

SENTENZA

Tribunale sez. VI - Milano, 24/07/2020,

Intestazione

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO
SEZIONE VI CIVILE

Il Giudice, Guido Macripò
sciogliendo la riserva assunta in data 20.7.2020
nell'ambito del
procedimento cautelare promosso con ricorso
depositato in data
7.7.2020

da

LA RINASCENTE s.p.a. (C.F. --omissis--), in persona
del legale
rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in
Milano via
Durini n. 20 presso l'avv. Maria Silvia Casano che la
rappresenta e
difende per procura in calce al ricorso,

ricorrente

contro

FABBRICA IMMOBILIARE - SOCIETÀ DI GESTIONE DEL RISPARMIO
s.p.a. (C.F.

--omissis--), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Milano Via Cesare Battisti n. 15 presso l'avv. Danilo Scarlino, che la rappresenta e difende unitamente all'avv. Giorgio Meo e all'avv. Luigi Vespoli per procura in calce alla memoria difensiva di costituzione,

resistente

e contro

BANCA POPOLARE DI SONDRIO s.c.p.a. (C.F. --omissis--), con sede secondaria in Sondrio, P.za Garibaldi 16,

resistente

contumace

OSSERVA

Con ricorso ex art. 700 c.p.c. la società LA RINASCENTE s.p.a. ha chiesto di inibire alla BANCA POPOLARE DI SONDRIO s.c.p.a. di pagare la fideiussione a prima richiesta n. FDI 190017/11 escussa da parte della società FABBRICA IMMOBILIARE - SOCIETÀ DI GESTIONE DEL RISPARMIO s.p.a. per l'importo di euro 748.963,89.

La società ricorrente espone di condurre in locazione l'immobile di proprietà della società FABBRICA IMMOBILIARE - SOCIETÀ DI GESTIONE DEL RISPARMIO s.p.a. sito in Palermo, via Roma-P.za San Domenico-via Torre di Gotto-via Gagini, presso il quale esercita l'attività commerciale di vendita al dettaglio dei propri prodotti.

Afferma, altresì, la ricorrente di aver comunicato in data 9 settembre 2019 la disdetta dal contratto di locazione a far data dal 30 settembre 2020 sul presupposto dell'eccessiva onerosità del canone rispetto a quello ritenuto "di mercato" e dell'indisponibilità della società conduttrice a una rinegoziazione del contratto.

Deduce che la società locatrice dell'immobile ha escusso la fideiussione n. FDI 190017/11, emessa da BPS su mandato della società conduttrice a garanzia dell'adempimento dell'obbligo di pagamento del canone di locazione, in relazione al mancato pagamento del canone per i mesi di aprile, maggio, e giugno 2020 per l'importo complessivo di euro 748.963,89.

Aggiunge di aver pagato, dopo l'escussione della fideiussione, l'importo di Euro 222.548,70 a titolo di canone di locazione per il periodo di apertura "post lock down (18 maggio 2020/30 giugno 2020)" detraendo da tale canone sia l'importo già pagato anticipatamente nel mese di gennaio riferito al "periodo di lock down" dal 12 marzo al 1° aprile, sia l'importo dovuto per il periodo di "lock down" dal 1° aprile al 17 maggio.

La società ricorrente deduce l'abusività dell'escussione della fideiussione ritenendo che la propria obbligazione di pagamento del canone di locazione riferito al periodo di "lock down" sia da considerare estinta per effetto dell'impossibilità sopravvenuta, definitiva e parziale della "utilizzazione della prestazione che La Rinascente avrebbe dovuto ricevere da Fabbrica", impossibilità conseguente alla temporanea chiusura del punto vendita imposta con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'11 marzo 2020 "recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale" che ha dichiarato "sospese le attività commerciali al dettaglio" per il periodo in considerazione.

Sotto un diverso profilo, la società ricorrente deduce di avere legittimamente sospeso l'adempimento dell'obbligazione di pagamento ai sensi dell'art. 1460 c.c. in conseguenza dell'inadempimento della controparte contrattuale che avrebbe violato il proprio dovere di cooperazione e di rinegoziazione discendente dal generale principio di buona fede di cui all'art. 1375 c.c.

Quanto al periculum in mora, deduce il rischio di chiusura del punto vendita con le relative, gravi ricadute occupazionali.

