



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO

Sezione Prima civile

nelle persone dei seguenti magistrati:

Marina Tavassi	Presidente
Anna Mantovani	Consigliere
Silvia Giani	Consigliere relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n.r.g. **4283/2017** promossa in grado d'appello

DA

COMUNE DI in persona del legale rappresentante,
con il patrocinio dell'avv.

APPELLANTE

Nei confronti di

ti

APPELLATA

e nei confronti di



SPA, in persona del legale rappresentante,

i

APPELLATA

oggetto: Fideiussione

conclusioni

Per il COMUNE DI

Voglia codesta Ecc. ma Corte di Appello, previe le declaratorie del caso e respinta ogni avversa domanda, istanza, eccezione, produzione e/o deduzione, e senza alcuna accettazione, neppure implicita, su eventuali allegazioni, deduzioni e domande nuove, accogliere le seguenti:

CONCLUSIONI

nel merito:

a) Con riferimento alle domande svolte da

SpA (oggi

-per tutti i motivi esposti in narrativa da intendersi qui integralmente richiamati, rigettare l'opposizione e tutte le domande proposte da (oggi) siccome infondate in fatto e, per l'effetto, confermare la legittimità, validità ed efficacia del decreto ingiuntivo 1033/2014 emesso dal Tribunale di Como il 4.4.2014;

- in subordine, condannare (oggi Assicurazioni SpA), in persona del le rappresentante p.t.v. al pagamento in favore del Comune di dell'importo di euro 14 e il diverso importo che risulterà provato in corso di giudizio, oltre interessi legali dal dovuto al saldo;

b) con riferimento alla domande spiegate da SpA

- in via preliminare: accertare e dichiarare la nullità delle eccezioni di decadenza e prescrizione proposte in sede di comparsa di intervento ex art. 105 c.p.c. per genericità ed indeterminatezza;

- nel merito: rigettare tutte le domande proposte in quanto prive di fondamento in fatto ed in diritto

(iii) in ogni caso:



- con vittoria di spese ed onorari di entrambi i gradi di giudizio, oltre spese generali, CPA ed IVA come per legge;
- in accoglimento dell'appello ed in riforma dell'impugnata sentenza, condannare le convenute opposte, ciascuna per quanto di ragione, alla restituzione degli eventuali importi pagati dall'odierna appellante in esecuzione di quanto statuito con sentenza n. 965/2017, oltre interessi dalla data di pagamento sino all'effettivo rimborso.

Per SPA

In via preliminare: dichiarare l'improponibilità ex art. 329 cpc e comunque l'inammissibilità ex art. 342 cpc dell'appello promosso dal Comune di

Nel merito in via principale: respingere l'appello proposto in quanto infondato, confermando la decisione impugnata;

Con il favore delle spese.

Nel merito e in subordine: nella denegata e non creduta ipotesi di accoglimento dell'appello proposto, si ripropongono le domande svolte in primo grado, insistendosi perché l'adita Corte d'Appello voglia così giudicare: In via preliminare:

- dichiarare l'ammissibilità dell'intervento spiegato nel presente giudizio;
- confermare la sospensione della provvisoria esecutorietà concessa al decreto ingiuntivo opposto per la sussistenza dei gravi motivi di cui all'art. 649 cpc, tutti comprovati documentalmente;
- in via principale:
 - accertata e dichiarata l'infondatezza di ogni circostanza in fatto ed in diritto dedotta dal Comune di rigettare ogni pretesa formulata dal medesimo Comune.
 - Accertata e dichiarata l'impossibilità sopravvenuta dell'obbligazione principale non imputabile al debitore, dichiarare e/o pronunciare l'estinzione dell'obbligazione del debitore principale spa nei confronti del Comune di e conseguentemente dichiarare e/o pronunciare l'estinzione della fideiussione della con conseguente dichiarazione di annullamento e/o nullità e/o invalidità del decreto opposto e/o comunque con rigetto di ogni pretesa formulata dal Comune di e/o dalla ne la spa.
 - Accertata e dichiarata l'inesistenza di alcun inadempimento di spa nei confronti del Comune di con riferimento alle opere di realizzazione



dello svincolo stradale, dichiarare l'illegittimità dell'escussione della fideiussione con conseguente dichiarazione di annullamento e/o nullità e/o invalidità del decreto opposto e/o comunque con rigetto di ogni pretesa formulata dal Comune di _____ e/o dalla _____ nei confronti della _____ spa. Accer _____ dichiarata la decadenza e/o prescrizione e/o l'estinzione del diritto di escussione della fideiussione da parte del Comune di _____ co. _____ dichiarazione di annullamento e/o nullità e/o invalidità del decreto opposto e/o comunque con rigetto di ogni pretesa formulata dal Comune di _____ Liguria Assicurazioni nei confronti della _____

- In ogni caso:

- accertato e dichiarato che il Comune di _____ ha agito in giudizio con mala fede e/o colpa grave, condannarlo oltre che alle spese, al risarcimento dei danni ex art. 96 comma 1, c.p.c. dal liquidarsi, anche d'ufficio, in sentenza.

- In ogni caso condannare il Comune di _____ a rifondere integralmente le spese, diritti ed onorari della presente causa, oltre spese di C.T.U oltre IVA, CPA e spese generali, come per legge.

- Contestualmente alla pronuncia sulle spese ex art. 91 c.p.c, condannare il Comune di _____ ex art. 96 comma III, c.p.c. al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata in base al valore della presente causa.

