



IL TRIBUNALE CIVILE DI ROMA  
Sez. decima

In persona del giudice Dr. Vincenzo Vitalone ha emesso la seguente

ORDINANZA

nella causa civile iscritta al n.80200/2012

La Ati [redacted] ha richiesto ex art 700 c.p.c. di inibire alla A [redacted] T [redacted] s.p.a. di far fronte al pagamento della somma di € 1.760.844,86 scaturente dalla escussione di due polizze fideiussorie emesse dalla medesima a favore dell'A [redacted] s.p.a. in relazione ai lavori di appalto relativi all'ammodernamento del tratto stradale [redacted] e meglio descritti nel ricorso introduttivo (doc 5 di parte ricorrente).

Ha rilevato al contempo che l'iniziativa della presunta creditrice doveva ritenersi contraddistinta da evidente mala fede e comunque indebita dovendo quest'ultima ritenersi del tutto inadempiente quale parte committente agli obblighi verso l'Ati appaltatrice scaturenti dal rapporto contrattuale, come non poteva ritenersi legittima la volontà manifestata da parte della garante di far fronte al pagamento senza porre eccezioni.

Ha precisato in tal senso che tra le parti già si era consolidata la lite giudiziaria sia in un processo di merito sia in un procedimento per atp azionato da essa ricorrente presso il Tribunale di [redacted] al fine da far valutare l'effettivo stato del cantiere e dei lavori effettuati e considerata l'interruzione del rapporto contrattuale.

Si è costituita l'A [redacted] contestando sia sotto il profilo processuale che di merito l'ammissibilità e la fondatezza della domanda, e si è costituita altresì l'A [redacted] T [redacted] Assicurazioni s.p.a. la cui proposizione difensiva merita ulteriore approfondimento.

E' intervenuta nel processo la C [redacted] P [redacted] s.r.l. quale società componente dell'ATI per sostenere le ragioni della medesima

Sembra evidente che l'effettiva controparte processuale della ricorrente in questa fase sia l'A [redacted] T [redacted] (garante per due polizze fideiussorie) destinataria della richiesta di inibizione del pagamento a fronte della dedotta escussione. Naturalmente il procedimento è stato attivato anche nei confronti della garantita, sul presupposto della illiceità dell'escussione delle polizze (doc 3, 4); ciò che deve valutarsi, tuttavia, ai fini della decisione, è se sia legittimo che la garante paghi senza riserve alla creditrice stante l'evidente e radicata controversia tra la contraente e la beneficiaria e se si palesino le condizioni per emettere il provvedimento d'urgenza.

Tale circostanza consente di ritenere correttamente integrata la competenza territoriale del giudice adito ed impone di valutare preventivamente la condotta processuale della garante.

Deve infatti rilevarsi l'assunzione di posizioni ondivaghe ed incerte, indubbiamente non riconducibili ad una doverosa condotta di buona fede anche con riguardo al noto parametro della solidarietà sociale.

A fronte della richiesta della ricorrente invero era onere, o meglio obbligo, dell'assicurazione manifestare la propria volontà di far fronte o meno all'escussione così da giustificare, almeno sotto il profilo processuale il ricorso d'urgenza. Dalle

difese della T. A. invece ciò è arduo evincere poiché, per un verso, essa ha dichiarato "di aver l'obbligo di astenersi dal pagamento" (v. verbale di udienza del 15.1.2013) a dimostrazione della circostanza che la stessa ha valutato l'indebita escussione della garanzia, dall'altro, con la memoria difensiva finale, ha ritenuto di doversi rimettere al giudice, affermazione certamente scontata e priva di contenuto processuale; quasi a dire se il giudice lo ordina non pago, precisazione evidentemente dilatoria.

