dall'opposta alla luce dei principi enunciati dalle Sezioni Unite con la recentissima sentenza n. 19246 del 9 settembre 2010.

In tale pronuncia la Suprema Corte ha affermato che "non solo i termini di costituzione dell'opponente e dell'opposto sono automaticamente ridotti alla metà in caso di effettiva assegnazione all'opposto di un termine a comparire inferiore a quello legale, ma che tale effetto automatico è conseguenza del solo atto che l'opposizione sia stata proposta, in quanto l'art. 645 c.p.c. prevede che in ogni caso di opposizione i termini a comparire siano ridotti alla metà. Nel caso, tuttavia, in cui l'opponente assegni un termine di comparizione pari o superiore a quello legale, resta salva la facoltà dell'opposto, costituitosi nel termine dimidiato, di chiedere l'anticipazione dell'udienza di comparizione ai sensi dell'art. 163 bis, terzo comma". Pertanto, qualora l'opponente si costituisca in giudizio oltre il termine di cinque giorni la sua costituzione va ritenuta tardiva ed equiparata alla sua mancata costituzione comportando l'improcedibilità dell'opposizione.

Tale pronunciamento si pone in antitesi con l'indirizzo di legittimità precedente, il quale, per effetto del reiterarsi nel tempo, era assunto a vero e proprio "diritto vivente" espressione della "norma quale vive nell'ordinamento". Il pregresso orientamento era stato riconosciuto quale diritto vivente, anche dal Giudice delle leggi, nella ordinanza n. 230 del 22 luglio 2009, con la quale è stato affermato: "è orientamento giurisprudenziale consolidato, costituente diritto vivente, quello secondo cui, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, la riduzione alla metà del termine di costituzione dell'opponente, ai sensi dell'art. 645, secondo comma, cod. proc. civ., consegue automaticamente al fatto obiettivo della concessione all'opposto di un termine di comparizione inferiore a quello previsto dall'art. 163 - bis cod. proc. civ., anche se involontaria, e che la tardiva costituzione dell'opponente è equiparata alla mancata costituzione, determinando l'improcedibilità dell'opposizione".

Dunque, prima del 9 settembre 2010, si riteneva che la riduzione alla metà del termine di costituzione dell'opponente, ai sensi dell'art. 645, secondo comma, cod. proc. civ., conseguiva automaticamente al fatto obiettivo della concessione all'opposto di un termine di comparizione inferiore a quello previsto dall'art. 163 - bis cod. proc. civ., il dimezzamento dei termini di costituzione avveniva unicamente se venivano ridotti i termini a comparire.

Con la pronuncia delle Sezioni Unite n. 19246 del settembre scorso si assiste ad un fenomeno di c.d. overruling - noto agli ordinamenti di common law - ossia ad un cambiamento delle regole del gioco a partita già iniziata.

Ritiene questo giudice che in caso di radicale mutamento giurisprudenziale che abbia ad oggetto le regole del processo e introduca, di fatto, una regola da ritenersi nuova alla luce del costume giurisprudenziale costantemente seguito sino al pronunciamento neofita (overruling) la parte che abbia posto in essere un'iniziativa processuale conforme al precedente indirizzo, ma divenuta inidonea per effetto del mutamento di indirizzo giurisprudenziale, conserva il diritto ad una decisione nel merito, poiché conformandosi alla precedente giurisprudenza della Suprema Corte, successivamente travolta dall'overruling, ha tenuto un comportamento non imputabile a sua colpa e perciò è da escludere la rilevanza preclusiva dell'errore in cui essa è incorsa.

Una diversa interpretazione condurrebbe alla violazione delle norme costituzionali, internazionali e comunitarie che garantiscono il diritto ad un Giusto Processo, pertanto, va esclusa la retroattività del principio di diritto affermato dalla Sezioni Unite per le cause anteriori al 9 settembre 2010. Ne consegue il rigetto della relativa eccezione.

Passando al merito si rileva che nel giudizio di risoluzione contrattuale, qual è quello introdotto dall'opposta, è onere di quest'ultima dimostrare unicamente l'esistenza e l'efficacia del contratto, nonché il termine di scadenza, mentre è onere dell'opponente dimostrare di avere adempiuto, ovvero che l'inadempimento non è dipeso da propria colpa (cfr., da ultimo, Cass. sez. un. 30.10.2001 n. 13533 la quale ha composto nei termini sopra indicati il preesistente contrasto di giurisprudenza). Nel caso di specie, la domanda creditoria trae origine dalla fornitura della merce di cui alla fatture prodotte in atti (si veda doc. n. 6 fascicolo parte opposta). Dal canto suo l'opponente eccepisce la violazione delle condizioni contrattuali pattuite in seno alla convenzione del gennaio 1998 per l'anticipato ed ingiustificato recesso dal contratto. Lamenta inoltre l'impossibilità di evadere il credito opposto stante la mancata fornitura di merce e la chiusura ingiustificata del punto vendita in gestione, sito in Casteldaccia, Via (...) e denominato "Co.", annunciata con la missiva del 22 dicembre 2003 per esecuzione di lavori di ristrutturazione, proprio nel periodo in cui si verificava un notevole aumento del volume degli affari (festività natalizie).

