

R.G. n. 2101/2016

Tribunale Ordinario di Ascoli Piceno

PRIMA SEZIONE

Il Giudice

letto il ricorso depositato in data 12/10/2016 da Ascoli Servizi Comunali s.r.l.

osserva

La Ascoli Servizi Comunali s.r.l. ricorre ai sensi dell'art. 700 c.p.c. per ottenere i provvedimenti idonei ad impedire l'escussione della polizza fideiussoria stipulata con Coface Assicurazioni s.p.a. in favore della Provincia di Ascoli Piceno a garanzia delle obbligazioni scaturenti dalla gestione operativa della discarica a lei affidata con autorizzazione integrata ambientale dell'8.8.2008.

In relazione allo strumento processuale prescelto, giova premettere che la tutela cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c. ha come caratteristiche precipue la strumentalità, tipica di tutti provvedimenti cautelari, con riguardo alla funzione del provvedimento di assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, nonché l'atipicità e sussidiarietà del mezzo processuale, cioè la residualità dello strumento cautelare rispetto alla presenza di rimedi tipici apprestati dall'ordinamento per la tutela di situazioni giuridiche meritevoli di protezione, essendo consentito accedere ad esso soltanto "fuori dei casi regolati dalle precedenti sezioni di questo capo" e, più in generale, con una funzione, che potrebbe essere definita di chiusura del sistema della tutela cautelare, di venire incontro a quelle esigenze di cautela (ossia a quelle situazioni di periculum in mora) per le quali non sia specificamente previsto un procedimento cautelare tipico.

Di conseguenza, è preclusa l'attivazione dello strumento ex art. 700 c.p.c., per difetto delle condizioni e della ratio che lo giustificano, non soltanto in presenza degli specifici "casi regolati nelle precedenti sezioni" (ossia nelle sezioni I, II e III del capo III, titolo I, libro IV del codice di procedura civile, riguardanti rispettivamente il sequestro, la denuncia di nuova opera e di danno temuto e l'istruzione preventiva), ma in ogni altra ipotesi nella quale la legge individui i mezzi processuali propri a tutela di situazioni e rapporti determinati, apprestandone, all'uopo, una completa disciplina procedimentale comprensiva anche dei provvedimenti provvisori ed urgenti ed individuando espressamente il giudice funzionalmente competente ad adottarli.

Nel caso di specie può dunque ammettersi, in vista di specifiche esigenze che resterebbero comunque insoddisfatte nelle more dello svolgimento del giudizio di merito, comportando che l'eventuale



decisione favorevole nessun effetto vantaggioso produrrebbe per la parte vittoriosa, l'adozione di provvedimento ex art. 700 c.p.c., di contenuto dunque non previsto da alcuna disposizione di legge, non solo qualitativamente diverso da quello della futura decisione, da individuarsi dal Giudice, sempre nell'ambito della domanda della parte istante, come il più idoneo, perché il più adeguato alle predette esigenze, ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, ma anche di contenuto coincidente in parte o addirittura in tutto con la stessa statuizione della sentenza di merito, alla luce soprattutto del regime di stabilità dello strumento cautelare introdotto dapprima dal D.L. 35/05 convertito nella L. 80/05 e da ultimo dalla L. 69/09 (art. 669 octies c. 6, 7 e 8 c.p.c.).

I presupposti di ammissibilità dell'invocata tutela, come sempre in materia cautelare, sono costituiti dal *fumus boni iuris* e dal *periculum in mora*; segnatamente, l'apprezzamento del *fumus boni iuris* si risolve nella valutazione della presumibile fondatezza della pretesa, dunque nella delibazione sommaria del diritto fatto valere, che consenta di ritenere la probabilità della sua esistenza, restando riservato al giudizio di merito ogni altro più compiuto accertamento in ordine all'effettiva sua sussistenza.