A fronte di una preliminare decisione di non voler pagare quanto richiesto dall'A. e quindi porre fine in questa sede alla materia del contendere, con l'adesione sostanziale alla proposizione della ricorrente e con la conseguente inutilità per il giudice di emettere un provvedimento inibitorio nei confronti di chi volontariamente non avrebbe pagato, la nuova memoria difensiva tale manifestazione di volontà certamente attenua, se non vanifica, imponendo la decisione sul merito dell'urgenza.

Si osserva allora come il rapporto di garanzia debba, contrariamente da quanto assunto dalla ricorrente, essere ricondotto in una figura contrattuale di garanzia atipica non riconducibile alla fideiussione bensì a quella rielaborata da dottrina e giurisprudenza della cosiddetta *fideiussio indemnitas*, caratterizzata dalla evidente distinzione ed autonomia della prestazione del debitore principale (contraente) e garante (banca o assicurazione) ed in particolare dalla infungibilità di quella del primo che non può coinvolgere il garante, tenuto soltanto al pagamento di una somma nel caso dell'inadempimento contrattuale del contraente nei confronti del beneficiario (rapporto committente /appaltatore) ( Cass. 1.6.2004 n. 10486, Cass. 17.3.2006 n. 5997, Cass. 3.3.2009 n. 5044, Cass.S.U. 18.2.2010 n. 3947).

Così ricostruito il rapporto di garanzia, anche valutando le clausole delle due polizze fideiussorie e della individuazione del rischio assicurato (v. doc 1 e 2 di parte ricorrente) deve ritenersi come l'escussione da parte della A. non possa ritenersi sostenuta dalla correttezza e buona fede che la giurisprudenza da tempo ha individuato come criterio pregnante, forse più che in altre fattispecie, nella valutazione della liceità della pretesa di pagamento.

Non vi è dubbio che le polizze fideiussorie sono contraddistinte dalla clausola a prima richiesta e con espressa rinuncia dal parte del garante al beneficio dell'escussione e dell'applicazione dell'art 1957 c.c.; è anche vero tuttavia che, a parere di questo Giudice, ciò non basta per legittimare sempre e comunque l'escussione, consolidando in capo al beneficiario un potere ed una forza contrattuale che debbono comunque recedere a fronte della richiamata valutazione della correttezza e buona fede della sua condotta.

Ed infatti l'A. era ben consapevole della controversia già sorta con la controparte, ( processo di merito ed ATP) ed era altrettanto consapevole di aver già riconosciuto in data 19 ottobre del 2012 di essere debitrice dell'ATI e di sue imprese associate delle somme di € 989.341,06 ed € 1.004.255,85. Che tale riconoscimento di debito sia in contrasto con la successiva contabilità finale dell'appalto redatta dalla committente è circostanza che merita ogni ulteriore approfondimento ma che in questa sede, già pendendo altro e diverso giudizio, conferma l'assoluta incertezza dei rapporti di dare ed avere che vanifica allo stato la deduzione dell'inadempimento dell'appaltatrice, presupposto necessario per l'escussione della garanzia.

La facoltà di escutere le polizze fideiussorie che coprono sostanzialmente l'inadempimento dell'appaltatore non può ritenersi talmente ampia da giungere al punto che la sola dichiarazione unilaterale ed apodittica del garantito imponga, di per sé, al garante di pagare e quindi di rivalersi sul debitore principale con le conseguenze

note del regresso peraltro anch'esso previste a prima richiesta e senza eccezioni (v art 11 delle polizze).

Dagli stessi documenti prodotti in atti emerge che non solo l'A. [redacted] potrebbe non essere creditrice della somma oggetto dell'escussione (€ 1.800.000,00 circa) ma potrebbe risultare addirittura debitrice dell'ATI per le somme già indicate e su tale presupposto è lecito ritenere, in una valutazione necessariamente sommaria della fattispecie, sussistente l'obbligo della garante (riconosciuto seppur contraddittoriamente dalla stessa) di non pagare a fronte dell'evidenziarsi di profili di escussione abusiva ed in mala fede.

