

N. R.G. 2016/55101



**TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO**

**SESTA SEZIONE CIVILE**

Nel procedimento cautelare iscritto al n. r.g. **55101/2016** promosso da:

(C.F. ) con il patrocinio dell'avv. )  
e dell'avv. ( )  
elettivamente domiciliato in )  
presso il difensore avv. ]

**RICORRENTE/I**

contro

(C.F. ) con il patrocinio dell'avv. )  
e dell'avv. elettivamente domiciliato in )  
presso il difensore avv. )

(C.F. ) e (C.F. ) con il patrocinio dell'avv. )  
e dell'avv. elettivamente domiciliato in )  
presso il difensore avv. )

**RESISTENTE/I**

Il Giudice dott. Viola Nobili, a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 16.11.2016, ha pronunciato la seguente

**ORDINANZA**

La società costruttrice ) propone ricorso ex art. 700 c.p.c. per inibire il  
pagamento da parte di ) della fideiussione  
obbligatoria da questa rilasciata ex l. 122/2005 ai promissari acquirenti .  
e ) che hanno escusso la stessa a seguito dei ritardi nella  
ultimazione e consegna del bene immobile promesso in vendita.



La ricorrente in particolare sottolinea l'assenza dei presupposti per escutere la fideiussione in quanto il credito non sarebbe certo -avendo i coniugi dapprima introdotto un giudizio di merito ex art. 2932 c.c. poi mutato in risoluzione del preliminare dopo il deposito da parte degli stessi della istanza di fallimento della promittente venditrice-; inoltre, non sussisterebbe il presupposto della pendenza del concordato preventivo (art. 3 comma 2 lett. c l. 122/2005) in quanto attualmente la società di costruzione è in stato di pre-concordato o concordato preventivo con riserva e quindi non sussiste lo stato di crisi tant'è che è in procinto di depositare accordo di ristrutturazione del credito. Per questi motivi l'escussione sarebbe abusiva.

Quanto al *periculum in mora*, evidenzia che la surrogazione della Assicurazione pregiudicherebbe proprio la fattibilità della ristrutturazione del debito, essendo costretto a pagare ora un credito incerto e comunque l'entità del credito *de quo* (oltre 1.000.000€) espone ad un rischio alto di per sé.

Il giudice precedentemente titolare della controversia concede la sospensione dell'escussione *inaudita altera parte* e fissa l'udienza di comparizione per la conferma, modifica e revoca del decreto.

La \_\_\_\_\_, costituendosi, si associa alle difese della ricorrente.

Si costituiscono i resistenti, reclamando invece la sussistenza di tutti e due i presupposti per l'escussione della garanzia in quanto i promissari acquirenti hanno comunicato la propria volontà di recesso (doc. 20 ricorrente) e in quanto sussiste la situazione di concordato preventivo (anche quello in bianco sarebbe sufficiente giusto l'accertamento dello stato di crisi: doc. 8 Ord. Coll. Reclamo Tribunale Padova).

I resistenti contestano anche la prova del *periculum in mora* evidenziando invece il proprio rischio nell'attendere stante l'assenza di indicazioni sugli sviluppi della costruzione e la precarietà economica della società edilizia (68.000.000€ di debiti: doc. 7 resistenti).

Infine non sarebbe provata l'abusività dell'escussione in quanto nulla sul proprio credito è stato nascosto e non è stato dimostrato un intento emulativo o l'esercizio del diritto ad altro scopo.



Il ricorso è infondato e va rigettato in quanto sussistono le condizioni richieste dalla legge per l'escussione della fideiussione da parte dei promissari acquirenti di immobile in costruzione.

### **I) Stato di crisi.**

In primo luogo, fino a quando non sia omologato l'accordo di ristrutturazione del debito lo stato di crisi -accertato dal Tribunale fallimentare (doc. 15 ricorrente)- persiste; quindi, sussiste il primo presupposto per l'escussione previsto dall'art. 3 comma 2 lett. c l. 122/2005 (Trib. Padova Ord. 947/2016).

