

# il Corriere del Merito

Mensile di giurisprudenza civile, penale e amministrativa commentata

ANNO VIII - Direzione e redazione - Strada 1 Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

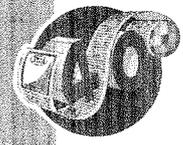
## 5 2012

[www.ipsoa.it/ilcorriereidelmerito](http://www.ipsoa.it/ilcorriereidelmerito)

### L'elezione di domicilio nei giudizi davanti alle Corti d'Appello

### Omessa comunicazione della variazione patrimoniale da parte del sorvegliato speciale

### La definizione degli interventi edilizi spetta soltanto allo Stato



Ipsoa, una tradizione di innovazione. Da 40 anni.

**DIREZIONE SCIENTIFICA:**

- Civile**
- Guido Alpa
- Vincenzo Carbone
- Claudio Consolo
- Vincenzo Cuffaro
- Vincenzo Mariconda
- Pietro Rescigno
- Penale**
- Stefano Corbetta
- Emilio Doicini
- Angelo Giarda
- Giorgio Marinucci
- Amministrativo**
- Francesco Caringella
- Giuseppe Chini
- Rosanna De Nictolis
- Fabio Fracario
- Marco Lipari



**IPSOA**  
Gruppo Wolters Kluwer

Procedimento civile

# Cautela atipica d'urgenza e inibitoria del pignoramento

TRIBUNALE DI PIACENZA, Sez. I, 8 aprile 2011 - Giud. Schiaffino - YY s.r.l. e Avv. YX c/ Comune di Piacenza e XX s.p.a.

Nell'ambito di un contratto di polizza fideiussoria che risulti essere stata escussa illegittimamente dal creditore-beneficiario deve ritenersi ammissibile il ricorso innominato ex art. 700 c.p.c. da parte del debitore principale e del coobbligato i quali, non essendo destinatari né del precetto, né del pignoramento, non possono avvalersi di ulteriori rimedi per inibire l'inizio della preannunciata esecuzione contro il garante e conseguentemente per impedire a questi di agire nei loro confronti, in via di regresso, per il recupero delle somme pagate.

(Omissis)

Procedendo, quindi, all'esame, del secondo ricorso cautelare, ritiene questo Giudice, innanzitutto, che esso sia astrattamente ammissibile, sia con riguardo alle domande svolte da YY s.r.l., sia con riguardo a quelle articolate dall'Avv. YX, in proprio, alla luce della costituzione in giudizio di XX s.p.a., la quale ha dichiarato espressamente che, in caso di mancata inibitoria anche solo temporanea dell'esecuzione che il Comune sta per promuovere nei suoi confronti, provvederà immediatamente ad assumere ulteriori iniziative nei confronti dei coobbligati.

Orbene, ritiene questo Giudice che, allo stato, non avendo la difesa del Comune fornito prova in ordine all'intervenuto inizio dell'esecuzione a seguito di noti fideiussori del pignoramento nei confronti del debitore XX s.p.a. sia ravvisabile la proponibilità di un ricorso innominato ex art. 700 c.p.c., come avvenuto da parte di YY S.r.l. e dell'Avv. YX, i quali, non essendo destinatari né del precetto, né del pignoramento, ed avendo la elevata probabilità di subire a breve un'azione monitoria nei loro confronti, da parte della s.p.a., non possono allo stato avvalersi di ulteriori rimedi, a differenza della posizione della XX s.p.a. che, in ipotesi poteva subito proporre opposizione a precetto, con contestuale sospensione di esso per gravi motivi. Né, sul punto, può essere condivisa l'obiezione della difesa del Comune nella parte in cui ha prospettato la tardività dell'istanza cautelare svolta in proprio dall'Avv. YX, non operando, in materia, alcun termine perentorio ma solo, in ipotesi, un problema di valutazione in ordine alla sussistenza o meno del *periculum in mora*. Se, dunque, la richiesta di inibitoria articolata da detti ricorrenti nella parte in cui ha ad oggetto la richiesta di inibire al Comune di Piacenza di proseguire nell'esecuzione nonché di inibire a XX s.p.a. di agire nei confronti dell'obbligato in via di regresso, quanto meno fino alla pronuncia ex art. 649 c.p.c. da quest'ultima già presentata, appare ammissibile, costituendo allo stato unico rimedio atipico ipotizzabile, ritiene il Tribunale che nel caso di specie sussista sia il *periculum in mora* che il *fumus boni iuris* prospettato.

Quanto al *periculum* appare evidente che qualora XX

s.p.a., come da essa dichiarato in comparsa di costituzione, provveda a pagare l'ingente importo azionato nei suoi confronti, non intendendo subire un pignoramento, le conseguenze nei confronti di YY s.r.l. e dell'avv. YX saranno immediate non solo sotto il profilo patrimoniale, ma anche societario, non appena si consideri come la s.r.l. si trovi in liquidazione volontaria a seguito della revoca dell'autorizzazione da parte del Comune con riguardo alla bonifica sull'area ex Acna. Sussistono, inoltre, allo stato, elementi utilmente valutabili in ordine al *fumus boni iuris* prospettato, elementi che troveranno la loro miglior sede di apprezzamento nell'ambito del procedimento ex art. 649 c.p.c., non appena si consideri, come ribadito in più punti della stessa difesa del Comune di Piacenza come questi abbia escusso la polizza fideiussoria a seguito di un inadempimento di natura esclusivamente formale posto in essere dalla YY s.p.a., per non aver essa depositato presso gli uffici del Comune entro il termine del 15 dicembre 2010 la documentazione attestante la proroga della polizza fideiussoria fino al 31 dicembre 2011, pur ammettendo il Comune la circostanza secondo la quale, sotto un profilo sostanziale, tale omissione non comportasse il venir meno della garanzia, essendo essa stata automaticamente prorogata di sei mesi in sei mesi a far tempo dalla data del 31 dicembre 2010 e non determinando eventuali ritardi od omissioni nel pagamento del premio da parte del contraente qualsivoglia estinzione di essa, ai sensi della clausola 2 delle condizioni generali del contratto in esame.

In tale contesto, a prescindere da qualsivoglia ulteriore indagine, allo stato superflua, in ordine al pregiudizio eventualmente patito dal Comune a causa di tale omissione, posto nelle determinazioni dirigenziali quale causa di decadenza della stessa autorizzazione di bonifica, ritiene questo Giudice che sussistano sufficienti elementi per inibire al Comune, fino alla decisione sull'istanza ex art. 649 c.p.c. di agire in sede esecutiva nei confronti della s.p.a. XX e per inibire a quest'ultima di agire nei confronti della s.r.l. YY e dell'Avv. XY in proprio per l'eventuale recupero delle somme pretese dal Comune.

In considerazione dell'assoluta peculiarità della vicenda

processuale in esame sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di lite.

#### P.Q.M.

Il giudice, visto l'art. 700 c.p.c., dichiara cessata la materia del contendere con riguardo al ricorso cautelare innominato depositato dalla YY s.r.l. in liquidazione volontaria in persona del legale rappresentante pro tempore nei confron-

ti del Comune di Piacenza in persona del Sindaco *pro tempore*. Inibisce al Comune di Piacenza, in persona del Sindaco *pro tempore*, di iniziare l'esecuzione relativa al decreto ingiuntivo opposto dal debitore XX s.p.a. e a quest'ultima di corrisporre il relativo importo fino alla decisione sull'istanza ex art. 649 c.p.c. già presentata da quest'ultima e già fissata dal Giudice. Dichiara compensate tra le parti le spese processuali. Si comunichi.

