R.G. n. 21047-1/2019
Ordinanza Pronunzia il 11 maggio 2020 Pubblicazione il 11 maggio 2020

TRIBUNALE ORDINARIO di BOLOGNA

Nella causa

tra

ALFA GROUP S.R.L. CON SOCIO UNICO (C.F. ***) e **BETA S.R.L.** (C.F. ***), con il patrocinio dell'avv. elettivamente domiciliato in presso il difensore avv.

Attrici

e

Z. (C.F. ***), **B.** (C.F. ***) e **C.** (C.F. ***), con il patrocinio dell'avv. e dell'avv. (***) elettivamente domiciliato in Bologna presso il difensore avv.

Convenuti

e

BANCA D (C.F. ***), con il patrocinio dell'avv. V e dell'avv. (***) elettivamente domiciliato in Bologna presso il difensore avv.

il giudice,

letto il ricorso cautelare in corso di causa depositato dalle società attrici nei confronti della convenuta Banca di e dei convenuti Z., B. e C., con il quale chiedono ai sensi dell'art. 700 c.p.c. l'inibizione del pagamento da parte della Banca garante a mezzo di fideiussioni "a prima richiesta" scadenti il 7 maggio 2020, nonché la "sospensione" del termine di pagamento nei confronti dei creditori;

rilevato che con provvedimento del 24 aprile 2020 il fascicolo veniva assegnato a questo giudice e che veniva quindi dichiarata l'urgenza ai sensi dell'art. 83, comma 3, lettera a) del decreto-legge 19 marzo 2020, n. 18 (*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*), e che - osservato che non sussistevano i presupposti per l'emanazione di decreto *inaudita altera parte* atteso che poteva assicurarsi la decisione nel rispetto del contraddittorio in prossimità del termine per il pagamento e per l'escussione della fideiussione - veniva emesso decreto di fissazione di udienza urgente mediante trattazione scritta ai sensi della lettera h) del settimo comma del menzionato art. 83 DL 18/2020 (in forza del quale si rende possibile "*lo svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni, e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice*"), con termine alle resistenti sino al 4 maggio 2020 per il deposito di memoria di costituzione e risposta;

che tutte le parti resistenti si costituivano tempestivamente con memoria depositata in via telematica;

all'esito, quindi, dell'udienza tenuta il 7 maggio 2020 ai sensi della lettera h), mediante deposito di ulteriore breve nota di tutte le parti,

OSSERVA

1.

Non sussistono i presupposti per l'accoglimento del ricorso.

2.

Non è meritevole di accoglimento la richiesta avanzata dalle attrici di inibizione del pagamento da parte della Banca garante a mezzo di fideiussioni "a prima richiesta" scadenti il 7 maggio 2020, in ragione della carenza di prova liquida ed incontrovertibile dell'abusività dell'eventuale escussione.

È invero noto che in ipotesi di contratto autonomo di garanzia il giudice della cautela possa e debba inibire ex art. 700 c.p.c. il pagamento da parte della Banca garante soltanto quando sussista la prova liquida dell'abusività dell'escussione (Corte di cassazione Sez. 3, Sentenza n. 30509 del 22/11/2019: "in tema di contratto autonomo di garanzia, l'abusività della richiesta di garanzia ai fini dell'accoglimento dell'*exceptio doli* deve risultare *prima facie* o comunque da una prova c.d. liquida, cioè di pronta soluzione che il garante è tenuto a fornire mentre non possono essere addotte a suo fondamento circostanze fattuali idonee a costituire oggetto di eccezione di merito opponibile dal debitore garantito al creditore beneficiario della garanzia, in ragione dell'inopponibilità da parte del garante di eccezioni di merito proprie del rapporto principale").

Al debitore è riconosciuta infatti la possibilità di avvalersi del rimedio generale dell'*exceptio doli*, purché alleghi e dimostri la condotta abusiva del creditore, il quale abbia escusso la garanzia in carenza del diritto di credito (in ragione, ad esempio, dell'avvenuto pagamento), al fine di realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento e/o all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio al debitore.

Occorre, in buona sostanza, che la sussistenza del *fumus* di tale dolo risulti da prove univoche e non da mere difese e che risulti evidente, certo ed incontestabile il venir meno dell'obbligazione principale, per adempimento o per altra causa.

3.