Tanto si evince dalla semplice lettura dell'art. 3 comma 1 l. 122/2005 che pone come presupposto per l'escussione lo stato di crisi e rimanda alle varie procedure solo per fissare la data in cui si considera verificato lo stato di crisi (*"Rilascio, contenuto e modalità di escussione della fideiussione. 1. La fideiussione e' rilasciata da una banca, da un'impresa esercente le assicurazioni o da intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni; essa deve garantire, nel caso in cui il costruttore incorra in una situazione di crisi di cui al comma 2, la restituzione delle somme e del valore di ogni altro eventuale corrispettivo effettivamente riscossi e dei relativi interessi legali maturati fino al momento in cui la predetta situazione si e' verificata.*

*2. La situazione di crisi si intende verificata in una delle seguenti date: a) di trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto; b) di pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa; c) di presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo; d) di pubblicazione della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza o, se anteriore, del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria).*

E' pur vero che all'epoca del decreto legislativo del 2005 non era prevista l'ipotesi della presentazione di domanda di concordato con riserva ex art. 161, co. 6, l.fall.; tuttavia, è possibile includere anche la presentazione del ricorso per concordato con riserva nella previsione della lett. c di cui sopra, posto che il ricorso già contiene la domanda di voler accedere al concordato, ma si chiede un termine per predisporre la proposta, il piano e la



documentazione necessaria e in alternativa per presentare una domanda di accordo di ristrutturazione.

Infatti, è richiesto che al ricorso siano allegati i "bilanci relativi agli ultimi tre esercizi", il cui scopo è quello di fornire la prova che il debitore sia in possesso dei requisiti soggettivi ed oggettivi per l'ammissione alla procedura di concordato e cioè per dimostrare la propria qualità di imprenditore commerciale fallibile a norma dell'art. 1 (cioè, non sotto-soglia) e di versare, appunto, in stato di crisi.

Entrambi i presupposti sono stati verificati e dichiarati dal collegio competente (doc. 15 ricorrente).

Pertanto, fino all'omologa dell'accordo di ristrutturazione, l'unico stato accertato è quello di crisi.

Sebbene sussistano serie intese con la banca per un aumento del finanziamento a favore della società edile (lettera Banca Intesa dell'8.11.2016), tuttavia, l'accordo di ristrutturazione predisposto dalla [redacted] esplicita la volontà futura di pagare con i ricavi provenienti dalle vendite solo la banca e il nuovo investitore che a fronte di 5 milioni € da versare otterrebbe il 35% delle entrate e la CLE uscente; e palesa la rinnovazione dei preliminari con gli altri promissari acquirenti; invece, il credito viene dequalificato come non ancora esistente.

A fronte quindi di un accordo di ristrutturazione che prescinde dall'attualità della posizione dei resistenti, è corretto che essi provvedano individualmente e per tempo a tutelare le proprie ragioni di credito.

Del resto, lungo tutta la legge fallimentare il credito dei promissari acquirenti di bene immobile viene tutelato in via privilegiata (vedi artt. 72 comma 8, 169 bis ecc).

La *ratio* di questa tutela risiede nel fatto che il promissario acquirente di bene immobile non è un finanziatore dell'impresa ma è un soggetto che ha solo anticipato parte della propria prestazione a fronte di una controprestazione futura; pertanto, non è soggetto su cui si può addossare il rischio di impresa.

## II) Lettera di recesso.



Sussiste anche la comunicazione della volontà di recesso (doc. 20 ricorrente) e quindi il secondo presupposto di cui all'art. 3 comma 3 l. 122/2005.

Non vi è prova che il recesso sia abusivo o emulativo in quanto al contrario appare chiaro che il legislatore, con l'art. 3 della l. 122/2005, abbia voluto garantire all'acquirente degli immobili in costruzione una nuova facoltà di valutazione del proprio interesse al bene a fronte della sopraggiunta situazione di crisi -anche eventualmente rimediabile- della società costruttrice.

Manca poi qualunque elemento per definire abusiva l'escussione in quanto nel giudizio di merito avverso il costruttore viene chiesta solo la differenza tra quanto l'Assicurazione verserà e l'entità del credito che i promissari acquirenti riusciranno a far accertare (doc. 6 promissari acquirenti).

L'assenza di *fumus boni juris* esime dall'analisi del *periculum in mora* dovendo i due requisiti coesistere.

Le spese seguono la soccombenza del ricorrente e della [redacted] che si è associata alla domanda (art. 91 cpc) e sono liquidate in dispositivo ex DMG 55/2014.

**P.Q.M.**

- rigetta il ricorso di [redacted] e le comuni istanze di [redacted] e per l'effetto revoca l'ordinanza del 14.10.2016 emessa dal Tribunale di Milano dott.ssa F. Profumieri;
- condanna in solido [redacted] (C.F. [redacted]) e [redacted] a pagare a [redacted] e [redacted] le spese legali che liquida in 4.221€ oltre 15% per spese generali, i.v.a. e c.p.a. come per legge.

Si comunichi.

Milano, 21 novembre 2016

Il Giudice  
dott. Viola Nobili