In via istruttoria: si insiste per l'ammissione dei mezzi istruttori formulati con memoria ex art. 183 VI co cpc n. 2 depositata in data 17.12.2014, qui da intendersi integralmente richiamati e riproposti.

Per _____

Si chiede che l'Ecc.ma Corte d'Appello, respinta ogni contraria e diversa domanda, eccezione e deduzione; previi gli opportuni accertamenti ed emesse tutte le più opportune pronunce e declaratorie del caso;

in via preliminare:

accerti e dichiari l'inammissibilità dell'appello avversario ai sensi e per gli effetti dell'art. 342 c.p.c.;

in via principale:

respinga l'appello proposto confermando integralmente la sentenza impugnata;

in ogni caso, anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 346 c.p.c.:



accerti e dichiarare l'abusività della pretesa del Comune di _____ verso
(già) per inesistenza di alcun inadempimento in capo a
S.p.A., annullando conseguentemente _____ opposizione opposta;
accerti e dichiarare la prescrizione del diritto di credito del Comune di
nei confronti di _____ S.p.A. (S.p.A.), annullando il decreto ingiuntivo
mandando assolto: _____ te da ogni domanda; in denegata ipotesi di accoglimento
della domanda attorea, dichiarare tenuta e condannare la _____ S.p.A., in persona
del legale rappresentante pro tempore, a rimborsare alla _____ Assicurazioni
S.r.l. _____ A.) tutte le somme comunque dovute o versate al Comune di
in es_____ alla polizza n. 02/E/8021702, oltre interessi e rivalutazione
monetaria dalla data del pagamento e sino all'effe _____ ne;
con vittoria di spese e compensi professionali, per entrambi i gradi di giudizio,
gravati di I.V.A.

ESPOSIZIONE DELLE RAGIONE DI FATTO E DI DIRITTO

1. Con sentenza n. 965/2017, pubbl. il 15 giugno 2017, il Tribunale di Como, definitivamente pronunciando nella causa RG n.3692/2014, promossa da nei confronti del

(convenuto- opposto) e con l'intervento di _____ SPA, ha così deciso:

1. *accoglie l'opposizione e revoca il decreto ingiuntivo opposto;*
2. *accerta l'estinzione dell'obbligazione di realizzazione dello svincolo stradale relativo all'incrocio tra via Corsica e la SS 342 per impossibilità sopravvenuta non imputabile a _____ s.p.a.;*
3. *rigetta la domanda di condanna dell'opponente al pagamento della polizza fideiussoria;*
4. *rigetta la domanda di risarcimento dei danni ex art. 96 c.p.c. formulata da _____ s.p.a.;*
5. *condanna l'opposto alla rifusione in favore dell'opponente delle spese di lite, liquidandole in € 13.430 per compenso professionale ed € 367,67 per spese, oltre rimborso spese generali, I.V.A. se dovuta e C.P.A. come per legge;*



6. condanna l'opposto alla rifusione in favore della terza intervenuta delle spese di lite sostenute, liquidandole nella complessiva somma di € 7.795 per compenso professionale, oltre rimborso spese generali, I.V.A., se dovuta, e C.P.A. come per legge.

7. Pone definitivamente a carico del convenuto opposto le spese della c.t.u. nella misura liquidata in corso di causa.

2. Il giudizio di primo grado.

2.1. Il Comune di _____ ha agito in sede monitoria, facendo valere nei confronti dell'opponente (oggi _____) l'obbligazione di pagamento di € 154.359,00 nascente da una polizza fideiussoria emessa a garanzia della realizzazione da parte di _____ s.p.a. di uno svincolo stradale relativo _____ previsto in un piano di lottizzazione (doc. 2 fascicolo monitorio).

2.2. La compagnia assicurativa ha proposto opposizione al decreto ingiuntivo, allegando che la mancata realizzazione delle opere di svincolo della via Varesina da parte di

_____ SPA era da imputare alla condotta del Comune di _____ che aveva acquisito il nulla osta alla realizzazione dell'opera da parte dell'ANAS dal 22.9.2004 e l'aveva lasciato scadere prima di procedere all'emanazione del permesso di costruire. Nel frattempo era intervenuta la nuova disciplina contenente le norme funzionali e geometriche per la costruzione delle intersezioni stradali (D.m. 19.4.2006), che aveva dettato prescrizioni incompatibili con il progetto di accesso allo svincolo previsto nell'originaria convenzione di lottizzazione del 4.10.1993, in quanto richiedeva la disponibilità di maggiori aree di manovra con necessità di provvedimenti espropriativi da parte del Comune.

Alla luce di tale sopravvenuta disciplina, l'Anas aveva negato la nuova richiesta di nulla osta presentata dall'amministrazione, precisando che avrebbe dovuto essere presentato un nuovo progetto, rispettoso delle norme e delle disposizioni contenute nel nuovo testo normativo.

A detta dell'opponente, la realizzazione dell'opera era divenuta di impossibile realizzazione, perché comportava la necessità di disporre provvedimenti espropriativi da parte del Comune nei confronti di terzi (in particolare atto citazione in opposizione, p 5-6). Di conseguenza, stando alla prospettazione della compagnia assicurativa, la garanzia fideiussoria si era estinta per impossibilità sopravvenuta della prestazione principale non imputabile al debitore e l'escussione della polizza fideiussoria era abusiva. Il ricorrente aveva taciuto la situazione sopravvenuta, che aveva reso impossibile la realizzazione delle opere. Sollevava quindi l'*exceptio doli*, al fine di paralizzare la pretesa di



pagamento fatta valere nei suoi confronti. Inoltre, eccepiva la decadenza prevista dall'art. 1957 c.c. e la prescrizione del diritto di credito.

