



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO**  
**SESTA CIVILE**

Il Tribunale di Milano in composizione monocratica, VI sezione civile, in persona della dott.ssa Anna Giorgia Carbone, ha emesso la seguente

**SENTENZA**

nella causa civile iscritta al n. **23408** del Ruolo generale degli affari contenziosi dell'anno **2018**

**TRA**

**Eredi del Geometra Enrico Vago** (CF. VGANRC46E14F205T) nato a Milano il 14/5/1946 e deceduto in data 7/10/2018 nella persona dei sigg. **Mattia Vago** nato a Rho il 23/7/1984 CF VGAMTT84L23H264V, **Vago Luca Edoardo Aldo** nato a Milano il 19/9/1980 CF VGALLD80P19F205Y e **Salpietro Silvia Giovanna Luisa** nata a Milano il 10/12/1952 CF SLPSVN52T50F205V, ed **Edilvago S.r.l.** (P.IVA e Codice fiscale 000796140150) in persona del suo legale rappresentante pro tempore, tutti difesi e rappresentati, giusta procura in calce dall'Avv. Alessandro Nucci (CF. NCCLSN74H03F205B) del foro di Milano ed elettivamente domiciliati presso il di lui studio in 20122 Milano alla via Podgora 5.

**E**

**HELVETIA COMPAGNIA SVIZZERA DI ASSICURAZIONI - RAPPRESENTANZA GENERALE E DIREZIONE PER L'ITALIA** (P.IVA: 01462690155), in persona del suo Procuratore Rag. Stefano Ciurli, corrente in 20139 Milano MI, Via G. B. Cassinis n. 21, elettivamente domiciliata in 20129 Milano MI, Via P. Sottocorno n. 52, presso l'Avv. Ruggero Barile del Foro di Milano (C.F.: BRLRGR55D24D969B, indirizzo di posta elettronica certificata

ruggero.barile@milano.pecavvocati.it e numero telefax 02 76110487) che la rappresenta e difende, in via disgiunta, con l'Avv. Niccolò Maria Mantero del Foro di Genova

**CONVENUTO**

**E**

**COMUNE DI BESANA IN BRIANZA** (C.F. 01556360152 P.IVA 0071735096), in persona del sig. Sindaco p.t., Dott. Sergio Cazzaniga, giusta deliberazione comunale n. 207 del 4/9/2018, rappresentato e difeso dall'Avv. Bruno Arrigoni e dall'avv. Mauro Arrigoni ed elettivamente domiciliati in Milano Via Sarpi, 53 presso lo studio dell'avv. Gianluca Ciliberti come da procura a margine della comparsa di costituzione e risposta.

**CONVENUTO**

**OGGETTO:** accertamento negativo diritto all'escussione polizze fideiussorie

**CONCLUSIONI:**

**PER PARTE ATTRICE**

*Piaccia a codesto Ill.mo Giudice, contrariis reiectis, così statuire:*

*In via preliminare, si reitera istanza ex 269 III comma. Cpc affinché il Tribunale di Milano, autorizzi e/o disponga d'ufficio la chiamata in causa del terzo, Masiro Immobiliare Srl P. IVA 08024411210, dal quale gli odierni istanti chiedono di essere manlevati e comunque nei confronti della quale si intende formulare domanda ex art 2041 cc. per vedersi reintegrati di quanto gli stessi saranno chiamati a pagare in forza degli obblighi fideiussori correlati alle convenzioni urbanistiche per cui è causa. In via principale, previo accertamento delle violazioni delle Convenzioni urbanistiche 2006 / 2010 per fatto e colpa del Comune di Besana in Brianza, accertare e dichiarare che il Comune di Besana in Brianza non ha il diritto di escutere le polizze assicurative n. 480/34/947.874 appendice n. 1 del 16/11/2006 e n. 2 del 23/6/2010 e n. 480/34/947.873 appendice n. 1 del 16/11/2006 e n. 2 del 23/6/2010 e che Helvetia Ass.ni, in forza degli atti di fideiussione generali sottoscritti a garanzia delle polizze n. 480/34/947.874 appendice n. 1 del 16/11/2006 e n. 2 del 23/6/2010 e n. 480/34/947.873 ed appendice n. 1 del 16/11/2006 e n. 2 del 23/6/2010, non ha diritto di richiedere la somma di € 241.413,40 e la somma di € 586.422,98 agli odierni attori ovvero quelle somme maggiori o minori che risulteranno in corso di causa.*

*In via gradata, accertare e dichiarare tramite nomina CTU per la relativa quantificazione, che parte delle somme dovute al Comune di Besana in Brianza in forza delle polizze 480/34/947.874 e*

480/34/947.873 e degli obblighi di cui alle Convenzioni Urbanistiche 2006/2010 non sono dovute per la ragioni addotte nella presente memoria.

In ogni caso, condannare il Comune di Besana in Brianza e la Compagnia di Assicurazione Helvetia, in solido tra loro o per quanto di loro competenza, a ripetere tutte le somme che gli odierni attori saranno tenuti a versare alla Compagnia di Assicurazione Helvetia oltre al risarcimento di tutti i danni patiti e patienti che risulteranno in corso di causa.

*In via istruttoria:*

Disporsi CTU per accertare e quantificare che parte delle somme dovute al Comune di Besana in Brianza in forza delle polizze 480/34/947.874 e 480/34/947.873 e degli obblighi di cui alle Convenzioni Urbanistiche 2006/2010 non sono dovute.

Disporsi ordine di esibizione ex art. 210 cpc nei confronti del Comune di Besana Brianza di tutti gli atti e documenti afferenti il procedimento amministrativo finalizzato al rilascio di una nuova convenzione urbanistica a favore dell'operatore Masiro Imm.re S.r.l."

#### **PER PARTE CONVENUTA COMUNE DI BESANA IN BRIANZA**

Piaccia all'Ill.mo Giudice adìto, contrariis rejectis, così giudicare:

##### **In via Preliminare:**

- dichiarare la nullità dell'Atto di Citazione ex art. 164, IV comma, c.p.c., per le ragioni indicate in atti;
- accertare e dichiarare il difetto di legittimazione attiva degli attori e il difetto di legittimazione passiva del Comune di Besana B.za, relativamente alle domande svolte nei confronti di quest'ultimo; per l'effetto, procedendo ad estromettere dal presente giudizio il Comune di Besana B.za;
- dichiarare l'inammissibilità dell'*exceptio doli*, per come formulata nei confronti del Comune di Besana B.za, stante l'assenza di qualsiasi vincolo contrattuale fra il Comune di Besana B.za e gli attori, necessario presupposto del rimedio invocato, e considerando che il pagamento da parte di Helvetia Assicurazioni SA trae origine da accordo transattivo avente efficacia novativa;

##### **Nel Merito:**

respingere ogni e tutte le domande formulate dagli attori nei confronti del Comune di Besana in B.za, in quanto infondate in fatto e in diritto per le ragioni tutte esposte in atti;

##### **In via Istruttoria:**

Ammettersi prova per testi sulle seguenti circostanze:

- 1) *Vero che nella mattinata del 23.05.2018 l'avv. Alessandro Nucci, quale delegato di Edilvago S.r.l., recatosi personalmente presso il Servizio Urbanistica, esercitò il diritto di accesso ex L. 241/90 di cui alla richiesta pervenuta al Comune di Besana B.za in data 18.04.2018 (v. doc. n. 6 di parte convenuta Comune di Besana B.za, che mi si rammostra), alla presenza dell'impiegata comunale Sanvito Antonella?*
- 2) *Vero che, nell'occasione di cui al precedente capitolo "1", l'avv. Alessandro Nucci visionò i fascicoli inerenti il PII "Villa Dragoni Volta" (di cui alle Convenzioni Urbanistiche per cui è causa, prodotte sub docc. nn. 1 e 2 di parte convenuta Comune di Besana B.za, che mi si rammostrano), ivi compresi i relativi Permessi di Costruire, ad eccezione del fascicolo contenente la corrispondenza tra il Comune e gli scriventi difensori, ed indicò di voler estrarre copia, previo pagamento di quanto dovuto, dei documenti riportati nella nota comunale prot. N. 14054 del 23.05.2018 (v. doc. n. 9 di parte convenuta Comune di Besana B.za, che mi si rammostra)?*
- 3) *Vero che in data 25.01.2016 eseguii il sopralluogo presso il cantiere del PII "Villa Dragoni Volta" per il collaudo delle opere indicate nelle Convenzioni del 19.01.2006 e del 23.06.2010, prodotte sub docc. nn. 1 e 2 di parte convenuta Comune di Besana B.za, che mi si rammostrano?*
- 4) *Vero che, in esito al sopralluogo di cui al capitolo 3, redassi il Verbale prodotto quale doc. n. 10 di parte convenuta Comune di Besana B.za?*
- 5) *Vero che, alla data del 30.01.2017, ed ancora alla data del 31.10.2018, la situazione dei luoghi relativi al cantiere del PII "Villa Dragoni Volta" era la medesima descritta nel Verbale prodotto quale doc. n. 10 di parte convenuta Comune di Besana B.za?*

Si indicano a testi i seguenti:

- Antonella Sanvito, c/o Comune di Besana B.za, sui capp. da 1 a 2;
- Arch. Maurizio Barella, c/o Comune di Besana B.za, sui capp. 3, 4 e 5;
- Ing. Mario Invernizzi, Lecco, via Besonda Inferiore n. 3, sui capp. 3, 4 e 5;

**In ogni caso:** Con vittoria di spese e competenze del giudizio, e con l'adozione di provvedimenti ex art.96, I e III comma, c.p.c., nonché ex art. 88 c.p.c..

