

N. R.G. 1158/2017



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**LA CORTE D'APPELLO DI VENEZIA**  
**SEZIONE SECONDA CIVILE**

composta dai seguenti Magistrati

dott. Salvatore Laganà      Presidente  
dott. Enrico Schiavon      Consigliere estensore  
dott. Dario Morsiani      Consigliere

ha pronunciato la seguente

**S E N T E N Z A**

nella causa civile in grado di appello iscritta al n. 1158 del ruolo generale dell'anno 2017 promossa

da

**Generali Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro-tempore***

appellante

rappresentata e difesa dall'avv. Gaetano Guzzardi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Venezia S. Croce 468/b

contro

**Comune di San Giorgio delle Pertiche, in persona del Sindaco *pro-tempore***

appellato

rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Verzotto, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Padova, Piazzale Stazione 8

e contro

**Arsego 1 s.a.s di Anna Maria Schiavon & C., in persona del legale rappresentante *pro-tempore***



appellata contumace

**Oggetto: appello avverso la sentenza n. 547/2017 del Tribunale di Padova emessa e depositata in data 28.02.2017.**

Conclusioni di parte appellante:

*“Nel merito:*

*rigettare le domande formulate dal Comune di San Giorgio delle Pertiche perché infondate in fatto e diritto e per l'effetto accogliere le domande ed eccezioni di Prima memoria istruttoria avanti il Tribunale di Padova proposte da Generali Italia spa che di seguito si riportano meglio coordinate:*

*1 In via pregiudiziale di rito:*

*rilevata la applicabilità alla domanda del procedimento di mediazione di cui al dlgs 28/2010 disporsi rinvio dell'udienza concedendosi termine per il deposito della domanda di mediazione;*

*2*

*Dichiararsi inammissibile la domanda attorea tesa a riqualificare le polizze fideiussorie prestate dalla convenuta come contratto autonomo di garanzia rigettandosi comunque ogni altra domanda.*

*3*

*Nel merito anche in via riconvenzionale*

*3.1*

*Dichiararsi inammissibile perché nuova, nel presente procedimento di riassunzione, la domanda di condanna della sola garante a pagare quanto recato dalle polizze fideiussorie, qualificate come contratto autonomo di garanzia (punto 1.2 comparsa).*

*3.2*

*Accertarsi e dichiararsi la prescrizione del credito del Comune perchè le fideiussioni prestate da Generali garantivano il pagamento di una somma e non la mancata esecuzione di opere di urbanizzazione. Finora il comune ha invece sempre chiesto di essere risarcito per la mancata esecuzione di opere*



*omettendo di chiedere il pagamento di somme per oneri di urbanizzazione (ciò sia dalla data di sottoscrizione delle polizze sia dalla stipula della convenzione sia dal rilascio della concessione -17 maggio 2003) (punti 1.4 e 2 comparsa).*

### 3.3

*Accertarsi e dichiararsi che le fideiussioni non sono contratti autonomi di garanzia, per difetto dei principali indici che lo distinguono stante la sovrapponibilità tra la prestazione principale e quella del garante e per la mancata esclusione della possibilità per il garante di opporre le eccezioni spettanti al debitore (punti 1.3 e seguenti comparsa)*

### 3.4

*Accertarsi e dichiararsi che non sussiste il diritto del comune alla escussione delle polizze, della quale si eccepisce formalmente la abusività anche per: 2) inopponibilità alla garante della convenzione urbanistica stipulata dopo la emissione delle polizze e contenente novazione dell'obbligo della garante;*

*3) nullità della ctu e mancata determinazione del danno;*

*4) erronea qualificazione dell'intervento pra della fiera come opera di urbanizzazione primaria, stante la natura di area verde di quartiere dell'area;*

*5) concorso di colpa del comune e sua condotta contro buona fede anche in relazione all'art.1956 c.c. per aver sottaciuto la palese precaria condizione della debitrice che ancora nel giugno 2003 aveva ommesso di ritirare la concessione C 87/02 (punti 2,3 ,4 e 5 comparsa).*

### 3.5

*Accertarsi e dichiararsi che l'intervento sul pra della fiera non costituisce opera di urbanizzazione primaria, stante la natura di area verde di quartiere dell'area, per cui la garante è a tutto concedere obbligata nei soli limiti della polizza prestata per pagamento oneri di urbanizzazione secondaria (doc.5 di primo elenco documenti TAR) e dunque euro 320.806,49 (punto 4 comparsa).*

### 3.6

*Accertarsi e dichiararsi la inoperatività delle fideiussioni per quanto recanti garanzia di pagamento somma e non di realizzazione opere; di esse si eccepisce sotto tale profilo la nullità per mancanza di causa o la intervenuta*



*risoluzione per impossibilità sopravvenuta a causa della novazione degli obblighi (trasformati da garanzia per pagamento somma in garanzia per realizzazione di opere) intercorsa in sede convenzionale tra comune e Arsego 1 sas (punto 1.4 comparsa);*

3.7

*Accertarsi e dichiararsi la decadenza della garanzia per mancata proposizione delle istanze del comune verso il debitore nel termine di cui all'art.1957 c.c. (punto 2.1 di comparsa) nonché la liberazione del fideiussore per concorso colposo del comune nella causazione del danno in relazione alla mancata informazione del peggioramento delle condizioni del debitore anche in riferimento agli artt.1955-56 c.c. (punto 5 comparsa);*

3.8

*Accertarsi e dichiararsi la inammissibilità della domanda 'riconvenzionale' del Comune di risarcimento dei danni conseguenti al ritardato pagamento delle somme necessarie a eseguire i lavori asseritamente mancanti (di cui a memoria del comune 28.6.13, revocata con memoria 15.11.13 riproposta irritualmente con memoria 28 marzo 2014 e riformulata in ricorso ex 702 cpc) (punto 6 comparsa).*

3.9

*Accertarsi e dichiararsi la nullità della relazione 29.9.14 e della irrituale 'integrazione' alla stessa depositata il 26.11.14 del consulente tecnico arch. Bizzotto (punto 3 comparsa).*

3.10

*Ridursi comunque la pretesa in relazione al documentato concorso di colpa del danneggiato (punto 5 comparsa) e a quanto sarà accertato in sede di rinnovazione di ctu come effettivamente realizzato (punto 3 comparsa).*

4

*Dato atto che l'appellante ha pagato con riserva di ripetizione al Comune di San Giorgio delle Pertiche in data 3.4.17 le somme indicate dalla sentenza di primo grado (euro 1.655.289,40 ed euro 320.000) come da lettera e copia bonifici che si producono, condannarsi, in caso di accoglimento dell'appello, il*



*Comune di San Giorgio delle Pertiche a restituire quanto versato o la diversa somma che risulterà all'esito del giudizio, oltre interessi e rivalutazione.*

*Si ripropongono come modificate e meglio coordinate di seguito le conclusioni di merito e istruttorie come precisate nel giudizio a quo avanti il TAR Veneto in memoria 2 febbraio 2015:*

*I*

*nel merito anche in via riconvenzionale:*

*In principalità: respingersi le domande del comune di San Giorgio delle Pertiche accertandosi e dichiarandosi che nulla è dovuto al comune da Generali Italia spa a causa della non azionabilità, prescrizione e inoperatività delle obbligazioni di garanzia prestate e abusività della pretesa, accertandosi e dichiarandosi che non sussiste il diritto del comune alla escussione delle polizze comunque non configurabili come contratto autonomo stante la sovrapponibilità tra la prestazione principale e quella del garante e mancando l'esclusione della possibilità per il garante di opporre le eccezioni spettanti al debitore e rideterminandosi altresì l'ammontare del debito per realizzazione opere e/o oneri di urbanizzazione, stante l'accertata realizzazione delle stesse, impossibilità sopravvenuta della prestazione e concorso di colpa del danneggiato. Con condanna in ogni caso del Comune di San Giorgio delle Pertiche a restituire quanto eventualmente versato.*

*In via riconvenzionale:*

*1) accertarsi e dichiararsi la nullità per mancanza di causa ovvero la intervenuta risoluzione per impossibilità sopravvenuta e in ogni caso la inoperatività dei contratti di garanzia stipulati da Assicurazioni Generali con Arsego 1 sas di Annamaria Schiavon & C. a favore del Comune di San Giorgio delle Pertiche;*

*2) rideterminarsi l'ammontare del debito per realizzazione opere e/o oneri di urbanizzazione previa occorrendo disapplicazione in parte qua delle previsioni di piano;*

*3) accertarsi e dichiararsi altresì la nullità e o sopravvenuta inopponibilità alla garante della convenzione urbanistica 14.1.03 per contrarietà a norme*



*imperative.*

*In via riconvenzionale: 1) surrogare Generali Italia spa nei confronti di Arsego 1 s.a.s. nei diritti di credito fatti valere dal Comune attore, nei limiti dell'accoglimento degli stessi; accertarsi e dichiararsi sia nei confronti del Comune di San Giorgio delle Pertiche sia nei confronti di Arsego 1 sas di Annamaria Schiavon & C. la nullità per mancanza di causa ovvero la intervenuta risoluzione per impossibilità sopravvenuta e in ogni caso la inoperatività dei contratti di garanzia stipulati da Assicurazioni Generali con Arsego 1 sas di Annamaria Schiavon & C. a favore del Comune di San Giorgio delle Pertiche;*

*2) rideterminarsi l'ammontare del debito per realizzazione opere e/o oneri di urbanizzazione previa occorrendo disapplicazione in parte qua delle previsioni di piano;*

*3) accertarsi e dichiararsi altresì la nullità e o sopravvenuta inopponibilità alla garante della convenzione urbanistica 14.1.03 per contrarietà a norme imperative.*

*II*

*quanto alla domanda riconvenzionale di risarcimento danni conseguenti all'inadempimento del comune di San Giorgio delle Pertiche: si eccepisce la inammissibilità della domanda riconvenzionale formulata in memoria 28.6.13, revocata con dichiarazione contenuta in memoria 15.11.13 e riproposta irritualmente con memoria 28 marzo 2014, rifiutando il contraddittorio in ordine alle domande nuove comunque formulate.*

*III*

*Nei confronti del terzo chiamato Arsego 1 sas: In via riconvenzionale surrogare Generali Italia spa nei confronti di Arsego 1 s.a.s. nei diritti di credito fatti valere dal Comune attore, nei limiti dell'accoglimento degli stessi; e condannare Arsego 1 s.a.s. di Anna Maria Schiavon & C. a rimborsare a Generali Italia spa le somme tutte che quest'ultima fosse tenuta a versare al Comune di San Giorgio delle Pertiche, comunque in dipendenza delle garanzie fideiussorie fatte valere con le polizze azionate nel presente giudizio.*