L'opponente chiedeva altresì di essere autorizzata a chiamare in causa s.p.a. per poter agire nei suoi confronti in surroga ed in regresso, in caso di denegata condanna al pagamento della fideiussione.

2.3. Il Comune di deduceva che la mancata realizzazione dello svincolo era dipesa dal ritardo con cui s.p.a. aveva risposto ai solleciti del Comune e aveva depositato la documentazione integrativa richiesta. In particolare, allegava che aveva depositato il progetto solo nel maggio 2004, dopo il sollecito del Comune dell'aprile 2004, e che aveva dato impulso alla procedura con un ritardo di quattro mesi dopo il rilascio del nulla osta da parte di Anas.

2.4. s.p.a., intervenuta volontariamente ex art. 105 c.p.c., deduceva che l'impossibilità della realizzazione dello svincolo era dipesa dalla discrasia dei tempi del Comune con quelli dell'Anas, che avevano impedito il rilascio di valido permesso di costruire.

2.5. Il processo di primo grado era istruito con l'escussione di testi e con l'espletamento di CTU sul seguente quesito: "valuti il CTU la necessità, al fine di realizzare lo svincolo sulla statale Briantea a in conformità al D.M. 19.04.2006, di acquisire aree limitrofe, esterne al Piano di Lottizzazione, di proprietà di terzi".

3. Il giudizio di appello.

3.1. Il Comune di ha proposto appello avverso la menzionata sentenza. I motivi di appello sono i seguenti:

1. *errata applicazione dei principi in materia d'impossibilità sopravvenuta.*

L'appellante ha dedotto che il giudice di prime cure avrebbe travisato la relazione del CTU, la quale non avrebbe escluso la possibilità di realizzare lo svincolo, avendo accertato che l'adempimento era possibile mediante attuazione di alcune varianti al progetto originario.

2. *Errore nella valutazione dell'irrelevanza dell'inerzia di SpA.*

L'appellante ha dedotto la mancata valutazione da parte del giudice di prime cure dell'inerzia tenuta da statuendo che "l'inerzia di s.p.a. nel fornire la documentazione richiesta dal Comune non ha avuto alcuna incidenza sull'evolversi degli eventi", senza considerare, tra l'altro, che il progetto era stato presentato da in data 13.01.2006, trascorsi nove mesi dalle richieste del Comune del 13.4.2005.



3. *Erronea applicazione dei principii in materia di ripartizione dell'onere della prova* con riguardo all'accertamento dell'estinzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione, non essendo stata provata l'impossibilità assoluta dell'adempimento e avendo, invece, il tribunale dichiarato che “*non è possibile affermare, mancando dati certi in proposito, che in caso di sollecito deposito della documentazione richiesta dal Comune, il procedimento amministrativo si sarebbe concluso prima dell'entrata in vigore del D.M. 19.04.2006, avvenuta il 23.8.2006*”.

4. *Travisamento del contenuto degli accordi di garanzia.* Il giudice non avrebbe considerato che per escutere la polizza era sufficiente la mancata esecuzione delle opere a carico del lottizzante.

L'appellante ha quindi chiesto che, in riforma della sentenza, fossero accolte le domande proposte in primo grado e fosse confermato il decreto ingiuntivo.

3.2. Si sono costituiti entrambi gli appellati, chiedendo, nel merito, la conferma della sentenza impugnata e, quanto a SPA, eccependo la improponibilità dell'appello ex art. 329 c.p.c. e l'inammissibilità ex art. 342 c.p.c., nonché reiterando l'eccezione di prescrizione rigettata dal giudice di prime cure.

3.3. Le parti hanno precisato le conclusioni all'udienza del 19 settembre 2018 e la causa è stata trattenuta in decisione, con assegnazione dei termini per il deposito delle conclusionali.

4. Per una migliore comprensione delle argomentazioni richiamate dalle parti, giova riepilogare, in ordine cronologico, le circostanze documentate:

- in data 4/10/1993 il Comune di e la stipularono una convenzione, finalizzata alla realizzazione di un Piano di Lottizzazione commerciale in località via Varesina, Fossato, Via Corsica. Tra le opere di urbanizzazione primaria vi era la realizzazione di uno svincolo stradale per la connessione tra la via Varesina (S.S. 342 “Briantea”) e la via Corsica, con termine al 4 ottobre 2003 (doc 1 comune);
- in data 24/06/2003, S.p.A. (nel frattempo subentrata nel piano di lottizzazione), presentò al Comune di una richiesta di collaudo parziale delle opere di urbanizzazione e rilasciò due nuove polizze fideiussorie a garanzia della realizzazione delle rimanenti opere, tra cui la polizza –oggetto



della controversia- n. 02/E/8021702, emessa fino a concorrenza dell'importo di euro 154.390,00, a garanzia della realizzazione dello "svincolo stradale tra la S.S. 342 e Via Corsica";