**CONCLUSIONI PER PARTE CONVENUTA HELVETIA COMPAGNIA SVIZZERA DI ASSICURAZIONI - RAPPRESENTANZA GENERALE E DIREZIONE PER L'ITALIA**

Si chiede che l'Ill.mo Tribunale voglia:

respinta ogni contraria e diversa domanda, eccezione e deduzione;

previi gli opportuni accertamenti;

emesse tutte le più opportune pronunce e declaratorie del caso;

in via principale respingere tutte le conclusioni formulate da Edilvago S.r.l. e dal Geom. Vago Enrico e dai suoi eredi Mattia Vago, Luca Edoardo Aldo Vago, Giovanna Luisa Silvia in quanto infondate, inammissibili, e non meritevoli di accoglimento;

**in via riconvenzionale**

accertare e dichiarare che Edilvago S.r.l. in persona del suo legale rappresentante ed il Geom. Vago Enrico, e per esso i suoi eredi Mattia Vago, Luca Edoardo Aldo Vago, Giovanna Luisa Silvia, sono tenuti a versare in favore di Helvetia Compagnia Svizzera di Assicurazioni - Rappresentanza Generale e

talia la somma di € 274.413,40 pari a quanto dovuto in relazione alla sottoscrizione dell'atto di fideiussione generale alla polizza fideiussoria n. 480/34/947.874, avendo Helvetia eseguito per tale polizza il pagamento in favore del Comune di Besana in Brianza della somma complessiva di € 381.840,90;

dichiarare tenuti e condannare in solido tra loro Edilvago S.r.l. in persona del suo legale rappresentante pro tempore ed il Geom. Enrico Vago e per esso i suoi eredi Mattia Vago, Luca Edoardo Aldo Vago, Giovanna Luisa Silvia, a pagare in favore di Helvetia Compagnia Svizzera di Assicurazioni - Rappresentanza Generale e Direzione per l'Italia la somma di €274.413,40 oltre agli interessi nella misura prevista dal D.Lgs. 231/2002 da calcolarsi dalla data del pagamento (11/1/2018) e sino al soddisfo;

accertare e dichiarare il diritto di Helvetia Compagnia Svizzera di Assicurazioni - Rappresentanza Generale e Direzione per l'Italia di ottenere da parte della Edilvago S.r.l. in persona del suo legale rappresentante pro tempore e del Geom. Enrico Vago e per esso i suoi eredi Mattia Vago, Luca Edoardo Aldo Vago, Giovanna Luisa Silvia, la liberazione degli obblighi assunti con la polizza n. 480/34/947.873, ed in particolare di ottenere il pagamento di una somma pari al massimale della garanzia prestata in favore del Comune di Besana in Brianza per € 586.422,98, ed in ogni caso accertare e dichiarare il diritto di Helvetia Compagnia Svizzera di Assicurazioni - Rappresentanza Generale e Direzione per l'Italia di

ottenere nei loro confronti somme in deposito per un importo di € 586.422,98 pari al massimale della polizza fideiussoria n. 480/34/947.873;

per l'effetto dichiarare tenuti e condannare Edilvago S.r.l. in persona del suo legale rappresentante pro tempore ed il Geom. Enrico Vago e per esso i suoi eredi Mattia Vago, Luca Edoardo Aldo Vago, Giovanna Luisa Silvia, a tenere indenne Helvetia Compagnia Svizzera di Assicurazioni - Rappresentanza Generale e Direzione per l'Italia da tutto quanto la stessa sarà chiamata a versare in dipendenza della polizza fideiussoria n. 480/34/947.873, condannando in solido tra loro i Sig.ri Edilvago S.r.l. in persona del suo legale rappresentante pro tempore ed il Geom. Enrico Vago e per esso i suoi eredi Mattia Vago, Luca Edoardo Aldo Vago, Giovanna Luisa Silvia, a versare a favore di Helvetia Compagnia Svizzera di Assicurazioni - Rappresentanza Generale e Direzione per l'Italia la somma di € 586.422,98; in ogni caso dichiarare tenuti e condannare Edilvago S.r.l. in persona del suo legale rappresentante pro tempore ed il Geom. Enrico Vago e per esso i suoi eredi Mattia Vago, Luca Edoardo Aldo Vago, Giovanna Luisa Silvia, in solido tra loro, a rimborsare ad Helvetia Compagnia Svizzera di Assicurazioni - Rappresentanza Generale e Direzione per l'Italia tutto quanto la stessa verserà in favore del Comune di Bresana in Brianza per capitale, interessi e spese in relazione alla polizza fideiussoria n. 480/34/947.873;

– con vittoria di spese e compensi professionali, oltre al rimborso forfettario delle spese generali, gravati di I.V.A. e C.P.A.

Helvetia si oppone a qualsivoglia conclusione nuova eventualmente precisata dalle controparti

### **RAGIONI IN FATTO ED IN DIRITTO DELLA DECISIONE**

Con atto di citazione ritualmente notificato la società Edilvago S.r.l. in persona del legale rappresentante geom. Enrico Vago e personalmente il geom. Enrico Vago adivano il Tribunale di Milano per ottenere l'accertamento della violazione delle Convenzioni Urbanistiche 2006/2010 da parte del Comune di Besana Brianza e dell'inesistenza del diritto del Comune di escutere le polizze assicurative n. 480/34/947.874 appendice n. 1 del 16/11/2006 e n. 2 del 23/6/2010 e n. 480/34/947.873 appendice n. 1 del 16/11/2006 e n. 2 del 23/6/2010 oltre all'accertamento dell'inesistenza del diritto di Helvetia Assicurazioni, in forza degli atti di fideiussione generali sottoscritti a garanzia delle polizze n. 480/34/947.874 appendice n. 1 del 16/11/2006 e n. 2 del 23/6/2010 e n. 480/34/947.873 ed appendice n. 1 del

16/11/2006 e n. 2 del 23/6/2010, di richiedere la somma di € 241.413,40 e la somma di € 586.422,98, oltre alla condanna del Comune di Besana Brianza e della Compagnia di Assicurazioni Helvetia alla restituzione delle somme che gli attori saranno tenuti a versare alla Compagnia di Assicurazioni e al risarcimento dei danni, con vittoria di spese.

A fondamento delle proprie domande gli attori deducevano:

- che la società Edilvago S.r.l. di cui il geom. Vago era Amministratore Unico, aveva eseguito lavori edili in appalto per conto della Borgo Besana S.r.l.- di cui il geom. Vago era socio al 40% - presso il cantiere denominato "Villa Dragoni-Volta" maturando crediti per € 955.775,14;
- la società Borgo Besana stipulando l'atto di compravendita in data 20.1.2006 era subentrata nella Convenzione Urbanistica stipulata in data 19.1.2006 tra il Comune di Besana Brianza ed il sig. Bruni Cesare che disciplinava l'attuazione del programma di intervento edilizio di recupero e restauro conservativo della "Villa Dragoni-Volta" effettuato dalla Borgo Besana dal 2006 al 2016;
- a garanzia della corretta esecuzione delle opere descritte agli artt. 5 e 6 della Convenzione Urbanistica 2006 erano state rilasciate al Comune di Besana Brianza 2 polizze fideiussorie assicurative di Helvetia la n. 480/34/947.874 del 16/11/2006 del valore di € 274.413,40 - correlata all'esecuzione dei lavori a scomputo degli oneri di urbanizzazione- e la n. 480/34/947.873 del 16/11/2006 di € 586.422,98 (correlata alla cessione delle aree standard a scomputo degli oneri);
- a seguito delle integrazioni apportate con atto pubblico del 23.6.2010 alla convenzione urbanistica del 2006 venivano integrate con appendice le due polizze fideiussorie rilasciate da Helvetia in favore del Comune di Besana in Brianza con elevazione del valore della polizza n. 480/34/947.874 fino ad € 400.516,44;
- con separati atti di fideiussione generale il geom. Vago e la società Edilvago S.r.l. si costituivano fideiussori solidali di Borgo Besana S.r.l. rispettivamente sino all'importo di € 274.413,40 e sino ad € 586.422,98 a fronte delle polizze Helvetia rilasciate al Comune di Besana in Brianza a garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni derivanti dalle Convenzioni Urbanistiche 2006-2010;
- la durata delle convenzioni urbanistiche veniva prorogata al 19.1.2019;

- Besana Brianza S.r.l. aveva eseguito quota parte delle opere di urbanizzazione sulle vie Viarana-Busa-Gariberto previste in convenzione 2006-2010 (ii) edificando quota parte delle aree standard previste a scomputo mediante cessione gratuita al Comune, (iii) pagando integralmente al Comune gli oneri di concessione per la complessiva somma di € 64.217,90 ;
- con Sentenza 861 del 10/10/16, veniva dichiarato il fallimento della società Besana Brianza S.r.l.;
- era stata depositata avanti il Tribunale Milano apposita istanza per l'autorizzazione alla vendita del complesso denominato "Villa Dragoni-Volta" con procedura competitiva sulla base del rapporto di valutazione di stima redatto in 20/7/2017 (all. doc. 09) dal perito arch. Yael Anati ;
- la perizia certificava la validità ed efficacia delle convenzioni urbanistiche 2006/2010, con la precisazione che l'aggiudicatario della procedura competitiva avrebbe dovuto direttamente provvedere (i) all'esecuzione delle opere di urbanizzazione per € 381.840,89 (ii) al completamento, collaudo ed alla consegna al Comune di aree standard di mq. 516,19 (n. 13 parcheggi ed area di manovra) ;
- il Comune di Besana Brianza - con note prot. 9657 e 9658 del 13/4/2017 (all. doc. 10) - aveva richiesto alla Compagnia di Ass.ne l'escussione delle polizze fideiussorie n. 480/34/947.874 per ottenere il pagamento di € 381.840,90 (pari alla quota di opere di urbanizzazione sulle vie pubbliche Viarana-Busa-Gariberto che - a suo dire - risultavano ineseguite da parte dell'operatore) e n. 480/34/947.873 per ottenere il pagamento dell'importo di € 586.422,98 (per la mancata consegna dei n. 13 parcheggi).
- con determina della giunta comunale, di cui al verbale 221 del 23/10/2017 il Comune di Besana Brianza deliberava di accettare i termini della proposta transattiva di Helvetia che prevedeva il pagamento immediato e senza eccezioni della somma di € 381.840,90 portata dalla polizza n. 480/34/947.874 e la moratoria sino al 31/1/2019 per l'escussione della polizza n. 480/34/947.873 di € 586.422,98 ;
- con successiva determina della giunta comunale di cui al verbale 90 del 28/3/2018 ritenuto "per ragioni di pubblica utilità" di procedere con un intervento sostitutivo per la realizzazione delle opere sulle vie Viarana-Busa-Gariberto affidando (senza bando)



l'esecuzione delle stesse alla società in house (partecipata) Brianzacque srl con voce di spesa di € 381.840,90;