*Aumentate tali somme degli interessi convenzionali nella misura pari al saggio ufficiale di sconto in vigore al momento del versamento suddetto, maggiorato di tre punti, come contrattualmente stabilito;”.. nonché accogliersi la seguente domanda riconvenzionale: “accertarsi e dichiararsi sia nei confronti del Comune di San Giorgio delle Pertiche sia nei confronti di Arsego 1 sas di Annamaria Schiavon & C. la nullità per mancanza di causa ovvero la intervenuta risoluzione per impossibilità sopravvenuta e in ogni caso la inoperatività dei contratti di garanzia stipulati da Assicurazioni Generali con Arsego 1 sas di Annamaria Schiavon & C. a favore del Comune di San Giorgio delle Pertiche. Accertarsi e dichiararsi altresì la nullità e o sopravvenuta inopponibilità alla garante della convenzione urbanistica 14.1.03 per contrarietà a norme imperative”.*

#### *IV*

*in via istruttoria: 1) previa acquisizione dell’originale elaborato depositato presso il TAR Veneto e previa declaratoria di nullità della relazione 29.9.14 e della irrituale ‘integrazione’ alla ctu depositata il 26.11.14 del consulente tecnico arch. Bizzotto, si chiede la rinnovazione della consulenza tecnica d’ufficio ex art. 196 c.p.c. ovvero in subordine richiamarsi a chiarimenti il ctu in ordine alle seguenti circostanze, così come formulate dal ctp ing. Cercato in memoria tecnica 31 ottobre 2014 in atti da intendersi qui integralmente richiamata: a) mancata allegazione alla relazione 29.9.14 della bozza di relazione trasmessa ai ccttpp in data 15.7.14; b) assoluta mancanza di risposta alle osservazioni del ctp ing. Cercato; c) carenze ed errori contenuti nella convenzione e incorsi nella procedura amministrativa in riferimento alle opere di urbanizzazione primaria e secondaria e all’uso che il comune intendeva dare alle aree definite ‘a prato’(cfr art3.b 3.c e 6 dell’Elaborato 9); d) mancata allegazione degli elaborati del piano particolareggiato significativi per comprendere quali siano le opere da realizzare; e) mancanza di una documentazione fotografica attestante l’attuale stato dei luoghi in confronto a quelli preesistenti; f) modalità con cui si è giunti a definire il ‘grado di esecuzione’ delle opere e il dettaglio dei calcoli eseguiti per giungervi; g) quali*





*siano effettivamente in dettaglio i lavori da compiersi per l' 'ultimazione delle opere non completate' per poi calcolarne il reale costo; h) mancata evidenziazione che i lavori eseguiti 'autonomamente' dal Comune sono stati effettuati in concomitanza con le opere che doveva eseguire 'Arsego 1' e se e in che misura abbiano compromesso il lavori previsti in tali zone (o altrimenti quali lavori debbano farsi a completamento); i) se i costi di uso della 'sala parrocchiale' indicati dal comune erano attinenti congrui e comparabili con le due sale polivalenti al grezzo che avrebbe dovuto realizzare 'Arsego 1'; j) se le aree 'a prato' siano utilizzate ed utilizzabili per i fini previsti da PRG (destinazione ad 'uso pubblico' per mercati e fiere).*

*E per l'effetto si ripropone il quesito già formulato avanti il TAR: Il CTU, letti gli atti e documenti di causa, a) acquisisca presso le pubbliche amministrazioni competenti la strumentazione urbanistica anche cartografica, l' integrale documentazione concernente l'intervento di cui è causa nonché gli atti di trasferimento effettuati dalla lottizzante Arsego 1 sas e i titoli edilizi rilasciati agli aventi causa da essa lottizzante; b) ricostruisca i passaggi amministrativi relativa alla mancata realizzazione dell'edificio polifunzionale e della circostante area destinata a verde e mercato acquisendo la relativa documentazione anche presso i collaudatori; c) verificare il grado di esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria previste nel piano particolareggiato "Prà della Fiera determinando l'ammontare del contributo di urbanizzazione dovuto; d) accerti le cause della mancata distribuzione delle opere di urbanizzazione su tutti gli 8 ambiti del piano, previa presentazione del progetto di massima degli interventi come previsto dall'art.3 NTA, nonché della omessa presentazione del progetto degli spazi scoperti pubblici, di uso pubblico e privati; f) accerti se residuino crediti dell'amministrazione nei confronti dei terzi aventi causa da Arsego 1 sas a favore dei quali sono stati rilasciati titoli edilizi sull'area. In subordine determini la estensione delle aree a standards riconducibili all'urbanizzazione primaria ovvero alla urbanizzazione secondaria, distinguendo analiticamente le opere di urbanizzazione primaria dalle opere di urbanizzazione secondaria*





*ed i relativi costi per l'ultimazione o facimento riferito ai tempi della convenzione.*

*2) ordinarsi ex art. 210 cpc al comune di San Giorgio delle Pertiche la produzione dell'integrale fascicolo urbanistico del piano particolareggiato denominato Pra' della fiera nonché della determina 26.9.05 del dirigente area tecnica che ha approvato il progetto esecutivo sistemazione del verde' e menzionato nella relazione conto finale della ditta Merlo srl esecutrice (doc.44 del 5^ elenco documenti TAR).*

*3) si producono copia dei bonifici effettuati al comune di San Giorgio delle Pertiche e accompagnatoria di pagamento con riserva di ripetizione. Vittoria di spese e compensi dei due gradi”.*

**Conclusioni di parte appellata:**

*“nel merito:*

*- rigettarsi l'appello proposto da Generali Italia S.p.a. con ordinanza pronunciata ai sensi degli artt. 348 bis – 348 ter c.p.c. in quanto privo di ragionevole possibilità di essere accolto;*

*- rigettarsi comunque l'appello proposto da Generali Italia S.p.a. perchè infondato in fatto e in diritto e, per l'effetto, confermarsi integralmente la sentenza del Tribunale di Padova n. 574/2017.*

*In ogni caso:*

*con integrale rifusione delle spese e competenze anche del presente grado di giudizio”.*

**MOTIVI DELLA DECISIONE**

1. Con convenzione urbanistica stipulata in data 14.01.2003 la società Arsego 1 s.a.s. di Anna Maria Schiavon & C. si obbligava nei confronti del Comune di San Giorgio delle Pertiche a realizzare le opere di urbanizzazione primaria e secondaria relative al Piano Particolareggiato denominato “Prà della Fiera” in



frazione di Arsego, approvato con deliberazione consiliare n. 50 del 15.10.2001.

La spesa per la realizzazione di dette opere era preventivata in euro 2.368.839,06.

Ai sensi dell'art. 14 della predetta convenzione, rubricato "Cauzione", si prevedeva il rilascio da parte della impresa lottizzante, a garanzia degli obblighi in questione, *"di polizza fidejussoria dell'ammontare di originarie lire 4.586.712.000 pari ad euro 2.368.839,06, pari al 100 % (cento per cento) della spesa presunta per la realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria comprese le spese per la realizzazione della rete ed impianti di distribuzione dell'acqua, del gas metano, dell'energia elettrica e della rete telefonica..."*.

Le parti davano atto che la lottizzante aveva già presentato le polizze fideiussorie n. 222892728 del 06.05.2002 dell'importo di euro 1.322.129,66 (avente ad oggetto: *"Obblighi ed oneri assunti dalla Ditta Obbligata ONERI DI URBANIZZAZIONE PRIMARIA - DELIBERA CONSIGLIO COMUNALE N.50 DEL 15/10/2001 - APPROVAZIONE VARIANTE AL PIANO PARTICOLAREGGIATO ADOTTATO CON DELIBERA DI G.C. N.99/2001 DENOMINATO "PRA' DELLA FIERA" UBICATO NELLA FRAZIONE DI ARSEGO"*) e n. 222892726 del 06.05.2002 dell'importo di euro 320.806,49 (avente ad oggetto: *"Obblighi ed oneri assunti dalla Ditta Obbligata ONERI DI URBANIZZAZIONE SECONDARIA - DELIBERA CONSIGLIO COMUNALE N.50 DEL 15/10/2001 - APPROVAZIONE VARIANTE AL PIANO PARTICOLAREGGIATO ADOTTATO CON DELIBERA DI G.C. N.99/2001 DENOMINATO "PRA' DELLA FIERA" UBICATO NELLA FRAZIONE DI ARSEGO"*), rilasciate da Assicurazioni Generali s.p.a. e che la stessa si impegnava a presentare *"un'ulteriore polizza fideiussoria integrativa delle precedenti volta a garantire la differenza pari ad euro 725.902,91 (settecentoventicinquecentodue virgola novantuno)..."*;



In data 15.04.2003 veniva rilasciata l'appendice, per aumento dell'importo assicurato con la polizza n. 222892728, per un totale di euro 2.048.032,57 (1.322.129,66 + 725.902,91).

Alla convenzione faceva seguito il rilascio in data 17.05.2003 della concessione edilizia n. C3/03 per l'esecuzione delle opere di urbanizzazione relative al piano particolareggiato *de quo*.

I lavori, iniziati il 03.06.2003, avrebbero dovuto essere ultimati entro i successivi 36 mesi e cioè entro il 03.06.2006.

Senonché ciò non avveniva ed a seguito di una ricognizione dei lavori già eseguiti e da eseguirsi sulla base di quanto previsto dal piano particolareggiato approvato, acquisita al protocollo comunale in data 30.09.2006, il valore complessivo delle opere di urbanizzazione non ultimate o non realizzate dalla società Arsego 1 veniva stimato in lire 2.961.102.250, corrispondenti ad euro 1.529.281,69.

Con atto di citazione notificato in data 05.12.2006 il Comune di San Giorgio delle Pertiche agiva contro Arsego 1 S.a.s. e Assicurazioni Generali s.p.a. per il recupero dei costi necessari alla esecuzione e al completamento delle opere in questione, nonché per il risarcimento dei danni conseguenti alla ritardata ultimazione delle opere stesse.

La causa, istruita mediante CTU, la quale quantificava in lire 3.396.680.423, pari ad euro 1.754.239,04, il costo delle opere di urbanizzazione rimaste ineseguite o non ultimate nonché le spese generali e gli oneri di legge, veniva decisa con la sentenza n. 145/13 pronunciata in data 16.01.2013, con la quale il tribunale adito dichiarava il proprio difetto di giurisdizione.