In ordine alla domanda cautelare della ricorrente va in particolare evidenziato che il contratto autonomo di garanzia si caratterizza rispetto alla fideiussione per l'assenza dell'accessorietà della garanzia, derivante dall'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga all'art. 1945 c.c., e dalla conseguente preclusione del debitore a chiedere che il garante opponga al creditore garantito le eccezioni nascenti dal rapporto principale, nonché dalla proponibilità di tali eccezioni al garante successivamente al pagamento effettuato da quest'ultimo (cfr. Cass., I, 31 luglio 2015, n. 16231; Cass., I, 17 gennaio 2008, n. 903). Esso ha la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che può riguardare anche un fare infungibile (qual è l'obbligazione dell'appaltatore), contrariamente al contratto del fideiussore, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui (attesa l'identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante); inoltre, la causa concreta del contratto autonomo è quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no, mentre con la fideiussione, nella quale solamente ricorre l'elemento dell'accessorietà, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale. Ne deriva che, mentre il fideiussore è un "vicario" del debitore, l'obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto autonoma rispetto all'obbligo primario di prestazione, essendo qualitativamente diversa da quella garantita, perché non necessariamente sovrapponibile ad essa e non rivolta all'adempimento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento



di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore (cfr. Cass., Sez. Unite, 18 gennaio 2010, n. 3947).

La giurisprudenza ha poi chiarito che l'inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia, in quanto incompatibile con il principio di accessorialità che caratterizza il contratto di fideiussione (cfr. Cass., Sez. Unite n. 3947/2010, cit.; Cass., III, 20 ottobre 2014, n. 22233).

Tuttavia, la qualificazione del contratto in termini di *Garantievertrag*, se pure fa venir meno l'accessorialità della garanzia e quindi l'opponibilità delle eccezioni fondate sul rapporto garantito, non implica che il pagamento da parte del garante sia necessariamente dovuto.

In particolare, è ben vero che il garante deve ritenersi obbligato al pagamento a semplice richiesta del garantito, ma solo quanto ne sussista il relativo presupposto causale e cioè l'obiettiva esistenza dell'inadempimento del debitore principale, con la conseguenza che, nonostante la clausola di pagamento a prima richiesta, ben può il fideiussore rifiutare il pagamento arbitrariamente intimatogli in presenza di una pregressa evidente estinzione dell'obbligazione principale per avvenuto adempimento o altre ragioni. Infatti, per la Suprema Corte, pur in presenza di una innovativa eliminazione del carattere di accessorialità del rapporto di garanzia, esiste un nesso inscindibile tra la causa del debito di garanzia e la sorte del debito principale (cfr. Cass., III, 16 novembre 2007, n. 23786).

Inoltre, anche a fronte di clausole "a prima richiesta", non può negarsi l'operatività del principio della buona fede, quale fonte integrativa degli effetti degli atti di autonomia privata, in virtù del quale deve ritenersi giustificato il rifiuto del pagamento, qualora esistano prove evidenti del carattere fraudolento (o anche solo abusivo) della richiesta del beneficiario (cfr. Cass., I, 17 marzo 2006, n. 5997; Cass., I, 14 dicembre 2007, n. 26262). Tale rifiuto si concretizza nella *exceptio doli generalis*, quale rimedio di carattere generale, utilizzabile anche al di fuori delle ipotesi espressamente codificate e diretto a precludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento, paralizzando l'efficacia dell'atto che ne costituisce la fonte o giustificando il rigetto della domanda giudiziale fondata sul medesimo, ogni qualvolta l'attore abbia sottaciuto situazioni sopravvenute al contratto ed aventi forza modificativa o estintiva del diritto, ovvero abbia avanzato richieste di pagamento "prima facie" abusive o fraudolente, o ancora abbia contravvenuto al divieto di "venire contra factum proprium" (cfr. Cass., I, 7 marzo 2007, n. 5273; Cass., V, 12 settembre 2012, n. 15216, la quale ha specificato che la condotta abusiva o fraudolenta paralizzabile con l'*exceptio doli* ricorre quando si esercita un 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).