## Il commento

di Adriana Neri

*Il Tribunale di Piacenza, nell'ordinanza in commento, accogliendo il ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto dal debitore-ordinante di un contratto di polizza fideiussoria e dal coobbligato, ha inibito al creditore-beneficiario di iniziare l'esecuzione contro il garante e a quest'ultimo di effettuare nei confronti del primo il pagamento della garanzia, fino alla decisione sull'istanza di sospensione dell'esecutività del decreto ingiuntivo, già proposta dal garante, ai sensi dell'art. 649 c.p.c.*

### La questione devoluta alla cognizione del Tribunale di Piacenza e la decisione adottata

In data 30 gennaio 2007, la società YY s.r.l. rilasciava polizza fideiussoria emessa dalla XX s.p.a., in favore del Comune di Piacenza, per l'importo complessivo di euro 1.789.164,42, a garanzia delle obbligazioni da essa assunte per il compimento di alcuni interventi di bonifica su un'area sita nel Comune di Piacenza.

Con successiva statuizione, stipulata in data 3 gennaio 2010, le parti prorogavano la scadenza della polizza - originariamente fissata al 30 gennaio 2010 - alla data del 31 dicembre 2010, prevedendo, tra l'altro, che la stessa dovesse intendersi automaticamente prorogata di sei mesi in sei mesi, sino alla comunicazione dello svicolo da parte del Comune garantito.

Con determinazione dirigenziale del 6 luglio 2009, il Comune, in accoglimento dell'istanza presentata dalla YY s.r.l., concedeva proroga per la realizzazione degli interventi di bonifica, sino alla data del 31 maggio 2011, a condizione, tuttavia, che fosse prorogata la polizza fideiussoria presso il Servizio Ambiente entro il 15 dicembre 2010, pena la decadenza dell'atto.

In data 23 dicembre 2010, il Comune di Piacenza, dopo aver rilevato che la YY s.r.l. non aveva presentato la documentazione attestante l'intervenuta proroga della garanzia, escuteva la polizza. Nella medesima data, la YY s.r.l. comunicava al Comune che tale inadempimento era da attribuirsi al ritardo nella preparazione della necessaria documentazione da parte della società garante, sottolineando, al contempo, la perdurante validità della polizza, secondo quanto previsto nel contratto.

Malgrado ciò il Comune revocava, a far tempo dal 1 gennaio 2011, l'autorizzazione alla realizzazione degli interventi di bonifica.

La XX s.p.a. - a sua volta - dinanzi alla richiesta di escussione del Comune, eccepiva che la polizza in questione non necessitava di alcuna proroga, dovendosi considerare, ai sensi della richiamata pattuizione del 3 gennaio 2010, valida ed efficace fino alla liberazione del contraente da parte dello stesso Comune.

Contestualmente la YY s.r.l. e l'Avv. XY proponevano domanda giudiziale dinanzi al Tribunale di Roma nei confronti del Comune e della XX s.p.a., per far accertare l'inefficacia e l'invalidità di tutte le escussioni *medio tempore* eseguite. Qualche tempo dopo, la stessa YY s.r.l., avendo appreso dalla stampa locale che il Comune era in procinto di promuovere procedimento monitorio nei confronti della XX s.p.a. per il pagamento del premio di polizza, depositava presso il Tribunale di Piacenza ricorso ex art. 700 c.p.c., chiedendo, in particolare, che nelle more del procedimento ordinario pendente dinanzi al Tribunale di Roma, fosse emesso un provvedimento di ingiunzione avente ad oggetto l'importo di cui alla garanzia, ovvero ogni diverso importo dipendente dall'escussione.

Nel frattempo il Comune di Piacenza depositava ricorso per decreto ingiuntivo nei confronti della XX s.p.a., chiedendo il pagamento dell'importo di euro 1.501.164,42, con clausola di provvisoria esecuzione. In data 8 marzo 2011, il giudice emetteva decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo in favore del Comune, avverso il quale la XX s.p.a. proponeva tempestiva opposizione chiedendo di essere autorizzata a citare in giudizio la YY s.r.l. e formulando contestuale istanza di sospensione della provvisoria esecuzione del decreto, ai sensi dell'art. 649 c.p.c.

Nelle more del rinvio dell'udienza del primo procedimento la YY s.r.l. depositava ulteriore ricorso cautelare ex art. 700 c.p.c. chiedendo, questa volta, che il Tribunale, in attesa della pronuncia ex art. 649 c.p.c., adottasse ogni opportuno provvedimento diretto ad inibire al Comune di procedere in via esecutiva sulla base del decreto opposto e alla stessa XX s.p.a. di pagare la somma oggetto dell'ingiunzione.

All'udienza fissata per il secondo procedimento ex art. 700 c.p.c. si costituiva, svolgendo intervento adesivo, la XX s.p.a., la quale aderiva alle richieste cautelari svolte dalla YY s.r.l. e a sua volta chiedeva che venisse inibito al Comune di Piacenza di proseguire in via esecutiva nei propri confronti e che fosse inibito a essa stessa di pagare la somma ingiunta, quanto meno sino alla decisione sulla istanza ex art. 649 c.p.c. Nella medesima udienza l'Avv. YX verbalizzava, in proprio, istanza caute-

lare avente ad oggetto la richiesta di inibitoria al Comune di procedere all'esecuzione nei confronti di XX s.p.a., specificando di essere a ciò interessato in ragione della sua posizione di coobbligato nella polizza fideiussoria ed avendo la XX s.p.a. dichiarato di voler pagare il relativo premio, in assenza di provvedimento di sospensione ex art. 649 c.p.c. e di volersi successivamente rivalere nei confronti dei coobbligati.

Il Comune contestava dette richieste dando atto, al contempo, di avere già provveduto a richiedere la notifica del pignoramento presso gli Ufficiali giudiziari.

Il Tribunale di Piacenza, all'esito di un'accurata ricostruzione della vicenda processuale, resa alquanto articolata dall'intrecciarsi delle molteplici iniziative giudiziarie intraprese dalle parti, è giunta a dichiarare la cessazione della materia del contendere con riferimento al primo procedimento cautelare promosso dalla YY s.r.l. contro il Comune di Piacenza, avendo questo già ottenuto, nelle more del suo svolgimento, l'emissione del decreto ingiuntivo che la società aveva inteso scongiurare con la proposizione del ricorso.

**Ha ritenuto, invece, di accogliere il secondo ricorso cautelare, sia con riferimento alle domande svolte dalla YY s.r.l., sia con riferimento a quelle avanzate, in udienza, dall'Avv. YX (1), entrambe finalizzate ad impedire al Comune di procedere esecutivamente contro il garante.**

A sostegno della propria decisione **il Tribunale rileva che la società YY s.r.l. e l'Avv. YX, non essendo destinatari né del precetto, né del pignoramento, ed avendo fondato timore di subire un'azione di rivalsa da parte della XX s.p.a.** - attesa la dichiarata intenzione del garante di pagare il creditore per non subire l'imminente pignoramento - **non avrebbero potuto avvalersi di nessun altro strumento, fuorché quello atipico di cui all'art. 700 c.p.c., al fine di inibire l'inizio dell'esecuzione nei confronti del garante.** Nel corso della sintetica, ma limpida motivazione, il Tribunale si preoccupa di evidenziare la innegabile disparità di posizione - sul piano della tutela giurisdizionale - della società ricorrente e dell'avvocato YX, rispetto a quella della società garante che, oltre al rimedio impugnatorio già esperito, avrebbe potuto, in ipotesi, proporre opposizione a precetto, con contestuale istanza di sospensione dell'efficacia del titolo esecutivo, ai sensi dell'art. 615 c.p.c.

Sulla base delle predette argomentazioni **il Tribunale**, ritenuti sussistenti tutti i presupposti per la concessione dell'invocata tutela, **ha inibito al Comune di Piacenza di intraprendere l'esecuzione nascente dal decreto ingiuntivo opposto e alla società garante di corrispondere l'importo ingiunto fino alla decisione sull'istanza ex art. 649 c.p.c.**, avanzata dalla stessa contestualmente alla proposizione dell'opposizione a decreto ingiuntivo.