Tanto premesso giova rilevare che la fattispecie per cui è causa è sussumibile nel negozio di affiliazione commerciale, comunemente detto "franchising". Con tale contratto un produttore o rivenditore di beni od offerente di servizi (franchisor) ed un distributore (franchisee), al fine di allargare il proprio giro commerciale e di aumentare le proprie capacità di penetrazione nel mercato - creando una rete di distribuzione senza dover intervenire direttamente nelle realtà locali - concede, verso

corrispettivo, di entrare a far parte della propria catena di produzione o rivendita di beni o di offerta di servizi ad un autonomo ed indipendente distributore (franchisee), che, con l'utilizzarne il marchio e nel giovare del suo prestigio ha modo di intraprendere un'attività commerciale e di inserirsi nel mercato con riduzione del rischio.

Le caratteristiche del contratto di franchising o di affiliazione commerciale sono la completa autonomia sia giuridica che economica del franchisee o affiliato rispetto al franchisor o affiliante.

Il franchising costituisce invero un sistema di collaborazione tra un produttore o rivenditore di beni od offerente di servizi (franchisor) ed un distributore (franchisee), giuridicamente ed economicamente indipendenti l'uno dall'altro, ma vincolati da un contratto in virtù del quale il primo concede al secondo la facoltà di entrare a far parte della propria catena di produzione o rivendita di beni o di offerta di servizi, a determinate condizioni e dietro un corrispettivo.

Tali caratteristiche risultano del resto confermate dalla definizione del contratto di franchising data dalla legge n. 129 del 2004 art. 1 intervenuta a disciplinare la materia.

La causa quindi di un simile contratto è ravvisabile nella possibilità, per il franchisor, di allargare il proprio giro commerciale e di aumentare le proprie capacità di penetrazione nel mercato, creando una vera e propria rete autonoma di distribuzione del proprio bene o servizio, senza dover intervenire direttamente nella realtà locale; per il franchisee, la possibilità di intraprendere un'attività commerciale dai rischi ridotti, facendo affidamento sul marchio del franchisor, e, quindi, giovandosi della posizione di affidabilità e prestigio acquisita dallo stesso e, conseguentemente, di inserirsi sul mercato.

Orbene, dal contratto depositato in atti emerge che fra l'opponente e la società opposta è intercorso un rapporto di "affiliazione commerciale" in base al quale erano previsti in capo alle parti una serie di obblighi reciproci.

In particolare, dalla scrittura privata registrata l'8 aprile del 1998 tra la Du. S.p.A. (impresa affiliante) e To.Ma. (imprenditore affiliato) risulta che la prima intendeva favorire l'organizzazione di una rete a livello nazionale ed internazionale di punti di vendita di prodotti con uso dell'insegna e del marchio caratterizzati da una uniformità di immagine, di servizio e di prodotti offerti al pubblico (premessa 2.4) e il secondo era interessato ad installare un punto vendita in Casteldaccia, intraprendendo un'attività commerciale indipendente (premessa 2.5). Le

parti prevedevano inoltre che il contratto, salvo disdetta da inviarsi con lettera a.r. a cura di una delle parti e con anticipo di tre mesi, si sarebbe rinnovato per un periodo di un anno e così di seguito, mentre con la clausola 14.1 in deroga alla precedente veniva ammesso il recesso immediato su semplice comunicazione inviata con lettera raccomandata a.r. e con effetto immediato dal suo ricevimento per la violazione da parte dell'affiliato anche di uno solo dei punti espressamente specificati tra cui veniva ricompreso, per quel che qui più interessa, il mancato pagamento delle fatture già dilazionate a 90 giorni dalla data di emissione. Ciò detto va anzitutto chiarito che la registrazione del contratto costituisce, una mera "condicio iuris" di efficacia del contratto stesso, che può intervenire, con effetto "ex tunc", in un momento successivo alla conclusione del negozio. Non può pertanto in alcun modo ritenersi che la missiva del 22.12.2003 possa costituire valido atto di preavviso di mancato rinnovo, avendo peraltro ad oggetto altra questione tra le parti (ovvero la chiusura del punto vendita per ristrutturazione dei locali).

Pur tuttavia deve considerarsi legittima la risoluzione anticipata del contratto annunciata con la lettera del 14.07.2004 poiché conforme alla clausola contrattuale 14.1.