Si è costituita la società FABBRICA IMMOBILIARE-SOCIETÀ DI GESTIONE DEL RISPARMIO s.p.a. eccependo, in via pregiudiziale, l'incompetenza del Tribunale di Milano in favore del Tribunale di Palermo, attenendo le domande di merito indicate in ricorso al rapporto di locazione il cui titolo contrattuale prevede

quale foro esclusivo quello di Palermo, che sarebbe in ogni caso da individuare quale foro del rapporto locatizio alla luce del criterio del forum rei sitae previsto dagli artt. 21 e 447 bis c.p.c. e contestando, comunque, quanto ex adverso dedotto.

Va premesso che il contratto autonomo di garanzia o garanzia a prima richiesta si inserisce in un fenomeno negoziale complesso, che dà luogo a tre ben distinti rapporti giuridici, nascenti da autonome pattuizioni seppur volti a dare vita ad un'operazione economica unitaria (v. Cass. S.U. n. 3947/2010).

In particolare, nella fattispecie in esame, il primo rapporto che viene in rilievo, c.d. di valuta, è quello che intercorre tra la ricorrente e la resistente costituita in giudizio, nel quale viene originariamente pattuito l'adempimento di talune prestazioni; il secondo, c.d. di provvista, è destinato ad intervenire tra il debitore e il garante e si caratterizza per l'impegno di quest'ultimo a garantire il creditore del primo rapporto; infine, il terzo è quello che intercorre tra il creditore beneficiario e la banca garante, nel quale quest'ultima si obbliga ad adempiere la prestazione del debitore a semplice richiesta del creditore nel caso di inadempimento.

L'elemento caratterizzante della garanzia a prima richiesta viene individuato nell'impegno del garante a pagare immediatamente, senza alcuna facoltà di opporre al creditore/beneficiario le eccezioni relative ai rapporti di valuta e di provvista, in deroga agli artt. 1936, 1941 e 1945 c.c. caratterizzanti, di converso, la garanzia fideiussoria.

Pertanto, sottoscrivendo tale negozio, il garante si impegna ad adempiere alla propria obbligazione a semplice richiesta della controparte, la quale può limitarsi ad allegare l'inadempimento del debitore principale al contratto a cui si riferisce la garanzia.

L'eliminazione del vincolo di accessorietà e l'indipendenza della garanzia dal rapporto di valuta garantiscono il pronto soddisfacimento dell'interesse del beneficiario, il quale può così fare affidamento sulla possibilità di rapida escussione, senza il rischio di vedersi opporre in sede processuale il regime tipico delle eccezioni fideiussorie.

Ferma la possibilità di proporre le eccezioni che attengono alla validità e all'oggetto dello stesso contratto di garanzia ovvero inerenti al rapporto tra

garante e beneficiario, l'autonomia del rapporto di garanzia trova un preciso limite soltanto allorché l'escussione della garanzia da parte del beneficiario si presenti *ictu oculi* come abusiva e fraudolenta ossia quando risulti evidente, certa ed incontestabile l'avvenuta estinzione dell'obbligazione per adempimento della prestazione o per altra causa ovvero quando il diritto viene esercitato al fine di realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento o comunque all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio o ancora contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui; altro limite è costituito dalla possibilità di opporre eccezioni fondate sulla nullità del contratto principale per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa.

Invero, secondo il condivisibile insegnamento della Suprema Corte (v. Cass. n. 16213/15), l'inopponibilità delle eccezioni di merito derivanti dal rapporto principale, che contraddistingue il contratto autonomo di garanzia rispetto alla fideiussione, comporta che, ai fini dell'*exceptio doli*, il garante non può limitarsi ad allegare circostanze fattuali idonee a costituire oggetto di un'eccezione che il debitore garantito potrebbe opporre al creditore, ma debba far valere una condotta abusiva del creditore, il quale, nel chiedere la tutela giudiziale del proprio diritto, abbia fraudolentemente taciuto, nella prospettazione della vicenda, situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto azionato ed aventi efficacia modificativa o estintiva dello stesso, ovvero abbia esercitato tale diritto al fine di realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento, o comunque all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio ad altri, o, ancora, contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui.

Ne consegue che, in materia di contratto autonomo di garanzia, non possono essere addotte a fondamento dell'*exceptio doli* circostanze fattuali idonee a costituire oggetto di eccezione di merito opponibile nel rapporto principale dal debitore garantito al creditore e beneficiario della garanzia, in quanto elemento fondamentale di tale rapporto è la inopponibilità da parte del garante di eccezioni di merito proprie del rapporto principale (v. Cass. n. 15216/12).

