

FATTO

Per il restauro conservativo ed il risanamento di un immobile di proprietà, la ALFA srl, anziché espletare l'esatta procedura amministrativa prevista per legge in relazione a tale tipologia di interventi (**denuncia di inizio attività**), domandava, del tutto erroneamente, il rilascio del permesso di costruire che, nonostante l'assoluta carenza dei relativi presupposti sostanziali, il Comune di Terrarossa concedeva previa indebita riscossione del 50% degli oneri concessori ed esigendo, altresì, che la società istante garantisse il saldo del restante 50% a mezzo di apposita fideiussione "a prima richiesta" all'uopo conferita dalla BETA Scarl.

Ebbene, nonostante la ALFA srl non fosse assolutamente tenuta a pagare alcunché - per le ragioni che verranno più dettagliatamente illustrate nel prosieguo - il Comune di Terrarossa, invocando l'asserito inadempimento dell'obbligazione pecuniaria garantita, conveniva in giudizio la BETA Scarl chiedendo che questa, nella sua qualità di garante, fosse condannata a corrispondere, in luogo del debitore principale, le stesse somme che, a suo dire, la ALFA srl ancora doveva sborsare a titolo di oneri concessori.

Con la presente memoria si costituisce in giudizio la BETA Scarl la quale, evidenziando la manifesta pretestuosità delle pretese adottate dal Comune di Terrarossa, ne contesta in radice la fondatezza e ne domanda fin da ora il rigetto per i seguenti motivi di

DIRITTO

1) Sulla non debenza degli oneri concessori in ragione della tipologia di interventi eseguiti dalla ALFA srl sull'immobile di sua proprietà.

Preliminarmente, occorre evidenziare che per gli interventi di restauro e di risanamento conservativo, del tipo di quelli realizzati dalla ALFA srl sull'immobile di sua proprietà, non occorre che l'Ente territorialmente competente rilasci alcun permesso di costruire¹ (cfr., da ultimo, Cass. pen. sent. 17 maggio 2012, n. 19243) essendo all'uopo sufficiente la sola denuncia di inizio attività c.d. "semplice" e, perciò, gratuita².

¹ Per un rapido *excursus* normativo sul punto si veda V. Montaruli, "Tra ristrutturazione e risanamento conservativo di immobili" in "Urbanistica e appalti", 1999, 8, pagg. 913 e ss. in cui l'autore ricorda, tra l'altro, che a far data dall'entrata in vigore dell'articolo 31, comma 1, lettera c) della Legge 5 agosto 1978, n. 457, **gli interventi di restauro e di risanamento conservativo sono stati definitivamente sottratti al regime concessorio e ricompresi nel novero dei lavori meramente autorizzabili.**

² Per espressa previsione dell'articolo 22, comma 5 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, infatti, gli unici interventi subordinati a denuncia di inizio attività per i quali è altresì richiesto il versamento del contributo commisurato agli oneri di urbanizzazione ai sensi dell'articolo 16 del medesimo D.P.R. sono, solo ed esclusivamente:

- a) "gli interventi di ristrutturazione di cui all'articolo 10, comma 1, lettera c)";
- b) "gli interventi di nuova costruzione o di ristrutturazione urbanistica ...";
- c) "gli interventi di nuova costruzione ...".

Per espressa previsione dell'articolo 10, comma 1, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (*"Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia"*), infatti, il permesso di costruire è necessario solo per quegli interventi che comportino una *"trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio"* e, precisamente, per gli interventi di:

- a) *"nuova costruzione"*;
- b) *"ristrutturazione urbanistica"*;
- c) *"ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino aumento di unità immobiliari, modifiche del volume, dei prospetti o delle superfici, ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso, nonché gli interventi che comportino modificazioni della sagoma di immobili sottoposti a vincoli ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e successive modificazioni"*.

Solo in relazione ad essi il successivo articolo 16 del medesimo D.P.R., pone a carico del soggetto che li realizza il dovere di corrispondere un contributo che sia proporzionale all'incidenza del maggior carico urbanistico indotto e cioè commisurato alla necessità di dotare l'area interessata di servizi ulteriori (reti viarie, fognature, ecc...) rispetto a quelli già esistenti.