La decisione in commento - senz'altro apprezzabile per le considerazioni che verranno svolte in seguito - si segnala soprattutto per il suo carattere fortemente innovativo quanto all'aspetto concernente la **legittimazione del debitore-ordinante, non destinatario della notifica del titolo esecutivo e del precetto e dunque estraneo all'esecuzione, ad utilizzare lo strumento cautelare atipico al fine di impedire l'esecuzione del preannunciato pignoramento contro il garante.**

Al riguardo deve subito sottolinearsi che mentre esiste una nutrita giurisprudenza - come si vedrà - in punto di concedibilità del provvedimento d'urgenza al debitore-ordinante al fine di inibire al garante di effettuare il pa-

gamento in favore del creditore-beneficiario della polizza, non si rinvengono precedenti pronunce che abbiano riconosciuto al medesimo debitore la suddetta legittimazione per inibire al creditore di procedere esecutivamente contro il garante.

Sebbene le argomentazioni giuridiche poste a fondamento della decisione siano così essenziali da rischiare di apparire, in certi passaggi della motivazione, quasi stringate, non deve comunque sottovalutarsi la effettiva portata del provvedimento, il quale postula la previa risoluzione positiva di una serie di questioni di natura teorica e sistematica, sulle quali appare opportuno soffermarsi.

### La controversa natura delle c.d. polizze fideiussorie

Al fine di un corretto inquadramento della decisione adottata dal Tribunale appare utile dedicare preliminarmente qualche cenno alla natura e alle caratteristiche fondamentali del contratto di polizza fideiussoria, da cui trae origine l'intera vicenda processuale.

La questione è stata di recente oggetto di un approfondito vaglio della Sezioni Unite che, con la ormai nota pronuncia 18 febbraio 2010, n. 3947 (2), hanno finalmente composto un annoso conflitto giurisprudenziale che aveva ingenerato non poche incertezze e disarmonie interpretative (3).

La Suprema Corte, infatti, prendendo le mosse dalla fondamentale distinzione intercorrente tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia, si è occupata *funditus* dell'inquadramento sistematico delle polizze fideiussorie che solitamente - come del resto è accaduto nel caso di specie - l'appaltatore stipula per garantire l'adempimento di una prestazione di *facere* nei confronti di un ente pubblico.

In adesione all'orientamento dottrinale dominante, **la Cassazione ritiene che la polizza fideiussoria sia da inquadrarsi nell'alveo delle garanzie c.d. atipiche, in particolare del contratto autonomo di garanzia (4) e non del contratto di fideiussione**, come invece ritenuto dall'orientamento tradizionale (5), sulla scorta del fondamentale

#### Note:

(1) Il Tribunale, infatti, malgrado l'eccezione avanzata dal Comune, ha correttamente ritenuto non tardiva l'istanza ex art. 700 c.p.c. verbalizzata in udienza da tale soggetto, non operando, al riguardo, alcuna preclusione temporale.

(2) La sentenza si trova pubblicata in quasi tutte le riviste, fra cui *Foro it.*, 2010, I, 2799; *Nuova giur. civ.*, 2010, I, 905, con nota di Puppo; *Giur. civ.*, 2010, I, 1349, con nota di Lamorgese; *Giur. it.*, 2010, 2033, con nota di Rocchio.

(3) Per una illustrazione completa ed esaustiva dei vari orientamenti succedutisi nel tempo cfr. la richiamata sentenza delle Sezioni Unite, ove ampi riferimenti ai precedenti di legittimità più significativi sulla materia.

(4) In argomento, fra gli altri, Benatti, voce *Garanzia* (contratto autonomo di), in *Noviss. Dig. it.*, App. III, 1982, 920 ss.; Sesta, *Pagamento a prima richiesta*, in *Contratto e Impresa*, 1985, 939 ss.; Giacobbe, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 483 ss.; Pardolesi, *Polizza fideiussoria in cerca di identità: assicurazione, fideiussione e contratto autonomo di garanzia?*, in *Foro it.*, 2001, I, 3174.

(5) Così, invece, l'orientamento tradizionale della Suprema Corte, per il quale cfr., specialmente, Cass. 17 novembre 1982, n. 6155.

rilievo secondo il quale essa non garantisce l'adempimento della stessa prestazione dovuta dal debitore principale, bensì una prestazione diversa, di natura indennitaria, conseguente al mancato adempimento della prestazione appaltata. In questa prospettiva e nell'intento di ulteriormente puntualizzare i caratteri differenziali di tale contratto rispetto alla fideiussione, si sottolinea la tendenziale insostituibilità della obbligazione principale da cui discende la possibilità per il creditore di pretendere dal garante solo un risarcimento, che è indubbiamente prestazione diversa da quella originaria cui lo stesso aveva diritto (6).

Sul piano della concreta struttura del contratto, deve osservarsi che esso **dà vita ad un rapporto che si dipana secondo lo schema tipico del contratto a favore di terzo** (7), in cui un soggetto (garante), rappresentato solitamente da un istituto bancario o da una compagnia assicurativa, dietro pagamento di un corrispettivo (premio di polizza) si impegna a garantire nei confronti di un terzo (creditore-beneficiario) l'adempimento di una determinata obbligazione assunta dal contraente della polizza (debitore-ordinante), solitamente a prima richiesta (*illico et immediate*), ossia senza alcuna facoltà di opporre al creditore le eccezioni relative al rapporto principale. A seguito dell'avvenuto pagamento, il garante potrà agire contro il debitore per il recupero della somma pagata, mediante l'azione di regresso. **La rilevante ricaduta applicativa di tale ricostruzione è che nel contratto di polizza fideiussoria, ove questa sia effettivamente prestata in relazione a prestazioni infungibili, risulta fortemente vulnerato il vincolo di accessorietà tra la prestazione dovuta dal garante e la prestazione principale, essendo la prima del tutto autonoma rispetto alla seconda**, oltre che qualitativamente diversa, in quanto esclusivamente funzionale ad indennizzare il creditore rimasto insoddisfatto, mediante il versamento di una determinata somma di denaro.

Non a caso, infatti, la grande diffusione di tale strumento, soprattutto nella prassi commerciale internazionale, è dovuta alla circostanza che **tale contratto offre al creditore l'indubbio vantaggio di poter fare affidamento su una rapida escussione della garanzia fideiussoria, senza il rischio di vedersi opporre dal garante le eccezioni tipiche del fideiussore** (8). Ciò non vuol dire, tuttavia - come ha rilevato attenta dottrina - che il contratto autonomo di garanzia debba considerarsi un negozio astratto, atteso che il nesso tra negozio di garanzia e negozio principale deve pur sempre sussistere, pena la negazione della stessa funzione che il primo negozio è chiamato ad assolvere (9).

### Il provvedimento d'urgenza come strumento di tutela del debitore garantito nell'ipotesi di abusiva escussione della garanzia

Il condivisibile rilievo che sottolinea la necessaria sussistenza, nel contratto sopra descritto, di un collegamento negoziale tra il rapporto principale e quello di garanzia, si riflette inevitabilmente sul regime delle eccezioni opponibili dal garante nei confronti del creditore, in favore del quale viene stipulato il contratto.

Per tale ragione, ferma restando, in linea di principio, la impossibilità di far valere contro il beneficiario eccezioni attinenti alla validità o efficacia del rapporto principale, **si riconosce tuttavia al garante la possibilità di ec-**

**cepire l'inesistenza o la illiceità di tale rapporto** (10) e la c.d. **exceptio doli, tutte le volte in cui l'escussione della polizza da parte del beneficiario appaia prima facie abusiva o fraudolenta** (11). A tale conclusione si giunge argomentando dalla sussistenza di un vero e proprio **dovere di protezione del garante nei confronti del debitore garantito da possibili abusi del beneficiario, pena la perdita dello stesso diritto di rivalsa** (12). La giurisprudenza, peraltro, attribuisce analogo potere al debitore garantito, riconoscendo a quest'ultimo - accanto alla legittimazione esclusiva ad esperire i normali rimedi contrattuali ed extracontrattuali contro il creditore - anche **la legittimazione ad agire con ricorso ex art. 700 c.p.c. al fine di impedire al garante di effettuare il pagamento nei confronti del creditore nel caso di denunciato, ma in realtà insussistente, inadempimento dell'obbligazione garantita** (13).