Il Comune di San Giorgio delle Pertiche proponeva quindi, dinanzi al TAR per il Veneto, ricorso per decreto ingiuntivo nei confronti di Arsego 1 s.a.s. di Anna Maria Schiavon & C. e di Assicurazioni Generali s.p.a., in solido tra loro, per il pagamento a suo favore della somma di euro 1.754.239,04, corrispondente al costo delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria non eseguite ovvero non completate, spese generali comprese, così come quantificate nella succitata relazione del CTU.



In data 28.03.2013 veniva emesso decreto ingiuntivo per il corrispondente importo nei soli confronti di Assicurazioni Generali s.p.a..

Avverso tale decreto la compagnia assicurativa proponeva opposizione.

Si costituiva il Comune di San Giorgio delle Pertiche, chiedendo il rigetto dell'opposizione e proponendo domanda riconvenzionale, rivolta anche nei confronti della debitrice garantita, a cui veniva esteso il contraddittorio, diretta ad ottenere la condanna di Arsego 1 s.a.s. di Anna Maria Schiavon & C. e di Assicurazioni Generali S.p.a., quest'ultima in forza delle polizze fideiussorie rilasciate dalla medesima, al pagamento dei costi per la realizzazione e ultimazione delle predette opere, quantificati in euro 791.435,60 quanto alle opere di urbanizzazione primaria ed in euro 522.334,48 quanto alle opere di urbanizzazione secondaria con gli interessi legali dalla messa in mora (5.1.2007) al saldo.

Il Tribunale Amministrativo istruiva la causa affidando all'arch. Marco Bizzotto l'incarico di: *“(1) verificare il grado di esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria previste nel piano particolareggiato “Prà della Fiera”, come stabilite nella convenzione notarile 14.01.2003 stipulata tra il Comune di San Giorgio delle Pertiche e Arsego 1 S.a.s. di Anna Maria Schiavon & C.; (2) quantificare i costi per la realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria non eseguite e per l'ultimazione delle opere non completate con analitica distinzione tra le opere di urbanizzazione primaria e quelle di urbanizzazione secondaria ed i rispettivi costi, e quantificando altresì il maggior costo che si dovrà sostenere rispetto al 03.06.2006 (data entro la quale i lavori avrebbero dovuto essere ultimati); (3) quantificare il danno subito dal Comune di San Giorgio delle Pertiche in conseguenza del mancato godimento e fruizione delle opere e in particolare dei locali a destinazione pubblica”*.

Il CTU quantificava in euro 791.435,60 il valore delle opere di urbanizzazione primaria non eseguite, in euro 522.334,48 il valore delle opere di urbanizzazione secondaria non eseguite, in euro 120.298,21 il maggior costo delle opere primarie non eseguite, in euro 79.394,84 il maggior costo delle



opere secondarie non eseguite, in euro 141.124,89 il danno subito dal Comune in conseguenza del mancato godimento e fruizione relativamente alle opere primarie non eseguite, in euro 50.362,92 l'incidenza delle spese sostenute dal Comune per la sistemazione delle aree a verde, in euro 41.700,00 le spese sostenute dal Comune per affitto della sala parrocchiale, in euro 27.115,08 le spese generali su lavori ancora da eseguire per le opere primarie, per un totale complessivo di euro 1.773.766,02.

Con sentenza n. 356/2015, depositata in data 25.03.2015, il Tribunale Amministrativo Regionale così decideva: *“dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alle domande avanzate dal Comune nei confronti di Assicurazioni Generali e da quest'ultima nei confronti di Arsego, spettando la giurisdizione al giudice ordinario presso il quale la causa potrà essere riassunta nel termine di legge; revoca il decreto ingiuntivo opposto; dichiara inammissibile la domanda riconvenzionale formulata dal Comune nei confronti di Arsego; compensa le spese di lite fra le parti e pone le spese di CTU, liquidate in favore dell'arch. Marco Bizzotto in € 4.910,89, oltre IVA e C.P., a carico di entrambe le parti costituite in pari misura”*.

La sentenza del TAR del Veneto non veniva appellata e passava quindi in giudicato.

Con ricorso *ex art. 702 bis* c.p.c. notificato il 24.06.2015 il Comune di San Giorgio delle Pertiche riassumeva tempestivamente il giudizio dinanzi al Tribunale di Padova, chiedendo l'accoglimento delle seguenti conclusioni: *“nel merito in via principale, anche riconvenzionale:*

*- condannare Assicurazioni Generali S.p.a., in forza delle polizze fideiussorie rilasciate a favore del Comune di San Giorgio delle Pertiche a garanzia degli obblighi assunti da Arsego 1 S.a.s. di Anna Maria Schiavon & C. con la convenzione in data 14.01.2003 n. 28996 di rep. notaio G. Gottardo di Padova, e per le causali di cui in narrativa, a pagare a favore del Comune di San Giorgio delle Pertiche, in persona del Sindaco pro tempore, euro 791.435,60 quale costo per il completamento delle opere di urbanizzazione primaria ed euro 522.334,48 quale costo per l'esecuzione delle opere di urbanizzazione*



*secondaria, euro 203.421,42 per spese generali ed oneri di legge relativi alle opere primarie non eseguite ed euro 134.254,80 per spese generali ed oneri di legge relativi alle opere secondarie non eseguite, con gli interessi legali dalla messa in mora (5.1.2007) al saldo;*

*- condannare Assicurazioni Generali S.p.a. a risarcire al Comune di San Giorgio delle Pertiche i danni subiti in conseguenza dell'inadempimento e del ritardato pagamento dell'importo garantito, quantificati in euro 120.298,21 per il maggior costo di realizzazione delle opere primarie, euro 79.394,84 per il maggior costo delle opere secondarie, euro 141.124,89 per il mancato godimento e fruizione delle opere, euro 50.362,92 per le spese sostenute dal Comune per la sistemazione delle aree a verde, euro 41.700,00 per le spese sostenute dal Comune per affitto della sala parrocchiale, euro 27.115,08 per le spese generali su lavori ancora da eseguire;*

*- condannarsi quindi, complessivamente, Assicurazioni Generali S.p.a. al pagamento in favore del Comune di San Giorgio delle Pertiche della somma di euro 2.111.442,24, o di quella diversa, maggiore o minore, che risulterà in corso di causa;*

*nel merito in via subordinata, anche riconvenzionale:*

*- condannare Assicurazioni Generali S.p.a., in forza delle polizze fideiussorie rilasciate a favore del Comune di San Giorgio delle Pertiche a garanzia degli obblighi assunti da Arsego I S.a.s. di Anna Maria Schiavon & C. con la convenzione in data 14.01.2003 n. 28996 di rep. notaio G. Gottardo di Padova, e per le causali di cui in narrativa, a pagare a favore del Comune di San Giorgio delle Pertiche, in persona del Sindaco pro tempore, euro 791.435,60 quale costo per il completamento delle opere di urbanizzazione primaria ed euro 522.334,48 quale costo per l'esecuzione delle opere di urbanizzazione secondaria, con gli interessi legali dalla messa in mora (5.1.2007) al saldo;*

*- condannare Assicurazioni Generali S.p.a. a risarcire al Comune di San Giorgio delle Pertiche i danni subiti in conseguenza dell'inadempimento e del ritardato pagamento dell'importo garantito, quantificati in euro 120.298,21 per il maggior costo di realizzazione delle opere primarie, euro 79.394,84 per il*



*maggior costo delle opere secondarie, euro 141.124,89 per il mancato godimento e fruizione delle opere, euro 50.362,92 per le spese sostenute dal Comune per la sistemazione delle aree a verde, euro 41.700,00 per le spese sostenute dal Comune per affitto della sala parrocchiale, euro 27.115,08 per le spese generali su lavori ancora da eseguire;*

*- condannarsi quindi, complessivamente, Assicurazioni Generali S.p.a. al pagamento in favore del Comune di San Giorgio delle Pertiche della somma di euro 1.773.766,02, o di quella diversa, maggiore o minore, che risulterà in corso di causa”;*

Generali Italia s.p.a., subentrata ad Assicurazioni Generali s.p.a., si costituiva, eccependo in via pregiudiziale il difetto di giurisdizione del giudice ordinario a favore del giudice amministrativo e l'improcedibilità del giudizio per mancato esperimento del procedimento di mediazione obbligatoria, ed insistendo nel merito per il rigetto delle domande attoree.

Con la sentenza n. 574/2017 in epigrafe indicata il Tribunale di Padova così statuiva:

*“1) Affermata la propria giurisdizione, condanna ASSICURAZIONI GENERALI – SOCIETA' PER AZIONI GENERALI ITALIA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, a corrispondere al COMUNE DI SAN GIORGIO DELLE PERTICHE, in persona del Sindaco pro tempore, la capital somma di euro 1.604.132,24;*

*2) Condanna ASSICURAZIONI GENERALI – SOCIETA' PER AZIONI GENERALI ITALIA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, a rifondere al COMUNE DI SAN GIORGIO DELLE PERTICHE, in persona del Sindaco pro tempore, le spese legali del presente procedimento che si liquidano in euro 1.713,00 per esborsi, euro 33.886,31 per compenso, oltre ad I.V.A., C.N.P.A. e al rimborso delle spese forfettarie sul compenso pari al 15% ex DM 55/2014”;*

*3) Condanna ARSEGO 1 S.A.S. DI ANNA MARIA SCHIAVON & C. , in persona del legale rappresentante pro tempore, a tenere indenne ASSICURAZIONI GENERALI – SOCIETA' PER AZIONI GENERALI ITALIA*





*S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, di quanto questa sarà tenere a corrispondere al comune attoreo in ragione della presente sentenza.*

2. Contro la predetta sentenza Generali Italia s.p.a. ha proposto tempestivo appello, formulando otto motivi di gravame.

2.1 Col primo motivo censura la decisione nella parte in cui ha escluso che la domanda formulata nel ricorso in riassunzione *ex art. 702 bis c.p.c.* sia nuova e diversa sotto il profilo del *petitum* e della *causa petendi* rispetto a quella promossa in via riconvenzionale davanti il TAR Veneto. L'appellante evidenzia in proposito che il Comune di San Giorgio delle Pertiche, mentre dinanzi al giudice amministrativo aveva chiesto la condanna della società garantita e del fideiussore a risarcire il danno causato dall'inadempimento di Arsego 1 s.a.s. e rappresentato dai costi necessari per realizzare le opere non eseguite, facendo valere un debito di valore, quando ha agito in riassunzione dinanzi al tribunale patavino ha chiesto la condanna del solo fideiussore al pagamento degli oneri di urbanizzazione fino alla concorrenza degli importi indicati nelle polizze fideiussorie, facendo valere un debito di valuta.

