

IN FATTO

1.1. In seguito alla concessione da parte del Comune di Terrarossa all'impresa Alfa srl del permesso di costruire per il restauro conservativo e per il risanamento di un immobile di sua proprietà, la società Alfa srl costituisce a favore del Comune una garanzia, qualificata come "cauzione fideiussoria", rilasciata dal convenuto istituto bancario Beta Scarl a copertura del 50% degli oneri concessori dovuti *ex lege* dalla suddetta società.

1.2. Il testo della garanzia rilasciata dall'istituto Beta Scarl e sottoscritta dal Comune di Terrarossa stabilisce che "La banca garantisce l'eventuale inadempimento di Alfa srl, impegnandosi a versare dietro semplice richiesta scritta motivata del Comune, quanto residualmente dovuto *ex lege* a titolo di oneri concessori".

1.3. In seguito all'inadempimento da parte di Alfa srl dell'obbligo di versare gli oneri concessori garantiti, il Comune irroga le sanzioni previste dall'art. 42 T.U. 380/2001 e conviene nel presente giudizio Beta Scarl, pretendendo il pagamento degli oneri concessori garantiti; la presente convenuta, tuttavia, decide di non procedere al pagamento, eccependo l'illegittimo rilascio del permesso di costruire e la conseguente estinzione del diritto di credito vantato dal COMUNE DI TERRAROSSA nei suoi confronti.

IN DIRITTO

2. La corretta qualificazione giuridica della convenzione di garanzia nei termini di fideiussione *omnibus*

2.1. BETA SCARL ha rilasciato in favore del COMUNE DI TERRAROSSA parte attrice una garanzia, dal cui testo si legge che "la banca garantisce l'eventuale inadempimento di Alfa srl, impegnandosi a versare dietro semplice richiesta scritta motivata del Comune, quanto residualmente dovuto *ex lege* a titolo di oneri concessori".

2.2. Essendo questo il testo regolante l'assetto dei rapporti tra attore e convenuto, è fuori dubbio che le condizioni alle quali BETA SCARL si è impegnata a prestare garanzia nei confronti del COMUNE DI TERRAROSSA debbano essere ivi contenute e che il COMUNE

DI TERRAROSSA le abbia approvate all'atto della sottoscrizione, cosicché le indicazioni circa la qualificazione della convenzione negoziale intervenuta tra attore e convenuto debba avvenire per mezzo dell'esatta identificazione della volontà delle parti così come oggettivatasi in tale documento.

2.3. Ai fini di tale qualificazione, non può essere considerata decisiva, come erroneamente postulato dalla parte attrice, la mera apposizione di una clausola c.d. a prima richiesta: la ricerca della comune intenzione delle parti *ex art. 1362 c.c.*, infatti, impone di valutare lo specifico grado di autonomia che le parti hanno voluto imprimere all'obbligazione di garanzia rispetto a quella principale, tenuto conto che «l'inserimento di una clausola può alternativamente rappresentare diversi "tipi" funzionali, a grado di intensità crescente: il primo, rigorosamente procedimentale, volto alla sola inversione dell'onere probatorio; il secondo, determinativo dell'effetto di *solvo et repete*, per ciò solo del tutto iscritto (ancora) nell'orbita del negozio fideiussorio; il terzo, di sostanziale separazione del diritto all'adempimento della autonoma obbligazione di garanzia rispetto al contratto sottostante» (Cass. Civ. 31 luglio 2002 n. 11368; Cass. Civ. 4 luglio 2003 n. 10574; Cass. Civ. sez. III, ordinanza 5 marzo 2009 n. 5326).

2.4. Decisiva non appare nemmeno la qualificazione di “cauzione fideiussoria” che le parti hanno concordato, cui il giudice ha il dovere di non limitarsi ai sensi degli artt. 1362 ss. c.c. e dalla quale non è vincolato in base al principio *iura novit curia* enunciato dall'art. 113 c.p.c.

2.5. Complementari e decisivi nell'assoggettare la presente convenzione di garanzia allo schema della fideiussione *omnibus* risultano altri due elementi contenuti nel testo della garanzia: la specificazione “a titolo di oneri concessori” e l'omessa apposizione della clausola “senza che possa essere opposta eccezione alcuna”.

2.6. La circostanza per cui il pagamento da parte di BETA SCARL debba avvenire “a titolo di oneri concessori” istituisce un'intima connessione tra il contenuto dell'obbligazione di garanzia e quello dell'obbligazione principale, riconducibile al carattere di accessorialità che connota la prima nello schema del negozio fideiussorio e che la assoggetta alle sorti della seconda, da cui dipende. Tale aspetto appare peraltro del tutto inconciliabile con il carattere di autonomia tipico della garanzia autonoma a prima richiesta, che postula l'indipendenza

delle vicende che riguardano l'esistenza, la validità e l'efficacia dell'obbligazione di garanzia rispetto a quelle del rapporto principale.