La cautela in via d'urgenza è apparsa in tali casi funzionale alla tutela del credito, se ed in quanto effettivamente rispettoso di quei principi di buona fede e corret-

#### Note:

(6) In conseguenza di ciò - sottolineano le Sezioni Unite - risulta vulnerato il meccanismo della solidarietà che nella fideiussione attribuisce al creditore la possibilità di chiedere l'adempimento tanto al debitore, quanto al fideiussore.

(7) Oltre alla già citata Cass. 18 febbraio 2010, n. 3947, cfr., in tal senso, App. Milano 14 maggio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 3187.

(8) Solitamente questo effetto si ottiene attraverso l'inserimento nel contratto autonomo di garanzia della clausola "a prima richiesta" o altra equivalente.

(9) Cfr. Cimatti, *In tema di accessorietà del Garantievertrag*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1992, 730; Bonelli, *Escussione abusiva delle garanzie bancarie a prima domanda*, in *Diritto commerciale internazionale*, 1988, 522.

(10) Cfr. Nappi, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, Napoli, 1992, 183. In giur. v. specialmente Cass. 17 marzo 2006, n. 5997, in *Foro it.*, 2007, I, 1582.

(11) Cfr., *ex plurimis*, Cass. 11 febbraio 2008, n. 3179; Cass. 15 marzo, 2007, n. 5947; Cass. 17 maggio 2001, n. 6757, in *Corr. giur.*, 2002, 82, con nota di Forchino; Cass. 1 ottobre 1999, n. 10864, in *Contratti*, 2000, 139, con nota di Lamanuzzi; Trib. Milano, 12 agosto 1993, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 60, con nota di Daccò; Trib. Milano, 23 dicembre 1987, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988, II, 609. Sulla origine di tale eccezione e sulla sua utilizzazione come generale strumento di autotutela dell'ordinamento cfr. Lambri, *Contratto autonomo di garanzia ed exceptio doli generalis*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 449.

(12) In tale specifico senso cfr. Trib. Biella 27 novembre 2003, in *Corr. giur.*, 2004, 1509, con nota di Benigni.

(13) Cfr. specialmente Trib. Milano, 25 febbraio 2008, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2010, II, 375, con nota di Forlani; Trib. Reggio Emilia, 8 giugno 2004, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2004, II, 620, con nota di Barillà; Trib. Roma, 6 novembre 1998, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3457, con nota di D'Ottavi; Trib. Bologna, 27 novembre 1997, in *Giur. it.*, 1999, 61; Trib. Bari, 29 maggio 1996, in *Corr. giur.*, 1997, 967, con nota di Dalfino; Pret. Asti, 21 ottobre 1987, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988, II, 610; Pretura Roma, 1 maggio 1987, in *Giur. comm.*, 1988, II, 835, con nota di De Marinis. Contra, ritenendo che l'ordinante non sia legittimato ad agire in via cautelare per inibire il pagamento della garanzia, in quanto del tutto estraneo al rapporto esistente tra il garante e il beneficiario, Pret. Roma, ord. 2 luglio 1986, in *Nuova giur. civ.* 1986, I, 516, con nota di Viale; Pret. Roma, ord. 2 luglio 1986, in *Nuova giur. civ.*, 1987, I, 516, con nota di Brozzetti.

tezza cui, secondo quanto disposto dagli artt. 1175 e 1375 c.c., deve improntarsi il comportamento del creditore nell'esecuzione del contratto, svolgendo in tal modo una funzione di salvaguardia del sistema, ove non sia possibile altrimenti impedire l'escussione abusiva della garanzia. Non a caso, infatti, **si ritiene nulla la clausola con la quale l'ordinante si impegni preventivamente a rinunciare al provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., in quanto ciò si risolverebbe in un'accettabile vulnerazione del diritto alla tutela giurisdizionale del debitore** e consentirebbe al creditore, beneficiario della polizza, di conseguire ingiusti vantaggi patrimoniali (14).

**Nel caso di specie i due obbligati avevano dapprima agito in via ordinaria**, citando sia il Comune che la società garante per far accertare l'inefficacia e l'invalidità di tutte le escussioni eseguite dal Comune **e in seguito proposto ricorso ex art. 700** - la società appaltatrice addirittura due, sia pure distanziati nel tempo - **al fine di inibire al Comune di iniziare l'esecuzione nei confronti del garante e a quest'ultimo di effettuare il pagamento della garanzia**. È facile intuire come le richiamate iniziative giudiziali riposassero, tutte, su un'unica *causa petendi* consistente nella (ritenuta) illegittimità delle escussioni effettuate dal Comune e pertanto potessero considerarsi, sotto questo profilo, strumenti attraverso i quali gli obbligati avevano fatto valere in giudizio *l'exceptio doli* nei confronti del creditore.

Il Tribunale di Piacenza, inibendo alla società garante di effettuare il pagamento nei confronti del Comune, aderisce - pur senza richiamarlo - al predetto indirizzo, rilevando come l'inadempimento denunciato dal Comune dovesse considerarsi tale solo formalmente e dunque evidenziando, sebbene non in modo esplicito, una condotta scorretta da parte del creditore.

### Sull'utilizzabilità della cautela atipica per inibire l'inizio dell'esecuzione forzata

Come si accennava sopra, l'aspetto davvero interessante del provvedimento che si annota va senz'altro rintracciato nell'aver il Tribunale concesso l'invocata tutela d'urgenza anche al fine di evitare che l'azione esecutiva, già preannunciata dal creditore, si concretizzasse sul patrimonio del garante attraverso il pignoramento.

La pronuncia in commento infatti - salvo quanto si osserverà in seguito - non soltanto innova il panorama giurisprudenziale, atteso che non si rinvengono precedenti sul punto, ma presuppone la positiva risoluzione di una serie di rilevanti questioni processuali, quali quella dell'utilizzabilità, in linea generale, del provvedimento d'urgenza nell'ambito del processo esecutivo, al fine di inibire l'inizio dell'esecuzione forzata o - secondo altra visione prospettica - al fine di sospendere l'efficacia esecutiva del titolo e quella, più specifica e aderente al caso qui prospettato, della legittimazione alla proposizione di tale strumento da parte del debitore-ordinante di un contratto di polizza fideiussoria, per inibire l'effettuazione del pignoramento ai danni del garante.

Quanto al primo aspetto, deve rilevarsi come **la questione si era posta con un certo rilievo prima che la legge 14 maggio 2005, n. 80 intervenisse a modificare il primo comma dell'art. 615 c.p.c.**, attribuendo al giudice dell'opposizione a precetto il potere di sospendere, su istanza del debitore, l'efficacia esecutiva del titolo, ricorrendo gravi motivi (15). Il *restyling* della citata norma ha

infatti finalmente colmato una lacuna del sistema (16) alla quale la giurisprudenza aveva cercato di ovviare ritenendo esperibile da parte del debitore eseguendo il ricorso alla tutela d'urgenza (17), in funzione strumentale alla proposizione dell'opposizione a precetto. Come si ricorderà, **tale approdo riposava sulla rilevata impossibilità per il debitore di ottenere ex art. 624 c.p.c. un provvedimento di inibitoria anteriormente all'esecuzione del pignoramento**. Avverso tale soluzione interpretativa si era schierata la prevalente dottrina, rilevando, fra l'altro, come **l'ammissibilità del ricorso ex art. 700 c.p.c. per sospendere l'efficacia esecutiva di un provvedimento giurisdizionale si sarebbe risolta in un uso improprio della cautela d'urgenza**, atteso che la stessa avrebbe, a que-

#### Note:

(14) Trib. Cagliari, 18 dicembre 1997, in *Riv. giur. sarda*, 1998, 438, con nota di Cetra.