- con missiva 11/4/2018 Helvetia Ass.ni a mezzo del proprio legale, nel dare atto dell'intervenuto pagamento della somma di 381.840,90 eseguito in data 11/1/2018 a favore del Comune di Besana Brianza in forza degli obblighi nascenti dalla polizza n. 480/34/947.874, aveva richiesto ad Edilvago srl ed al geom. Vago Enrico quali presunti condebitori in solido, il pagamento della somma di € 274.413,40 maggiorato delle spese legali;
- con apposita istanza di accesso agli atti amministrativi ex L. 241/1990 (all. doc. 17) la società Edilvago Srl ed il geom. Vago Enrico (protocollo n. 10775 del 19/4/2018 al Comune di Besana in Brianza) richiedevano: 1) Copia fideiussione Helvetia Ass.ne n. 480/34/947.874 ed appendice n. 1 del 16/11/2006 e n. 2 del 23/6/2010; 2) Copia fideiussione Helvetia Ass.ne n. 480/34/947.873 ed appendice n. 1 del 16/11/2006 e n. 2 del 23/6/2010; 3) Copia della corrispondenza intercorsa tra Comune di Besana Brianza ed Helvetia ass.ne ed ogni altro documento utile; 4) Relazione di stima opere ineseguite ex art. 6) Convenzione 19/1/2006 ed art. 3) e 4) Convenzione integrativa 23/6/2010 ovvero ogni altro documento utile dal quale emerge la quantificazione delle opere ineseguite;
- la documentazione richiesta non veniva trasmessa.

In diritto, parte attrice censurava sia il comportamento del Comune che, in pendenza di una procedura di vendita fallimentare ed in violazione di una Convenzione urbanistica valida ed efficace, non avrebbe dovuto richiedere l'escussione della fideiussione per poi affidare ad una propria società partecipata l'esecuzione di opere spettanti all'aggiudicatario del bene, che della Compagnia di Assicurazioni la quale, nel contesto di un accordo transattivo, aveva offerto il pagamento di polizze senza verificare la debenza degli importi richiesti.

In particolare, gli attori deducevano la violazione dell'art. 7 comma 1, ultimo cpv della Convenzione Urbanistica 19/1/2006, che subordinava il diritto di escutere le fideiussioni da parte del Comune ad una duplice condizione: la concreta dimostrazione di un inadempimento o ritardo nell'adempimento da parte dell'operatore delle obbligazioni connesse alla Convenzione Urbanistica; e la formale messa in mora dell'operatore da

trasmettersi con lettera R/R o con atto notificato. Nessuna delle due condizioni si era avverata non essendo stato dimostrato l'inadempimento della Convenzione Urbanistica essendo stati i termini prorogati di tre anni e non avendo il Comune diffidato per raccomandata A/R la Borgo Besana S.r.l..

Gli attori deducevano, inoltre, condotte arbitrarie sia del Comune che aveva quantificato unilateralmente le opere di urbanizzazione ineseguite ai sensi dell'art. 6 della convenzione urbanistica indicando un valore di € 381.840,90 senza eseguire una relazione di stima sulle medesime che della compagnia di assicurazioni alla quale opponeva *l'exceptio doli* in quanto la richiesta di pagamento effettuata dal Comune era connotata da mala fede. Doveva essere escluso, quindi, il diritto del Comune di escutere le fideiussioni emesse dalla compagnia la quale non avrebbe dovuto pagare gli importi richiesti senza verificare la sussistenza delle condizioni giuridiche per il pagamento.

Si costituiva il Comune di Besana in Brianza il quale, preliminarmente eccepiva la nullità dell'atto di citazione per difetto di allegazione dell'elemento costitutivo dell'azione, il difetto di legittimazione attiva degli attori e passiva del Comune per non essere intervenuto alcun rapporto contrattuale con il Comune e non potendo vantare alcun diritto soggettivo nei confronti della P.A., ma al più un interesse legittimo da farsi valere innanzi al G.A.; l'inammissibilità dell'*exceptio doli* nei confronti del Comune potendo tale eccezione essere rivolta dal fideiussore al creditore del debitore principale per cui avrebbe potuto essere opposta nei confronti di Helvetia Assicurazioni. Inoltre, gli attori erano estranei alla transazione raggiunta tra il Comune ed Helvetia e non potevano impugnarla neanche sollevando *l'exceptio doli*. Nel merito, il Comune deduceva l'infondatezza delle domande attoree smentite dalla documentazione rilasciata dal Comune a seguito di istanza di accesso agli atti visionata dal legale degli attori che aveva proposto una lite temeraria censurabile ai sensi dell'art. 96 c.p.c. in quanto gli era noto che le convenzioni erano rimaste inadempite e la diffida era stata inoltrata alla curatela del fallimento della Borgo Besana S.r.l.. Concludeva, quindi, per il rigetto delle domande attoree.

Si costituiva, altresì, Helvetia Compagnia Svizzera di Assicurazioni - Rappresentanza Generale e Direzione per l'Italia chiedendo il rigetto di tutte le conclusioni proposte dalle attrici e formulando nei loro confronti domanda riconvenzionale volta ad ottenere la

condanna al pagamento della somma di € 274.413,40, nonché ad ottenere la condanna degli stessi a manlevare Helvetia da qualsivoglia pagamento la stessa dovrà eseguire in favore del Comune in relazione alla polizza n. 480/34/947.873. Affermava la compagnia la correttezza dell'operato del Comune che aveva escusso le garanzie in considerazione dell'inadempimento del Contraente documentato a Helvetia mediante la presentazione del computo metrico estimativo delle opere di urbanizzazione, computo dal quale il Comune aveva correttamente decurtato quelle poche opere in parte già adempiute dalla Contrante *in bonis*. Affermava, quindi che il Comune aveva agito assolutamente in buona fede e che nel caso di specie non vi fosse alcuna possibilità sia per il Contraente che per il garante ovvero per terzi soggetti eventualmente interessati a richiedere anche con azione giudiziale eventuale inibizione del Comune nel procedere oltre con l'escussione delle due polizze. Inoltre, deduceva l'inammissibilità delle eccezioni sollevate dagli attori in quanto la polizza fideiussoria per cui è lite doveva essere qualificata quale contratto autonomo di garanzia e gli attori non avrebbero potuto sollevare alcuna eccezione nei suoi confronti.

In diritto deduceva che il semplice evento del pagamento degli importi garantiti da parte della Compagnia in favore del beneficiario produceva conseguenze sull'equilibrio sinallagmatico dell'intera fattispecie per cui è causa. Tale pagamento in primo luogo determina, ai sensi degli articoli 1203 n. 3) (norma generale) e 1949 c.c. (norma speciale) una sostituzione nel lato attivo del rapporto obbligatorio surrogando il garante solvente nella posizione di diritto vantata dal creditore con la conseguente esperibilità da parte del primo di tutti i diritti e le azioni spettanti al secondo per cui parte attrice è obbligato a restituire all'esponente Compagnia, a prima e semplice richiesta e senza poter opporre eccezione alcuna, quanto dalla stessa corrisposto alla creditrice beneficiaria.

Con comparsa depositata in data 27.12.2018 si costituivano gli eredi del Geometra Enrico Vago deceduto in data 7/10/2018, nella persona dei sigg. Mattia Vago Vago Luca Edoardo Aldo e Salpietro Silvia Giovanna Luisa che dichiaravano di volersi costituire per proseguire il procedimento civile facendo proprie tutte le difese e domande precedentemente promosse. Rigettata la richiesta avanzata dagli eredi del geom. Vago di autorizzazione alla chiamata della terza Masiro S.r.l. aggiudicataria del compendio immobiliare ceduto dal fallimento Borgo Besana S.r.l. veniva emessa ordinanza di ingiunzione di pagamento immediato della

somma complessiva di euro € 274.413,40, ai sensi dell'art. 186 ter c.p.c. nei confronti della società Edilvago S.r.l., in persona del legale rappresentante, e del geom. Vago Enrico, in solido tra loro, alla convenuta Helvetia Compagnia Svizzera di Assicurazioni Rappresentanza Generale e Direzione per l'Italia in persona del legale rappresentante pro tempore.

Nel corso del giudizio, con apertura del sub procedimento RG. 23408-1/2018, gli attori hanno chiesto disporsi Accertamento tecnico preventivo in corso di causa sulla quota di esecuzione del c.d. standard qualitativo, istanza a cui hanno resistito gli odierni convenuti.

A seguito dell'ordinanza di inammissibilità dell'ATP emessa dal G.I., gli attori hanno proposto reclamo al Collegio, anch'esso resistito dagli odierni convenuti.

Il Tribunale in accoglimento del reclamo proposto dagli odierni attori ha disposto Consulenza tecnica per accertare e quantificare la quota di opere eseguite dall'operatore in bonis elevate a standard qualitativo.

La causa ritenuta di natura documentale non è stata istruita con il supplemento di CTU richiesto da parte della convenuta compagnia di assicurazioni ritenuta superflua ai fini della decisione. Sulle conclusioni precisate dalle parti all'udienza del 19.12.2023 sostituita ai sensi dell'art. 127 ter c.p.c. dal deposito delle note di trattazione scritta, la causa è stata trattenuta in decisione all'esito del decorso dei termini per il deposito delle comparse conclusionali e di replica.

Gli attori, in qualità di controgaranti, hanno proposto il presente giudizio al fine di ottenere una pronuncia di accertamento negativo del diritto del Comune di Besana in Brianza di escutere le polizze assicurative stipulate nel suo interesse dal debitore Borgo Besana S.r.l. (dichiarato fallito con sentenza Sentenza 861 del 10/10/16), previo accertamento della violazione della convenzione urbanistica da parte del Comune; una pronuncia di accertamento negativo del diritto della compagnia Helvetia di chiedere agli attori le somme oggetto di escussione da parte del Comune, oltre ad una domanda di ripetizione dell'indebito ai sensi dell'art. 2033 c.c. svolta nei confronti di entrambe le convenute ed avente ad oggetto le somme versate alla compagnia ed una domanda di risarcimento dei danni nei confronti di entrambe le convenute.