2.7. La mancata apposizione al testo della garanzia di una clausola contenente una deroga espressa all'art. 1939 c.c., che nella prassi accosta la clausola c.d. a prima richiesta, non può che essere ricondotta a una deliberata scelta delle parti. A questa conclusione dovrebbe certamente pervenirsi, partendo dalle stesse premesse svolte dalla parte attrice in ordine alla qualità dei due contendenti: la qualità di intermediario professionale di BETA SCARL e la qualità di P.A. del Comune, infatti, fanno presumere un livello di ponderazione e conoscenza della normativa in materia di concessione di garanzie, tale da escludere che il mancato inserimento di questa clausola possa configurarsi nei termini di una generica "svista".

2.8. L'obiezione mossa dalla parte attrice in ordine alla mancata ripetizione nel testo della garanzia della clausola contenente la deroga espressa all'art. 1939 c.c. presente nella lettera d'incarico non ha pregio, attenendo essa ad un profilo di responsabilità generalmente ricondotta alla violazione dell'art. 1710 c.c. e rilevante nei soli rapporti interni tra ordinante e garante, che rimane totalmente estraneo al rapporto di cui si discute. Non potrebbe, dunque, il COMUNE DI TERRAROSSA pretendere di trarre da tale documento la conferma del carattere di garanzia autonoma a prima richiesta della convenzione di garanzia, perché nella lettera di incarico potrebbero essere ricercate soltanto le condizioni del rapporto tra ordinante e garante rispetto al quale il beneficiario assume le vesti di terzo.

Quanto premesso dovrebbe determinare l'On.le Giudice Adito a mettere in non cale l'istanza di esibizione proposta dalla parte attrice volta a sollecitare il potere del giudice *ex art. 210 c.p.c.*

3. Il difetto di giurisdizione del giudice civile ordinario adito

3.1. In via pregiudiziale di rito, si eccepisce il difetto di giurisdizione del giudice ordinario *ex art. 37 c.p.c.*, in favore della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in osservanza delle norme di cui all'art. 133 c.p.a.

3.2. Si è già rilevato come la garanzia rilasciata dalla presente convenuta a favore del Comune di Terrarossa costituisca una fideiussione *omnibus*, sottoposta alla disciplina di cui

agli artt. 1936 ss. c.c. Come tale, il rapporto di garanzia risulta accessorio rispetto al rapporto principale sottostante, in base agli artt. 1939 e 1945 c.c.

3.3. Nonostante non si possano negare alla fideiussione alcuni caratteri di individualità, bisogna riconoscere che, nei casi in cui la garanzia fideiussoria risulti strettamente legata al rapporto sostanziale sottostante, sia nella sua fase genetica che nei suoi sviluppi funzionali, la pretesa azionata nei confronti del fideiussore rientri senza soluzione di continuità nell'ambito della medesima giurisdizione cui sarebbe sottoposta la materia specifica che connota l'obbligazione principale, che nel caso di specie è la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (T.A.R. Sicilia Catania Sez. I, Sent., 14-01-2011, n. 58). Infatti, la garanzia fideiussoria sottoscritta dalla presente convenuta a favore del Comune di Terrarossa trova la propria causa e ragione giustificante nell'obbligazione principale del pagamento degli oneri concessori dovuti *ex lege* dalla società Alfa srl nei confronti del Comune, come si evince esplicitamente dall'espressione "a titolo di oneri concessori" contenuta nel testo della garanzia, su cui diffusamente *sub* 2.6.

3.4. Di conseguenza, la convenzione di garanzia che non presenti caratteristiche di autonomia e astrattezza proprie del contratto autonomo di garanzia, come quella oggetto di controversia, costituisce una garanzia "titolata", e non "astratta", collegata funzionalmente all'obbligazione principale: essa riguarda il «recupero di oneri economici che riguardano una "materia" (l'edilizia, e gli oneri economici ad essa connessi), rientrante integralmente nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per inequivocabile scelta del legislatore" (T.A.R. Piemonte Torino Sez. I, 17-07-2008, n. 1646).

3.5. L'art. 133 c. 1 lett. f) c.p.a., infatti, devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia".

3.6. A nulla vale il rilievo svolto dall'attore che si tratti nel caso concreto di un diritto soggettivo che rientra nella competenza del giudice ordinario: la Corte costituzionale, infatti, ha esplicitamente riconosciuto al legislatore, nell'esercizio del potere discrezionale riservatogli, la facoltà di devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "particolari materie indicate dalla legge" ex art. 103 Cost., nelle quali «la tutela nei confronti

della pubblica amministrazione investa anche diritti soggettivi» (Corte cost., sent. 35/2010; si vedano anche le sentenze Corte cost. 204/2004; 191/2006; 140/2007).

3.7. Tanto premesso in ordine alla ricomprensione della presente controversia nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per la natura della materia trattata e per la sostenuta natura fideiussoria del convenzione di garanzia di cui si discute, si richiede all'On.le Giudice Adito di rilevare il difetto di giurisdizione e, conseguentemente, di far proseguire la causa dinanzi al giudice competente *ex art. 59 L. 18 giugno 2009 n. 69*.