Da ciò consegue, inoltre, che la nuova domanda dedotta davanti al giudice ordinario, oltre ad essere inammissibile perché in sede di riassunzione devono essere proposte le medesime domande formulate dinanzi al giudice *a quo*, si è comunque prescritta per decorso del termine decennale, decorrente dal momento in cui l'amministrazione comunale ha avuto contezza dell'inadempimento della società garantita, vale a dire dal 2003.

Per di più la convenzione urbanistica del 13.01.2003, che riferisce le garanzie alle opere di urbanizzazione, non è opponibile a Generali Italia s.p.a., in quanto l'oggetto delle polizze non è riferito alla corretta esecuzione ed ultimazione dei lavori ma al pagamento degli oneri di urbanizzazione indicati nella deliberazione consiliare n. 50 del 15.10.2001.

L'appellante si duole ancora dell'erroneità della pronuncia là dove relativamente alle opere di urbanizzazione secondaria non realizzate da Arsego 1 s.a.s., ha condannato il garante al pagamento della somma di €601.739,32,



senza considerare che la garanzia era stata prestata per il minor importo di €320.806,49.

Infine lamenta che il giudice di prime cure abbia tralasciato di valutare che dopo la firma della convenzione urbanistica, Arsego 1 s.a.s. aveva, con il consenso del Comune, venduto a Merlo s.r.l. con atto del 27.01.2004, ed a Sedaf s.r.l. con atto del 16.12.2005, le aree oggetto di urbanizzazione in cambio della realizzazione delle opere, liberandosi dalle obbligazioni derivanti dalla convenzione e trasferendole agli acquirenti, con conseguente inescutibilità delle polizze fideiussorie rilasciate a garanzia dell'adempimento degli obblighi assunti dall'originaria società lottizzante (nella lettera datata 19.05.2007 indirizzata a SEDAF s.r.l. il dirigente dell'ufficio tecnico comunale ing. Zanetti comunicava, infatti, alla società che, sentito il legale del comune, la stessa era subentrata "*negli obblighi assunti dalla ditta Arsego 1 sas nella convenzione urbanistica*").

2.2 Col secondo motivo reitera l'eccezione di nullità della CTU esperita dall'arch. Bizzotto e posta dal tribunale a fondamento della decisione, per difetto di consequenzialità logica fra la bozza consegnata ai c.t.p. ma non depositata, ove il perito, chiamato a valutare il grado di esecuzione delle opere sul cosiddetto 'Pra' della fiera' (l'area dove, secondo la convenzione, si doveva realizzare verde a parco urbano per oltre 1,5 ettari di superficie) dichiarava esistenti e realizzati tutti i lavori di verde attrezzato primario e secondario, e l'elaborato finale ove detti lavori venivano dichiarati non eseguiti, senza dare conto in alcun modo del processo logico che lo aveva indotto a modificare le proprie conclusioni e delle osservazioni dei c.t.p..

Inoltre l'appellante lamenta che il giudice di prime cure non consideri che dal verbale di collaudo emerge che le opere di urbanizzazione sull'area a verde del "Prà della fiera" sono state interamente realizzate, a fronte di una sostanziale indeterminatezza della convenzione laddove non rinvia ad un progetto esecutivo e a un computo metrico dei lavori da effettuare.

Censura inoltre l'errore in cui è incorso il tribunale per aver ritenuto irrilevante la circostanza, in forza della contestata autonomia della garanzia prestata, che



l'intervento "Prà della fiera" dovesse essere qualificato come opera di urbanizzazione secondaria, stante la natura di area a parco e verde pubblico dell'area, anziché come opera di urbanizzazione primaria - come erroneamente indicato dal CTU (il quale a pag. 11 della relazione afferma: *"Il sottoscritto ctu arch. Bizzotto Marco, ha conteggiato il verde pubblico (anche calpestabile) identificato negli elaborati grafici legati alla convenzione come APRATOBPRATOGPRATOHPRATO tra le opere di Urbanizzazione Primaria in quanto nella convenzione all'articolo 3 di riporta "articolo 3 – Esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria da cedere al Comune*

..

#### *VERDE ATTREZZATO PRIMARIO E SECONDARIO*

.. ", precisando, però, subito dopo: *"Anche se la legge sopraccitata avrebbe previsto che tali opere venissero conteggiate tra le opere di urbanizzazione secondaria")* -, rispondendo il fideiussore rispetto alle opere di urbanizzazione secondaria solo fino alla concorrenza della somma di euro 320.806,49.

2.3 Col terzo motivo ribadisce che il Comune ha colposamente concorso nell'inadempimento delle obbligazione assunte da Arsego 1 s.a.s. perché, pur conoscendo la palese precaria condizione della debitrice che ancora nel giugno 2003 aveva omesso di ritirare la concessione C 87/02 per la realizzazione dell'edificio polifunzionale, ritiro al quale la convenzione subordinava il rilascio delle concessioni a edificare e la concessione C3/03 prot. 2777 relativa alle opere di urbanizzazione subordinava l'inizio dei relativi lavori, non adottò alcun intervento sanzionatorio ed anzi rilasciò le concessioni edilizie per la costruzione degli 8 edifici residenziali e permise che questi ultimi venissero realizzati senza che fosse dato adempimento all'obbligo sancito dall'art. 11 della convenzione della previa esecuzione delle principali opere di urbanizzazione, inadempimento di cui il Comune portò a conoscenza Generali Italia s.p.a. solo nel febbraio 2006, quando Arsego 1 s.a.s. aveva già venduto le aree edificabili ed incassato il relativo prezzo.



Sostiene l'appellante che se il Comune avesse contestato per tempo alla società lottizzante nel giugno 2003, all'avvio dei lavori, l'inadempimento derivante dalla mancata realizzazione dell'edificio polifunzionale, mettendola in mora ai fini della possibile revoca del titolo abilitativo concesso, la garante sarebbe potuta intervenire tempestivamente, avviando le idonee procedure di tutela finché il debitore garantito era *in bonis*.

2.4 Col quarto motivo denuncia la contraddittorietà della decisione là dove dapprima, correttamente, ha escluso la natura di contratto autonomo di garanzia delle polizze fideiussorie rilasciate da Generali Italia s.p.a., qualificandole come polizze a prima richiesta (pag. 8: “*è infondata la qualifica di contratto autonomo di garanzia qualificandosi semmai i contratti stipulati tra Arsego I Sas e Assicurazioni Generali in una polizza a prima richiesta scritta visto il contenuto dell'art. 5 delle condizioni di cauzione*”) e quindi, subito dopo, ha rigettato la gran parte delle contestazioni sollevate da quest'ultima affermando che “*le eccezioni svolte dalla convenuta non sono proponibili stante l'autonomia della garanzia prestata*” (pag. 9).

Da qui la fondatezza dell'eccezione relativa all'estinzione della fideiussione per mancata proposizione delle istanze verso il debitore nel termine di cui all'art. 1957 c.c. e per concorso colposo del creditore nella causazione del danno in relazione all'omessa informazione del peggioramento delle condizioni del debitore con riferimento agli artt. 1955 e 1956 c.c..

2.5 Col quinto motivo deduce la nullità sopravvenuta del contratto di garanzia per impossibilità dell'oggetto, in quanto l'obbligazione di realizzare le opere di urbanizzazione previste nel piano particolareggiato “Prà della Fiera” approvato nel 2001, era venuta meno nel 2011 a seguito del decorso del termine decennale di efficacia di quest'ultimo stabilito dall'art. 58 L.R. del Veneto n. 61/85, con conseguente inefficacia degli atti da esso discendenti, quale la convenzione urbanistica del 14.01.2003.

2.6 Col sesto motivo censura il punto della sentenza in cui il tribunale ha così statuito: “*va anche confermato il rigetto della acquisizione degli atti della CTU svolta avanti al TAR, da un lato perché la stessa è già stata prodotta e nessuno*



*ha contestato che la copia prodotta sia difforme da quella depositata nel giudizio amministrativo, mentre, essendo i due giudizi distinti e valendo quella consulenza quale elemento di prova (art. 59 L. 69/2009), non vi è la necessità di acquisirla formalmente agli atti di questo giudizio facendone in ogni caso già parte vista la produzione”.*

A questo riguardo l'appellante si duole che alla relazione finale non siano stati allegati il documento 9, ove sono riassunte le opere non realizzate e i relativi costi (determinante per accertare la quota di prato indicata come non realizzata e invece esistente, pari a euro 488.6723) ed il documento 14, relativo alle spese sostenute dal Comune per sistemare l'area a verde attrezzato, che sono indicate in appena euro 85.000,00, documenti che risultano necessari al fine di una completa comprensione dell'iter seguito dal CTU ed il cui esame avrebbe condotto ad una diversa ricostruzione del fatto.

2.7 Col settimo motivo denuncia l'erroneità della sentenza nella parte in cui il tribunale, pur affermando di fondare la decisione sulla CTU dell'arch. Bizzotto (affetta da radicale nullità), richiama, dichiarando di recepirla, anche quella espletata dall'ing. Bentivegna nell'ambito del primo giudizio radicato dinanzi al Tribunale di Padova e definito con sentenza declinatoria della giurisdizione a favore del TAR, che non è stato riassunto, pur essendo la stessa inesaminabile ex art. 59 u.c. della legge 18.06.2009 n. 69, che legittima il giudice *ad quem* dinanzi al quale il processo viene riassunto a valutare come argomenti di prova solo le prove raccolte avanti il giudice che si è dichiarato privo di giurisdizione.

2.8 Con l'ottavo motivo critica la decisione laddove ha rigettato l'eccezione di improcedibilità sollevata dalla convenuta per il mancato esperimento della mediazione obbligatoria ex art. 5 D. Lgs. 28/2010, affermando *“che al momento della proposizione del giudizio avanti al TAR, oggi qui riassunto, l'art. 5 del D.Lgs. 28/2010 pro tempore vigente risultava abrogato in ragione della decisione 272/2012 Corte Cost. mentre l'attuale riformulazione sarebbe stata nuovamente introdotta solo con il D.L. 69/2013 convertito poi ad agosto dello stesso anno”.*



L'appellante deduce che la decisione è viziata perché la procedura di conciliazione non è prevista dal codice del processo amministrativo (dlgs 104.10), ma è contemplata solo per il giudizio civile e pertanto, vertendo lo stesso in materia di contratto finanziario, è alla data di proposizione della domanda dinanzi al Tribunale di Padova che occorre far riferimento, risultando perciò applicabile *ratione temporis* l'art. 5 del D.Lgs. 28/2010.