(15) È appena il caso di avvertire che in tale ipotesi, solo del tutto impropriamente potrebbe parlarsi, come spesso accade, di sospensione dell'esecuzione, atteso che, secondo la disciplina prevista dal vigente codice di rito, l'inizio del processo esecutivo, nell'ipotesi di espropriazione forzata, coincide con il pignoramento, dovendosi attribuire al precetto che sia stato notificato unitamente al titolo esecutivo natura di mero atto pre-processuale, avente la funzione di preannunciare il soddisfacimento coattivo della pretesa azionata. In dottrina, cfr. sul punto, Furno, *La sospensione del processo esecutivo*, Milano, 1956, 67 ss. In giurisprudenza, v. spec. Cass. 8 febbraio 2000, n. 1372, nonché Trib. Rovigo, 19 aprile 2005, il quale ha considerato abnorme e comunque *inutiliter datum* il provvedimento pronunciato dal giudice dell'opposizione a precetto, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., con cui si dispone la sospensione del processo esecutivo prima del pignoramento, dovendosi escludere che a tale momento possa ritenersi pendente un processo esecutivo.

(16) Da più parti della dottrina, infatti, erano stati espressi forti dubbi di costituzionalità in relazione all'assenza di strumenti legislativamente previsti a tutela della posizione del debitore nella fase anteriore al pignoramento (cfr. Costantino, *Le espropriazioni forzate speciali*, Milano, 1984, 326 ss.; De Santis, *Giudice dell'opposizione a precetto e sospensione del processo esecutivo*, in *Foro it.*, 1993, I, 53; Luiso, *Sospensione del processo esecutivo*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1990, 62). Va rilevato, tuttavia, che la Corte Costituzionale, più volte interpellata in ordine alla legittimità costituzionale, alla luce dell'art. 24 Cost., del combinato disposto degli artt. 615, 623 e 624 c.p.c., nella parte in cui non riconoscevano il potere del giudice dell'opposizione a precetto di sospendere l'inizio dell'esecuzione, aveva da ultimo rigettato la questione considerando che essa esorbitasse dai limiti del sindacato spettante alla Corte, per essere esclusivamente riservata al sindacato discrezionale del legislatore (Corte cost. 19 marzo 1996, n. 81, in *Foro it.*, 1996, I, 1924, con nota di Fabiani).

(17) Per il merito cfr., *ex multis*, Trib. Parma, 26 marzo 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 2518; Pret. Catania-Masca-Lucia, 5 maggio 1998, *ivi*, 1999, I, 1692; Pret. Castrovillari 8 luglio 1993, in *Giur. merito* 1993, 1168. Per la giurisprudenza di legittimità cfr., spec., Cass. 23 marzo 2001, n. 4107, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Esecuzione in genere*, n. 59; Cass. 18 aprile 2001, n. 5674, *ibidem*, n. 61; Cass. 23 febbraio 2000, n. 2051, in *Foro it.*, 2000, I, 1834, con nota di Barone; in *Riv. esec. forzata* 2000, 649, con nota di Cataldi, *La tutela cautelare del debitore nell'opposizione a precetto, ed il giusto processo civile: necessità costituzionale della sospensione, ex art. 700 c.p.c. dell'efficacia esecutiva del titolo*; in *Riv. dir. proc.*, 2002, 619, con nota di Metafora, *Considerazioni in tema di sospensione dell'esecuzione e provvedimento d'urgenza in pendenza di opposizione a precetto*; Cass. 8 febbraio 2000, n. 1372, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 2518.

sto punto, assunto la funzione di mezzo di revisione e di controllo dei provvedimenti giurisdizionali (18).

A seguito della nuova formulazione della norma, la questione deve considerarsi superata, dato che la possibilità per il debitore di inibire il pignoramento attraverso l'utilizzo del provvedimento d'urgenza sembra destinata ad essere definitivamente riassorbita nel potere riconosciuto allo stesso di richiedere la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo (19), nell'ambito dell'opposizione pre-esecutiva (20).

Ciononostante deve riconoscersi che l'approdo giurisprudenziale sopra richiamato conserva pur sempre un valore generale, che pertanto esula dal contesto della specifica questione per la quale è sorto, nella misura in cui ha comunque risolto la *vexata quaestio* della astratta cautelabilità, con il provvedimento d'urgenza, del pregiudizio derivante da esecuzione minacciata, in assenza di strumenti predisposti dal legislatore.

### Argomenti a favore dell'esperibilità di tale rimedio da parte dell'ordinante del contratto di polizza fideiussoria, estraneo all'esecuzione

L'ordinanza in commento, accogliendo l'istanza ex art. 700 c.p.c. proposta dagli obbligati ha inibito al creditore di iniziare l'esecuzione forzata contro il garante, in tal modo applicando la medesima soluzione adottata, *sub Julio*, con riferimento alla posizione del debitore esecutando. **A fondamento di tale decisione il Tribunale osserva come l'invocata misura cautelare costituisca l'unico rimedio per tutelare la posizione di tali soggetti, i quali, non essendo destinatari né del precetto, né del pignoramento, non avrebbero potuto altrimenti impedire il pregiudizio derivante dalla minacciata esecuzione.**

Considerato il tenore della decisione in commento, la quale effettua una semplice trasposizione al caso di specie di una soluzione tradizionalmente adottata per un'ipotesi sostanzialmente diversa, ancor prima di verificarne la correttezza alla luce della fattispecie esaminata, occorre preliminarmente chiedersi se l'attribuzione ad un soggetto terzo rispetto all'esecuzione (21) - quali, nel nostro caso, la società appaltatrice e l'avvocato coobbligato - del potere di inibire il pignoramento attraverso la cautela d'urgenza, possa effettivamente trovare, in assenza di previsioni normative, una giustificazione sul piano sistematico.

Da un punto di vista strettamente teorico appare, infatti, corretto interrogarsi sulla perdurante validità della tesi favorevole all'utilizzabilità del provvedimento d'urgenza per inibire l'inizio del processo esecutivo, quando a proporre tale strumento sia un soggetto terzo rispetto all'esecuzione, al fine di verificare se sia ragionevole riconoscere in capo a questi un potere analogo, negli effetti, a quello spettante al debitore ai sensi dell'art. 615 c.p.c.

La soluzione positiva a tale interrogativo - a nostro avviso - non può che prendere le mosse dalla considerazione della struttura sostanziale del rapporto cui il contratto di polizza fideiussoria dà origine.

Si è visto sopra come in tale contratto il debitore principale sia il soggetto realmente obbligato nei confronti del creditore e pertanto colui che, in definitiva, in caso di inadempimento, subisce la diminuzione patrimoniale conseguente all'escussione della garanzia. Il garante, infatti, si limita, dietro corrispettivo, semplicemente a ga-

rantire il creditore, obbligandosi a pagare una determinata somma di danaro in caso di inadempimento dell'obbligazione principale, essendo a sua volta garantito dal debitore nella misura in cui ha diritto di rivalersi sul patrimonio di questi, mediante l'azione di regresso (22). Come si è detto, **il debitore principale non può opporre al garante in sede di regresso nessuna eccezione, salvo ad agire successivamente con l'actio indebiti nei confronti del creditore-beneficiario, nel caso di abusiva escussione della garanzia** o, eventualmente, anche nei

#### Note:

(18) A tale riguardo si sottolineava che l'applicazione corretta della norma contenuta nell'art. 700 c.p.c. presupponesse un conflitto non ancora composto da un provvedimento giurisdizionale (Montesano, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli, 1956, 89; Carpi, *Sospensione dell'esecuzione*, in *Enc. giur.*, 1993, XXIX, 9). Un'ulteriore argomentazione sulla base della quale si escludeva la possibilità di utilizzare la tutela innominata nel processo esecutivo si basava su un'interpretazione restrittiva dell'art. 700 c.p.c., laddove tale norma contiene il riferimento al giudizio ordinario di cognizione, sostenendosi che, in tale ipotesi, il provvedimento avrebbe avuto l'esclusiva funzione di incidere sulle sorti del processo esecutivo, impedendone l'inizio, con conseguente inaccettabile snaturamento della sua tipica funzione che è piuttosto quella di anticipare gli effetti della decisione che sarà emessa al termine di un giudizio di ordinario di cognizione (Cfr. Satta, *Limiti di applicabilità dei provvedimenti d'urgenza*, in *Foro it.*, 1953, I, 132; Montesano, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, cit., 46; Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983, 183; Arieta, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1985, 90; Proto Pisani, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur.*, 1991, XXV, 10 ss.). Per un esame approfondito e critico delle varie posizioni espresse dalla dottrina cfr. Metafora, *Considerazioni in tema di sospensione dell'esecuzione cit.*, 621 ss. in *Giurisprudenza cfr. spec. Pret. Taranto*, 27 dicembre 1983, in *Giur. it.*, 1984, 298, con nota di Tommaseo e Pret. Brindisi, 14 ottobre 1987, in *Arch. civ.*, 1988, 441.