Orbene, preliminarmente il Tribunale ritiene infondata l'eccezione di incompetenza territoriale sollevata dalla resistente FABBRICA IMMOBILIARE SOCIETÀ DI GESTIONE DEL RISPARMIO s.p.a.

Ed invero, dei tre rapporti giuridici nei quali si sostanzia il fenomeno giuridico complesso in cui si inserisce il contratto autonomo di garanzia viene qui in rilievo

quello fondato sulla garanzia a prima richiesta ossia la relazione intercorrente tra la banca garante e la società beneficiaria, dal momento che la domanda cautelare proposta dalla società ricorrente l'orientamento oggi prevalente nella giurisprudenza di merito ritiene che il debitore garantito, sebbene non sia formalmente parte del contratto di garanzia, possa sollevare l'*exceptio doli generalis* in luogo del garante e conseguentemente ritiene che sia, altresì, legittimato a richiedere un provvedimento cautelare d'urgenza volto ad inibire al garante il pagamento della garanzia (v. ad esempio Trib. Bologna 27.11.97, Trib. Torino 29.8.02, Trib. Verona 20.5.01)- ha ad oggetto la richiesta di inibitoria del dell'escussione della fideiussione, costituente l'obbligazione posta a carico della garante e prevista nella fideiussione del 6.10.2011.

Pertanto, è a tale rapporto che bisogna far riferimento per stabilire la competenza e non, quindi, al diverso contratto di locazione stipulato tra debitore e creditore.

Ciò premesso, risulta (v. doc. n. 2 della ricorrente) che la fideiussione a prima richiesta de qua stabilisce la competenza esclusiva del Tribunale di Milano per "ogni controversia relativa alla presente garanzia".

Ne consegue che il Tribunale adito è competente e che deve, pertanto, essere disattesa l'eccezione di incompetenza territoriale sollevata dalla società resistente.

Va, del pari, disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto del vincolo di strumentalità tra le misure richieste e le domande di merito preannunciate, atteso che si tratta della richiesta cautelare di un provvedimento anticipatorio ex art. 669 octies comma 6 c.p.c. e quindi con cd. strumentalità attenuata e che, in ogni caso, sono stati indicati dalla ricorrente in maniera esaustiva il *petitum* e la causa petendi della causa di merito, con la specificazione che la stessa sarà diretta dall'accertamento dell'abusività e/o dolosità e/o illegittimità dell'escussione della garanzia.

Con riferimento al merito delle domande cautelari proposte, rileva in primo luogo il Tribunale che la garanzia de qua costituisce pacificamente un contratto autonomo di garanzia, atteso che dal chiaro tenore letterale delle clausole contrattuali in cui si è estrinsecata la volontà delle parti emerge che le stesse

hanno voluto costituire una garanzia autonoma, a semplice richiesta scritta e senza possibilità di opporre alcuna eccezione.

Ritiene, anzitutto, il Tribunale che la grave emergenza sanitaria legata alla diffusione del COVID-19 non possa comunque condurre l'interprete ad obliterare la distinzione sussistente tra il contratto di fideiussione e il contratto autonomo di garanzia, parificandone la natura e gli effetti con violazione dell'autonomia negoziale delle parti.

Ne consegue che l'autonomia del rapporto di garanzia trova un preciso limite soltanto al ricorrere dei presupposti dell'*exceptio doli generalis*, allorché l'escussione della garanzia da parte del beneficiario si presenti *ictu oculi* come abusiva e fraudolenta ossia quando risulti evidente, certa ed incontestabile l'avvenuta estinzione dell'obbligazione per adempimento della prestazione o per altra causa ovvero quando il diritto viene esercitato al fine di realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento o comunque all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio o ancora contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui; altro limite è costituito dalla possibilità di opporre eccezioni fondate sulla nullità del contratto principale per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa.

Ritiene in proposito il Tribunale che nel caso di specie non ricorrano gli estremi dell'*exceptio doli generalis* non potendosi ritenere che risulti evidente, certa ed incontestabile l'avvenuta estinzione dell'obbligazione di pagamento del canone di locazione sul solo presupposto della sospensione dell'attività commerciale del conduttore imposta dalle misure legislative connesse all'emergenza sanitaria da COVID-19, né potendosi ritenere che l'escussione sia stata effettuata contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui.