- in data 25/06/2003 il lottizzante presentò "Atto unilaterale d'obbligo" in cui erano definite le opere di urbanizzazione mancanti, tra cui lo svincolo sulla Via Varesina (S.S. 342 Briantea), oggetto della garanzia fideiussoria in esame e s'impegnava a portarle a termine a regola d'arte anche in deroga ai termini di scadenza del Piano di lottizzazione (cfr. doc. 7 Comune);
- in data 27/05/2004, a seguito di sollecito del Comune di del 19/04/2004, S.p.A. consegnò il progetto per la sistemazione dello svincolo;
- l'Ente , competente per il tratto di strada coinvolto dalla creazione dello svincolo, rilasciò in data 22/09/2004 il "nulla osta", indicando in anni uno la scadenza per il termine di ultimazione dei lavori;
- in data 7/01/2005, S.p.A. presentò istanza di "permesso di costruire" presso gli uffici del Comune;
- a seguito di osservazioni tecniche da parte degli uffici del Comune, il progetto fu modificato e ripresentato in data 13/01/2006, ma nel frattempo i termini di validità del nulla osta di . erano scaduti;
- in data 19/07/2006 il Comune di rilasciò il "permesso di costruire" n. 3599 per l'esecuzione delle opere relative allo svincolo stradale;
- in data 14/03/2007, comunicò al Comune di richiesta di redazione di nuovo progetto conforme alla normativa, nel frattempo entrata in vigore (D.M. 19/04/2006 "Norme funzionali e geometriche per la costruzione delle intersezioni stradali"), ai fini della realizzazione dello svincolo in oggetto.
- La comunicazione fu subito trasmessa dal Comune a con invito ad adempiere (doc 24 e 25 Comune).
- In data 14 giugno 2013 il Comune di dopo avere nuovamente sollecitato l'inoltro di elaborati progettuali conformi alla normativa, ingiunse a SPA di eseguire le opere di urbanizzazione primaria previste nell'art 5 della convenzione urbanistica del 4 ottobre 1993 e in particolare lo



svincolo Varesina, oggetto della polizza escussa, con l'avvertimento che in mancanza avrebbe proceduto per ottenere l'adempimento delle obbligazioni assunte dal lottizzante (doc 9 comune).

- In data 23 settembre 2013 il Comune ha escusso la polizza fideiussoria per mancato assolvimento degli obblighi convenzionali assunti con la convenzione di Lottizzazione e degli impegni unilaterali formalmente assunti (doc 10 comune).
- Il 20 marzo 2014 il Comune ha depositato il ricorso monitorio, invocando l'art. 5 della convenzione, che sanciva l'obbligo del lottizzante di realizzare le opere relative allo svincolo della via Varesina, nonché l'obbligo assunto da in data 25/06/2003 e allegando il mancato adempimento da parte di SPA dell'obbligo di realizzazione dello svincolo.

5. Motivazione della sentenza impugnata in relazione ai motivi di appello.

Questi i passaggi decisivi della sentenza impugnata.

-La polizza fideiussoria per cui è causa è un contratto autonomo di garanzia, che consente al garante soltanto la possibilità di opporsi all'escussione mediante *exceptio doli generalis*;

- le disposizioni tecniche sopravvenute nel 2006 hanno reso impossibile per la debitrice principale spa la realizzazione dei lavori garantiti, relativi allo svincolo stradale concernente l'incrocio tra via Corsica e la SS 342;

-la prestazione è divenuta impossibile ex art. 1256 c.c. per causa non imputabile al debitore, con conseguente estinzione dell'obbligazione principale garantita dalla polizza fideiussoria;

- la pretesa del Comune di ottenere il pagamento della polizza fideiussoria deve ritenersi fraudolenta, non essendo stata prospettata l'entrata in vigore di una normativa sopravvenuta che aveva reso giuridicamente irrealizzabile l'opera e determinato l'estinzione dell'obbligazione principale.

L'appello proposto dal Comune di è fondato.

6. Pregiudizialmente vanno decise le eccezioni relative all'inammissibilità dell'appello ai sensi degli artt. 329 c.p.c. e 342 c.p.c., proposte dall'appellata



Quindi, in relazione al merito, vanno prese in esame le seguenti questioni decisive:

-estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore;

-abusiva escussione della fideiussione.

7. Sull'inammissibilità ex art. 329 cpc

7.1. L'appellata ha dedotto, in comparsa conclusionale, che *“la scelta operata dal Comune di di rinunciare all'esecuzione dell'opera per cui è causa (svincolo con rotatoria), avendo chiesto a di eseguire un'opera diversa da quella oggetto dell'obbligazione, e quindi di rinunciare all'obbligazione dichiarata estinta nel giudizio di primo grado con la sentenza impugnata, a favore della realizzazione di un nuovo e diverso accesso carraio, escluderebbe, ai sensi del primo comma dell'art. 329 cpc, la proponibilità dell'impugnazione”*.

7.2. L'appellante ha contestato l'esistenza dell'acquiescenza e tantomeno di una volontà abdicativa all'impugnazione. Inoltre, ha rilevato che la corrispondenza prodotta si riferisce al completamento di opere diverse da quelle in esame.

7.3. L'eccezione è palesemente infondata.

L'acquiescenza alla sentenza, preclusiva dell'impugnazione ai sensi dell'art. 329 c.p.c. consiste nella manifestazione da parte del soccombente della volontà di non impugnare, la quale può avvenire sia in forma espressa che tacita. In quest'ultimo caso, l'acquiescenza può ritenersi sussistente soltanto quando l'interessato abbia posto in essere atti incompatibili con la volontà di avvalersi dell'impugnazione.