(19) Sulla possibilità di individuare un'area residuale entro la quale potrebbe ancora prospettarsi il ricorso alla tutela d'urgenza, v. Conte, *Codice di procedura civile commentato*, diretto da Consolo, *sub art. 700, IV ed.*, Milano, 2010, 814.

(20) La chiara formulazione della norma, infatti, sembra non lasciare spazio alla possibilità di proporre il nuovo rimedio *ante causam*, ossia prima della proposizione dell'opposizione ex art. 615, comma 1 c.p.c. (Arieta-De Santis, *L'esecuzione forzata*, in Montesano-Arieta, *Trattato di dir. proc. civile*, III, t.II, Padova 2007, 274; Cordopatri, *La tutela del debitore nei processi esecutivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1258). In tal senso, Trib. Piacenza, 17 gennaio 2001, in *Giur. it.*, 2001, 1859. *Contra*, nel senso che l'istanza di sospensione potrebbe proporsi anche *ante causam*, in via strumentale all'opposizione a precetto, Metafora, *Sospensione dell'esecuzione*, in *Dig. civ.*, agg., 2007, II, 1206.

(21) Si intende qui far riferimento al soggetto che non risulta dal titolo esecutivo, secondo la tradizionale impostazione che individua il soggetto attivo e passivo del procedimento esecutivo sulla base delle risultanze formali del titolo (Mandrioli, *Il terzo nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, 159 ss.)

(22) Si ritiene, infatti, che il regresso dia luogo ad una forma di garanzia semplice che presuppone, sul piano sostanziale, l'avvenuto pagamento della somma, o comunque l'estinzione satisfattoria del credito (Luiso, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, Milano, VI ed., 2011, 337 s.) In senso analogo Rubino, *Obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili*, in Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1963, 196 ss, che definisce il regresso come un diritto di credito che per il suo titolare nasce per la prima volta dal fatto del pagamento.

confronti del garante, ove questi, malgrado tale consapevolezza, abbia comunque effettuato il pagamento.

Da quanto detto è facile arguire che nell'ipotesi in cui il creditore abbia minacciato di agire esecutivamente contro il garante - così come si è verificato nel caso di specie - il ricorso alla tutela atipica d'urgenza appare astrattamente ammissibile, ove effettivamente il debitore non abbia alcuno strumento per scongiurare tale pericolo.

In tal caso, infatti, l'interesse del predetto soggetto all'inibitoria del pignoramento discende dal fatto che l'aggressione al patrimonio del garante rappresenta la condizione perché si attualizzi il diritto di regresso nei suoi confronti e al contempo il suo obbligo di rimborsare il garante (23). In considerazione di quanto detto può affermarsi che il riconoscimento, in linea generale, al debitore-ordinante della legittimazione all'esperibilità del ricorso ex art. 700 c.p.c. sia il riflesso, sul piano processuale, della situazione sostanziale di cui egli è titolare e che pertanto tale legittimazione debba essere ammessa sia in via "preventiva" - come unanimemente ritenuto dalla giurisprudenza - ossia per paralizzare il pagamento della garanzia da parte del garante quando ancora il creditore non abbia agito contro di lui - sia quando il creditore, per ottenere il pagamento della garanzia, abbia intrapreso iniziative giudiziali contro il garante, in sede di processo di cognizione o in sede esecutiva. Non sembra infatti dubitabile che in tale ultimo caso, in assenza di ulteriori rimedi, il riconoscimento in capo al debitore della legittimazione a proporre ricorso ex art. 700 c.p.c. possa fondarsi - *mutatis mutandis* - sulle stesse argomentazioni che avevano spinto la giurisprudenza ad ammettere il ricorso a tale strumento in favore del debitore eseguendo, prima della modifica dell'art. 615 c.p.c., atteso che, anche in tal caso, l'utilizzo di tale strumento è diretto a colmare un vuoto di tutela non altrimenti ovviabile.

Ad ulteriore conferma della sostenibilità di tale tesi può essere utile osservare come **la giurisprudenza, in nome delle richiamate esigenze di tutela giurisdizionale, ritiene esperibile il procedimento d'urgenza da parte del terzo pregiudicato dall'emissione di una misura cautelare *inter alios*** (24). È vero che in tal caso la posizione soggettiva del terzo non è esattamente sovrapponibile a quella del debitore principale del contratto di polizza fideiussoria, atteso che la lesione che egli subisce risulta direttamente consequenziale all'emissione del provvedimento, ma tale difformità è solo apparente se si considera che sul piano sostanziale il debitore, pur non essendo il destinatario immediato del pregiudizio derivante dall'esecuzione, è colui che in definitiva subisce la (ingiusta) diminuzione patrimoniale a seguito della (abusiva) escussione della garanzia.

### Presupposti speciali e contenuto del provvedimento. Osservazioni critiche

Ammissa dunque, sulla scorta delle considerazioni sopra effettuate, l'esperibilità, in linea generale, della tutela in via d'urgenza da parte del debitore-ordinante per inibire al creditore di iniziare l'esecuzione contro il garante, resta da analizzare se, nel caso sottoposto alla cognizione del Tribunale, ricorressero tutti i presupposti per la concessione della misura cautelare richiesta.

Con la decisione in commento il Tribunale ha ritenuto

sussistenti sia il requisito della residualità (o sussidiarietà), che costituisce la caratteristica peculiare del provvedimento d'urgenza, sia i presupposti speciali richiesti dalla legge per la sua applicazione, ossia il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*. Quanto al primo profilo, **il Tribunale afferma come, mentre la società garante avrebbe potuto proporre opposizione ex art. 615 c.p.c., con conseguente possibilità di richiedere la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo all'interno di tale rimedio impugnatorio, la società appaltatrice e l'avvocato coobbligato, all'opposto, non avevano alcun altro strumento per tutelare la propria posizione, atteso che, non essendo legittimati a proporre opposizione ai sensi dell'art. 615 c.p.c., in quanto soggetti non risultanti dal titolo esecutivo e comunque non destinatari materiali dell'esecuzione (25), non avrebbero potuto altrimenti inibire al Comune di intraprendere il pignoramento contro il garante.**

In ordine alla sussistenza del *fumus boni iuris*, il Tribunale, rinviando al futuro accertamento da compiersi in sede di procedimento ex art. 649 c.p.c. promosso dalla società garante contestualmente all'opposizione a decreto ingiuntivo, si limita ad osservare come **il Comune abbia proceduto all'escussione della polizza in conseguenza di un inadempimento di natura esclusivamente formale, evidenziando, peraltro, come lo stesso Comune abbia confermato tale circostanza in più punti della difesa.**

Quanto al requisito del *periculum in mora* osserva che la proposizione della già preannunciata azione di regresso da parte della XX s.p.a. nei confronti dei coobbligati appare idonea a produrre conseguenze negative immediate sui ricorrenti, sia dal punto di vista patrimoniale che societario, **in considerazione dell'ingente somma ingiunta al garante e dello stato di crisi in cui versava la società YY s.r.l., trovandosi la stessa in stato di liquidazione volontaria** a seguito della revoca dell'autorizzazione da parte del Comune al compimento degli interventi di bonifica.

Sotto entrambi gli aspetti sopra considerati la decisione appare perfettamente in linea con l'esperienza applicativa dell'art. 700 c.p.c. con finalità inibitoria del pagamento della garanzia. La giurisprudenza prevalente, infatti, in relazione al *fumus boni iuris* postula l'accertamento dell'escussione abusiva o fraudolenta della garanzia da parte del creditore, mediante prove "pronte" e "liquide", che cioè rendano evidente e manifesto ta-

#### Note:

(23) Risulta evidente, pertanto, come, sotto questo profilo, la posizione del debitore debba considerarsi dipendente da quella del garante.