4. La non estendibilità della fideiussione al pagamento delle sanzioni irrogate ai sensi dell'art. 42 T.U. 380/2001.

4.1. Il COMUNE DI TERRAROSSA ha provveduto ad irrogare le sanzioni previste dall'art. 42 T.U. 380/2001, applicando in via automatica la norma sulla base di una sua interpretazione rigorosamente letterale.

4.2. Tuttavia, la giurisprudenza maggioritaria ritiene sussistente un dovere in capo alla P.A. di preventiva escussione della garanzia, sia essa qualificabile in termini di fideiussione o di garanzia autonoma, il mancato adempimento del quale inibirebbe l'irrogazione delle suddette sanzioni.

4.3. Ad avviso del presente convenuto, è da condividere l'iter argomentativo da cui la giurisprudenza dominante (da ultimo Cass. Civ., Sez. II, 27 marzo 2013, n. 7791), ricava in via interpretativa il divieto in capo all'amministrazione creditrice di dar luogo ad un'automatica applicazione dell'art. 42 T.U. 380/2001, a fronte dell'omesso o ritardato versamento degli oneri concessori.

4.4. Tali argomenti si fondano su un'interpretazione dell'art. 42 T.U. 380/2001 orientata verso i principi di buona fede (art. 1375) e correttezza (art. 1175 c.c.), e improntata sul principio di salvaguardia dell'effetto utile (artt. 1362 e 1367 c.c.).

4.5. Il COMUNE DI TERRAROSSA, infatti, avendo configurato la previa escussione della garanzia nei termini di una mera facoltà per la P.A. creditrice rispetto all'irrogazione delle sanzioni *ex art. 42 T.U. 380/2001* e avendo proceduto immediatamente all'irrogazione delle

stesse, ha violato certamente tanto i principi di correttezza e buona fede sopra richiamati, quanto il principio di conservazione dell'effetto utile, che si ricava dal combinato disposto degli artt. 1362 e 1367 c.c., frustrando lo scopo del contratto di garanzia concluso.

4.6. La fideiussione prestata da BETA SCARL in relazione al versamento del 50% degli oneri concessori rilasciata in favore del COMUNE DI TERRAROSSA era finalizzata, infatti, a far ottenere all'amministrazione beneficiaria il puntuale adempimento dell'obbligazione garantita e ad evitare le conseguenze sfavorevoli che avrebbe potuto altrimenti subire a seguito dell'inadempimento del debitore principale ALFA SRL. Sicché, l'irrogazione delle sanzioni previste per l'omesso o ritardato versamento degli oneri concessori si doveva necessariamente porre come eventuale e subordinata alla previa escussione del garante, dal momento che il beneficiario della garanzia avrebbe potuto ottenere l'integrale adempimento del suo credito escutendo la garanzia predisposta *ad hoc* per assolvere a questa funzione.

4.7. Tanto premesso, l'aver il Comune provveduto illegittimamente all'irrogazione delle sanzioni *ex art. 42 T.U. 380/2001* contestualmente all'escussione del credito garantito rende non dovute ai sensi e per gli effetti del 1941 c.c. le somme computate a sanzioni, al pagamento delle quali non può estendersi la causa della fideiussione.

4.8. Ad avviso del convenuto, inoltre, appare errata la pretesa configurazione di un rapporto di accessorietà tra il pagamento delle sanzioni *ex art. 42 T.U. 380/2001* e il versamento degli oneri concessori, potendo trovare applicazione il principio di diritto elaborato dalla giurisprudenza in materia di concessione edilizia, per cui la fideiussione prestata per il pagamento degli oneri di urbanizzazione conseguenti al rilascio della concessione edilizia non si estende, ai sensi del 1942 c.c., al pagamento della sanzione amministrativa, stante il difetto del carattere di accessorietà della seconda rispetto ai primi e non potendosi riversare all'interno della garanzia posizioni debitorie ulteriori aventi titolo o comunque collegate al rapporto principale e non coperte dalla garanzia medesima (Cass. Civ. Sez. I, 12 giugno 2001 n. 7885).

CONCLUSIONI

Tanto premesso in fatto e in diritto, la parte convenuta eccepisce:

- il difetto di giurisdizione del giudice civile ordinario adito;

- l'inesigibilità del pagamento degli oneri concessori residui pari al 50%;
 - l'inconsistenza dell'istanza istruttoria presentata dalla controparte ex art. 94 disp. att. c.p.c.;
- e conclude affinché l'On.le Giudice Adito, rigettata ogni istanza contraria voglia:

in via riconvenzionale

- qualificare la "cauzione fideiussoria" come fideiussione *omnibus*
- rigettare l'istanza istruttoria presentata dalla controparte
- ritenere che la fideiussione non si estenda ai sensi del 1942 c.c. al pagamento delle sanzioni previste dall'art.42 T.U. 380/2001
- qualora il giudice dovesse giudicare infondata l'eccezione di inesigibilità del credito garantito, di accertare e dichiarare il diritto di regresso di BETA SCARL nei confronti di ALFA SRL.

Memoria di BETA SCARL – convenuto
Codice squadra: 589859