Inoltre, per giurisprudenza consolidata, l'acquiescenza può verificarsi solo nel tempo intercorrente tra la pubblicazione della sentenza e il termine di proposizione dell'impugnazione e non dopo che l'impugnazione sia stata proposta. L'efficacia preclusiva derivante dall'acquiescenza tacita prevista dall' art. 329 c.p.c. è riconducibile esclusivamente ad una impugnazione non ancora proposta, dovendosi altrimenti ricorrere, per il conseguimento dei medesimi effetti, ad una rinuncia espressa all'impugnazione, da compiersi nella forma prescritta dalla legge (Cass. n. 10578/2008; Cass. n. 11769/2012).



Nel caso di specie, non ricorrono le condizioni enunciate perché si possa ravvisare acquiescenza. Ed infatti, l'eccezione di acquiescenza si sarebbe verificata, stando alla prospettazione dell'appellata, solo dopo la proposizione dell'appello. Inoltre l'interessato non ha compiuto atti univocamente diretti a provare la volontà di non avvalersi dell'impugnazione e di non contrastare, in tutto o in parte, gli effetti giuridici della pronuncia, essendosi limitato a richiedere l'esecuzione di opere riconducibili al piano di lottizzazione (cfr. Cass. 12615/2017).

8. Sull'inammissibilità ex 342 c.p.c.

Come la Suprema Corte ha statuito, l'art. 342 c.p.c va interpretato nel senso che l'appello debba contenere una chiara individuazione delle questioni e dei punti contestati della sentenza impugnata e delle relative doglianze, affiancando alla parte volitiva una parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo giudice. Resta tuttavia escluso, in considerazione della permanente natura di *revisio prioris instantiae* del giudizio di appello, il quale mantiene la sua diversità rispetto alle impugnazioni a critica vincolata, che l'atto di appello debba rivestire particolari forme sacramentali o che debba contenere la redazione di un progetto alternativo di decisione da contrapporre a quella di primo grado (Cass. SS.UU. 27199/2017).

Nel caso di specie, nell'atto di appello sono articolati quattro motivi d'impugnazione, in relazione a ciascuno dei quali sono stati assolti i requisiti volitivi ed argomentativi, con l'indicazione degli *errores in decidendo* ascritti alla sentenza impugnata.

9. Sulla errata applicazione dei principi in materia di estinzione per impossibilità sopravvenuta.

9.1. Il giudice di prime cure ha affermato l'estinzione della prestazione gravante sulla debitrice ritenendo che la prestazione oggetto dell'obbligazione non fosse oggettivamente possibile per causa ad essa non imputabile, invocando le conclusioni del CTU.

9.2. L'appellante ha dedotto il travisamento da parte del giudice della consulenza tecnica d'ufficio, che non ha escluso affatto la possibilità di realizzare lo svincolo oggetto dell'obbligazione gravante sul lottizzante succeduto all'originaria parte della convenzione.



9.3. Il motivo è fondato.

Il CTU non ha affermato l'impossibilità oggettiva della prestazione gravante sul lottizzante, avendo, al contrario, previsto delle ipotesi alternative, che consentivano l'esecuzione delle opere di svincolo. Dopo l'entrata in vigore delle nuove disposizioni tecniche, le opere non potevano essere eseguite secondo il progetto originario, dovendo essere apportate delle varianti, ma questo non si traduce nell'impossibilità oggettiva di realizzazione delle opere gravanti sul lottizzatore. Ed invero, il CTU ha chiarito che l'impossibilità di realizzazione delle opere riguardava solo il progetto originario che non era più conforme alla sopravvenuta normativa (cfr. valutazioni del CTU alle osservazioni delle parti). Le soluzioni alternative individuate dal CTU per la realizzazione delle opere di svincolo comportavano la necessità di modifiche al progetto, che avrebbe dovuto essere predisposto dal debitore con l'approvazione del Comune.

Pertanto, il *factum principis* rappresentato dalle modifiche normative, pur avendo determinato l'impossibilità di eseguire le opere secondo il progetto originario, non era causa di estinzione dell'obbligazione, che poteva essere adempiuta previa modifica del progetto originario.

L'obbligazione che incombeva sul lottizzatore era quella di eseguire le opere di svincolo della via Varesina, secondo un progetto approvato dal Comune e non quella di eseguirlo in base ad un progetto imm modificabile. Al contrario, la convenzione prevedeva espressamente che tale progetto potesse essere modificato "*in base ad uno studio complessivo della viabilità della zona comprendente anche il piano commerciale in oggetto*" (cfr. Convenzione Piano Lottizzazione commerciale via varesina del 4 ottobre 1993). Come rilevato dal CTU, le opere di urbanizzazione primarie relative allo svincolo di via Varesina, la cui realizzazione incombeva sul lottizzatore, erano "*indispensabili non solo per la corretta circolazione dei veicoli, ma anche e soprattutto per la sicurezza della circolazione stessa*" e ancora erano "*un'opera essenziale per la trasformazione urbanistica convenzionata con l'amministrazione comunale*".

Inoltre, anche a prescindere dall'espressa pattuizione, l'interpretazione e l'esecuzione della convenzione secondo buona fede non potevano non



determinare un adattamento del progetto originario alle nuove disposizioni tecniche, al fine di realizzare un'opera di urbanizzazione così importante nell'economia generale della convenzione.