La valutazione degli effetti giuridici delle misure di prevenzione e contenimento connesse all'emergenza epidemiologica sui rapporti contrattuali in corso di esecuzione non può prescindere dall'esame degli interventi legislativi in materia, da cui emerge che il Legislatore ha avuto ben presente il problema del pagamento dei canoni di locazioni commerciali nel periodo da marzo a maggio 2020 ed ha ritenuto di intervenire disciplinando eccezionalmente solo talune ipotesi.

L'art. 3 del D.L. 23 febbraio 2020 n. 6, convertito con modificazioni dalla L. 5 marzo 2020 n. 13, ha previsto che il rispetto delle misure di contenimento è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti; tale disposizione, disciplinando gli effetti giuridici dell'inadempimento in termini di una possibile esclusione della responsabilità del debitore inadempiente, presuppone che inadempimento vi sia stato e che, dunque, l'obbligazione non si sia estinta per effetto delle misure di prevenzione e contenimento citate.

Con specifico riferimento alle locazioni commerciali, l'art. 65 D.L. 17 marzo 2020 n. 18, con il fine dichiarato di contenere gli effetti negativi derivanti dalle misure di prevenzione e contenimento in questione, ha introdotto in favore dei soggetti esercenti attività d'impresa un credito di imposta nella misura del 60 per cento dell'ammontare del canone di locazione, relativo al mese di marzo 2020, di immobili rientranti nella categoria catastale C/1; l'art. 28 del D.L. 19 maggio 2020 n. 34, convertito dalla L. 17 luglio 2020 n. 77, ha poi previsto il credito di imposta nella misura del 60 per cento dell'ammontare del canone di locazione commisurato all'importo versato nel periodo di imposta 2020 con riferimento a ciascuno dei mesi di marzo, aprile e maggio 2020. Tali disposizioni normative consentono, dunque, al conduttore che svolge la propria attività d'impresa presso l'immobile locato di beneficiare di un credito di imposta parametrato sull'ammontare dei canoni di locazione versati; tuttavia, le stesse implicano evidentemente l'adempimento dell'obbligazione di pagamento del canone da parte del conduttore, anche tramite cessione del credito di imposta ove accettata dal locatore.

L'art. 95 D.L. 17 marzo 2020 n. 18 ha previsto, limitatamente ai canoni di locazione e concessori relativi all'affidamento di impianti sportivi pubblici dello Stato e degli enti territoriali, la mera sospensione dei termini per il pagamento sino al 31.5.2020, con previsione del versamento in un'unica soluzione o mediante rateizzazione fino ad un massimo di cinque rate a decorrere dal mese di giugno 2020.

L'art. 216 del citato D.L. 19 maggio 2020 n. 34 ha previsto, infine, limitatamente ai contratti di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi, che la sospensione delle attività sportive disposta con i D.P.C.M. attuativi del D.L. 23 febbraio 2020 n. 6 e del D.L. 25 marzo 2020 n. 19 sia sempre valutata ai sensi degli articoli

1256,1464,1467 e 1468 c.c. e, a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto; come conseguenza di tale squilibrio, è attribuito al conduttore il diritto ad una corrispondente riduzione del canone che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito.

Neppure tale intervento legislativo consente di concludere, quindi, nel senso di una automatica estinzione delle obbligazioni di pagamento dei canoni di locazione relativi ad esercizi commerciali e comunque limita il proprio ambito applicativo in modo espresso e specifico ai contratti di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi.

Ebbene, il complesso delle previsioni legislative appena richiamate depone nel senso dell'insussistenza degli invocati presupposti dell'*exceptio doli* non essendo evidente, certa ed incontestabile l'estinzione dell'obbligazione di pagamento del canone di locazione per effetto delle misure di prevenzione e contenimento connesse all'emergenza sanitaria.

Né, d'altro canto, si può ritenere che l'escussione sia abusiva per essere stata effettuata contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui.

Ritiene, invero, il Tribunale che difettino i presupposti dell'*exceptio doli* anche in relazione all'ulteriore questione sollevata dalla società ricorrente in base alla quale l'abusività dell'escussione della fideiussione si desumerebbe dall'esistenza di un precedente inadempimento della controparte contrattuale rispetto all'obbligo di rinegoziazione derivante dal generale dovere di buona fede ex art. 1375 c.c., inadempimento che renderebbe giustificato ex art. 1460 c.c. il mancato pagamento dei canoni di locazione da parte della società conduttrice.

Si osserva in proposito che, anche a volere solo per ipotesi ritenere sussistente nel caso di specie un obbligo di rinegoziazione fondato sul generale dovere di buona fede e riferito alla sopravvenuta, imprevedibile sospensione dell'attività commerciale della società conduttrice, difetta in ogni caso quella prova evidente, immediata e liquida dell'abusività dell'escussione richiesta ai fini del legittimo esercizio dell'*exceptio doli*.