3. Invertendo l'ordine espositivo seguito dall'appellante, conviene esaminare prioritariamente il quarto motivo di gravame relativo alla qualificazione giuridica delle polizze fideiussorie rilasciate da Generali Italia s.p.a., trattandosi di questione avente carattere pregiudiziale.

La decisione impugnata appare sul punto contraddittoria, perché dapprima esclude che le polizze abbiano natura di contratti di garanzia autonoma, qualificandole come polizze a prima richiesta (pag. 8: "*è infondata la qualifica di contratto autonomo di garanzia qualificandosi semmai i contratti stipulati tra Arsego 1 Sas e Assicurazioni Generali in una polizza a prima richiesta scritta visto il contenuto dell'art. 5 delle condizioni di cauzione*"), ma poi, subito dopo rigetta numerose contestazioni sollevate da Generali Italia s.p.a., affermando che "*le eccezioni svolte dalla convenuta non sono proponibili stante l'autonomia della garanzia prestata*" (pag. 9).

Com'è noto, il contratto autonomo di garanzia ha la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, 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): invero, 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 (Cass. sez. un. n. 3947 del 18/02/2010).

Ebbene, dall'esame dell'art. 5 delle condizioni generali di assicurazione delle polizze n. 222892728 del 06.05.2002 (dell'importo di euro 1.322.129,66) e n. 222892726 del 06.05.2002 (dell'importo di euro 320.806,49) si evince trattarsi di due contratti di garanzia autonoma.

Detto art. 5, infatti, prevede che: "*il pagamento delle somme dovute in base alla presente polizza sarà effettuato dalla Società entro il termine massimo di 30 giorni dal ricevimento della richiesta scritta del Comune Garantito*", con esclusione del beneficio della preventiva escussione di Arsego 1 s.a.s.; ed altresì stabilisce che: "*il pagamento avverrà dopo un semplice avviso alla Ditta Obbligata senza bisogno di preventivo consenso da parte di quest'ultima, che nulla potrà eccepire alla Società in merito al pagamento stesso*".

Come poc'anzi indicato, l'assenza dell'accessorietà della garanzia, che caratterizza il contratto autonomo di garanzia rispetto alla fideiussione, comporta l'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga all'art. 1945 c.c. e la conseguente preclusione del debitore a chiedere che il garante opponga al creditore garantito le eccezioni nascenti dal rapporto principale, nonché ad opporre al garante tali eccezioni successivamente al pagamento effettuato da quest'ultimo (tra le altre, Cass. 23.06.2009, n. 14621; Cass. 17.01.2008, n. 903; Cass. 31.07.2015, n. 16213), là dove l'accessorietà della garanzia fideiussoria postula, invece, che il garante ha l'onere di preavvisare il debitore principale della richiesta di pagamento del creditore, ai sensi dell'art. 1952, comma 2 c.c., all'evidente scopo di porre il debitore in condizione di opporsi al pagamento, qualora esistano eccezioni da far valere nei confronti del creditore (Cass. 17.06.2013, n. 15108).





Peraltro, se 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 accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale (così Cass., sez. un., n. 3947/10 succitata), tuttavia, in presenza di elementi quali quelli in precedenza indicati che conducano comunque ad una qualificazione del negozio in termini di garanzia autonoma, l'assenza di formule come quella anzidetta non è elemento decisivo in senso contrario.

Nella specie, a fronte del tenore della clausola contrattuale (di cui all'art. 5 delle condizioni generali di polizza) che, per un verso, stabilisce un termine massimo (30 giorni) per il garante nel provvedere al pagamento dietro richiesta del creditore, senza beneficio di escussione del debitore principale - e, dunque, un termine significativamente ristretto perché il garante possa effettivamente opporre al Comune le eccezioni del debitore garantito -, nonché, per altro verso, ma in stretta correlazione, l'impossibilità di quest'ultimo - che avrebbe dovuto soltanto ricevere un mero avviso prima del pagamento e senza dover prestare il proprio consenso - di eccepire alcunché al garante, deve reputarsi che la comune intenzione dei contraenti sia stata quella di derogare alla disciplina della fideiussione (v. in senso conforme, in relazione ad una clausola il cui contenuto riproduce la clausola qui presa in esame, Cass. n. 12152 del 14.06.2016).

3.1 L'inopponibilità delle eccezioni di merito derivanti dal rapporto principale, che contraddistingue il contratto autonomo di garanzia rispetto alla fideiussione, comporta, d'altronde, che, ai fini dell'*exceptio doli*, il garante non possa limitarsi ad allegare circostanze fattuali idonee a costituire oggetto di un'eccezione che il debitore garantito potrebbe opporre al creditore, ma debba far valere una condotta abusiva del creditore, il quale, nel chiedere la tutela giudiziale del proprio diritto, abbia fraudolentemente taciuto, nella prospettazione della fattispecie, situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del



diritto azionato ed aventi efficacia modificativa o 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 (cfr. Cass. 31.07.2015, n. 16213; Cass. 12.09.2012, n. 15216; Cass. 20.03.2009, n. 6896; Cass. 07.03.2007, n. 5273).

Così intesa l' *exceptio doli*, va tuttavia rimarcato che le contestazioni che possono essere fatte valere dal garante possono attenersi non solo al rapporto garantito (contraente/beneficiario), ma anche al rapporto di garanzia (contraente/garante) ed al rapporto indennitario (garante/beneficiario).

Solo in relazione al primo dei profili sopra evidenziati viene in rilievo la possibilità per il garante di far valere l'*exceptio doli*: in proposito basti pensare al caso di un rapporto garantito che è inesistente: in tale situazione, mai potrà il garante essere tenuto a corrispondere un indennizzo laddove anche il contraente non avrebbe mai dovuto eseguire alcuna prestazione nei confronti del beneficiario (in merito, si consideri quanto statuito da Cass. 12.12.2008 n. 29215). Inoltre, qualora il contratto sottostante sia nullo per contrarietà a norme imperative o perché abbia una causa illecita, detta invalidità non potrebbe che trasferirsi anche alla polizza fideiussoria (si veda in proposito Cass. 14.12.2007 n. 26262). Infine, è chiaro che - laddove il contratto sottostante sia stato completamente ed opportunamente adempiuto dal contraente - il garante abbia diritto a non vedere azionata alcuna pretesa indennitaria da parte del beneficiario nei suoi confronti (Cass. sez. un. 18.02.2010 n. 3947).

In merito al secondo profilo di cui sopra, si deve giocoforza ammettere che - con riguardo al rapporto tra contraente e garante - le eccezioni attinenti la validità, la durata e l'estensione del titolo del contratto di garanzia siano sempre ammissibili (così si può fare riferimento a titolo esemplificativo alle ipotesi di scadenza della polizza, di eccedenza dell'importo escusso rispetto a quello garantito, ecc).

Quanto, infine, alle eccezioni attinenti il rapporto tra garante e beneficiario, non può non riconoscersi il diritto del primo di opporre al secondo - a titolo



puramente esemplificativo - la compensazione legale per un credito vantato direttamente nei suoi confronti (come chiaramente indicato da Cass. 10.05.2002 n. 6728).

Considerata, perciò, l'inapplicabilità al contratto autonomo di garanzia delle tipiche eccezioni fideiussorie, quali, ad esempio, quelle fondate sugli artt. 1956 e 1957 c.c. (così Cass. 10.05.2002 n. 6728, Cass. 01.06.2004 n. 10486 e Cass. Sez. Unite, 18.02.2010, n. 3947, secondo cui *“al contratto autonomo di garanzia, in difetto di diversa previsione da parte dei contraenti, non si applica la norma dell’art. 1957 cod. civ. sull’onere del creditore garantito di far valere tempestivamente le sue ragioni nei confronti del debitore principale, poiché tale disposizione, collegata al carattere accessorio dell’obbligazione fideiussoria, instaura un collegamento necessario e ineludibile tra la scadenza dell’obbligazione di garanzia e quella dell’obbligazione principale, e come tale rientra tra quelle su cui si fonda l’accessorietà del vincolo fideiussorio, per ciò solo inapplicabile ad un’obbligazione di garanzia autonoma”*), va ritenuta l’infondatezza del quarto motivo di gravame, che si fonda proprio su tali eccezioni.

4. Passando ora all’esame del primo motivo di gravame, che si articola in più questioni eterogenee, Generali Italia S.p.a. lamenta, innanzitutto, che il giudice di primo grado abbia errato nel non accogliere l’eccezione di novità della domanda proposta dal Comune con il ricorso *ex art. 702 bis* c.p.c. rispetto a quella formulata dinanzi al TAR Veneto: sostiene, in particolare, che sarebbe nuova la domanda di *“pagare le somme recate dalle polizze fideiussorie e dirette nei confronti del solo fideiussore”*, in quanto *“mai il comune ha prospettato che la causa petendi della domanda fosse il solo diritto di escutere una cauzione”* (v. atto di citazione d’appello, punto I.A, pag. 11).