Infatti, è solo allora che il Comune deve affrontare una serie di spese necessarie ad adeguare, ampliare, o addirittura realizzare *ex novo* tutte quelle opere indispensabili all'urbanizzazione primaria e secondaria dell'area interessata dai summenzionati interventi di *"trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio"* ed è, quindi, solo allora che emerge concretamente la necessità di ridistribuirne il peso economico di modo tale che lo stesso gravi su chi più beneficia delle utilità scaturenti dalla presenza delle opere medesime (cfr: G. Ferrucci, *Oneri di urbanizzazione e costo di costruzione, Guida normativa e tecnica aggiornata al D.L. n. 70/2011*, in *Avanguardia Giuridica*, n. 9/2011, pag. 8; T.A.R. Lombardia, sent. 7 novembre 2005, n. 1115)

Pertanto, stando al dettato normativo di cui sopra, è evidente che il Comune di Terrarossa potrebbe legittimamente esigere la liquidazione coatta degli oneri concessori asseritamente non corrisposti dalla ALFA srl se e solo se le opere da questa eseguite sull'immobile di sua proprietà abbiano di fatto determinato una *"trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio"* ed un conseguente aggravio del preesistente carico urbanistico di zona.

Tuttavia, con specifico riferimento alle opere di restauro e di risanamento conservativa, è proprio la lettera del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 a scartare in radice la possibilità che si verifichi una siffatta trasformazione.

Infatti, laddove l'articolo 3, comma 1, lettera c), statuisce che i summenzionati interventi hanno quale unico scopo quello di *"conservare l'organismo edilizio"* e di *"assicurarne la funzionalità"* esclude automaticamente l'idoneità degli stessi ad alterare tanto la struttura dell'edificio esistente, quanto il relativo carico urbanistico indotto.

Proprio per tale ragione, la loro realizzazione non soggiace né alle previsioni di cui all'articolo 10, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, né a quelle di cui al successivo articolo 22, commi 3 e 5, e, conseguentemente, **il soggetto che li esegue non è in alcun modo obbligato a corrispondere quanto imposto dall'articolo 16 a titolo di oneri concessori** (in tal senso: F. Salvia - F. Teresi, *Diritto urbanistico*, Padova, 1998, pag. 221; G. Mengoli, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1997, pag. 921).

2) Sulla natura giuridica del contratto di garanzia su cui il Comune di Terrarossa fonda l'odierna pretesa di pagamento nei confronti della BETA Scarl.

In secondo luogo, è necessario procedere ad un'esatta interpretazione della convenzione negoziale da cui ha origine la presente controversia e stabilire se le parti abbiano inteso concludere un tipico contratto di fideiussione, oppure un contratto autonomo di garanzia, altrimenti conosciuto come "polizza fideiussoria" o "cauzione fideiussoria".

Tale differenza non è di poco conto ai fini dell'esito dell'odierno giudizio poiché nel primo caso, a differenza che nel secondo, la natura accessoria dell'obbligazione di garanzia rispetto a quella garantita fa sì che all'invalidità di quest'ultima consegua l'inesigibilità di quanto astrattamente dovuto dal garante.

Inoltre, dalla qualificazione giuridica della fattispecie contrattuale in un senso piuttosto che in un altro derivano importanti conseguenze soprattutto per ciò che concerne il regime delle eccezioni opponibili dal garante al beneficiario della garanzia.

Come noto, il fideiussore, per espressa previsione dell'articolo 1936 del Codice Civile, è colui che garantisce **l'esatto adempimento della medesima identica prestazione costituente oggetto del rapporto obbligatorio che lega il creditore al debitore principale**, obbligandosi personalmente verso il primo e rafforzando, così, il potere di quest'ultimo di realizzare specificamente il proprio diritto.

Nella garanzia autonoma, invece, il garante, stando all'orientamento dottrinale e giurisprudenziale oramai consolidatosi sul punto, si obbliga non tanto a garantire l'adempimento della prestazione cui è tenuto il c.d. debitore principale ma, piuttosto, a

tenere indenne il creditore dal nocimento che potrebbe subire per effetto di un eventuale inadempimento della prestazione medesima, rinunciando, peraltro, ad opporre qualsivoglia eccezione attinente tanto al rapporto di valuta, quanto a quello di provvista.