Preliminarmente, la giudicante afferma la propria giurisdizione tenuto conto che la violazione della convenzione urbanistica è stata invocata unicamente per contestare un inadempimento privatistico da cui è scaturita l'escussione delle polizze fideiussorie ed i diritti azionati riguardano la sfera giuridica di soggetti privati e non sono condizionati dal potere amministrativo, il cui esercizio non è posto in discussione e la cui cognizione sul vincolo conformativo del territorio ha mero carattere incidentale, costituendo uno dei parametri di valutazione ed accertamento dell'inadempimento e della responsabilità fatta valere (*Cass.Civ. Sez. U - , Ordinanza n. 4235 del 21/02/2018*).

E' pacifico, in quanto non contestato, oltre che documentalmente provato che la società Edilvago S.r.l. ed il geom. Vago avevano stipulato con Helvetia Assicurazioni due controgaranzie ciascuno a favore della compagnia di assicurazioni convenuta a copertura dell'adempimento di *"tutte le obbligazioni gravanti sul debitore principale - Borgo Besana S.r.l.- derivanti o connesse con la stipula delle polizze assicurative fideiussorie n. 480/34/947.873 e n. 480/34/947.874 rilasciate in favore del Comune di Besana in Brianza"* (vedi docc. n. da 3 a 6 del fascicolo Helvetia).

E', altresì, pacifico e documentato che la società Borgo Besana S.r.l. era subentrata nelle due polizze fideiussorie *"cauzioni a garanzia degli obblighi e oneri di cui alle concessioni edilizie rilasciate ai sensi della legge 28.4.1977 n. 10" n. 480/34/947.873 e n. 480/34/947.874* rilasciate da Helvetia Assicurazioni in favore del Comune di Besana in Brianza, la prima per la *"realizzazione standard qualitativo art. 8 (rectius 7) punto 1) della Convenzione Urbanistica per attuazione programma integrato di intervento denominato "Villa Dragoni-Volta" nell'importo di € 586.422,98; e la seconda n. 480/34/947.874 rilasciata per "la realizzazione delle opere di urbanizzazione art. 8 -rectius 7) punto 2) della convenzione urbanistica per attuazione programma integrato di intervento denominato "Villa Dragoni-Volta" per l'ammontare di € 274.413,40.*

I rapporti contrattuali dedotti a fondamento delle domande attoree, quindi, sono sia le polizze fideiussorie che le controgaranzie assunte dagli attori.

Questione controversa fra le parti è la natura giuridica sia delle polizze fideiussorie che delle controgaranzie che gli attori ritengono siano mere fideiussioni, mentre sia il Comune che la società assicuratrice qualificano come contratti autonomi di garanzia.

Al riguardo, al fine di procedere alla corretta qualificazione giuridica delle garanzie dedotte in giudizio, occorre richiamare i principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in

materia di contratti autonomi di garanzia per poi procedere all'interpretazione delle clausole contrattuali delle garanzie ai fini della loro corretta qualificazione.

Secondo la costante giurisprudenza della Suprema Corte, a partire dall'arresto di cui alla sentenza delle Sezioni Unite n. 3947 del 18 febbraio 2010, *"il contratto autonomo di garanzia (cd. Garantlevertrag), espressione dell'autonomia negoziale ex art. 1322 c.c. ha la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che può riguardare anche un fare infungibile (qual è l'obbligazione dell'appaltatore), 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); inoltre, 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"*.

Posta tale funzione, il contratto autonomo di garanzia, dunque, si caratterizza rispetto alla fideiussione per l'assenza dell'accessorietà della garanzia, derivante dall'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga all'art. 1945 c.c. , dalla conseguente preclusione in capo al debitore della facoltà di chiedere al garante di opporre al creditore garantito le eccezioni nascenti dal rapporto principale, nonché dalla non proponibilità di tali eccezioni al garante successivamente al pagamento effettuato da quest'ultimo (tra le tante, Cass. Civ. 16213/2015 e 12512/2016) là dove l'accessorietà della garanzia fideiussoria postula, invece, che il garante abbia l'onere di preavvisare il debitore principale della richiesta di pagamento del creditore, ai sensi dell'1952, II comma 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 (Casa., 17 giugno 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 (Corte di Cass. SSUU 18.2.2010 n. 3947), tuttavia, in presenza di elementi 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.

In particolare, secondo la Suprema Corte ( Cass. Civ. sentenza n. 15091 del 31.5.2021, Cass. 14.6.2016 n. 12152; Cass. civ. 13.6.2019 n. 15868) l'assenza dell'accessorietà della garanzia può inferirsi anche dalla presenza di una clausola che fissi al garante il ristretto termine di trenta giorni per provvedere al pagamento senza beneficio di escussione del debitore principale dietro richiesta del creditore, insufficiente per l'effettiva opposizione delle eccezioni, e dalla esclusione, al contempo, della possibilità per il debitore principale di eccepire alcunché al garante in merito al pagamento stesso.

Nel caso in esame nelle condizioni generali di assicurazione delle polizze fideiussorie n. 480/34/947.873 e n. 480/34/947.874" all'art. 4 relativo ai rapporti tra società- Helvetia- e beneficiario - Comune di Besana in Brianza- si legge che: "*Il pagamento delle somme dovute in base alla presente polizza sarà effettuato dalla società entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della richiesta scritta da parte del Comune, restando inteso che, ai sensi dell'art. 1944 c.c. la società non godrà del beneficio della preventiva escussione del contraente. La società inoltre rinuncia ad avvalersi di quanto previsto dall'art. 1957 c.c.*" .

Quanto all'interpretazione delle clausole contrattuali va, anzitutto, rilevato che l'art. 1362 c.c., allorché nel primo comma prescrive all'interprete di indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti senza limitarsi al senso letterale delle parole, non svaluta l'elemento letterale del contratto, anzi intende ribadire che, qualora la lettera della convenzione, per le espressioni usate, rilevi con chiarezza ed univocità la volontà dei contraenti e non vi sia divergenza tra la lettera e lo spirito della convenzione, una diversa interpretazione non è ammissibile; soltanto quando le espressioni letterali del contratto non sono chiare, precise ed univoche, è consentito al giudice ricorrere agli altri elementi interpretativi indicati dagli artt. 1362 e ss. c.c. che hanno carattere sussidiario ( vedi Cass. Civ.3936/1993). Pertanto, nella

ricerca della comune intenzione dei contraenti, il primo e principale strumento dell'operazione interpretativa è costituito dalle parole ed espressioni del contratto e, qualora queste siano chiare e dimostrino un'intima ratio, il giudice non può ricercarne una diversa, venendo così a sovrapporre la propria soggettiva opinione all'effettiva volontà dei contraenti (Cass. 29.4.1994, n. 4121; Cass. 22.4.1995, n. 4563).

Facendo applicazione dei principi sopra richiamati di ermeneutica contrattuale, va osservato che sebbene la clausola contrattuale di cui all'art. 4 delle CGA non contenga l'aggettivo "semplice" riferito alla richiesta di pagamento si deve ritenere che la natura autonoma della garanzia sia desumibile dalla previsione di un termine per il pagamento di soli trenta giorni. Tale termine è troppo breve, infatti, per consentire al garante di svolgere indagini per l'accertamento in concreto dell'inadempimento dell'appaltatore e della legittimità della richiesta dell'amministrazione garantita precludendo, di fatto, qualsiasi possibilità per il garante di sollevare eccezioni relative al rapporto sottostante ( Cass. Civ. 3964/99 e Cass. Civ. 8324/2001). L'esame della volontà delle parti desumibile dall'interpretazione delle clausole contrattuali induce a ritenere che la polizza fideiussoria abbia la funzione di un deposito cauzionale per cui l'interesse del Comune era quello di avere la disponibilità immediata del pagamento della cauzione in risposta alla richiesta formulata alla compagnia la quale, pertanto, aveva rinunciato, altresì, ad avvalersi del principio del beneficio di escussione preventiva del debitore garantito ai sensi dell'art. 1944 c.c.. Inoltre, l'intestazione della polizza fideiussoria come "*cauzione a garanzia degli obblighi e oneri di cui alle concessioni edilizie rilasciate ai sensi della legge n. 10 del 1977*" conferma la volontà dei contraenti di stipulare una garanzia che avesse la finalità di una cauzione di pronta definizione.

La natura autonoma della garanzia stipulata nell'interesse del Comune si desume dall'art. 11 delle condizioni generali di assicurazione riferito ai rapporti tra Società e contraente i cui è previsto che "*il contraente- Borgo Besana S.r.l.- si impegna a rimborsare alla società- Helvetia - , a semplice richiesta, tutte le somme da questa versate in forza della presente polizza con rinuncia ad ogni e qualsiasi eccezione comprese quelle previste dall'art. 1952 c.c.*". Sebbene le due clausole siano collocate in due sezioni distinte delle condizioni generali di contratto, l'art. 4 nella sezione dedicata ai rapporti fra Società e beneficiario, mentre l'art. 11 nella sezione dedicata ai rapporti fra Società e contraente, esse devono essere interpretate in modo "speculare" dando luogo ad una situazione "paritaria" della garante nei rapporti con il Comune beneficiario e il



contraente debitore (al riguardo si richiama la sentenza della Corte di Cassazione n. 5526/2012 riguardante una polizza contenente le stesse clausole di quella in esame).