(24) Cfr. Pret. Parma, 19 marzo 1999, in *Giur. it.*, 2000, 304 ss. la quale ha accolto la richiesta di un provvedimento d'urgenza avanzato dal terzo che si affermi titolare di un diritto sul bene oggetto di sequestro giudiziario, ritenendo che il terzo non aveva altre possibilità di tutela. In questo senso v. anche Pret. Arezzo, 2 dicembre 1983, in *Riv. trim. dir. e proc.*, 1985, 1416, con nota di Biavati, *Errata esecuzione di sequestro e tutela cautelare del terzo*; Pret. Brescia, 4 marzo 1979, in *Giur. merito*, 1981, 364, con nota critica di Bianco, *Inammissibilità del ricorso all'art. 700 c.p.c. da parte di un terzo nell'ambito del procedimento di sequestro*.

(25) Sulla legittimazione di tali soggetti alla proposizione del rimedio ex art. 615 c.p.c. cfr., Vaccarella, *Opposizione all'esecuzione*, un *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1994, 6 ss.

le abuso (26). Sul punto **il Tribunale, oltre ad evidenziare la natura solo apparente dell'inadempimento lamentato dal Comune, ha sottolineato come quest'ultimo abbia ammesso tale circostanza**, in tal modo potendosi ritenere senz'altro integrata la "prova liquida" della illegittimità dell'escussione.

Per quanto attiene, invece, all'ulteriore requisito del *periculum in mora* - che nel caso del provvedimento d'urgenza si concretizza nel il timore di un pregiudizio imminente e irreparabile - l'indirizzo giurisprudenziale prevalente ritiene che l'irreparabilità debba ritenersi integrata in presenza di elementi specifici, quali **la rilevante entità dell'importo della garanzia, o la difficoltà di un'azione di ripetizione nei confronti del creditore o, ancora, la difficoltà di determinare con esattezza i danni subiti dall'ordinante con conseguente impossibilità di un loro integrale risarcimento** (27).

Nel caso di specie il Tribunale, considerato l'ingente importo della garanzia, ha correttamente ritenuto che l'irreparabilità del pregiudizio dovesse essenzialmente rintracciarsi nel fatto che **la preannunciata azione di regresso da parte del garante, in conseguenza del pagamento, avrebbe sortito un esito letale per la sopravvivenza della società, rendendo irreversibile lo stato di crisi in cui la stessa si trovava**. Lo stato di liquidazione volontaria, infatti, pur essendo certamente un momento molto difficile per la vita di una società, in quanto conseguente al verificarsi di una causa di scioglimento, non rappresenta, tuttavia, una situazione insuperabile, potendo essere revocato in qualsiasi momento, previa eliminazione della causa che vi ha dato origine (28). È evidente, dunque, che **l'esecuzione nei confronti del garante e la conseguente azione di regresso sarebbero state decisive in tal senso, precludendo definitivamente alla società ogni possibilità di superamento della crisi**. Per affermare la sussistenza, nel caso di specie, dell'ulteriore profilo dell'imminenza del pregiudizio - di più agevole individuazione - il Tribunale ha peraltro giustamente dato risalto alla dichiarazione effettuata dal garante di voler procedere al pagamento, in assenza di concessione del provvedimento sospensivo ex art. 649 c.p.c., e di volersi successivamente rivalere nei confronti dei coobbligati.

Tutto quanto sin qui osservato sarebbe sicuramente servito a dimostrare la assoluta correttezza della decisione in commento sul presupposto, però, della effettiva ricorrenza, nel caso di specie, del **requisito della residualità**, evidentemente postulato dal Tribunale. Al riguardo deve tuttavia notarsi come, ad un attento esame della minuziosa ricostruzione della vicenda processuale effettuata dallo stesso Tribunale, **detta circostanza debba ritenersi sussistente solo con riferimento alla richiesta di inibitoria avanzata dai coobbligati nei confronti della società garante**, affinché questa non effettuasse il pagamento, **ma non anche in relazione a quella diretta nei confronti del Comune, per paralizzare la minacciata esecuzione contro il garante**.

Sotto tale ultimo aspetto, infatti, **la correttezza della decisione in commento appare inesorabilmente inficiata dalla obiezione secondo la quale, nel caso di specie**, la società debitrice era divenuta parte del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo promosso dalla società garante, a seguito di chiamata in causa da parte di quest'ultima, sicché in tale sede avrebbe potuto aderire alle richieste ivi formulate e pertanto ottenere, ex art. 649 c.p.c., la sospensione dell'efficacia esecutiva del ti-

tolo, evitando il pericolo del pignoramento che la concessione del provvedimento d'urgenza ha inteso scongiurare.

A voler essere rigorosi il Tribunale, in ordine a tale circostanza, si limita semplicemente ad osservare che la società garante aveva chiesto al giudice l'autorizzazione a chiamare in causa la società appaltatrice. Tuttavia, a prescindere da come siano andate nel concreto le cose, è evidente che la società predetta e il coobbligato sarebbero comunque potuti intervenire nel suddetto giudizio in via adesiva-dipendente e pertanto, anche in tal caso, avrebbero potuto aderire alle domande già formulate dalla società garante, ivi compresa la richiesta di sospensione dell'esecuzione ex art. 649 c.p.c. In considerazione di quanto detto **deve ritenersi priva di fondamento l'affermazione, più volte effettuata dal Tribunale, secondo la quale gli obbligati non avevano altro strumento, all'infuori del ricorso ex art. 700 c.p.c., per scongiurare il preannunciato pignoramento**.

A questa osservazione potrebbe in prima battuta ribattersi che l'esperibilità del procedimento d'urgenza nel caso di specie poteva ritenersi in astratto ammissibile - in assenza di precise ed univoche indicazioni emergenti dal provvedimento - ipotizzando che gli obbligati avessero proposto ricorso ex art. 700 c.p.c. per far valere ulteriori e diversi motivi rispetto a quelli dedotti in sede di opposizione a decreto ingiuntivo dalla società garante, e precisamente quegli stessi motivi che detta società avrebbe potuto dedurre in sede di opposizione all'esecuzione ex art. 615, comma 1, c.p.c.

Seguendo tale ipotesi ricostruttiva, l'impossibilità da parte degli obbligati di proporre opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615, comma 1, c.p.c., per difetto di legittimazione, in uno con la impossibilità per gli stessi di intervenire in tale procedimento, in mancanza di proposizione di detta opposizione da parte della società garante, avrebbe reso astrattamente ammissibile un ricorso ex art. 700 c.p.c. da parte degli obbligati, onde far valere, in tale sede, contestazioni attinenti alla esistenza originaria del titolo esecutivo (29) o alla sua sopravvenuta

#### Note:

(26) Cfr., *ex multis*, le pronunce richiamare *supra*, alla nota 13.

(27) Cfr. spec. Trib. Firenze, 22 gennaio 2009, in *Giur.it.*, 2009, 2213; Trib. Torino, 29 agosto 2002, in *Giur. it.*, 2003, 520; Trib. Milano, 12 ottobre 1985, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1986, II, 430; Trib. Milano, 20 ottobre 1983 e 3 maggio 1984, *ivi*, 1984, 55 ss.

(28) Secondo quanto disposto dall'art. 2487 *ter cc.*, infatti, la società può in ogni momento revocare lo stato di liquidazione, previa eliminazione della causa di scioglimento.

(29) Si pensi, ad esempio, alla illegittima apposizione della formula esecutiva al decreto ingiuntivo. In argomento, cfr. Trib. Roma, 16 luglio 2009, in *Giur. merito*, 2010, 693; Cass. 3 settembre 2009, n. 19119, in *Rep. Foro it.*, voce *Ingiunzione (procedimento per)*, n. 47.