Nella specie manca innanzitutto la prova dell'abusività e della fraudolenza dell'escussione in relazione alla pretesa insussistenza del credito, motivata nella causa di merito dalle attrici sulla richiesta di riduzione del prezzo di acquisto (*rectius*: dall'attrice Alfa Group s.r.l., posto che l'altra attrice, in quanto società, non acquirente, ma oggetto del contratto di compravendita, non sembrerebbe *prima facie* neppure legittimata ad agire).

Parte attrice non ha offerto infatti tale piena prova, la quale non si desume dall'attenta lettura degli atti, atteso che la ricostruzione di parte attrice, per cui nella specie sussisterebbero i presupposti per una riduzione del prezzo di acquisto in ragione di un calo del fatturato della società compravenduta, noto alla controparte e dolosamente taciuto, si basa su elementi allo stato controvertibili e opinabili, che necessiteranno di adeguata attività istruttoria nel corso della causa, avendo le convenute rilevato come l'attrice Alfa Group s.r.l. si sia determinata all'acquisto soltanto dopo una lunga e approfondita *due diligence* condotta da società terza scelta dall'acquirente.

Ne consegue che, fatto salvo ogni ulteriore approfondimento, istruttoria e valutazione nella causa di merito in ordine all'effettiva fondatezza o meno del diritto della parte attrice alla riduzione del prezzo di acquisto e/o al risarcimento dei danni allegati, in questa sede non vi è piena prova della condotta fraudolenta e abusiva dei convenuti nel richiedere il prezzo che era stato stabilito in sede di compravendita e nell'escussione della relativa garanzia e, dunque, sotto tale profilo non v'è evidenza dei presupposti dell'*exceptio doli*.

4.

Dalla lettura del ricorso cautelare in corso di causa si desume tuttavia come le parti attrici abbiano motivato il preteso carattere abusivo dell'escussione, non tanto in relazione alla pretesa di riduzione del prezzo (che forma, come detto, oggetto della causa di merito e che tuttavia risulta appena accennata nel ricorso cautelare), quanto in relazione alla propria temporanea condizione di difficoltà, conseguente alla recente emergenza sanitaria, intervenuta dopo l'inizio della causa, sicché hanno chiesto una posticipazione del termine per l'escussione della garanzia al 30 settembre 2020.

Sotto tale profilo, secondo la parte attrice "*la natura abusiva della escussione richiesta*" deriverebbe dunque non tanto dalla insussistenza del credito (in conseguenza della riduzione del prezzo), quanto dalla "*incontestata incidenza, in danno delle ricorrenti, della emergenza collegata al COVID-19 ed alla assenza di ragioni - che dovevano essere fornite dai Venditori e dalla Banca - preordinate a giustificare il rifiuto opposto al richiesto differimento di un termine di pagamento*".

4.1.

A tale riguardo, si deve escludere, tuttavia, che l'eventuale escussione della garanzia autonoma, in carenza di fondata e piena prova dell'insussistenza del diritto di credito, possa assumere carattere fraudolento soltanto in ragione delle temporanee difficoltà economiche del debitore, eventualmente note alla controparte.

Non appare difatti persuasivo l'assunto di parte attrice per cui, in ragione del necessario rispetto dei doveri reciproci di correttezza e del principio generale di buona fede e di solidarietà sociale, sarebbe consentita una indeterminata espansione della nozione di dolo sino ad escludere la legittimità dell'escussione nei confronti di un debitore in condizioni di difficoltà.

L'*exceptio doli*, come detto, deve fondarsi sulla prova liquida ed incontrovertibile che il creditore stia richiedendo abusivamente l'escussione in una condizione di radicale carenza del diritto di credito, e non può essere estesa all'aspettativa che il creditore consideri le difficoltà economiche, pur giustificate, del debitore.

4.2.

Un diverso approdo non è consentito neppure in forza della disciplina emergenziale in materia di COVID-19, in quanto la stessa non consente di affermare che la richiesta di pagamento e l'escussione della garanzia sia fraudolenta o abusiva.

Come noto, infatti, la normativa emergenziale recentemente introdotta prevede all'art. 3 comma 6 *bis* del D. L. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, che "*il rispetto delle misure di contenimento di cui* (sic!) *presente decreto è sempre valutata* (sic!) *ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*" (il comma è stato inserito dall'art. 91 del D. L. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla L. 24 aprile 2020, n. 27).