Inoltre, nel contratto autonomo di garanzia manca quel vincolo di accessorietà in virtù del quale, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1939 del Codice Civile, il garante può dirsi obbligato all'adempimento dell'obbligazione assunta nei confronti del beneficiario solo ed esclusivamente nella misura in cui sia valida ed efficace l'obbligazione cui essa accede, e cioè quella che lega il debitore principale al beneficiario medesimo.

Proprio per tale ragione, mentre il fideiussore, per espressa previsione dell'articolo 1945 del Codice Civile, *"può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale"*, un'analogia facoltà non è riconosciuta al garante autonomo.

Ed è questo il motivo per il quale si è soliti affermare che il contratto autonomo di garanzia, a differenza della fideiussione, svolge una funzione latamente cauzionale.

Per suo tramite, infatti, il beneficiario ha la possibilità di escutere il garante con la stessa tempestiva efficacia con cui egli potrebbe far proprio il versamento di una cauzione, controbilanciando, così, i rischi economici connaturati a quei contratti aventi ad oggetto prestazioni infungibili (ed il cui adempimento, proprio per la loro insostituibilità, non può essere certamente garantita da un soggetto diverso in rapporto di solidarietà con il debitore principale) ed evitando, al contempo, quell'infruttuosa immobilizzazione di capitali che è tipica del deposito cauzionale vero e proprio.

Ebbene, alla luce delle superiori considerazioni, non vi sono dubbi di sorta sul fatto che, nel caso di specie, ci troviamo di fronte ad un tipico contratto di fideiussione.

Tale certezza emerge, in particolar modo, dalla circostanza che **la prestazione del cui adempimento la convenuta si è resa garante nei confronti dell'attore è perfettamente identica a quella originariamente assunta dal debitore principale rispetto alla quale si pone come accessoria.**

Infatti, ciò che oggi il Comune di Terrarossa pretende dalla BETA Scarl è esattamente ciò che non ha ottenuto dalla ALFA srl, vale a dire, l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria avente ad oggetto il pagamento di quanto asseritamente ancora dovuto a titolo di oneri concessori, e non un'obbligazione diversa.

A conferma di quanto sopra, è sufficiente riportare alcuni estratti di un recente arresto giurisprudenziale delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Queste, con sentenza del 18 febbraio 2010, n. 3947, hanno chiarito una volta per tutte che *"elemento normale ed essenziale del vincolo fideiussorio è pur sempre l'identità con*

l'obbligazione principale nella sua stessa quantità e nelle sue stesse condizioni", evidenziando, altresì, che, al contrario, *"la polizza non mira a garantire l'adempimento dell'obbligazione del debitore principale (come accade nella fideiussione), ma ad assicurare al creditore la presenza di un soggetto solvibile in grado di tenerlo indenne dall'eventuale inadempimento del medesimo"*.

Detto altrimenti, *"mentre con la fideiussione è tutelato l'interesse all'esatto adempimento dell'(unica) prestazione principale - per cui il fideiussore è un "vicario" del debitore - l'obbligazione del garante autonomo è qualitativamente altra rispetto a quella dell'ordinante - sia perché non necessariamente sovrapponibile ad essa, sia perché non rivolta al pagamento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore"*.

Inoltre, la circostanza che nel testo della garanzia rilasciata in favore dell'odierno attore sia stato convenuto (solo ed esclusivamente) l'impegno della banca di versare quanto ancora residualmente dovuto a titolo di oneri concessori *"dietro semplice richiesta scritta motivata del Comune"* non consente di svincolare le vicende dell'obbligazione di garanzia da quelle che interessano l'obbligazione garantita e non è perciò idonea ad elidere, di per sé, quel vincolo di accessoriety che, come detto, lega indissolubilmente la prima alla seconda (in tal senso: G. Portale, *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989, p. 6).