Il *factum principis*, rappresentato dalle sopravvenute disposizioni tecniche, non era idoneo a determinare l'estinzione dell'obbligazione garantita, consistente nell'esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria relative al detto svincolo, sebbene la modifica del progetto dovesse essere concordata dalle parti e fosse subordinata all'assenso dell'ANAS.

Il giudice di prime cure ha erroneamente fatto coincidere l'obbligazione assunta dal lottizzatore con le modalità esecutive di realizzazione delle opere, ritenendo estinta l'obbligazione perché non poteva essere eseguita secondo il progetto originario.

L'obbligo gravante su _____ e garantito con la polizza fideiussoria concerneva, invece, la realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria relative allo svincolo stradale per la connessione tra la via Varesina (S.S. 342 "Briantea") e la Via Corsica, assunto con la convenzione finalizzata alla realizzazione di un Piano di Lottizzazione commerciale del 4/10/1993 e reiterato con l'impegno unilaterale del 25/06/2003. Tali opere dovevano essere realizzate in modo conforme alla normativa tecnica vigente al momento della loro esecuzione, con gli eventuali adattamenti imposti dalle successive modifiche che, tuttavia, come è risultato all'esito della CTU, non erano tali da rendere assolutamente e oggettivamente impossibile la realizzazione dell'opera garantita dalla polizza fideiussoria.

A conferma di ciò, le parti avevano espressamente previsto che i lottizzanti avrebbero dovuto "*realizzare le opere secondo le prescrizioni ANAS, ancorché gli oneri risultassero superiori a quanto previsto*" (cfr., sub doc 2 Comune, l'integrazione alla convenzione del Piano di lottizzazione commerciale, stipulato il 15 maggio 2000).

Sempre a conferma della persistenza dell'obbligo assunto, in data 25/06/2003 il lottizzante _____ presentò "Atto unilaterale d'obbligo" in cui erano definite le opere di urbanizzazione mancanti, tra cui lo svincolo sulla Via Varesina (S.S. 342 Briantea), oggetto della garanzia fideiussoria in esame e



s'impegnava a portarle a termine a regola d'arte, anche in deroga ai termini di scadenza del Piano di lottizzazione (cfr. doc. 7 Comune).

In conclusione, non può ravvisarsi nel caso di specie impossibilità assoluta e definitiva alla prestazione, tale da determinare l'estinzione dell'obbligazione garantita perché, sebbene le sopravvenute disposizioni tecniche avessero reso non possibile la realizzazione delle opere secondo il progetto originario, esse non impedivano comunque la realizzazione delle opere, previa modifica del progetto; opere che rivestivano importanza essenziale, anche di tutela pubblica, nell'equilibrio degli assetti della convenzione.

9.4. Alla luce di tali osservazioni, in accoglimento del motivo di gravame, è rigettata la domanda di accertamento dell'estinzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione. Qui a difettare è proprio il fatto estintivo dell'impossibilità oggettiva e definitiva della prestazione, senza che sia neppure necessario verificare l'imputabilità al debitore dell'impossibilità oggettiva. Il *cd. factum principis*, che pacificamente di per sé solo non costituisce causa di esonero del debitore da responsabilità, non ricorre, giacché le disposizioni tecniche sopravvenute non hanno determinato l'impossibilità oggettiva di realizzare la prestazione, previa modifica del progetto originario.

10. *Sulla escussione della polizza e sull'exceptio doli.*

10.1. Nel caso di specie non è controversa, e non è stata oggetto d'impugnazione, la natura autonoma della garanzia dedotta in giudizio che, pertanto, è coperta da giudicato interno (Cass. n. 6716/2018).

10.2. Alla luce dello sganciamento della garanzia rispetto al rapporto sottostante garantito, l'unica possibilità di contestazione efficacemente opponibile dal garantito (oltre a quelle attinenti alla nullità della stessa garanzia) è rappresentata dalla *c.d. exceptio doli generalis seu presentis*, ossia dalla dimostrazione liquida del carattere fraudolento dell'escussione della garanzia a prima richiesta, come nel caso di nullità del contratto principale per illiceità della causa, dell'oggetto o del motivo comune ad entrambe le parti o estinzione dell'obbligazione garantita per avvenuto pagamento o, come prospettato nel caso in esame, per impossibilità oggettiva sopravvenuta (Cass. SU n. 3947/2010). L'*exceptio doli* rappresenta un limite funzionale alla richiesta di pagamento immediato che, per giurisprudenza consolidata, è esperibile in tutti i



casi in cui vi sia escussione della garanzia con dolo, mala fede e abuso manifesto da parte del beneficiario.

10.3. Nel caso in esame, le opere garantite non sono mai state realizzate dalla società debitrice, la quale, unitamente alla compagnia assicurativa, ha allegato l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa ad essa non imputabile, e specificamente per la necessità di espropriare aree appartenenti a terzi ai fini della predisposizione del piano; circostanza quest'ultima, peraltro, neppure in concreto ravvisata (cfr. CTU p 14, che rileva la "non significatività dell'acquisizione di ulteriori aree, eventualmente mediante esproprio di terzi").

Si è già motivato che l'impossibilità assoluta non sussiste, essendo possibile la realizzazione delle opere, modificando il progetto originario e adattandolo alla normativa in vigore al momento della sua realizzazione. Nel caso di specie, il Comune ha trasmesso alla debitrice principale la comunicazione dell'ANAS relativa alla richiesta di un nuovo progetto conforme alle nuove disposizioni sopravvenute (doc. 24 Comune) e successivamente ha invitato SPA ad adempiere (doc. 25 Comune).