(30) Si pensi, per far un esempio ricorrente, alla contestazione del credito consacrato nel titolo per fatti sopravvenuti alla sua formazione. Cfr., con specifico riferimento al caso qui prospettato, Cass. 19 giugno 2001, n. 8331; Trib. Roma, 25 luglio 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 133, con nota di Cresta. Per completezza espositiva, occorre tuttavia sottolineare che secondo un certo indirizzo giurisprudenziale, il sopravvenire, dopo l'emanazione del decreto ingiuntivo di un fatto estintivo o impeditivo del credito può essere dedotto dall'ingiunto solo nel processo di opposizione all'ingiunzione (Cass. 22 maggio 1980, n. 3386, in *Foro it.*, 1981, I, 826).

inefficacia per fatti comunque non deducibili in sede di opposizione a decreto ingiuntivo (30), in ossequio al pacifico principio secondo il quale è precluso far valere nel giudizio di opposizione all'esecuzione vizi attinenti alla formazione del titolo. In questa prospettiva, la richiesta di inibitoria (*id est* di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo) nei confronti del Comune si sarebbe fondata non su contestazioni di merito, spendibili all'interno del procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, bensì su contestazioni proponibili solo in sede di opposizione esecutiva (31), dovendosi in tal modo escludere che il primo giudizio e il procedimento ex 700 c.p.c. potessero avere il medesimo oggetto.

La ricostruzione della vicenda sopra tratteggiata, per quanto suggestiva, appare tuttavia decisamente smentita da quanto affermato dal Tribunale nel provvedimento in commento. Al riguardo, occorre innanzitutto rilevare come, **in più punti della decisione possa agevolmente desumersi che la società debitrice e l'avvocato avessero proposto il ricorso ex art. 700 c.p.c. facendo valere l'illegittimità delle escussioni effettuate dal Comune** per i medesimi motivi che la società garante aveva fatto valere con l'opposizione al decreto ingiuntivo. Non c'è, infatti, alcun passaggio della decisione dal quale emerga che gli obbligati avessero prospettato doglianze diverse da quelle già spese in sede di opposizione a decreto ingiuntivo, sicché, già in base a questo preliminare rilievo, **sembra piuttosto che il concesso provvedimento, lungi dall'attribuire agli obbligati una tutela diversa da quella richiesta in sede di opposizione a decreto ingiuntivo, servisse solo ad anticipare gli effetti della decisione sull'istanza ex art. 649 c.p.c.** Ad avvalorare tale conclusione deve ulteriormente sottolinearsi che il Tribunale, riferendosi espressamente al giudizio di opposizione pendente, lasciò chiaramente intendere come **l'attesa della decisione in ordine all'istanza ex art. 649 c.p.c. da parte di altro giudice, già fissata per una data successiva a quella nella quale il Tribunale avrebbe dovuto decidere sull'istanza ex art. 700 c.p.c., sarebbe stata deleteria per gli obbligati ricorrenti**, in considerazione del fatto che la società garante, in sede di costituzione nel predetto procedimento cautelare, aveva dichiarato di volere effettuare il pagamento in difetto di concessione del provvedimento sospensivo prima del pignoramento e di volersi successivamente rivalere nei confronti dei coobbligati.

Quanto osservato, infine, risulta confermato ove si passi ad analizzare la natura essenzialmente inibitoria del provvedimento adottato. Può osservarsi, infatti, come il Tribunale, inibendo alla società garante di effettuare il pagamento e al Comune di iniziare l'esecuzione, abbia inteso cristallizzare la situazione di fatto esistente al momento della proposizione del ricorso, ancorando temporalmente l'efficacia del provvedimento alla decisione sull'istanza ex art. 649 c.p.c., coerentemente a quanto richiesto dai ricorrenti.

Proprio da tale limitazione temporale dell'efficacia del concesso provvedimento è possibile arguire come esso dovesse considerarsi strumentale al procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo. Risulta evidente, infatti, che l'eventuale accoglimento della predetta istanza avrebbe avuto l'effetto di "prolungare" il risultato già ottenuto dagli obbligati con il provvedimento d'urgenza sino alla decisione sull'opposizione a decreto ingiuntivo. **Alla luce delle superiori osservazioni sembra dunque innegabile che l'esperibilità del rimedio atipico, nel caso**

**di specie, dovesse ritenersi esclusivamente funzionale ad anticipare gli effetti della decisione sull'istanza ex art. 649 c.p.c., onde evitare che nel lasso temporale intercorrente tra il momento della proposizione dell'opposizione a decreto ingiuntivo e la decisione su detta istanza il creditore potesse intraprendere la minacciata esecuzione.**

Pur riconoscendo la portata senz'altro innovativa della pronuncia in commento, nella misura in cui ha comunque ritenuto tutelabile il diritto del debitore-ordinante anche in sede esecutiva, **deve pertanto dubitarsi che, nel caso di specie, il ricorso ex art. 700 c.p.c., per la parte concernente la richiesta di inibitoria nei confronti del Comune, potesse essere considerato ammissibile, per difetto del requisito della residualità, sussistendo un rimedio tipico idoneo ad assicurare il diritto degli obbligati, in relazione al dedotto *periculum in mora* (32).**

Né, in senso contrario, potrebbe obiettarsi che, nella specie, l'istanza ex art. 649 c.p.c. non sarebbe stata idonea a scongiurare il pericolo paventato, a causa della ritenuta impossibilità di ottenere un'anticipazione degli effetti dell'inibitoria richiesta, attraverso un decreto concesso *inaudita altera parte*, in attesa dell'udienza già fissata.

Anche a prescindere dalla considerazione che la stessa asserita impossibilità di provvedere con decreto *inaudita altera parte* sull'istanza di sospensione dell'esecuzione del decreto ingiuntivo opposto, in attesa dell'udienza, appare molto meno scontata di quanto deve essere sembrato al Tribunale nella pronuncia in commento (33), è assorbente infatti il rilievo che la sospensione dell'esecuzione provvisoria di un titolo esecutivo giudiziale per motivi spendibili unicamente nel giudizio di impugnazione del predetto titolo è riservata alla competenza del giudice dinanzi al quale detto titolo è impugnato e non può pertanto essere anticipata, nemmeno in via cautelare, da altro giudice.

#### Note:

(31) Tale ricostruzione, peraltro, risulterebbe in linea con l'orientamento dottrinale prevalente, secondo il quale deve escludersi la possibilità di un concorso fra lo strumento sospensivo di cui al nuovo art. 615, comma 1, c.p.c. e quello ex art. 649 c.p.c., essendo precluso al giudice dell'opposizione - in ossequio al principio generale sopra richiamato - l'utilizzo del primo strumento sulla base di motivi spendibili nel giudizio di impugnazione del titolo (Cfr. Bucci-Soldi, *Le nuove riforme del processo civile*, Padova, 2006, 414; Saletti, *Simmetrie e asimmetrie nel sistema delle opposizioni esecutive*, in *Riv. esec. forzata*, 2007, 905. In giur., cfr., da ultimo, App. Genova, 26 luglio 2006, in *Giur. it.*, 2007, 1218).

(32) Per questa interpretazione del requisito della residualità, cfr., per tutti, Balbi, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Dig. it.*, Sez. VI civ., XVI, Torino, 1997, 109.

(33) Per l'ammissibilità di un provvedimento di sospensione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo, pronunciato con decreto *inaudita altera parte* prima dell'udienza di comparizione dinanzi al giudice istruttore, cfr. Trib. Firenze, 20 luglio 2011, secondo il quale detta possibilità deve essere affermata sulla scorta della rilevata insussistenza di una norma di legge che imponga, in presenza dei gravi motivi menzionati dall'art. 649 c.p.c., la previa instaurazione di un contraddittorio, dovendosi pertanto decidere allo stato degli atti "nel momento stesso in cui viene avanzata la relativa istanza"; App. Bologna, 5 agosto 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 212, con nota di Cea; Trib. Firenze, 9 novembre 1995, *Contra*, Trib. Torino, 8 ottobre 2008; Trib. Roma, 27 novembre 2003, in *Giur. merito* 2004, 699.