L'esposizione debitoria dell'opponente, protrattasi per diverso tempo e pari a 28.000.000 milioni delle vecchie Lire (poi in parte ripianata per i versamenti eseguiti come da piano di riparto del 22.06.2004 riconosciuto e sottoscritto dallo stesso opponente) vale a concretizzare la violazione della pattuizione di cui all'art. 7 che imponeva il pagamento dei corrispettivi dovuti a 90 giorni dalla emissione delle fatture.

Non costituisce pertanto abuso del diritto di credito la richiesta di pagamento nel rispetto della suddetta clausola a fronte di una prassi - rimasta peraltro inesplorata - di adempimento a circa cinque sei mesi dalla emissione delle fatture. Per costante orientamento della giurisprudenza, infatti, "la tolleranza del creditore non può in alcun caso giustificare l'inadempimento e non comporta, per se stessa, modificazione della disciplina contrattuale voluta dalle parti, non essendo possibile desumere una completa acquiescenza alla violazione di un obbligo contrattuale posta in essere dall'altro contraente né un consenso alla modificazione suddetta da un comportamento equivoco, com'è normalmente quello di non avere preteso in passato l'osservanza dell'obbligo stesso in quanto tale comportamento può essere ispirato da benevolenza piuttosto che essere determinato dalla volontà di modificazione del patto.

Pertanto, quand'anche il creditore accetti prestazioni ritardate, ciò non comporta di per sé rinuncia ad avvalersi della risoluzione del contratto, la quale può ritenersi rinunciata soltanto in presenza di una condotta che si ponga in palese contraddizione con la volontà di risolvere il contratto.

In particolare, e proprio con riferimento all'ipotesi di proroga del termine di adempimento contrattualmente pattuito, la S.C. ha ritenuto che la concessione di una dilazione nel termine di adempimento non è idonea a precludere al creditore la possibilità di far valere, successivamente, il mancato rispetto sia del termine dilazionato, sia di quello originariamente fissato, osservando che "il fatto che il creditore non agisca immediatamente per ottenere dall'obbligato verso di lui l'esecuzione dell'obbligazione, dopo scaduto il termine fissato in contratto, ma ritenga invece di concedere all'altro contraente una proroga per l'esecuzione del contratto medesimo, non trasforma quella originaria in una obbligazione senza termine, né importa la rinuncia del creditore ad ogni effetto dei termine vero, originariamente convenuto per l'adempimento.

Il termine cosiddetto "di tolleranza" può scagionare soltanto il debitore degli effetti dell'incorsa mora, che gli è consentito di purgare ma, ove a ciò egli non provveda, il termine di scadenza contrattuale riprende ad ogni effetto tutto il suo vigore, essendo stata la volontà di tolleranza superata ed annullata dal persistere dell'inerzia dell'obbligato, a meno che la rinuncia ai predetti effetti non risulti espressamente voluta" (così Cassazione civile sez. 1 18.03.2003 n. 3964).

Nella specie è documentalmente provato (si vedano lettere di corrispondenza tra le parti in causa) che l'opposta abbia più volte prorogato il termine di adempimento su richiesta dell'opponente e ciò in ossequio alle regole di solidarietà, correttezza e buona fede di cui al combinato disposto degli artt. 1176 c.c. e art. 2 Cost. Una tale condotta, tuttavia, non può interpretarsi quale volontà di non avvalersi delle clausole contrattuali, rimanendo fermo l'interesse al soddisfacimento del proprio credito anche a mezzo della risoluzione anticipata del contratto.

Priva di adeguato supporto probatorio risulta infine la circostanza che l'opposta non abbia fornito la merce ordinata.

Da un esame delle fatture per cui è causa si evince difatti che l'ordinativo n. 15 del 30.09.2003 è stato interamente evaso come indicato nella fattura del 6 ottobre 2003 risultando ridotto solo l'ordinativo del 31.10.2003 come può rilevarsi dalla fattura del 10.11.2003.

La circostanza suddetta, tuttavia, non vale a configurare l'inadempimento della società opposta tenuto conto dell'esposizione debitoria già in precedenza maturata, e rappresentata dal piano di ammortamento citato, e delle ripetute proroghe. In altri termini, non può considerarsi illegittimo il comportamento del creditore che opponga l'inadempimento del debitore quale circostanza ostativa alla prosecuzione dei rapporti commerciali.

Per le argomentazioni che precedono il decreto ingiuntivo deve essere confermato e respinta l'opposizione allo stesso.

Avuto riguardo alla particolarità delle questioni giuridiche trattate sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale di Palermo, Terza Sezione Civile in composizione monocratica, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione respinta, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti così provvede:

Rigetta l'opposizione proposta da To.Ma. con atto di citazione del 3 ottobre 2008 avverso il decreto ingiuntivo n. 2617/2008 che il Tribunale di Palermo, su istanza della Du. S.p.A. ha emesso in data 30.06.2008 che per l'effetto conferma.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del presente giudizio.