Il debitore principale non ha adempiuto alla predisposizione di un nuovo progetto e non ha neppure provato che la mancata realizzazione delle opere fosse imputabile a condotta tenuta dal Comune in violazione dei canoni di correttezza e buona fede e *a fortiori* per condotta dolosa o fraudolenta.

10.4. L'escussione da parte del Comune della garanzia non può ritenersi quindi abusiva, considerato che le rilevanti ed essenziali opere non furono mai eseguite, senza che sia stata fornita la prova da parte del debitore dell'estinzione dell'obbligazione garantita (giusta quanto sopra considerato) o di una condotta in mala fede del Comune, tale da impedire la realizzazione delle opere medesime. Anzi, dopo la richiesta di modifica del progetto, il debitore principale non ha neppure provato di essersi attivato per la predisposizione di un progetto conforme alle sopravvenute disposizioni.

10.5. Sia e , da un lato, che il Comune, dall'altra, hanno invocato circostanze fattuali, addirittura precedenti al 2004 e al mutamento delle disposizioni tecniche, a fondamento dell'imputabilità dell'inadempimento ad una piuttosto che all'altra parte. Tali circostanze sono, però, irrilevanti, nel caso in esame, perché l'inopponibilità delle eccezioni di merito derivanti dal



rapporto principale, che contraddistingue il contratto autonomo di garanzia rispetto alla fideiussione, comporta che, ai fini dell'"*exceptio doli*", il garante non può limitarsi ad allegare circostanze fattuali idonee a costituire oggetto di un'eccezione che il debitore garantito potrebbe opporre al creditore. Come si è visto, nel contratto autonomo di garanzia - qualifica data dal primo Giudice che è coperta da giudicato interno (Cass. n. 6716/2018) - le eccezioni di merito inerenti al rapporto principale sono inopponibili al creditore garantito, potendo essere paralizzata l'escussione solo mediante *exceptio doli*. A tal fine, il garante ha l'onere di far valere una condotta abusiva del creditore, il quale, nel chiedere la tutela giudiziale del proprio diritto, abbia fraudolentemente taciuto situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto azionato ed aventi efficacia estintiva dello stesso, ovvero abbia esercitato tale 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 (Cass. 16213/2015).

11. Sull'eccezione di prescrizione. La compagnia assicurativa ha eccepito la prescrizione del diritto di credito, deducendo che dalla data di decorrenza - Atto Unilaterale d'Obbligo del 25/6/2003- sarebbe maturato il periodo decennale di prescrizione, atteso che "l'esecuzione dell'opera sarebbe stata sollecitata solo con nota 14/6/2013 del Comune di e la raccomandata sarebbe stata ricevuta da tardivamente rispetto al termine di consumazione della prescrizione".

L'eccezione è ammissibile poiché su di essa non vi è giudicato interno, essendo stata la questione assorbita dall'accoglimento dell'eccezione di estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta. Come ha statuito la Suprema Corte a Sezioni Unite, è sufficiente la mera riproposizione dell'eccezione ex art. 346 c.p.c., senza necessità di proposizione dell'appello incidentale, quando, come nel caso di specie, sulla detta eccezione non vi è stata una pronuncia né espressa né implicita (Cass. SU n.11799/ 2017 secondo cui: qualora un'eccezione di merito sia stata ritenuta infondata nella motivazione della sentenza del giudice di primo grado o attraverso un'enunciazione in modo espresso, o attraverso un'enunciazione indiretta, ma che sottenda in modo chiaro ed inequivoco la valutazione di infondatezza, la devoluzione al giudice



d'appello della sua cognizione, da parte del convenuto rimasto vittorioso quanto all'esito finale della lite, esige la proposizione da parte sua dell'appello incidentale, che è regolato dall'art. 342 c.p.c, non essendo sufficiente la mera riproposizione di cui all'art. 346 c.pc.... Viceversa, l'art. 346 cod. proc. civ., con l'espressione "eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado", nell'ammettere la mera riproposizione dell'eccezione di merito da parte del convenuto rimasto vittorioso con riguardo all'esito finale della lite, intende riferirsi all'ipotesi in cui l'eccezione non sia stata dal primo giudice ritenuta infondata nella motivazione, né attraverso un'enunciazione in modo espresso, né attraverso un'enunciazione indiretta, ma chiara ed inequivoca". Nello stesso senso, si veda anche Cass. n. 24658/17).

Ciò precisato, l'eccezione non è fondata, non essendo decorso il termine decennale di prescrizione a far tempo dalla constatata inadempienza della debitrice rispetto agli obblighi di realizzazione delle opere di urbanizzazione. L'inadempimento costituisce infatti il presupposto per l'escussione della garanzia fideiussoria, diretta a coprire l'evenienza di mancata esecuzione dell'obbligo primario di *facere* da parte dell'appaltatrice dei lavori, che segna il momento da cui sorge in capo al Comune garantito il diritto ad escutere la fideiussione.

La compagnia assicurativa, su cui grava l'onere dell'allegazione e della relativa prova, non ha neppure allegato quale sia la data della constatata inadempienza, avendo invece fatto esclusivo riferimento a quella di assunzione dell'obbligo principale di realizzazione dei lavori.