L'esclusione dell'operatività dell'art. 1952 c.c. è indice della volontà delle parti di svincolare del tutto il rapporto di garanzia dal rapporto principale, secondo un indirizzo interpretativo più volte condiviso dalla giurisprudenza di legittimità, che rinviene il tratto tipico del contratto autonomo di garanzia nel regime delle azioni di rivalsa dopo l'avvenuto pagamento (vedi Cass. Civ. SSUU 3947/2010, in motivazione). In particolare, si è ritenuta caratterizzare un contratto autonomo di garanzia la previsione per la quale, il garante, una volta che abbia pagato nelle mani del creditore beneficiario, pur non potendo agire nei confronti dell'accipiens, possa invece esperire l'azione di regresso ai sensi dell'art. 1950 c.c. nei confronti del debitore garantito, senza possibilità per il debitore di opporsi al pagamento richiesto dal garante nè di eccepire alcunché, in sede di rivalsa, in merito all'avvenuto pagamento (così Cass. Civ. 5526/2012, Cass. Civ. n. 8324/2001, Cass. Civ. n. 7502/04 e n. 14853/2004 e n. 14853/2007) ; la "lettura paritaria" delle due clausole, art. 4 e art. 11 delle CGA trova riscontro nella giurisprudenza di legittimità.

Anche le controgaranzie prestate da Edilvago S.r.l. e dal geom. Vago a tutela dell'adempimento di tutte le obbligazioni gravanti sul debitore principale e derivanti dalla stipula delle polizze presentano la natura di contratti autonomi di garanzia come si desume dall'interpretazione delle clausole contrattuali che impongono al garante di pagare *"a semplice richiesta scritta e rimossa qualsivoglia eccezione"*. In particolare l'art. 4 prevede che: *" il fideiussore è obbligato a pagare direttamente alla società e alle eventuali coassicuratrici a semplice richiesta scritta e rimossa qualsivoglia eccezione , ed anche in caso di opposizione del debitore principale tutto quanto dovuto a termini del punto a) che precede"* e l'art. 3 prevede che: *"il fideiussore rinuncia ad avvalersi delle disposizioni sancite in suo favore dagli artt. 1950 c.c., 1952 c.c., 1955, 1956 e 1957 c.c. dispensando espressamente la società da qualsivoglia onere od obbligo dipendente dalle suddette norme"*.

La controgaranzia autonoma rafforza ulteriormente la posizione del garante. Con essa il controgarante assume verso il garante il medesimo impegno di cui si fa carico quest'ultimo nei confronti del creditore, ossia di pagare al garante la somma prestabilita a prima richiesta, in conseguenza del mero inadempimento del debitore principale. In presenza di una controgaranzia autonoma si avranno pertanto due garanzie *"a prima richiesta"* collegate a

catena: il controgarante garantisce il garante principale con la medesima intensità con cui il garante principale tutela il creditore. Pertanto, *«il meccanismo dell'adempimento "a prima richiesta" tanto della "garanzia" che della "controgaranzia" scatta a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione principale»* (così, Cass., 11 febbraio 2008, n. 3179).

Lo scopo della controgaranzia autonoma, pacificamente ammessa dalla Cassazione sulla base del medesimo principio di autodeterminazione negoziale che legittima le garanzie autonome, sancito all'art. 1322 c.c. (cfr. Cass., 18 novembre 1992, n. 12341; Cass., 11 febbraio 1998, n. 1420; Cass., 17 maggio 2001, n. 6757; Cass., 11 febbraio 2008, n. 3179; Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947), è duplice. Nel caso in cui il primo garante abbia già eseguito il pagamento a favore del creditore, la controgaranzia autonoma rafforza le sue possibilità di recuperare quanto versato, potendo questi rivolgersi sia al debitore principale, sia al controgarante, per reintegrare il patrimonio depauperato dall'avvenuto pagamento. La controgaranzia trasferisce pertanto sul controgarante il rischio dell'insolvenza del debitore principale, giacché rende il controgarante obbligato in solido con il debitore principale verso il primo garante che ha pagato.

La maggiore complessità della rete di rapporti che contraddistingue le controgaranzie autonome si riflette sull'estensione del principio di autonomia. Le controgaranzie autonome sono infatti indipendenti, oltre che rispetto al rapporto che lega il controgarante al debitore principale, anche rispetto ai due rapporti principali consecutivi sussistenti nella fattispecie: quello tra debitore principale e creditore; quello tra creditore e primo garante.

Così ricostruiti i rapporti contrattuali fra le parti e qualificate sia le polizze fideiussorie che le controgaranzie come contratti autonomi di garanzia occorre esaminare le singole domande proposte da parte attrice alla luce delle contestazioni ed eccezioni svolte dalle convenute.

Preliminarmente, va osservato che l'eccezione di difetto di legittimazione attiva e passiva sollevata dal Comune è infondata in quanto gli attori in qualità di controgaranti hanno agito in giudizio facendo valere presunte condotte scorrette ed illegittime del Comune che avrebbero condotto ad una illegittima escussione delle polizze fideiussorie ed avrebbero provocato un danno di cui chiedono il risarcimento.

Esaminando nel merito dapprima le domande svolte nei confronti del Comune si osserva che risulta documentata sia la diffida a mezzo PEC alla curatela fallimentare della società Borgo Besana S.r.l. e a mezzo raccomandata A/R alla società (doc. da 11 a 12 fascicolo Comune)

preliminare all'escussione delle polizze (docc. 13 e 14 fascicolo Comune) conformemente all'art. 7 ultimo comma della convenzione del 2006 (doc. n. 1 fascicolo Comune) sia il presupposto dell'inadempimento della società Borgo Besana S.r.l. al momento della diffida e poi dell'escussione come evidenziato dal "Verbale di Collaudo" del collaudatore Ing. Invernizzi ( doc. 10 fascicolo Comune).

In tale documento sono evidenziati i lavori che l'operatore si era impegnato ad eseguire ed i lavori che erano stati parzialmente eseguiti e si legge che il sig. Menta rappresentante della Borgo Brianza S.r.l. dava atto che la società aveva chiesto la ristrutturazione del debito e in caso di accoglimento avrebbe potuto riattivare il cantiere e completare le opere previste, ma senza la ristrutturazione del debito la società non sarebbe stata in grado di completare l'intervento e si sarebbe aperta la procedura fallimentare. Tali dichiarazioni sono confessionarie dell'inadempimento che ha indotto il Comune dapprima a diffidare la società all'adempimento e poi ad escutere le polizze fideiussorie.

La società Borgo Besana S.r.l. in data 10.10.2016 veniva dichiarata fallita e le opere che la società avrebbe dovuto completare non venivano eseguite. Peraltro durante la procedura fallimentare veniva svolta in data 20.7.2017 una stima del complesso immobiliare ( doc. n. 9 fascicolo parte attrice) da cui emerge chiaramente che *"a carico della Borgo in Besana S.r.l. restano i seguenti obblighi : Completamento delle opere di urbanizzazione per un ammontare di € 381.840,89 di cui, se ripartite a seconda della volumetria, sono € 350.377,20 per il Lotto 1 (immobili oggetto della presente stima) e € 31.463,69 per il Lotto 2 (immobili oggetto di altro rapporto di valutazione a firma della scrivente). Queste opere consistono in: - realizzazione delle reti tecnologiche (Enel, Telecom, acqua, gas) intorno all'isolato di via Variana, della Busa e Gariberto; - sistemazione di strade con dotazione di pozzetti, chiusini, camerette di ispezione; - allestimento di arredo urbano e illuminazione pubblica. □ Completamento della realizzazione dei parcheggi destinati all'uso pubblico e successiva cessione degli stessi, pari ad area a standard di 516,19 mq, a favore del Comune di Besana Brianza."* Ne consegue che il Comune ha escusso le polizze per l'inadempimento e non per il ritardo nell'adempimento come sostiene parte attrice che fa riferimento alla proroga della durata della convenzione urbanistica, che rappresenta, quindi, circostanza del tutto irrilevante.

Parte attrice censura, inoltre, come arbitraria la condotta del Comune avrebbe quantificato unilateralmente *"in maniera del tutto apodittica e senza il benchè minimo contraddittorio"* le opere

di urbanizzazione ineseguite *“indicando un valore di € 381.840,90 senza però eseguire sul punto una relazione di stima delle medesime determinando un possibile ingiustificato arricchimento della stessa”* in violazione dell’art. 6 della Convenzione urbanistica che al comma 11 prevede la redazione di una relazione di stima.

Tale censura di illegittimità della condotta del Comune per violazione della convenzione urbanistica è del tutto infondata.

Dalla lettura della Convenzione Urbanistica del 2006 (doc. n. 7 fascicolo Helvetia) emerge che la relazione di stima di cui al comma 11 dell’art. 6 che il Comune, secondo la prospettazione attorea avrebbe dovuto far redigere prima di procedere all’escussione delle polizze, in realtà si riferisce all’ipotesi, che non ricorre nel caso in esame, in cui le opere siano state concluse e si deve procedere al collaudo definitivo per cui con *“verbale redatto in contraddittorio fra le parti”* a collaudo positivamente concluso si procederà alla formale consegna delle aree, mentre in caso di *“eventuali opere non eseguite a regola d’arte o non eseguite si procederà alla loro stima ed in caso di mancato intervento di riparazione e/o costruzione da parte del concessionario nei termini prescritti dal collaudatore il Comune si rivarrà sulla cauzione prestata”*. Il contraddittorio delle parti è richiesto solo per la redazione del verbale di presa in consegna delle opere, mentre per la stima in caso di *“eventuali opere non eseguite o non eseguite a regola d’arte”* non è previsto espressamente il contraddittorio. Ne consegue che, se anche si volesse estendere l’applicazione dell’art. 6 comma 11 della Convenzione all’ipotesi di accertamento delle opere non eseguite in epoca antecedente al collaudo definitivo e, quindi, anteriormente alla conclusione dei lavori, si deve ritenere che il Comune abbia agito correttamente in quanto non aveva l’obbligo di procedere ad una stima nel contraddittorio delle parti. Peraltro, il contraddittorio delle parti è stato stimolato dal Comune all’epoca del collaudo ( vedi doc. n. 10 fascicolo del Comune) svolto dal collaudatore ing. Mario Invernizzi in cui alla presenza del rappresentante dell’operatore Borgo in Besana, del direttore dei lavori, del responsabile dell’aria tecnica del Comune, del sindaco e del collaudatore venivano accertati nel contraddittorio delle parti i lavori eseguiti e quelli non ancora completati. La stima di € 381.840,90 annotata sul computo metrico estimativo trasmesso alla compagnia Helvetia, come dalla stessa ammesso (doc. 10 fascicolo Helvetia) risulta, peraltro, confermata dall’architetto Yael Anati nominato dal giudice delegato nell’ambito della procedura fallimentare per la stima dei cespiti eseguita il 20.7.2017 e, quindi, anteriormente al pagamento delle somme escusse (doc. 9 fascicolo attoreo).