Così la Cassazione a cui questo giudice aderisce: *"Nelle garanzie autonome l'assunzione da parte del garante dell'impegno di effettuare il pagamento a semplice richiesta del beneficiario della garanzia e la sua rinuncia ad opporre eccezioni inerenti al rapporto principale, ivi comprese quelle relative all'invalidità del contratto da cui tale rapporto deriva, a meno che non siano fondate sulla nullità per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa, non escludono l'operatività del principio di buona fede, quale fonte integrativa degli effetti degli atti di autonomia privata in virtù del quale deve ritenersi giustificato il rifiuto del pagamento allorché esistano prove evidenti del carattere fraudolento o abusivo della richiesta del beneficiario. Tale rifiuto non rappresenta una mera facoltà ma un dovere del garante il quale è legato al debitore principale con un rapporto di mandato che è tenuto ad adempiere con diligenza e secondo buona fede, con la conseguenza che l'accoglimento della richiesta di pagamento avanzata dal beneficiario in presenza di prove evidenti della sua pretestuosità preclude al garante la possibilità di agire in rivalsa nei confronti del debitore principale"* (Cass. 5997/2006).

L'assicurazione non può allora trincerarsi, come ha tentato di fare, nel prospettare di non conoscere l'effettiva situazione del contratto di appalto, poiché il suo dovere di diligenza e buona fede le imponeva, almeno in questa sede, di verificare la correttezza e legittimità dell'escussione e quindi di determinarsi lealmente, come già osservato, in relazione all'obblighi assunti sia nei confronti del beneficiario che del contraente.

E' peraltro irrilevante il profilo dedotto dall'A. [redacted] secondo cui la ricorrente avrebbe perso la legittimazione alla richiesta d'urgenza avendo provveduto a *factorizzare* i propri presunti crediti nei confronti di essa committente tanto da non poterli eccepire per sostenere la infondatezza della pretesa creditoria su cui si fonda l'escussione. Ed infatti, anche sotto tale profilo, si ribadisce che il presente procedimento riguarda prevalentemente la contraente e la garante e l'eventuale diritto della prima di inibire all'assicurazione di pagare l'indebito, prospettando il più che concreto rischio di subire un'imponente azione di immediato regresso con ciò che essa comporta per le società impegnate in appalti di opere pubbliche (*periculum in mora*).

Discende da ciò come il giudice della tutela non abbia motivo per entrare nel merito della titolarità di eventuali crediti vantati dalla ricorrente medesima nei confronti della committente e *factorizzati* (peraltro *pro solvendo*) poiché, come detto, tale profilo è già affidato ad altro e diverso giudice.

Deve pertanto ordinarsi alla società convenuta di non pagare alla beneficiaria a fronte dell'escussione delle polizze.

Per ciò che attiene la richiesta proveniente dall'A. [redacted] di condanna dell'assicurazione di pagare senza indugio quanto richiestole è evidente come sia assorbita dalla valutazione contraria di questo giudice e comunque non può essere questa la sede per provvedervi prefiggendo il codice di rito strumenti ad hoc a tutela del creditore.

Il presente procedimento impone l'instaurarsi della causa di merito almeno tra la ricorrente e la assicurazione (parti contrattuali del rapporto di garanzia) sicchè le spese della fase vanno rinviate alla sentenza di merito.

PQM

Visto l'art 700 c.p.c.

Ordina alla A[REDACTED] T[REDACTED] s.p.a. di non pagare alla A[REDACTED] s.c.p.a le somme dalla medesima richieste in virtù dell'escussione delle polizze fidejussorie stipulate dal ATI [REDACTED] n. T172/00A0088121 e n. T172/00A81129.

Spese al merito.

Si comunichi

ROMA 23.1.2013

Il Giudice  
Vincenzo Galone

Depositato in cancelleria Roma II
24 GEN. 2013
IL CANCELLIERE GIUSEPPE ANDREA BELLO