Ora dalla lettura delle conclusioni rassegnate dal Comune nel ricorso in riassunzione che sono state in precedenza riportate per esteso e di quelle anteriormente formulate davanti al giudice amministrativo (*“nel merito, anche in via riconvenzionale: - rigettare l’opposizione e le domande riconvenzionali dell’opponente Assicurazioni Generali S.p.a., perché infondate in fatto e in*



*diritto; - accertato che la società Arsego 1 S.a.s. non ha ultimato le opere di urbanizzazione primaria previste nel piano particolareggiato “Prà della Fiera” in località di Arsego di cui alla convenzione 14.01.03, e non ha eseguito le opere di urbanizzazione secondaria previste nel medesimo piano particolareggiato “Prà della Fiera” in località di Arsego di cui alla convenzione 14.01.03, opere tutte indicate nella relazione tecnica dell’arch. Marco Bizzotto depositata il 29.09.2014, condannare la stessa società Arsego 1 S.a.s. di Anna Maria Schiavon & C., in persona del legale rappresentante, nonché la Compagnia Assicurazioni Generali S.p.a., in persona del legale rappresentante, quest’ultima in forza delle polizze fideiussorie di cui in premesse, in solido tra loro, a corrispondere al Comune di San Giorgio delle Pertiche i costi per la realizzazione e ultimazione delle predette opere, come quantificati nella precitata relazione del CTU, ovvero euro 791.435,60 quanto alle opere di urbanizzazione primaria ed euro 522.334,48 quanto alle opere di urbanizzazione secondaria, con gli interessi legali dalla messa in mora (5.1.2007) al saldo; - condannare Assicurazioni Generali S.p.a. e Arsego 1 S.a.s. di Anna Maria Schiavon & C., in solido tra loro, a risarcire al Comune di San Giorgio delle Pertiche i danni subiti in conseguenza dell’inadempimento e del ritardato pagamento dell’importo garantito, quantificati nella precitata CTU a firma arch. Bizzotto come segue: euro 120.298,21 per il maggior costo di realizzazione delle opere primarie, euro 79.394,84 per il maggior costo delle opere secondarie, euro 141.124,89 per il mancato godimento e fruizione delle opere, euro 50.362,92 per le spese sostenute dal Comune per la sistemazione delle aree a verde, euro 41.700,00 per le spese sostenute dal Comune per affitto della sala parrocchiale, euro 27.115,08 per le spese generali su lavori ancora da eseguire”) emerge con chiarezza che il Comune ha in entrambi gli atti chiesto l’escussione delle polizze fideiussorie rilasciate nel 2002 dall’appellante a garanzia dell’adempimento degli obblighi assunti da Arsego 1 s.a.s. di Anna Maria Schiavon & C. relativamente alle opere di urbanizzazione primaria e secondaria relative al Piano particolareggiato denominato “Prà della Fiera” in*



frazione di Arsego, approvato con deliberazione consiliare n. 50 del 15.10.2001.

E la circostanza che le polizze garantiscano il mancato pagamento degli oneri di urbanizzazione da parte di Arsego 1 s.a.s. mentre con la convenzione urbanistica stipulata in data 14.01.2003 quest'ultima si sia obbligata nei confronti del Comune di San Giorgio delle Pertiche a realizzare le opere di urbanizzazione primaria e secondaria a scomputo di detti oneri non influisce sull'escutibilità della polizza.

Ciò perché è conforme alla causa concreta del contratto autonomo di garanzia il fatto che la prestazione garantita abbia un oggetto diverso da quello della prestazione gravante sul debitore principale, che può riguardare anche un fare infungibile, contrariamente al contratto del fideiussore, nel quale solamente ricorre l'elemento dell'accessorietà e che garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui (attesa l'identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante).

Ne deriva che l'obbligazione del garante 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 (Cass. Civ., SS.UU., 18.02.2010, n. 3947 già cit.).

Peraltro, giova evidenziare che, nel caso di specie, fu proprio per adeguare l'importo assicurato con la polizza n. 222892728 agli obblighi assunti dalla società lottizzante nei confronti del Comune in base alla convenzione *de qua* che Generali Italia S.p.a. stipulò in data 15.04.2003 un'appendice, elevando la garanzia prestata per le opere di urbanizzazione primaria per un totale di euro 2.048.032,57 (1.322.129,66 + 725.902,91).

Poiché, come dianzi indicato, il Comune di San Giorgio delle Pertiche ha agito contro Assicurazioni Generali s.p.a. per far valere il credito indennitario sin dal



2006, l'eccezione di prescrizione sollevata da quest'ultima è manifestamente priva di pregio.

E', inoltre, inammissibile l'eccezione relativa all'estinzione dell'obbligazione garantita in capo ad Arsego 1 s.a.s., derivante dai due distinti atti del 27.01.2004 e del 16.12.2005 con cui quest'ultima ha trasferito a Merlo s.r.l. ed a Sedaf s.r.l. le aree oggetto di urbanizzazione in cambio della realizzazione delle opere, liberandosi, con il consenso del Comune, dalle obbligazioni derivanti dalla convenzione e trasferendole agli acquirenti.

Trattasi, infatti, di eccezione in senso stretto che è stata sollevata per la prima volta in primo grado nella memoria di cui all'art. 183 comma sesto n. 2 cod. proc. civ. a seguito della riassunzione del giudizio (pagg. 12 e 13) e che poi è stata riproposta in appello.

In ogni caso si osserva per inciso che nella fattispecie difetta la prova che vi sia stata una cessione della convenzione urbanistica, dotata di efficacia nei confronti del contraente ceduto (il Comune di San Giorgio delle Pertiche), né tanto meno che quest'ultimo abbia preventivamente dato il proprio assenso alla cessione della convenzione urbanistica.

Va, in proposito, ricordato che ai fini della cessione del contratto devono essere osservate le stesse forme prescritte per il contratto trasferito (Cass. 06.11.1999, n. 12384), per cui se per il contratto ceduto è necessaria la forma scritta, anche per la cessione è necessaria la stessa forma.

La cessione del contratto è, invero, costituita da un negozio trilatero tra cedente, cessionario e contraente ceduto, per cui il consenso di quest'ultimo è elemento costitutivo del negozio al pari del consenso degli altri due soggetti, e ciò a differenza della cessione del credito, nella quale il consenso del debitore ceduto è estrinseco alla convenzione (Cass. 24.06.1992, n. 7752).

Allorché detta accettazione debba essere effettuata dalla p.a., per i principi che regolano la forma dei contratti in cui questa interviene, non può che essere resa in forma scritta, escludendosi ogni efficacia ai *facta concludentia* della pubblica amministrazione in materia contrattuale (cfr tra le tante Cass. 23.02.2004 n. 3547).



I contratti della pubblica amministrazione sono assoggettati, inoltre, ad un ulteriore requisito di forma, e cioè quello per cui di regola (e salve le espresse eccezioni previste dalla stessa legge) non è possibile la loro stipulazione nella forma dello scambio di proposta ed accettazione tra assenti (conclusione del contratto cd. a distanza o per corrispondenza), ai sensi del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, artt. 16 e 17 (legge di contabilità di stato), onde essi vanno consacrati in un unico documento che va sottoscritto dalle parti, anche se non contemporaneamente (cfr., da ultima, in tale senso, Cass., n. 25798 del 22/12/2015; conf., in precedenza Cass. n. 2067 del 12/02/2003; n. 1752 del 26/01/2007; n. 13508 del 08/06/2007; n. 17650 del 10/08/2007; n. 7297 del 26/03/2009; n. 24679 del 04/11/2013; n. 6555 del 20/03/2014; n. 5263 del 17/03/2015).

Tale ulteriore requisito di forma difetta certamente nel caso in esame, ove l'appellante assume che l'accettazione da parte del Comune della cessione della convenzione urbanistica intercorsa tra essa ed Arsego 1 s.a.s. risulterebbe dalla lettera datata 19.05.2007 indirizzata a SEDAF s.r.l. in cui il dirigente dell'ufficio tecnico comunale ing. Zanetti comunicava alla società che la stessa era subentrata "*negli obblighi assunti dalla ditta Arsego 1 sas nella convenzione urbanistica*" (v. doc. 3.3. allegato alla succitata memoria istruttoria).

5. Con il quinto motivo di appello, Generali Italia s.p.a. eccepisce la nullità sopravvenuta del contratto di garanzia per impossibilità dell'oggetto, in quanto l'obbligazione di realizzare le opere di urbanizzazione previste nel piano particolareggiato "Prà della Fiera" approvato nel 2001 si sarebbe estinta nel 2011 a seguito del decorso del termine decennale di efficacia di quest'ultimo, stabilito dall'art. 58 L.R. del Veneto n. 61/85, con conseguente inefficacia degli atti da esso discendenti, tra cui la convenzione urbanistica del 14.01.2003.

Anche a voler ritenere che tale contestazione non costituisca mero oggetto di un'eccezione che il debitore garantito avrebbe potuto opporre al creditore, ma





risultati idonea a rendere abusiva l'escussione della polizza, essa è priva di pregio.

Anzitutto va ricordato che la convenzione urbanistica è assimilabile ad un accordo sostitutivo del provvedimento amministrativo (Cass. Sez. Un., n. 19914 del 05/10/2016), la cui causa tipica è quella di disciplinare diritti e obblighi delle parti in relazioni alla realizzazione delle trasformazioni previste dallo strumento attuativo e si caratterizza proprio per l'assunzione dell'impegno della parte pubblica al rilascio dei titoli abilitativi, alle condizioni previste, a fronte dell'esecuzione delle obbligazioni poste a carico della parte private; mediante la stipulazione della convenzione, i Comuni pattuiscono, dunque, le modalità per la realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria necessarie ai fini dell'insediamento abitativo e, in genere, convengono di porre tali opere a carico della parte privata, rinunciando così a percepire gli importi in danaro ordinariamente richiesti a titolo di oneri di urbanizzazione (cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 23 luglio 2014, n. 1997).

Come ha affermato la giurisprudenza amministrativa, la perdita di efficacia di un piano urbanistico attuativo comporta che lo stesso non può più essere portato ad esecuzione per la parte in cui è rimasto inattuato, non potendosi pertanto più eseguirsi gli espropri, preordinati alla realizzazione delle opere pubbliche e delle opere di urbanizzazione primaria, né potendosi procedere all'edificazione residenziale, fermo restando invece che devono continuare ad osservarsi le prescrizioni previste dallo stesso, destinate ad essere applicate a tempo indeterminato anche in presenza di un piano urbanistico generale (C.d.S., sez. IV, 27 ottobre 2009, n. 6572; 12 dicembre 2008, n. 6182; sez. V, 20 marzo 2008, n. 1216).

Le conseguenze della scadenza dell'efficacia del piano di zona si esauriscono pertanto nell'ambito della sola disciplina urbanistica, non potendo invece incidere sulla validità ed efficacia delle obbligazioni assunte dai soggetti attuatori degli interventi, che solo mediamente trovano fonte nel piano urbanistico attuativo (nel caso di specie, piano particolareggiato), radicandosi piuttosto nelle convenzioni urbanistiche, disciplinate dall'art. 11 della legge n.



167 del 1962, come modificato dalla legge n. 865 del 1971 (C.d.S. ad. Plen. 20 luglio 2012 n. 28).

Ne discende che nel caso di specie la sopravvenuta inefficacia del piano particolareggiato non incide sulla perdurante efficacia delle obbligazioni assunte con la convenzione.

6. Possono, a questo punto, essere esaminati congiuntamente, in quanto strettamente connessi, investendo tutti il profilo del *quantum debeatur*, il secondo, sesto e settimo motivo di gravame, oltre a quello dedotto alla lettera E della prima censura contenuta nell'atto di appello (pag. 16).