Nessuna condotta arbitraria né illegittima può ravvisarsi, quindi, nei confronti del Comune il quale ha correttamente rispettato le prescrizioni contenute nella convenzione urbanistica.

Infine la documentazione versata in atti dal Comune smentisce la prospettata condotta illegittima del Comune di omessa risposta alla domanda di accesso agli atti evidenziando che tutta la documentazione richiesta veniva consegnata dal Comune ( docc. da 6 a 9 fascicolo Comune).

Inoltre, parte attrice nella memoria depositata ai sensi dell'art. 183 VI comma n. 1 c.p.c. ha specificato che: *“ La condotta colposa del Comune si palesa in tutta pienezza ed assume i connotati del dolo laddove, immediatamente dopo l'incameramento della fideiussione n. 480/34/947.874 saldato dalla Compagnia in data 11/1/2018, ha “frettolosamente” affidato in data 28/3/2018 l'esecuzione di tali opere (in danno) a società sua partecipata (Brianzacque Spa) senza indire alcuna procedura competitiva ed andando così a modificare lo stato dei luoghi.”* La scelta del Comune non presenta i caratteri di una condotta dolosa ai danni dei controgaranti quanto piuttosto una scelta a protezione degli interessi pubblicistici posti a fondamento della convenzione urbanistica.

Alla luce di tali argomentazioni devono ritenersi infondate le censure svolte dagli attori nei confronti del Comune il quale ha correttamente e legittimamente escusso le polizze fideiussorie e la cui condotta, pertanto, non può essere posta a fondamento di alcuna domanda di condanna al risarcimento del danno per insussistenza dei presupposti di cui all'art. 2043 c.c., come prospettata da parte attrice in sede di comparsa conclusionale, le cui generiche allegazioni erano contenute nell'atto introduttivo. Inoltre, essendo stata l'escussione delle polizze legittima non sussistono i presupposti della domanda di ripetizione dell'indebito ex art. 2033 c.c. per essere il pagamento dei controgaranti giustificato dalla corretta e non abusiva escussione delle polizze. Elementi questi che non consentono neanche di ravvisare i presupposti di un asserito ingiustificato arricchimento del Comune dedotto genericamente da parte attrice.

Passando ad esaminare le domande svolte nei confronti della compagnia assicurativa occorre preliminarmente esaminare *l'exceptio doli generalis* che è stata opposta alla convenuta in quanto *“la richiesta di pagamento effettuata dal Comune di Besana in Brianza risultava “prima facie” connotata da malafede ovvero da consapevolezza da parte del garantito di escutare la garanzia senza averne diritto...la prova liquida dell'exceptio doli è rinvenibile in un duplice elemento formale e di*

*merito*": la mancata diffida al curatore del fallimento dell'operatore ed il difetto di inadempimento.

Anche a voler ritenere ammissibile l'*exceptio doli* sollevata dal controgarante nei confronti del garante, rimedio riconosciuto a tutela del garante che può rifiutare l'adempimento soltanto sollevando la cd. *exceptio doli generalis seu praesentis* formulabile nel caso in cui la richiesta di pagamento sia *prima facie* abusiva o fraudolenta, tale eccezione nel caso in esame è infondata.

Premesso che la giurisprudenza afferma che la *exceptio doli* ha ad oggetto la condotta abusiva o fraudolenta del creditore/beneficiario della garanzia autonoma quando questi, nell'avvalersi di un diritto di cui chiede tutela giudiziale, tace, nella prospettazione della fattispecie controversa, situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto fatto valere ed aventi forza modificativa o estintiva dello stesso, ovvero esercita 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. Ne consegue che, in materia di contratto autonomo di garanzia, non possono essere addotte a fondamento della *exceptio doli* circostanze fattuali idonee a costituire oggetto di eccezione di merito opponibile nel rapporto principale dal debitore garantito al creditore e beneficiario della garanzia, in quanto elemento fondamentale di tale rapporto è la inopponibilità da parte del garante di eccezioni di merito proprie del rapporto principale (così, Cass. Civ.15216/2012 ).

Il rimedio generale dell'*exceptio doli*, che pone il garante al riparo da eventuali escussioni abusive o fraudolente, richiede che sia evidente, certo e incontestabile il venir meno del debito garantito per pregressa estinzione dell'obbligazione principale o per altra causa, ovvero l'inesistenza del rapporto garantito.

L'abusività della richiesta della garanzia, ai fini dell'accoglimento dell' *exceptio doli*, deve risultare *prima facie* (cfr. Cass.Civ. 3552/1998) o comunque da una prova c.d. liquida, cioè di pronta soluzione (cfr. sull'obbligo del garante di fornire la prova certa ed incontestata dell'esatto adempimento del debitore ovvero della nullità del contratto garantito o illiceità della sua causa, (cfr. Cass. Civ.16345/2018; 5526/2012; 29215/2008 3964/99; 917/99).

Facendo applicazione di tali principi al caso in esame si deve escludere che la Helvetia avrebbe potuto rifiutare il pagamento richiesto dal Comune sollevando l'*exceptio doli generalis*

in quanto dalla documentazione versata in atti emerge la sussistenza sia del requisito formale della diffida sia del requisito sostanziale dell'inadempimento, sebbene trattandosi di contratto autonomo di garanzia, ai sensi dell'art. 4 delle polizze fosse sufficiente la mera richiesta scritta del beneficiario.

Quanto al requisito formale previsto dall'art. 7 ultimo comma della convenzione che recita: *"Il Comune potrà escutere liberamente la garanzia senza che possa essergli opposta dall'operatore o dall'istituto fidejussorio o da terzi eccezione alcuna nell'ipotesi di dimostrato inadempimento o ritardo nell'adempimento, previa la sola formalità dell'avviso-diffida da trasmettersi all'operatore per lettera raccomandata A/R o con altro atto notificato almeno trenta giorni prima dell'escussione"* (doc. n. 7 fascicolo Helvetia), dalla documentazione versata in atti emerge che a mezzo PEC in data 28.2.2017 e a mezzo Raccomandata A/R in pari data ( vedi doc. n. 11 fascicolo Comune di Besana in Brianza) il Comune di Besana in Brianza beneficiario della garanzia diffidava il debitore Besana Brianza ed il curatore del fallimento della società debitrice deducendo l'adempimento parziale all'esecuzione delle opere descritte nell'art. 6 e negli art. 4 e 5 della Convenzione del 19.1.2006 e sub artt. 3 e 4 della convenzione integrativa del 23.6.2010 poste a carico dell'operatore per effetto delle convenzioni e contestando l'inadempimento delle opere ineseguite per € 381.840,90. Dopo oltre trenta giorni, e precisamente in data 19.4.2017 ( vedi doc. n. 13 e 14 del Comune) Il Comune inviava a mezzo Raccomandata A/R alla compagnia di assicurazioni convenuta due richieste di escussione delle due polizze in cui dava atto, con riferimento alla polizza n. 480/34/947.873 dell'inadempimento della società debitrice Borgo in Besana degli obblighi previsti all'art. 4 e 5 della convenzione del 2006 e all'art. 3 della convenzione del 2010 e richiedeva l'escussione per l'ammontare di € 586.422,98 mentre con riferimento alla polizza n. 480/34/947.874 deduceva l'adempimento parziale all'esecuzione delle opere descritte nell'art. 6 della Convenzione del 19.1.2006 e sub artt. 3 e 4 della convenzione integrativa del 23.6.2010 e richiedeva l'escussione per l'ammontare di € 381.840,90.

La compagnia, inoltre, a dimostrazione dell'inadempimento della debitrice afferma di avere ricevuto dal Comune il computo metrico estimativo ( doc. n. 10 fascicolo Helvetia) da cui emergeva l'importo oggetto di escussione.

Inoltre, la Compagnia Helvetia, con comunicazione in data 28.9.2017 a mezzo PEC e raccomandata A/R diffidava i controgaranti ad adempiere agli obblighi assunti con la polizza

480/34/947.874 che era stata escussa per l'ammontare di € 381.840,90 e di cui chiedeva il pagamento, limitatamente all'importo di € 274.413,40 ai sensi dell'art. 4 della controgaranzia. Tali elementi fattuali desumibili dalla documentazione versata in atti evidenziano la correttezza, altresì, del comportamento tenuto dalla compagnia assicurativa Helvetia la quale dopo avere ricevuto, in data 13.4.2017 dal Comune di Besana in Brianza la richiesta di escussione della polizza n. 480/34/947.874 (doc. n. 8 fascicolo Helvetia) ha dapprima, in data 28.9.2017 avvisato i controgaranti dell'avvenuta escussione invitandoli a versare la somma di € 274.413,40 ai sensi dell'art. 4 delle controgaranzie e poi, soltanto in data 11.1.2018 ha pagato il beneficiario della polizza (doc. 12 fascicolo Helvetia) e per effetto di tale pagamento ha proposto domanda riconvenzionale di condanna al pagamento nei confronti dei garanti solidali, Edilvago S.r.l. ed Enrico Vago, che hanno sottoscritto *"atto di fideiussione generale"* (doc. n. 5 e 6 fascicolo Helvetia) con riferimento alla polizza assicurativa fideiussoria n. 480/34/947.874 rilasciata in data 24.10.2005 in favore del Comune di Besana in Brianza, *"garantendo l'adempimento di tutte le obbligazioni gravanti sul debitore principale derivanti o connesse co la stipula della polizza assicurativa fideiussoria"*.