Peraltro, anche stando all'erronea prospettazione della parte che ha eccepito la prescrizione, essa non sarebbe fondata, atteso che il Comune, quanto all'obbligo di realizzazione dei lavori garantiti, ne ha chiesto l'adempimento con molteplici atti, tra i quali basti richiamare, oltre alla comunicazione del 14 giugno 2013, quella del 2 aprile 2007 (doc. 25 Comune).

Va aggiunto che l'atto di interruzione della prescrizione, ai sensi dell'art. 2943, 4° comma c.c., non deve necessariamente consistere in una richiesta o intimazione, essendo sufficiente una dichiarazione che, esplicitamente o per implicito, manifesti l'intenzione di esercitare il diritto spettante al dichiarante (Cass. n. 1166/2018).



12. Sulla *domanda di manleva* . La compagnia assicurativa (già Li) ha formulato nel giudizio di primo grado, nell'ipotesi di accoglimento della domanda attorea, la condanna di S.p.A al rimborso in suo favore delle somme che dovesse versare al Comune di _____ in esecuzione della polizza n. 02/E/8021702, oltre interessi e rivalutazione monetaria dalla data del pagamento.

Nel giudizio di appello essa ha riproposto, “anche ai sensi e per gli effetti dell’art. 346 c.p.c., le domande ed eccezioni svolte nel giudizio di primo grado e non esaminate dal Tribunale per effetto dell'accoglimento dell'eccezione di inesigibilità della garanzia escussa per impossibilità sopravvenuta della prestazione costituente causa di estinzione dell'obbligazione principale garantita ex art. 1256 c.c.”

Il giudice di primo grado non si è pronunciato sulla domanda di manleva perché assorbita dall'accoglimento dell'eccezione di estinzione e, pertanto, su di essa non si è formato il giudicato interno (Cass. SU n. 11799/2017).

La debitrice _____ non ha contestato l'operatività della garanzia e il diritto della compagnia a essere manlevata.

In presenza dei presupposti, _____ è quindi condannata a tenere indenne la compagnia per tutto quanto tenuta a versare al Comune di Villaguardia, beneficiario della polizza escussa, sia a titolo di capitale, che di interessi legali e di spese.

13.1. Tenuto conto della soccombenza nei confronti del Comune, le spese dei due gradi di giudizio vanno poste integralmente a carico degli appellati _____ e _____ spa. _____ come da dispositivo, in favore del Comune, valutando l'attività difensiva espletata alla luce dei parametri di cui al DM 55/2014, considerando l'attività istruttoria espletata nel giudizio di primo grado e, viceversa, l'assenza di attività istruttoria orale in quello di secondo grado.

13.2. Considerata la soccombenza degli appellati/convenuti nei confronti del Comune, le spese relative alla consulenza tecnica d'ufficio espletata nel giudizio di primo grado vengono anch'esse definitivamente poste a carico solidale dei due appellati.



13.3. Con riguardo alla domanda di manleva proposta dalla compagnia assicurativa, tenuto conto della sua soccombenza, è condannata alla rifusione delle spese processuali dei due gradi di giudizio, che si liquidano, in favore di come da dispositivo.

13.4. Le appellate e sono altresì condannate alla restituzione delle spese che fossero state pagate dall'appellante, in esecuzione di quanto statuito con la sentenza impugnata.

PQM

La Corte d'Appello di Milano, definitivamente pronunciando nella causa d'appello proposta dal COMUNE DI nei confronti di SPA e di SP, rigetta le eccezioni

1. pregiudiziali proposte da spa;
2. rigetta l'eccezione di prescrizione sollevata da SPA.
3. In accoglimento dell'appello proposto dal COMUNE DI nei confronti di SPA e di SPA, rigetta l'opposizione proposta da SPA (già) e conferma il decreto ingiuntivo n 1033/2014 emesso dal Tribunale di Como il 4 aprile 2014.
4. Rigetta la domanda di accertamento dell'estinzione di obbligazione di realizzazione dello svincolo stradale relativo all'incrocio tra via Corsica e la SS 342 per impossibilità sopravvenuta non imputabile a s.p.a.
5. Condanna, in solido, e SPA alla rifusione delle spese processuali dei due gradi di giudizio, liquidate, per il giudizio di primo grado, in euro 13.430,00 per compensi e, per il giudizio di secondo grado, in euro 11.500,00 per compensi ed euro 1.250,00 per spese, oltre a spese generali nella misura del 15%, IVA e CPA come per legge.
6. Pone a carico solidale di e di SPA le spese di CTU, come liquidate nel giudizio di primo grado.



7. Condanna a tenere indenne da quanto tenuta a versare al Comune di in esecuzione della polizza n. 02/E/8021702, a titolo di capitale, spese e interessi decorrenti dal pagamento.
8. Condanna alla rifusione, in favore di delle spese processuali dei due gradi di giudizio, liquidate, per il giudizio di primo grado, in euro 7.800,00 per compensi e, per quello di secondo grado, in euro 6.700,00 per compensi, oltre a spese generali nella misura del 15%, IVA e CPA come per legge.
9. Condanna le appellate e alla restituzione delle spese che fossero state versate dall'appellante, in esecuzione di quanto statuito con sentenza n. 965/2017, oltre interessi legali dalla data del pagamento.

Milano, così deciso nella camera di consiglio del 27 novembre 2018

Il Consigliere relatore
dott. Silvia Giani

Il Presidente
dott. Marina Tavassi