Premesso che, in ogni caso, proprio la società ricorrente ha comunicato in data 9 settembre 2019 la disdetta dal contratto di locazione de quo a far data dal 30

settembre 2020, la vicenda prospettata dalla società ricorrente si colloca nel contesto di un più ampio negoziato intercorrente tra le parti in relazione al rapporto contrattuale in essere e all'eventuale stipulazione di un nuovo contratto di locazione; in tale contesto, entrambe le parti risultano aver formulato proposte reciproche su cui impostare la trattativa ed entrambe mostrano di aver tenuto conto -per quanto in termini sensibilmente diversi- di una pluralità di fattori, tra i quali rientra sicuramente la sopravvenuta emergenza sanitaria (doc. 8, 9, 10 e 11 ricorrente). La valutazione di tale ampia e complessa situazione e del grado di correttezza e lealtà delle condotte tenute dalle parti nello svolgimento delle trattative non può certamente essere ricondotta entro le maglie strette dell'*exceptio doli* che, proprio in ragione del carattere autonomo della garanzia, può essere esperita esclusivamente laddove emerga una prova pronta e liquida dell'abusività dell'escussione.

Ne consegue che non sussiste il necessario presupposto del *fumus boni iuris*.

Ritiene, inoltre, il Tribunale che nel caso di specie difetti anche l'ulteriore presupposto del *periculum in mora*.

Nella fattispecie in esame, invero, il *periculum in mora* richiesto dall'art. 700 c.p.c. non può attenersi alla possibilità di recuperare la somma pagata a seguito dell'escussione della polizza, ma deve essere individuato in un pregiudizio, imminente e irreparabile, che la società ricorrente riceverebbe se non si inibisse il pagamento della garanzia escussa, atteso il prevedibile esercizio del regresso da parte della banca; in particolare il *periculum* è costituito dal fondato timore delle conseguenze derivanti dalla rivalsa, quali ad esempio il rischio di fallimento, la perdita di finanziamenti e la revoca di affidamenti.

La società ricorrente che nel bilancio al 31.12.19 ha esposto un patrimonio netto di oltre 75 milioni di euro e disponibilità liquide di oltre 28 milioni di euro (v. doc. n. 1 resistente) non ha allegato alcuna circostanza obiettiva da cui desumere la sussistenza di un pericolo imminente e irreparabile incombente sul diritto di cui assume essere titolare durante il tempo necessario per farlo valere in via ordinaria e si è limitata a dedurre il rischio di cessazione dell'attività commerciale esercitata presso l'immobile palermitano con le conseguenti ricadute occupazionali.

Rileva, peraltro, al riguardo il Tribunale che la stessa società ricorrente non ha dimostrato, neppure a livello presuntivo, il proprio assunto e in particolare non ha dimostrato il collegamento causale tra l'ipotizzabile regresso da parte della garante e la paventata chiusura dell'attività commerciale in Palermo; ed anzi, essa stessa ha allegato di aver esercitato già in data 9 settembre 2019 il recesso dal contratto di locazione con effetto dal 30 settembre 2020 sul presupposto della ritenuta eccessiva onerosità del canone rispetto a quello ritenuto "di mercato", cosicché la sorte del punto vendita palermitano appare l'esito di una scelta della ricorrente e comunque si colloca su un piano ben diverso rispetto all'oggetto dell'iniziativa cautelare in esame e dipende da scelte imprenditoriali della società ricorrente verosimilmente condizionate da una pluralità di fattori preesistenti rispetto alla recente crisi sanitaria.

Ne consegue l'insussistenza anche dell'ulteriore presupposto del periculum in mora e l'infondatezza della domanda cautelare che dev'essere pertanto rigettata.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

Visti gli artt. 700 e 669 septies c.p.c.

P.Q.M.

- rigetta le domande cautelari proposte dalla società LA RINASCENTE s.p.a.;

- condanna la società LA RINASCENTE s.p.a. a rimborsare a FABBRICA IMMOBILIARE - SOCIETÀ DI GESTIONE DEL RISPARMIO s.p.a. le spese di giudizio, che si liquidano nella somma di euro 9.600,00 per compenso, oltre al rimborso spese forfetarie e agli accessori di legge.

Si comunichi.

Milano, 24 luglio 2020

Depositata in Cancelleria il 24/07/2020