La compagnia, ai sensi dell'art. 4 delle condizioni generali della polizza n. 480/34/947.874 stipulata da Cesare Bruni e poi volturata a favore di Borgo Besana S.r.l. rubricato: *"pagamento delle somme garantite"* si obbliga a versare al Beneficiario le somme ad esso dovute *"a prima e semplice richiesta scritta, entro e non oltre 30 giorni dalla ricezione di questa, restando inteso che ai sensi dell'art.1944 c.c. la Società non godrà del beneficio della preventiva escussione del Contraente. La Società inoltre rinuncia ad avvalersi di quanto previsto dall'art. 1957 c.c."*. L'art. 3 dell'atto di fideiussione generale prevede l'espressa rinuncia dei coobbligati di avvalersi di quanto previsto dagli artt. 1950, 1952, 1955, 1956 e 1957 c.c., dispensando espressamente Helvetia da qualsivoglia onere ed obbligo dipendente dalle suddette norme; l'art. 4 dell'atto di fideiussione generale sottoscritto da Enrico Vago e da Edilvago S.r.l. prevede infatti che: *"il fideiussore è obbligato a pagare direttamente alla Società a semplice richiesta scritta e rimossa qualsivoglia eccezione, ed anche in caso di opposizione del debitore principale, tutto quanto dovuto in dipendenza della polizza alla quale la fideiussione generale si riferisce"*.

Il meccanismo così delineato è pienamente conforme al disposto di cui all'art. 1203 n. 3 c.c., relativo alla surroga legale, essendo stata effettuata in seguito al pagamento. La società convenuta ha provato la stipula della polizza assicurativa fideiussoria n. 480/34/947.874



rilasciata in data 24.10.2005 in favore del Comune di Besana in Brianza (doc. n. 1 fascicolo Helvetia) ed il pagamento della somma richiesta dal Comune di Comune di Besana in Brianza in data 11.1.2018 (doc. n. 12 fascicolo Helvetia) e, del resto, tali circostanze non sono state oggetto di specifiche contestazioni; la società di assicurazioni ha allegato, altresì l'inadempimento dei garanti solidali consistito nel mancato pagamento dell'importo richiesto, sebbene avessero ricevuto richiesta del pagamento ai sensi dell'art. 4 dell'atto di fideiussione generale con missiva in data 28.9.2017 (doc. 9 fascicolo Helvetia) con la quale erano stati resi edotti della richiesta di escussione della polizza da parte del Comune e fossero stati diffidati con la comunicazione del 11.4.2018 (doc. n. 13 fascicolo Helvetia) a procedere all'immediato pagamento della somma di € 274.413,40. Peraltro, a seguito della diffida ad adempiere inviata ai controgaranti da Helvetia, gli attori non hanno sollevato alcuna contestazione volta ad impedire il pagamento delle somme escusse che sono state correttamente corrisposte dalla Compagnia su richiesta scritta del Comune beneficiario.

Alla luce di tali argomentazioni, quindi, dato atto dell'ordinanza ex art. 186 ter c.p.c. emessa in data 8.3.2019, gli attori vanno condannati al pagamento in favore di Helvetia della somma di € 274.413,40 oltre agli interessi nella misura prevista dal D.Lgs. 231/2002 da calcolarsi dalla data del pagamento (11/1/2018) e sino al saldo, relativi alla polizza assicurativa fideiussoria n. 480/34/947.874 rilasciata in data 24.10.2005 in favore del Comune di Besana in Brianza.

Con riferimento, invece, alla polizza n. 480/34/947.873, sebbene il Comune avesse formalmente diffidato la curatela del fallimento della Besana in Brianza al pagamento ed avanzato alla Compagnia richiesta di escussione della polizza per l'ammontare di € 586.422,98 (doc. n. 11 e 13 fascicolo Comune), il Comune con delibera della Giunta del 23.10.2017 (vedi doc. n. 17 fascicolo Comune) dando atto degli interessi pubblicistici preminenti del Comune sottesi alle Convenzioni, accettava i termini della proposta formulata dalla compagnia convenuta (vedi doc. n. 15 fascicolo Comune).

Tale accordo non vale a sostituirsi alla polizza fideiussoria escussa che conserva, quindi, la propria efficacia.

Sebbene, infatti, il Comune abbia qualificato tale accordo come transazione novativa non opponibile al terzo e di cui parte attrice abbia censurato, tardivamente, in sede di comparsa conclusionale, la validità per difetto di forma scritta, circostanza, peraltro, infondata in

quanto l'accettazione della proposta risulta consacrata in una delibera della Giunta Comunale, si deve escludere che l'accordo sia una transazione estintiva della polizza fideiussoria e costitutiva di un nuovo rapporto.

A tali argomentazioni si perviene facendo applicazione dei principi giurisprudenziali elaborati dalla Corte di legittimità.

La transazione novativa, infatti, è una novazione oggettiva e si configura come un contratto estintivo e costitutivo di obbligazioni, caratterizzato dalla volontà di far sorgere un nuovo rapporto obbligatorio in sostituzione di quello precedente con nuove ed autonome situazioni giuridiche; postula, quindi, *l'aliquid novi*, inteso come mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto (Cass. Civ.17328/2012 ) e non è ricollegabile alle mere modificazioni accessorie di cui all' art. 1231 c.c. Deve essere connotata, altresì, dall'*animus novandi*" (inteso come manifestazione inequivoca dell'intento novativo) e dalla "*causa novandi*", intesa come interesse comune delle parti di estinguere l'originaria obbligazione, sostituendola con una nuova (Cass. Civ. 27390/2018 ; 20906/2004; 16038/2004). Sul piano oggettivo non si può prescindere dalla genesi di una nuova obbligazione incompatibile con il persistere dell'obbligazione originaria ( 5117/1998).

É invece priva di effetto novativo la mera modificazione quantitativa della precedente obbligazione ed il differimento della sua scadenza, trattandosi di modificazioni accessorie ( Cass. civ. 2530/2015; 15980/2010; 1218/2008; vedi altresì Cass. Civ. 22126/2020; 14620/2017; 11672/2007 ).

Sul piano soggettivo, l'*animus* costituisce, quindi, elemento essenziale che deve essere in concreto provato (12039/2000; 9867/2000).

L'*animus novandi* è escluso se le parti, nel sostituire l'oggetto dell'obbligo precedente, richiamano tutti gli altri patti già stipulati, in tal modo consentendo la coesistenza tra la nuova e l'originaria obbligazione (6893/1999).

Ai fini della discriminazione tra transazione novativa e conservativa occorre verificare l'oggettiva incompatibilità nella quale i due rapporti - quello preesistente e quello nuovo - vengono a trovarsi, sicché la transazione novativa ricorre quando sia accertato che le parti, nel comporre l'originario rapporto litigioso, hanno inteso addivenire alla conclusione di un

nuovo rapporto, diretto a costituire, in sostituzione di quello precedente, nuove autonome situazioni ( 21371/2020; 27448/2005 ; 7830/2003).

Facendo applicazione dei principi giurisprudenziali esposti si deve escludere che l'accordo raggiunto tra il Comune ed Helvetia possa qualificarsi come transazione novativa sostitutiva delle polizze fideiussorie, come sostenuto dal Comune, in quanto nella proposta vengono richiamate le polizze e viene concordata una modifica temporale (moratoria dell'escussione fino al 31.1.2019) e quantitativa (decurtazione del 20% del massimale garantito, ossia € 469.138,38) che sono modifiche accessorie che non implicano l'estinzione delle polizze e la costituzione di un nuovo rapporto obbligatorio. Peraltro, anche il Comune nell'atto di quietanza ( doc. 21 fascicolo del Comune) ha dichiarato di ricevere la somma di € 469.138,38 versata in adempimento degli obblighi assunti con la polizza n. 480/34/947.873 emessa in favore del Comune di Besana in Brianza in conseguenza dell'inadempimento del debitore, confermando in tal modo l'efficacia della polizza e smentendo la tesi prospettata dal Comune del pagamento ricevuto in esecuzione di una transazione novativa sostitutiva della polizza.

La compagnia assicuratrice convenuta nel costituirsi in giudizio ha proposto domanda riconvenzionale volta ad ottenere la liberazione della compagnia con riferimento alla polizza n. 480/34/947.873 alla luce degli artt. 9 e 10 delle controgaranzie prestate dagli attori.

Nel corso del giudizio il Comune e la compagnia hanno dato atto del pagamento della somma di € 469.138,38 versata da Helvetia in favore del Comune in data 9.4.2019 ( vedi allegato memoria 183 n. 3 Helvetia) producendo in giudizio la quietanza di pagamento (doc. 21 fascicolo Comune) ed Helvetia nel precisare le conclusioni ha concluso per la condanna, in solido tra loro i Sig.ri Edilvago S.r.l. in persona del suo legale rappresentante pro tempore ed il Geom. Enrico Vago e per esso i suoi eredi Mattia Vago, Luca Edoardo Aldo Vago, Giovanna Luisa Silvia, a versare a favore di Helvetia Compagnia Svizzera di Assicurazioni - Rappresentanza Generale e Direzione per l'Italia la somma di € 586.422,98, mentre nella memoria conclusionale di replica ha ridotto l'entità dell'importo richiesto nella misura di € 469.138,38. Tale importo è dovuto alla compagnia in quanto le controgaranzie assunte dagli attori, come sopra esaminato sono contratti autonomi di garanzia e tale autonomia impedisce ai controgaranti di sollevare eccezioni alla compagnia convenuta per sottrarsi al pagamento, essendo, peraltro, pacifico l'inadempimento della società debitrice agli obblighi assunti nella

Convenzione urbanistica le cui opere non sono state completate né vi è stato il collaudo finale a causa del fallimento della società debitrice.

Parte attrice nella memoria depositata ai sensi dell'art. 183 VI comma c.p.c. n. 1 nel contestare l'entità delle somme di cui è stato escusso e poi eseguito il pagamento ha allegato *“improprie condotte del Comune e della Compagnia, i quali hanno dato corso al pagamento integrale della 2° Polizza che garantiva il cd. “standard qualitativo” senza considerare (come callidamente emerso in sede di ATP) uno stato di raggiungimento ed una percentuale mancante di “standard qualitativo” pari al 19,37% del valore complessivo stimato di € 586.423,00 (a seguito dell'accertamento istruttorio è emerso un ingiustificato arricchimento del Comune rispetto agli standards qualitativi di complessivi € 355.547,87).* In tal modo parte attrice facendo proprie le conclusioni formulate dal CTU nominato nell'accertamento tecnico preventivo disposto in corso di causa introduce nel giudizio un tema nuovo sul quale non si è formato il contraddittorio relativo alla illegittima escussione delle somme per un importo superiore rispetto al *“valore delle opere standard visibilmente non realizzate afferenti alle voci di computo Z24 ammontano ad € 113.592,91 pari al 19,37% del valore complessivo stimato di € 586.423,00”*.