Nel caso di specie, in base alla documentazione posta a corredo del ricorso, appare pacifico che la garanzia prestata da Coface Assicurazioni s.p.a. è qualificabile come vero e proprio contratto autonomo di garanzia, trattandosi di polizza fideiussoria che prevede il pagamento a semplice richiesta di una somma di denaro in caso di inadempimento, da parte della Ascoli Servizi Comunali s.r.l., delle obbligazioni derivanti dalla gestione operativa delle vasche 1, 2, 3 e 4 della discarica di Relluce.

Quanto all'assunto della ricorrente, secondo la quale la medesima non sarebbe incorsa in alcun inadempimento imputabile nel mancato completamento del capping della vasca n. 4, ritiene il decidente che allo stato, ed in forza di una delibazione necessariamente sommaria quale quella consentita nella presente sede, tale ricostruzione appare accoglibile, in considerazione dello svolgimento dei rapporti tra la società ricorrente e la Provincia di Ascoli Piceno, come ricostruibile sulla scorta della documentazione in atti.

Difatti la Provincia di Ascoli Piceno, con determinazione dirigenziale n. 1101 del 16.5.2013, ha inizialmente stabilito il termine per il completamento della copertura della vasca n. 4 in tre anni dal rilascio del predetto provvedimento, e quindi al 16.5.2016 (cfr. doc. n. 3). Successivamente, con determinazione dirigenziale n. 1599 del 18.6.2014, detto termine è stato anticipato al 16.3.2016 (cfr. doc. n. 4); infine, con determinazione dirigenziale n. 834 del 2.5.2016, è stata intimata diffida a completare la copertura definitiva della vasca n. 4 entro il 31 agosto 2016 (cfr. doc. n. 5).

In tale arco temporale la ricorrente ha comunque prospettato le difficoltà tecniche incontrate nell'esecuzione del capping della vasca n. 4. In particolare, risulta che già in sede di conferenza di servizi del 9.4.2013 la Ascoli Servizi Comunali s.r.l. ha rappresentato possibili difficoltà nella copertura finale delle vasche 3 e 4 secondo i progetti approvati, poiché esse erano interessate da un sormonto autorizzato dalla Provincia di Ascoli Piceno e presentavano profili laterali con notevoli pendenze.

Fin dal luglio 2013, poi, la ricorrente ha evidenziato di aver raggiunto, in alcune zone delle vasche 3 e 4, pendenze superiori al 30% ed ha pertanto richiesto di realizzare la copertura definitiva in maniera difforme da quanto previsto dal D.Lgs. n. 36/2003; in effetti nell'ottobre 2013 tecnici dell'amministrazione provinciale hanno rilevato l'andamento morfologico delle vasche ed hanno verificato che, quanto alla vasca 4, vi erano pendenze superiori al 30%, in alcuni tratti pari al 59,9%.



Infine, contrariamente a quanto dall'Ente statuito con determinazione n. 1599 – nella quale si prevedeva che non era “in alcun modo possibile autorizzare un ulteriore abbancamento di rifiuti sulle vasche n. 2, n. 3, n. 4” - tra il settembre 2014 ed il gennaio 2015 la Provincia ha disposto ulteriori conferimenti di rifiuti nella vasca 4, nell'ordine rispettivamente delle 18.500 e 2.200 tonnellate (cfr. doc.ti nn. 6 e 7).

A fronte di tale sopravvenienza la Ascoli Servizi Comunali s.r.l. ha rappresentato la necessità di attendere l'asestamento della vasca (cfr. doc. n. 8); tuttavia la Provincia ha ritenuto che l'esiguo strato superficiale di rifiuti abbancato in via emergenziale tra la fine dell'anno 2014 e l'inizio dell'anno 2015 non potesse essere causa di asestamenti tali da giustificare proroghe dei termini per la copertura definitiva.

Orbene, in disparte il merito della questione squisitamente tecnica sottesa al presente giudizio cautelare, si può ritenere allo stato che la violazione da parte della ricorrente del termine ultimo per la realizzazione del completamento della vasca n. 4 non configuri un inadempimento imputabile, in considerazione delle plurime evenienze che hanno interessato la gestione della discarica, in buona parte indipendenti dalla volontà della Ascoli Servizi Comunali s.r.l. bensì riconducibili all'esercizio di poteri autoritativi da parte dell'ente pubblico, con la conseguenza che non ricorre il presupposto per l'escussione della garanzia in favore della Provincia di Ascoli Piceno.