Nonostante la carenza allo stato di approfondimenti in dottrina (salvo alcune prime embrionali riflessioni) e la carenza di noti precedenti editi e nonostante qualche incertezza nella stessa formulazione della norma di nuovissimo conio (che tuttavia può verosimilmente assumersi applicabile anche ai rapporti negoziali tra privati, non apparendo dirimente la rubrica della norma "Disposizioni in materia ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di *contratti pubblici*", la cui seconda parte sembrerebbe riferita al solo secondo comma dell'art. 91), si deve osservare, innanzitutto, come sia allo stato incerto se in forza di tale disposizione le conseguenze dell'attuale emergenza sanitaria sul sistema produttivo assumano rilevanza in termini generali e astratti, oppure, come parrebbe dalla lettera della disposizione, soltanto per gli specifici effetti del "rispetto delle misure di contenimento" (cd. *factum principis*). Secondo il suo tenore strettamente letterale, la disposizione parrebbe in effetti avere riguardo non a una generica impossibilità di adempimento in conseguenza della pandemia, ma alla sopravvenuta impossibilità del debitore di adempiere a causa delle restrizioni su di lui gravanti in quanto impostegli dall'autorità e al riguardo nel caso di specie l'attrice ha espressamente escluso che le dette misure ne abbiano sospeso l'attività [v. ricorso cautelare, pag. 9 ove le attrici danno atto che "*il codice Ateco della società (22.29.09, come risulta dalla visura allegata sub doc. 4), rientra tra quelli essenziali di cui all'allegato 1) del d.p.c.m. del 22/03/2020*" e pag. 16 "*ancorché la Alfa non sia stata direttamente interessata dal provvedimento di chiusura*"].

Pure a superare tale primo dubbio esegetico, assumendo che la disposizione abbia riguardo anche agli effetti indiretti della pandemia, va osservato come appaia nondimeno opinabile, allo stato, l'applicabilità della disposizione *de qua* nell'ipotesi di incapacità

patrimoniale del debitore, posto che la norma trova sicura applicazione nell'ipotesi in cui l'attuale emergenza sanitaria abbia impedito di realizzare la prestazione oggetto di obbligazione (sicché il debitore può legittimamente dichiarare al creditore che gli esiti anche indiretti delle misure di contenimento gli impediscono di eseguire la prestazione, sospendendo il proprio adempimento per tutta la loro durata e sino a che ne siano esauriti gli effetti), mentre è invece dubbio che possa applicarsi in ipotesi di adempimento di obbligazioni pecuniarie, come in prima battuta parrebbe forse escluso dal rinvio all'art. 1218 c.c., che come noto presuppone una oggettiva impossibilità della prestazione e non già una mera impossibilità soggettiva di adempiere per mancanza di liquidità (secondo l'antica massima *genus nunquam perit*).

In ogni caso, pure a intendere la norma speciale, per ipotesi, come estensiva della fattispecie di cui all'art. 1218 c.c. anche all'impossibilità di adempiere per un'improvvisa e imprevedibile carenza assoluta di liquidità conseguente al rispetto delle misure di contenimento (o, ancora più estensivamente, in conseguenza degli effetti anche indiretti delle dette misure), assumendo che il Legislatore abbia ritenuto che la pandemia renda, in qualche modo, "oggettiva" l'impossibilità di pagamento, va osservato come nel caso di specie il debitore non abbia allegato affatto una effettiva "impossibilità" di adempiere, ma soltanto una condizione di grave difficoltà.

Anche accedendo, dunque, ad una esegesi estensiva della norma, pare evidente come nella valutazione rimessa dalla norma al giudice andrebbe invero tenuta distinta la condizione di effettiva impossibilità (ad esempio del lavoratore autonomo o della piccola impresa che avendo perso per mesi, a causa della pandemia, ogni capacità reddituale sia oggettivamente impossibilitato/a a effettuare un rilevante pagamento), dalle generiche difficoltà di una società che nella specie avrebbe dovuto allegare e provare non un, sia pur rilevante, calo del fatturato, ma la conseguente oggettiva impossibilità di effettuare il pagamento.

La norma speciale di cui all'art. 3 comma 6 *bis* del D. L. n. 6/2020 esonera certamente il debitore dall'onere di provare il carattere imprevedibile e straordinario degli eventi che hanno reso impossibile la prestazione dedotta nel contratto, chiarendo che il rispetto delle misure di contenimento deve essere "sempre valutato" dal giudice, ma non pare prefigurare una generale sospensione *ope legis* dei termini di pagamento (la quale è stata contemplata dal legislatore, a causa dell'emergenza sanitaria, solo per ipotesi specifiche: versamenti tributari e contributivi, pagamento di rate di *leasing*, pagamento di rate di mutuo prima casa ecc..).