Infatti, se una clausola *"a prima richiesta"* (o altra simile) potrebbe indurre l'interprete a propendere per il carattere autonomo della garanzia laddove l'obbligazione che lega il beneficiario di quest'ultima al debitore principale abbia ad oggetto una prestazione infungibile (ad esempio l'esecuzione di un contratto di appalto), ad analoga conclusione non può giungersi con altrettanta disinvoltura allorché, come nel caso oggetto della presente controversia, il garante si sia impegnato ad assicurare l'adempimento di una prestazione fungibile, vale a dire, il pagamento della medesima somma di denaro dovuta a titolo di oneri concessori dal debitore principale.

Tant'è vero che la stessa Corte di Cassazione, in più di un'occasione (da ultimo: Cass. civ., sent. 24 aprile 2008, n. 10652), ha categoricamente escluso che l'inserimento di una siffatta clausola valga di per sé ad attribuire la qualifica di contratto autonomo al negozio di garanzia che non riporti alcuna altra pattuizione idonea a slegare radicalmente la garanzia stessa dal rapporto fondamentale, riconoscendone, al contempo, la piena compatibilità con il contratto di fideiussione, nel cui contesto essa assurge a mera *"clausola limitativa della"*

proponibilità di eccezioni" con conseguente integrale applicazione di quanto disposto dall'articolo 1462 del Codice Civile.

Pertanto, non si assiste ad alcuna alterazione del tipo contrattuale in questione il quale è e rimane caratterizzato dal requisito dell'accessorietà (cfr: Cass. civ., sent. 3 marzo 2009, n. 5044 e sent. 28 febbraio 2007, n. 4661).

Dello stesso parere è anche la giurisprudenza amministrativa che, proprio di recente, ha avuto occasione di ribadire come la mera presenza nel testo della convenzione di una semplice clausola "*a prima richiesta*" (o simili) non permette di configurare un contratto autonomo di garanzia in luogo di un tipico contratto di fideiussione e, perciò, dal momento che il vincolo di accessorietà non viene in alcun modo compromesso, il garante conserva intatta la facoltà di opporre al beneficiario della garanzia tutte le eccezioni spettanti al debitore principale (cfr: Consiglio di Stato, sent. 30 novembre 2010, n. 8354; Tar Lazio, sent. 30 marzo 2011, n. 2818).

Ebbene, tale orientamento giunge perciò alla condivisibile conclusione secondo cui affinché possa configurarsi una garanzia autonoma in luogo di una tipica fideiussione, è indispensabile che le parti inseriscano nel testo della convenzione un'ulteriore clausola c.d. "*senza eccezioni o contestazioni*", o altra che sia ugualmente idonea ad escludere, in maniera inequivoca ed in deroga all'articolo 1945 del Codice Civile, ogni facoltà per il garante di opporre al creditore-beneficiario tutte le eccezioni relative al rapporto garantito.

In altre parole, è solo per effetto di una clausola dal summenzionato tenore - per sua natura incompatibile con il carattere accessorio tipico della fideiussione - che è possibile desumere con certezza la volontà delle parti di "scollegare" nettamente il debito di garanzia da quello principale nel senso che il garante non potrebbe mai e poi mai muovere alcuna eccezione relativa a quest'ultimo (cfr: Cass. civ., sent. 17 gennaio 2008, n. 903).

Se così non fosse, d'altronde, si finirebbe inesorabilmente col ridurre la clausola "*a prima richiesta*" a mero duplicato della clausola "*senza eccezioni*"

Inoltre, come correttamente evidenziato dalla dottrina, bisogna aver riguardo solo ed esclusivamente al testo della garanzia rilasciata in favore del beneficiario.

Pertanto, eventuali lacune non potranno mai essere colmate né sulla base di quanto riportato nel mandato con cui l'ordinante ha chiesto alla banca di rilasciare la garanzia, né, tantomeno, pretendendo di richiamare le previsioni contenute nel rapporto principale in cui l'ordinante ha pattuito con il beneficiario il rilascio della garanzia, giacché, come è evidente, trattasi di rapporti diversi e separati rispetto al rapporto di garanzia medesimo (cfr. F.

Bonelli, *Le garanzie bancarie «a prima domanda»*, in *Le garanzie contrattuali*, a cura di U. Draetta e C. Vaccà, Milano, 1994, pag. 209).