La relativa richiesta appare quindi del tutto arbitraria, anche in considerazione del comportamento tenuto dalla Provincia nello svolgimento del rapporto con la società ricorrente. La medesima infatti sembra aver violato il divieto di venire contra factum proprium, posto che, se da una parte ha stabilito un termine per la realizzazione del capping, giungendo ad esplicitare che non era più possibile abbancare rifiuti nella vasca 4 (cfr. doc. n. 4), dall'altra parte – sia pure per fronteggiare esigenze di carattere eccezionale – ha disposto il conferimento nella medesima vasca di nuovi quantitativi di rifiuti. Trattasi di pretese palesemente contraddittorie che, alla luce del principio di buona fede sopra richiamato, non appaiono idonee a qualificare la condotta della controparte in termini di inadempimento imputabile.

Sussiste quindi il *fumus boni iuris* per riconoscere la invocata tutela cautelare in favore della ricorrente.

Quanto al *periculum*, appare evidente che l'escussione della garanzia, ed il conseguente diritto di regresso previsto dalla polizza in favore della Coface Assicurazioni s.p.a., per un importo di assoluta rilevanza, determinerebbe un'esposizione debitoria potenzialmente idonea a cagionare un notevole squilibrio finanziario, se non il dissesto, in relazione ad una società, quale la ricorrente, a



partecipazione pubblico-privata che gestisce il servizio di raccolta e smaltimento rifiuti a livello locale.

E' ben vero che la ricorrente, qualora si accertasse la non debenza della garanzia, potrebbe agevolmente recuperare la somma dalla Provincia, in considerazione dell'affidamento che può nutrirsi in tal senso nell'ente; tuttavia la necessità di fronteggiare il regresso del garante la esporrebbe ad una crisi di liquidità pressoché certa e potrebbe cagionare gravi difficoltà nella gestione corrente in relazione al servizio pubblico svolto e al mantenimento del livello occupazionale. Il pregiudizio che ne deriverebbe si connota quindi del requisito della irreparabilità in relazione ai predetti aspetti.

Ricorrono poi evidenti ragioni per concedere l'invocata tutela mediante decreto inaudita altera parte, in considerazione del fatto che la Provincia di Ascoli ha escusso la garanzia con nota del 20.9.2016 (cfr. doc. n. 1) e che la Coface Assicurazioni s.p.a., secondo le condizioni contrattuali, evade la richiesta nel termine di trenta giorni (cfr. doc. n. 2). L'instaurazione del contraddittorio potrebbe quindi vanificare gli effetti del presente provvedimento e va quindi differita, ai sensi dell'art. 669 sexies c.p.c., fino all'udienza di comparizione delle parti.

P.Q.M.

visti gli artt. 700 e 669 sexies c.p.c.

ordina alla Provincia di Ascoli Piceno e alla Coface Assicurazioni s.p.a. di astenersi dal compiere atti o fatti finalizzati all'escussione e liquidazione della polizza fideiussoria n. 1924241 stipulata da Ascoli Servizi Comunali s.r.l. con Coface Assicurazioni s.p.a. in data 23.5.2011 in favore della Provincia di Ascoli Piceno, ovvero, qualora la liquidazione sia già intervenuta, al regresso o rivalsa di Coface Assicurazioni s.p.a. nei confronti di Ascoli Servizi Comunali s.r.l.;

fissa per la comparizione delle parti l'udienza del 28 ottobre 2016, ore 13;

dispone la notificazione del ricorso introduttivo e del presente decreto entro otto giorni dal deposito del presente provvedimento, autorizzando all'uopo la notifica a mezzo posta elettronica certificata.

Si comunichi.

Ascoli Piceno, 16/10/2016

Il Giudice

Dott.ssa Claudia Di Valerio