In buona sostanza, se il legislatore avesse voluto attribuire ai debitori una moratoria generalizzata a discapito degli interessi creditori,

assumendo che l'attuale emergenza sanitaria legittimi una dilazione dei termini di pagamento per ogni debitore comunque interessato, anche in via indiretta, dalle attuali misure di contenimento e che ne soffra le indubbie conseguenze in termini di riduzione del fatturato, lo avrebbe stabilito espressamente (com'è accaduto, difatti, nella disciplina emergenziale in materia di COVID-19 con l'art. 10, comma quarto del D.L. 2 marzo 2020, n. 9, il quale disponeva in modo espresso e univoco, per i soli soggetti residenti, con sede operativa o esercitanti la propria attività nella prima "zona rossa", di Lodi e dintorni, che "*il decorso ... dei termini per gli adempimenti contrattuali è sospeso dal 22 febbraio 2020 fino al 31 marzo 2020 e riprende a decorrere dalla fine del periodo di sospensione*").

La formulazione invece scelta ("*il rispetto delle misure di contenimento ... è sempre valutata…*"), pure nella sua esegesi più ampia pare rinviare ad un contemperamento in concreto degli interessi coinvolti, delle ragioni del debitore e del creditore, verificando le condizioni dei soggetti interessati e in che misura siano colpiti dalle misure di contenimento, con una prudente valutazione dell'effettiva esigibilità della prestazione anche alla luce dei doveri di correttezza e di solidarietà sociale, sulla base dei fatti allegati.

Al fine di escludere il pagamento di una garanzia autonoma, quindi, dovrebbe assumersi che il debitore sia incontrovertibilmente titolare di un diritto soggettivo alla richiesta dilazione di pagamento e che, per l'effetto, emerga la prova liquida che l'escussione della garanzia sia abusiva, cosa che nel caso di specie non pare emergere dagli atti.

5.

Rispetto, infine, all'ulteriore richiesta formulata dalla parte attrice in via cautelare, di una posticipazione sino al 30 settembre 2020 del termine del pagamento da effettuarsi ai creditori convenuti, si deve osservare come, una volta che sia escluso che nella specie sussista la prova liquida dell'abusività dell'escussione, assuma carattere dirimente, sotto il profilo del *periculum*, l'ulteriore rilievo che una eventuale temporanea carenza di liquidità del debitore potrebbe, in ipotesi, assumere rilevanza soltanto in futuro, quando, escussa la garanzia e versato il relativo importo da parte dell'Istituto di credito, quest'ultimo agisca in regresso nei confronti del debitore.

Alla scadenza del termine di pagamento del 7 maggio 2020, potendo i venditori convenuti escutere la garanzia, appare inverosimile l'instaurazione di una procedura esecutiva nei confronti dell'attrice Alfa Group s.r.l., la quale dunque soltanto in futuro, e non nell'attualità, potrebbe subire la detta azione in regresso da parte della Banca convenuta, nei tempi e con le modalità che saranno determinate dall'istituto di credito nel rispetto delle esigenze dettate dall'attuale contesto, né la parte attrice ha allegato in modo preciso e

circostanziato quale diverso pregiudizio, imminente e irreparabile, conseguirebbe alla escussione della garanzia alla data di sua scadenza e al pagamento da parte della Banca garante.

La Banca convenuta, per suo verso, nella propria memoria di costituzione, dato comunque atto che allo stato non le era pervenuta alcuna richiesta di escussione da parte di alcuno dei beneficiari, si è limitata a rappresentare di non avere alcun interesse a entrare nel merito delle eccezioni sollevate dalle attrici in ordine al preteso carattere fraudolento dell'escussione della garanzia, rimettendosi alla decisione del Tribunale (salvo chiedere che la parte comunque ritenuta soccombente fosse condannata alla rifusione delle spese di lite da lei sostenute).

6.

Il ricorso cautelare deve essere respinto, riservando al merito ogni valutazione in ordine alle spese di lite (sicché soltanto in tale sede potrà tenersi conto della novità delle questioni).

P.Q.M.

Visto l'art. 700 c.p.c.,

RIGETTA il ricorso.

MANDA alla Cancelleria per gli adempimenti di competenza.

Bologna, 11 maggio 2020

Il GIUDICE

(dott. Marco Gattuso)

Pubblicazione il 11 maggio 2020