Per concludere, quindi, se, come nel caso di specie, il testo della garanzia contempla unicamente la dicitura “*a semplice richiesta*” ed è privo invece di una specifica clausola “*senza eccezioni*”, si assiste, unicamente, ad una mera inversione dell’*onere probatorio*. Nulla di più (cfr: Cass. civ., sent. 24 aprile 2008, n. 10652).

In altre parole, il creditore-beneficiario può pretendere il pagamento di quanto assicuratosi dal garante invocando unicamente l’asserito inadempimento dell’obbligazione garantita e senza che sia perciò tenuto ad allegare altresì quegli elementi capaci di comprovarne l’effettiva sussistenza.

A quel punto, se il garante, a fronte di una tale richiesta, vuole sottrarsi al relativo pagamento deve dimostrare, ad esempio, la nullità del contratto garantito o l’illiceità della sua causa fornendo, all’uopo, una prova pronta e liquida dal momento che, come detto, tale suo diritto non viene in alcun modo pregiudicato per effetto della sola presenza di una clausola “*a prima richiesta*” la quale è di per sé, “*muta*” circa la facoltà del garante di opporre eccezioni relative al rapporto principale (in tal senso: G. Stella, *Le garanzie del credito*, Milano, 2010, pag. 818).

3) Sull’*insussistenza dell’obbligo da parte della BETA Scarl di pagare al Comune di Terrarossa le somme richieste a titolo di oneri concessori, a causa dell’insussistenza di un analogo obbligo in capo alla ALFA srl.*

Ricapitolando brevemente le considerazioni svolte ai punti precedenti, bisogna giungere alla necessaria conclusione secondo cui la BETA Scarl non è tenuta a corrispondere alcunché al Comune di Terrarossa.

Infatti, dalla qualificazione giuridica in termini di contratto di fideiussione della garanzia rilasciata dalla BETA Scarl in favore dell’odierno attore, deriva, innanzitutto, il carattere accessorio dell’obbligazione contratta dal garante rispetto a quella assunta del debitore principale nei confronti del creditore-beneficiario e la conseguente possibilità per il garante medesimo di opporre a quest’ultimo tutte le eccezioni che potrebbe legittimamente sollevare il debitore principale, compresa quella afferente la nullità del rapporto obbligatorio garantito la quale, peraltro, stando a quanto espressamente previsto dal sopracitato articolo 1462 del Codice Civile, non è nemmeno suscettibile di essere paralizzata per effetto della previsione di una clausola di pagamento “*a prima richiesta*”.

In secondo luogo, poiché, per le ragioni ampiamente esposte al primo punto, l’articolo 16 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, riferisce il pagamento degli oneri concessori ad

una precisa circostanza di fatto, vale a dire, **l'esplicazione di una attività trasformativa del territorio con conseguente aggravio del carico urbanistico indotto**, ne deriva che, siccome nel caso di specie tale indispensabile presupposto di legge è completamente assente, la relativa obbligazione (principale) di pagamento facente capo alla ALFA srl è da considerarsi **priva di causa** e, perciò, nulla (cfr. T.A.R. Lazio, sent. 12 marzo 2008, n 2294).

Tale nullità determina l'inevitabile invalidità dell'obbligazione accessoria facente capo al garante e, quindi, la conseguente impossibilità per il creditore/garantito di pretendere coattivamente l'adempimento (in tal senso: Cass. civ. sent. 4006/1989. Addirittura, in quell'occasione i Giudici Supremi hanno persino statuito che, siccome anche il contratto autonomo di garanzia assolve dal punto di vista della causa alla specifica funzione di coprire il rischio dell'inadempimento del rapporto principale, ne deriva che se l'obbligazione principale è nulla anche la stessa garanzia deve considerarsi nulla per mancanza di causa, non configurandosi *ab origine* alcun rischio di inadempimento).

Infatti, essendo certo e sostanzialmente incontestabile che il Comune di Terrarossa non ha alcun diritto nei confronti della ALFA srl, l'escussione della garanzia è palesemente dolosa e fraudolenta e può, quindi, essere legittimamente rifiutata dalla banca.

Tutto ciò premesso e considerato, la BETA Scarl rassegna le seguenti

CONCLUSIONI

Voglia il Giudice adito rigettare integralmente le pretese addotte dal Comune di Terrarossa poiché destituite di qualsiasi fondamento.