6.1 In sintesi l'appellante si duole dell'erroneità della pronuncia nella parte in cui ha, sulla base delle risultanze della CTU esperita dall'arch. Bizzotto, di cui ha eccepito la nullità, ritenuto che fosse provato l'inadempimento di Arsego 1 s.a.s., quando invece vi era la prova che le opere di urbanizzazione erano state interamente realizzate da quest'ultima, ed omesso di attribuire rilievo alla circostanza che l'intervento "Prà della fiera" dovesse essere qualificato come opera di urbanizzazione secondaria, secondo quanto previsto dall'art. 82 della legge regionale del Veneto n. 61 del 1985 (che richiama la legge statale n. 847 del 1964, art. 4), stante la natura di area a parco e verde pubblico dell'area, anziché quale opera di urbanizzazione primaria, come erroneamente indicato dal CTU, condannando la garante, per le opere di urbanizzazione secondaria non realizzate da Arsego 1 s.a.s., al pagamento della somma di euro 601.739,32, nonostante la garanzia fosse stata prestata per il minor importo di euro 320.806,49.

Deve essere sottolineato che, stante la natura autonoma del contratto di garanzia, la possibilità per il garante di sollevare al momento dell'escussione l'*exceptio doli* è condizionata alla sussistenza di una prova "*diretta*", ovvero fondata su riscontri documentali "*immediatamente disponibili*" e di "*pronta soluzione*" al garante al momento dell'escussione.

La giurisprudenza ritiene, infatti, che l'*exceptio doli* può essere opposta solo ed esclusivamente in caso di prove liquide ed incontrovertibili dell'abuso e/o della



frode che, pertanto, attestino in modo irrecusabile l'inesistenza o l'estinzione del diritto garantito.

In altre parole, la prova del dolo del beneficiario deve essere immediatamente percepibile, in modo tale da rendere incompatibile la possibilità di acquisirla tramite l'esperimento di eventuali mezzi istruttori: si parla, a tale proposito, di prova "*certa e liquida*" (*ex multis*, Cass. 17.03.2006 n. 5997; Cass. 19.06.2001 n. 8324; Cass. 17.05.2001; Trib. Milano, 25 febbraio 2008, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 375; Trib. Verona, 30 dicembre 2003, in *Giur. merito*, 2005, 76).

Nel caso di specie, in relazione alle contestazioni riguardanti il rapporto garantito, non sussistono prove evidenti (le c.d. prove liquide) del carattere fraudolento (o anche solo abusivo) della richiesta di pagamento avanzata dal beneficiario della garanzia, che legittimano l'appellante a rifiutare il pagamento richiesto.

Infatti, il denunciato contrasto tra le conclusioni cui l'arch. Bizzotto era giunto in sede di bozza (ove dichiarava esistenti e realizzati tutti i lavori di verde attrezzato primario e secondario), e le conclusioni rassegnate nell'elaborato definitivo (ove, al contrario, detti lavori venivano dichiarati mancanti) è dovuta al fatto che il CTU, inizialmente, aveva ritenuto eseguite delle opere che in realtà erano state realizzate dallo stesso Comune per sopperire all'inadempimento della società lottizzante; accogliendo, quindi, le osservazioni sul punto del CTP del Comune, l'arch. Bizzotto nella relazione finale ha conteggiato dette opere tra quelle rimaste ineseguite.

6.2 E', invece, ammissibile la censura con cui l'appellante si duole, sotto un duplice profilo, che l'importo escusso eccede quello garantito, da un lato stigmatizzando l'errore in cui è incorso il tribunale per averla condannata al pagamento della somma di euro 601.739,32 per le opere di urbanizzazione secondaria non eseguite da Arsego 1 s.a.s., e dall'altro contestando la decisione laddove reputa inammissibile, in virtù dell'affermata autonomia della garanzia prestata, l'eccezione che l'area a verde pubblico sia stata considerata dal CTU quale opera di urbanizzazione primaria anziché secondaria, in quanto entrambi i motivi di gravame afferiscono all'estensione del titolo del rapporto di garanzia



ed investono quindi il rapporto tra contraente e garante e non il rapporto garantito (contraente/beneficiario).

Ambedue le critiche sollevate da Generali Italia s.p.a. sono fondate.

6.3 Quanto alla prima, emerge *per tabulas* che delle due polizze fideiussorie emesse da Assicurazioni Generali s.p.a., la prima (n. 222892728 del 06.05.2002) garantisce il pagamento degli oneri di urbanizzazione primaria, mentre la seconda (n. 222892726 di pari data) solo quello degli oneri di urbanizzazione secondaria.

Ora, la garanzia prestata per le opere di urbanizzazione secondaria è limitata all'importo di euro 320.806,49, perché l'estensione della garanzia (da euro 1.322.129,66 a euro 2.048.032,57) concessa in data 15.04.2003 richiama esclusivamente la distinta polizza n. 222892728 del 06.05.2002, che si riferisce, come testé accennato, alle sole opere di urbanizzazione primaria.

6.4 Riguardo alla seconda obiezione, va condiviso l'assunto che la realizzazione del parco "Prà della fiera" costituisca un'opera di urbanizzazione secondaria.

In proposito nella relazione peritale (a pag. 11) il CTU, dopo aver riportato il testo dell'art. 44 della legge n. 865 del 1971 (che all'articolo 4 della legge 29 settembre 1964, n. 847, ha aggiunto il seguente comma: "*Le opere di cui all'articolo 1, lettera c), sono le seguenti: a) asili nido e scuole materne; b) scuole dell'obbligo; c) mercati di quartiere; d) delegazioni comunali; e) chiese ed altri edifici per servizi religiosi; f) impianti sportivi di quartiere; g) centri sociali e attrezzature culturali e sanitarie; h) aree verdi di quartiere*"), con riferimento all'art. 3 della convenzione, afferma: "*Il sottoscritto ctu arch. Bizzotto Marco, ha conteggiato il verde pubblico (anche calpestabile) identificato negli elaborati grafici legati alla convenzione come APRATOBPRATOGPRATOHPRATO tra le opere di Urbanizzazione Primaria in quanto nella convenzione all'articolo 3 di riporta "articolo 3 – Esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria da cedere al Comune*

..

**VERDE ATTREZZATO PRIMARIO E SECONDARIO**



.. ”, puntualizzando, però, subito dopo (p.12): “Anche se la legge sopraccitata avrebbe previsto che tali opere venissero conteggiate tra le opere di urbanizzazione secondaria”.

Il Piano Particolareggiato prevede 14.198 metri quadri di verde pubblico anche calpestabile (cfr. la relazione e preventivo di massima della spesa occorrente di cui all’elaborato n. 9 del Piano Particolareggiato).

Gli elaborati grafici del piano particolareggiato - che il ctu ha ommesso di allegare alla Relazione - recano la indicazione ‘prato’ e nella legenda ‘verde pubblico’.

La convenzione (art. 3) parla, invece, dapprima di ‘verde attrezzato primario e secondario’ e poi, indicando la superficie con precisione, fa riferimento a “verde: mq. 15.317”.

Ai sensi dell'art. 4, comma 1, legge 29 settembre 1964, n. 847 sono opere di urbanizzazione primaria: a) le strade residenziali; b) gli spazi per sosta e parcheggio; c) le fognature; d) la rete idrica; e) la rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas; f) la pubblica illuminazione; g) gli spazi di verde attrezzato; h) gli impianti cimiteriali, ai sensi dell'art. 26-bis, legge 28 febbraio 1990, n. 38.

Sono, invece, opere di urbanizzazione secondaria, ai sensi del 2° co. dell'art. 4, legge n. 847 del 1964, introdotto con il menzionato art. 44, legge n. 865 del 1971): a) gli asili nido e le scuole materne; b) le scuole d'obbligo (e le strutture per l'istruzione superiore all'obbligo, v. art. 17, comma 44, l. 11 marzo 1988, n. 67); c) i mercati di quartiere; d) le delegazioni comunali; e) le chiese e gli altri edifici religiosi; f) gli impianti sportivi di quartiere; g) i centri sociali e le attrezzature culturali e sanitarie; h) le aree verdi di quartiere.

L’art. 82 della legge regionale 27 giugno 1985, n. 61 (Norme per l’assetto e l’uso del territorio), applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, nel fissare i parametri per la determinazione dell’incidenza delle spese di urbanizzazione primaria e secondaria, fa esplicito riferimento alle opere elencate all’art. 4 della L. 29 settembre 1964, n. 847, come modificato dall’art. 44 della L. 22 ottobre 1971, n. 865.



Le due categorie di opere di urbanizzazione come sopra individuate assolvono, secondo la manualistica di diritto urbanistico, a due distinte funzioni: quelle di urbanizzazione primaria sono indispensabili per garantire le condizioni di abitabilità dei singoli organismi edilizi realizzandi (esse riguardano, infatti, esigenze primarie quali acqua, luce, gas, fognatura e strada di accesso); quelle di urbanizzazione secondaria hanno una funzione che trascende quella del servizio al lotto edificando per estendersi al livello del quartiere in cui si sviluppa il nuovo insediamento (si tratta, infatti, di opere tendenti ad assicurare una migliore vivibilità nella zona territoriale soggetta allo sviluppo urbanistico mediante l'offerta di servizi socio-culturali: dalla scuola alla chiesa o altro edificio di culto, agli edifici sportivi a quelli sanitari o culturali e così via).

Le opere di urbanizzazione primaria e quelle di urbanizzazione secondaria hanno perciò diversa natura, costituendo le prime condizioni imprescindibili per la realizzazione di qualsiasi insediamento edilizio, mentre le seconde sono preordinate a migliorare il grado di fruibilità sociale dello stesso attraverso la creazione di determinati servizi.