Tali contestazioni, inoltre, sono infondate in quanto è del tutto irrilevante ai fini della decisione l'esito dell'accertamento tecnico preventivo disposto, in sede di reclamo svolto in corso di causa, dal collegio che, senza procedere alla qualificazione ed interpretazione delle garanzie, ha ravvisato un interesse attuale e concreto degli attori a conseguire l'accertamento invocato.

Con tale strumento di istruzione preventiva sono state accertate le opere ancora da realizzare per il raggiungimento degli standard quantitativi ma i risultati a cui è pervenuto il dott. Piva sono ininfluenti ai fini della decisione in quanto la natura di contratti autonomi di garanzia, sia delle polizze fideiussorie che delle controgaranzie, non consente ai controgaranti di introdurre contestazioni relative al merito dei rapporti intercorsi fra Comune/creditore e società/debitrice. Infatti, in materia di contratto autonomo di garanzia, non possono essere addotte a fondamento dell'*exceptio doli* circostanze fattuali idonee a costituire oggetto di eccezione di merito opponibile nel rapporto principale dal debitore garantito al creditore e beneficiario della garanzia, in quanto elemento fondamentale di tale rapporto è la inopponibilità da parte del garante di eccezioni di merito proprie del rapporto principale (v. Cass. n. 15216/12). Tali argomentazioni possono estendersi anche ai controgaranti che non

sono legittimati a sollevare, né nei confronti del Comune né nei confronti della compagnia di assicurazioni, eccezioni di merito attinenti al rapporto principale intercorso fra il Comune di Besana in Brianza e la società Borgo Besana S.r.l.. Peraltro, l'accertamento tecnico in corso di causa è stato svolto sulla scorta della domanda proposta in via subordinata dagli attori volta ad ottenere l'accertamento della non debenza di parte della somme spettanti al Comune in forza delle polizze e delle Convenzioni Urbanistiche, domanda che si ritiene infondata in quanto i controgaranti non possono contestare la debenza delle somme relative agli obblighi assunti dal debitore principale con il Comune che attengono al rapporto di merito intercorso fra tali soggetti.

Devono ritenersi del tutto irrilevanti ai fini della decisione anche le allegazioni e contestazioni svolte nelle difese dalle parti e relative ai rapporti fra la compagnia Helvetia e la curatela del fallimento della società debitrice ed alle modalità di insinuazione al passivo del credito della compagnia assicuratrice oltre che ai rapporti tra il Comune e l'aggiudicatario dei cespiti oggetto della convenzione urbanistica nei cui confronti la giudicante ha ritenuto di non dovere estendere il contraddittorio come, invece, richiesto da parte attrice.

Alla luce di tali argomentazioni, quindi, devono essere rigettate le domande attoree in quanto infondate. Le altre contestazioni non esaminate devono ritenersi assorbite non essendo rilevanti ai fini della decisione.

Le domande riconvenzionali svolte da Helvetia devono essere accolte e, dato atto dell'ordinanza ex art. 186 ter c.p.c. emessa in data 8.3.2019, Edilvago S.r.l. in persona del suo legale rappresentante ed il Geom. Vago Enrico, e per esso i suoi eredi Mattia Vago, Luca Edoardo Aldo Vago, Giovanna Luisa Silvia, vanno condannati al pagamento in favore di Helvetia della somma di € 274.413,40 oltre agli interessi nella misura prevista dal D.Lgs. 231/2002 da calcolarsi dalla data del pagamento (11/1/2018) e sino al saldo, relativi alla polizza assicurativa fideiussoria n. 480/34/947.874 rilasciata in data 24.10.2005 in favore del Comune di Besana in Brianza, avendo Helvetia eseguito per tale polizza il pagamento in favore del Comune di Besana in Brianza della somma complessiva di € 381.840,90. E condanna altresì gli attori a versare a favore di Helvetia Compagnia Svizzera di Assicurazioni - Rappresentanza Generale e Direzione per l'Italia la somma di € 469.138,38 oltre agli interessi nella misura prevista dal D.Lgs. 231/2002 da calcolarsi dalla data del pagamento (10/4/2019)

e sino al saldo a seguito dell'escussione e del pagamento della polizza fideiussoria n. 480/34/947.873.

Si deve ritenere, quindi, che Helvetia si sia liberata dagli obblighi assunti con la polizza n. 480/34/947.873 per effetto del pagamento a favore del Comune avvenuto in corso di causa.

Quanto alla domanda di condanna di parte attrice per responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96 III comma c.p.c. va richiamata la sentenza a Sezioni Unite della Corte di Cassazione ( *Sentenza n. 9912 del 20/04/2018*) che ha affermato il principio in forza del quale:

*“ La responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96, comma 3, c.p.c., a differenza di quella di cui ai primi due commi della medesima norma, non richiede la domanda di parte né la prova del danno, ma esige pur sempre, sul piano soggettivo, la mala fede o la colpa grave della parte soccombente, sussistente nell'ipotesi di violazione del grado minimo di diligenza che consente di avvertire facilmente l'infondatezza o l'inammissibilità della propria domanda, non essendo sufficiente la mera infondatezza, anche manifesta, delle tesi prospettate; peraltro, sia la mala fede che la colpa grave devono coinvolgere l'esercizio dell'azione processuale nel suo complesso, cosicché possa considerarsi meritevole di sanzione l'abuso dello strumento processuale in sé, anche a prescindere dal danno procurato alla controparte e da una sua richiesta, come nel caso di pretestuosità dell'azione per contrarietà al diritto vivente ed alla giurisprudenza consolidata, ovvero per la manifesta inconsistenza giuridica o la palese e strumentale infondatezza dei motivi di impugnazione.”*. Nel caso in esame non si ravvisa mala fede né colpa grave della parte attrice soccombente. Ne consegue che l'azione processuale proposta non può essere sanzionata.

Le spese processuali, sia del presente giudizio che della fase dell'accertamento tecnico preventivo, seguono il principio della soccombenza e sono poste a carico degli attori sia nei confronti del Comune di Besana in Brianza che nei confronti di Helvetia Assicurazioni e sono liquidate come in dispositivo tenuto conto dell'attività effettivamente svolta dalle parti ai sensi del d.m. n. 55/2014, aggiornato dal D.M. 147/2022 tenuto conto del valore della causa determinato ai sensi dell'art. 5 del predetto decreto.

Le spese di ATP liquidate all'arch. Michele Piva con decreto del 23.1.2020 sono poste definitivamente a carico di parte attrice.

**P.Q.M.**

Il Tribunale, ogni contraria istanza ed eccezione disattesa, definitivamente pronunciando sulle domande proposte da Edilvago S.r.l. in persona del suo legale rappresentante ed il

Geom. Vago Enrico, e per esso i suoi eredi Mattia Vago, Luca Edoardo Aldo Vago, Giovanna Luisa Silvia, nei confronti del Comune di Besana in Brianza e di Helvetia Compagnia Svizzera di Assicurazioni - Rappresentanza Generale e Direzione per l'Italia e sulle domande riconvenzionali svolte da quest'ultima, così provvede:

- a) Rigetta le domande svolte dagli attori;
- b) dato atto dell'ordinanza ex art. 186 ter c.p.c. emessa in data 8.3.2019 condanna Edilvago S.r.l. in persona del suo legale rappresentante ed il Geom. Vago Enrico, e per esso i suoi eredi Mattia Vago, Luca Edoardo Aldo Vago, Giovanna Luisa Silvia al pagamento, in favore di Helvetia Compagnia Svizzera di Assicurazioni - Rappresentanza Generale e Direzione per l'Italia la somma di € 274.413,40 oltre agli interessi nella misura prevista dal D.Lgs. 231/2002 da calcolarsi dalla data del pagamento 11/1/2018 al saldo effettivo e condanna Edilvago S.r.l. in persona del suo legale rappresentante ed il Geom. Vago Enrico, e per esso i suoi eredi Mattia Vago, Luca Edoardo Aldo Vago, Giovanna Luisa Silvia al pagamento, in favore di Helvetia Compagnia Svizzera di Assicurazioni - Rappresentanza Generale e Direzione per l'Italia la somma di € 469.138,38 oltre agli interessi nella misura prevista dal D.Lgs. 231/2002 da calcolarsi dalla data del pagamento (10/4/2019) e per l'effetto dichiara Helvetia Compagnia Svizzera di Assicurazioni - Rappresentanza Generale e Direzione per l'Italia liberata dagli obblighi assunti con la polizza fideiussoria n. 480/34/947.873;
- c) condanna parte attrice al pagamento a favore del Comune di Besana in Brianza delle spese processuali che liquida nella somma complessiva di euro 10.500,00 per compenso di avvocato, oltre rimborso forfetario per spese generali, nella misura del 15% del compenso, oltre ad IVA e CPA come per legge con distrazione ai sensi dell'art. 93 c.p.c. a favore dell'avv. Mauro Arrigoni e Bruno Arrigoni;
- d) condanna parte attrice al pagamento a favore Helvetia Compagnia Svizzera di Assicurazioni - Rappresentanza Generale e Direzione per l'Italia delle spese processuali che liquida nella somma complessiva di euro 12.500,00 per compenso di avvocato, oltre ad € 1.686,00 per contributo unificato oltre rimborso forfetario per

spese generali, nella misura del 15% del compenso, oltre ad IVA e CPA come per legge

- e) pone definitivamente a carico di parte attrice le spese di ATP liquidate in corso di causa con decreto del 23.1.2020 all' arch. Michele Piva.

Milano, 10 aprile 2024

Il Giudice  
Anna Giorgia Carbone