Il che corrisponde al parere rilasciato dall'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, chiamata ad esprimersi sull'incidenza delle modifiche introdotte dall'articolo 45, comma 1 del d.l. n. 201 del 06/12/2011, così come convertito con la legge 22 dicembre 2011, n. 214, alla disciplina delle opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione prevista dagli articoli 32 e 122, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei Contratti), e che nella deliberazione n. 46 del 03.05.2012 (allegata alla memoria del ctp di Generali Italia s.p.a. depositata il 04.11.2014 nel giudizio svoltosi dinanzi al TAR), nell'individuare l'estensione della nozione di "verde attrezzato" ha precisato: *“Al riguardo, appare opportuno ribadire quanto in precedenza osservato circa la sostanziale diversità tra opere di urbanizzazione primaria e opere di urbanizzazione secondaria. Si tratta, invero, di una differenza ontologica data dagli effetti della loro presenza sul territorio e dagli scopi cui le stesse sono preposte: mentre le prime hanno, infatti, una funzione sostanzialmente servente rispetto ai singoli organismi edilizi, in quanto ne*



*garantiscono le condizioni minime di fruibilità ed assicurano i servizi indispensabili alla civile convivenza (strade, parcheggi, fognature, ecc.), le seconde mirano ad assicurare migliore vivibilità ad un ambito territoriale più vasto di quello oggetto dell'intervento da realizzare e sono a servizio dell'intera comunità (scuole, mercati di quartiere, delegazioni comunali, chiese, ecc.).*

*Tale diversità, sostanziale e funzionale, deve connotare necessariamente anche gli interventi riguardanti il "verde". Appare, pertanto, corretto ritenere che le "aree verdi di quartiere", costituenti opere di urbanizzazione secondaria, siano solo quelle che danno luogo a spazi destinati a soddisfare le esigenze di abitanti e/o insediamenti che vanno al di là dell'insieme dei soggetti interessati dall'intervento urbanistico e che, quando non sussistano tali connotati funzionali, si tratti di "spazi di verde attrezzato".*

E la stessa Regione Veneto si è conformata a tale orientamento, come si evince dall'allegato alla delibera della Giunta Regionale che ha approvato i finanziamenti regionali per le opere di urbanizzazione secondaria ai comuni per il 2008, ove si legge che l'area verde complessivamente superiore all'ettaro (come quella di cui si discute) costituisce ex se parco urbano e come tale è finanziabile come opera di urbanizzazione secondaria (doc. 1 del terzo elenco documenti prodotto dall'appellante in primo grado).

Ora, l'area in oggetto è destinata, secondo le previsioni del P.R.G. vigente del Comune e del piano particolareggiato, a mercato, esposizioni e fiere (vedi punti 3b e 3c del summenzionato elaborato n. 9 del Piano Particolareggiato).

E', dunque, indubbio che la medesima è destinata a soddisfare le esigenze di abitanti e/o insediamenti che vanno al di là dell'insieme dei soggetti interessati dall'intervento urbanistico ed in quanto tale è classificabile come area verde di quartiere, appartenente alla categoria delle opere di urbanizzazione secondaria.

Il fatto che l'art. 3 della convenzione urbanistica, ai fini dello scomputo degli oneri di urbanizzazione primaria, includa in tale categoria "il verde attrezzato primario e secondario", non ha alcun rilievo.





Da un lato, infatti, tale previsione non è opponibile all'appellante, la quale è rimasta estranea alla convenzione, dall'altro le due polizze fideiussorie, rilasciate anteriormente alla sua stipulazione, nell'individuare l'oggetto dell'obbligazione garantita, si limitano a richiamare le previsioni del piano particolareggiato approvato con deliberazione consiliare n. 50 del 15.10.2001, che non dicono alcunché in merito alla classificazione dell'area a verde pubblico.

Anche l'appendice del 15.04.2003, che prevede l'aumento dell'importo assicurato per un totale di euro 2.048.032,57 (1.322.129,66 + 725.902,91), non contiene alcun riferimento alla convenzione urbanistica, ma rinvia esclusivamente alla polizza n. 222892728.

La classificazione del parco come opera di urbanizzazione primaria o secondaria va dunque effettuata secondo i criteri normativi, così come interpretati dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Dal valore delle opere di urbanizzazione primaria di cui il CTU ha accertato la mancata esecuzione da parte del soggetto garantito (indicato in sentenza in complessivi euro 794.369,07 e determinato con riferimento al momento in cui, secondo la convenzione, avrebbe dovuto essere ultimata l'esecuzione dei lavori) va dunque detratto il valore dei lavori non eseguiti che si riferiscono al verde pubblico, anche calpestabile, identificato negli elaborati grafici allegati alla convenzione come "*APRATOBPRATOGPRATOHPRATO*", che risulta pari ad euro 445.965,69 (v. allegato 11 all'elaborato peritale) e che deve essere conteggiato tra le opere di urbanizzazione secondaria non realizzate, le quali dunque ammontano a complessivi euro 968.300,17 (euro 522.334,48 + euro 445.965,69), mentre il valore di quelle di urbanizzazione primaria non realizzate si riduce al minor importo di euro 348.404,01 (euro 794.369,07 - euro 445.965,69).

Tali importi vanno rivalutati, non essendo la censura sollevata sul punto dall'appellante (a pag. 16 dell'atto di appello) condivisibile, atteso che la prestazione dovuta da quest'ultima è sostitutiva di quella rimasta inadempita, per cui il valore degli interventi va determinato con riferimento all'attualità e



risulta pari per le opere di urbanizzazione primaria ad euro 410.420,00 (inferiore all'importo assicurato) e per quelle di urbanizzazione secondaria ad euro 1.140,658,00 (superiore all'importo assicurato).

La sentenza va perciò riformata, essendo l'appellante tenuta a corrispondere al Comune la minor somma di euro 731.226,49 (euro 410.420,00 + euro 320.806,49).

Generali Italia s.p.a. risulta aver già corrisposto al creditore il maggior importo liquidato in sentenza, pari ad euro 1.604.132,24, come documentato all'udienza di precisazione delle conclusioni mediante la produzione di copia dei bonifici effettuati.

L'appellato è, perciò, tenuto a restituire la somma di euro 872.905,75, che rappresenta la differenza tra quanto corrispostogli dalla controparte in esecuzione della pronuncia impugnata ed il suo effettivo credito.

In proposito è da rilevare che nel giudizio in appello, la richiesta di restituzione delle somme pagate alla controparte in esecuzione della decisione di primo grado non configura una domanda nuova, essendo conseguente alla richiesta di modifica della decisione impugnata. Ne consegue che la domanda oltre a non implicare la violazione del divieto di domande nuove, sancito dall'art. 345 cod. proc. civ., può essere proposta per la prima volta in sede di precisazione delle conclusioni (cfr. Cass. n. 17277 del 09/10/2012).

Non ricorre in tal caso un'ipotesi di "condictio indebiti" (art. 2033 c.c.), dalla quale differisce per natura e funzione, laddove non vengono in rilievo - tra l'altro - gli stati soggettivi di buona o mala fede dell'"accipiens", atteso che il diritto alla restituzione sorge direttamente in conseguenza della riforma della decisione, la quale, facendo venir meno "ex tunc" e definitivamente il titolo delle attribuzioni in base alla prima sentenza, impone di porre la controparte nella medesima situazione in cui si trovava in precedenza (v. Cass. n. 8829 del 13/04/2007).

Per cui, quanto all'entità della restituzione, essa deve includere anche gli accessori, come gli interessi e le spese, atteso che la riforma o la cassazione della decisione provvisoriamente eseguita ha un effetto di "restitutio in



integrum" (v. Cass. n. 11491 del 16/05/2006) e gli interessi legali devono essere riconosciuti dal giorno del pagamento e non da quello della domanda (Cass. n. 16559 del 05/08/2005).

7. Va disatteso il terzo motivo di gravame, con cui l'appellante eccepisce il concorso colposo del Comune nell'inadempimento di Arsego 1 s.a.s. e nella causazione del danno.

In sintesi Generali Italia s.p.a. si duole che se il Comune avesse contestato per tempo alla società lottizzante nel giugno 2003, all'avvio dei lavori, l'inadempimento derivante dalla mancata realizzazione dell'opera di urbanizzazione secondaria rappresentata dall'edificio polifunzionale, mettendola in mora ai fini della possibile revoca del titolo abilitativo concesso, la garante sarebbe potuta intervenire tempestivamente avviando le idonee procedure di tutela finché il debitore garantito era *in bonis*.

L'appellante ripropone nella sostanza l'eccezione di estinzione per fatto del creditore ex art. 1955 c.c. - a cui fa uno scarno accenno nel quarto motivo di appello (a pag. 35) mediante il richiamo a tale disposizione - il cui esame, tuttavia, è precluso come già rilevato, dall'autonomia della garanzia prestata.

In ogni caso, perché si verifichi la liberazione del fidejussore per fatto del creditore, prevista dall'art. 1955 cod. civ., occorre che il creditore abbia, col suo comportamento, causato al garante un pregiudizio giuridico, e non soltanto economico-materiale, vale a dire la perdita del diritto (di surrogazione ex art. 1949 cod. civ. o di regresso ex art. 1950 cod. civ.) e non la maggiore difficoltà di attuarlo per la diminuita consistenza del patrimonio del debitore, occorrendo, a tal fine che il creditore abbia omesso l'esplicazione di un'attività che la legge o il contratto gli impongano al preciso scopo di rendere (giuridicamente) possibile la surrogazione (*ex multis* Cass. n. 675 del 21/01/2000).

Poiché l'appellante lamenta un pregiudizio di fatto e non giuridico, la censura non potrebbe comunque trovare accoglimento.

8. Egualmente privo di pregio è l'ottavo motivo di gravame relativo alla pretesa improcedibilità dell'azione esercitata dal Comune per non essere stata preceduta dall'esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione, dal



momento che la controversia dedotta in giudizio verte su un rapporto autonomo di garanzia e, quindi, su materia non riconducibile nell'alveo della obbligatorietà della disciplina dettata dal D.L.vo 28/2010 con riferimento ai procedimenti relativi ai contratti assicurativi, bancari e finanziari.

Ne consegue che il presente giudizio non può ritenersi soggetto alla condizione di procedibilità dell'esperimento del procedimento di mediazione.

9. Quanto, infine, al regime delle spese processuali, considerata la parziale soccombenza reciproca, ricorrono i presupposti per compensare interamente le spese del presente grado di giudizio.

### **P. Q. M.**

La Corte d'Appello di Venezia,  
definitivamente pronunciando *contrariis rejectis*,

1) in parziale riforma del capo n. 1) della sentenza di primo grado, che rimane confermata quanto al resto, accerta e dichiara che la somma spettante al Comune di San Giorgio delle Pertiche è pari ad euro 731.226,49 e che il relativo credito è già stato integralmente pagato da Generali Italia s.p.a.;

2) condanna il Comune di San Giorgio delle Pertiche a restituire a Generali Italia s.p.a. la somma di euro 872.905,75, oltre agli interessi legali dal pagamento al saldo;

3) compensa interamente le spese del presente grado di giudizio.

Così deciso in Venezia, nella Camera di Consiglio del 12.11.2018.

Il Consigliere estensore

*Enrico Schiavon*

Il Presidente  
*Salvatore Laganà*





