



TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO
SESTA SEZIONE CIVILE

Nel procedimento cautelare iscritto al n. r.g. **27035/2014** promosso da:

SACE BT S.P.A. (C.F. 08040071006) con il patrocinio dell'avv. FERRANTE FABIO, elettivamente domiciliato in PIAZZA VELASCA 5 MILANO presso il difensore avv. FERRANTE FABIO

RICORRENTE

contro

PROGETTO PARCHEGGI ITALIA S.R.L. (C.F. 05514690964) con il patrocinio dell'avv. ANGIOLINI VITTORIO, dell'avv. LUCA FORMILAN e dell'avv. ALESSANDRO BASILICO elettivamente domiciliato in VIA CHIOSSETTO, 14 20122 MILANO presso il difensore avv. ANGIOLINI VITTORIO

RESISTENTE

Il Giudice dott. Antonella Cozzi, a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 05/02/2015, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

ex art 702 ter c.p.c.

L'azione della SACE BT S.p.A. si fonda sulle polizze fideiussorie stipulate con la società Progetto Parcheggio Italia S.p.A. a garanzia delle obbligazioni nascenti da due convenzioni stipulate con il Comune di Milano per la realizzazione di parcheggi in via Aporti/Varanini ed in via Mosso.

In particolare, le polizze fideiussorie relative al parcheggio di via Aporti/Varanini sono le seguenti:

- la polizza n. 5121.00.27.2799557596 (*doc. 2 cit.*) emessa a garanzia "dell'integrità del condotto di fognatura pubblica limitrofo all'area di intervento" per un massimale di € 313.500,00;
- la polizza n. 5121.00.27.2799557597 (*doc. 2 cit.*) emessa a garanzia "dell'integrità dei condotti di fognatura esistenti" per un massimale di € 50.000,00;
- la polizza n. 5121.00.27.2799557605 (*doc. 2 cit.*) emessa a garanzia "del corrispettivo del diritto di superficie" per un massimale di € 870.703,82;
- la polizza n. 5121.00.27.2799557616 (*doc. 2 cit.*) emessa a garanzia "dell'esatto adempimento di tutte le condizioni e obblighi assunti con la stipula della convenzione" per un massimale di € 4.181.007,66;



Le polizze fideiussorie relative al parcheggio di via Mosso sono le seguenti:

- la polizza n. 5121.00.27.2799557606 emessa a garanzia “*dell'integrità del condotto di fognatura pubblica limitrofo all'area di intervento*” per un massimale di € 47.500,00;
- la polizza n. 5121.00.27.2799557611 emessa a garanzia “*del corrispettivo del diritto di superficie*” per un massimale di € 52.749,56;
- la polizza n. 5121.00.27.2799557619 emessa a garanzia “*dell'esatto adempimento di tutte le condizioni e obblighi assunti con la stipula della convenzione*” per un massimale di € 2.193.948,89.

Con ricorso ex art 702 bis c.p.c., la SACE BT s.p.a. citava in giudizio Progetto Parcheggi Italia s.p.a. proponendo, sulla base delle condizioni delle polizze suindicate ed in particolare sulla base dell'art. 6, la condanna della convenuta:

in via principale,

a procurare la liberazione di SACE BT s.p.a. dagli obblighi di garanzia derivanti dalle polizze a mezzo del versamento diretto degli importi oggetto della garanzia al beneficiario Comune di Milano ovvero ottenendo la rinuncia di quest'ultimo all'escussione delle polizze;

ovvero al versamento a titolo di deposito cautelativo vincolato a SACE dell'importo pari alla sommatoria del valore delle polizze;

nonché alla condanna al pagamento dei premi di proroga scaduti e non pagati, oltre interessi.

La ricorrente proponeva anche l'azione di regresso condizionata all'escussione delle polizze ed al pagamento al beneficiario, che non deve essere decisa non essendosi verificata la condizione.

All'udienza del 5.2.2015 le parti davano atto dell'avvenuto svincolo delle polizze fideiussorie relative al parcheggio di via Mosso n. 5121.00.27.2799557606 per un massimale di € 47.500,00 e n. 5121.00.27.2799557611 per un massimale di € 52.749,56 quindi della cessazione della materia del contendere in relazione alla domanda di rilievo ex art. 6 delle polizze predette.

In ordine alle due polizze suindicate deve quindi essere decisa soltanto la domanda della ricorrente di condanna della resistente al pagamento dei premi scaduti e non pagati.

La domanda di rilievo ex art. 6 delle polizze deve, invece, essere decisa, in relazione al parcheggio di via Mosso, per la sola polizza n. 5121.00.27.2799557619 emessa a garanzia “*dell'esatto adempimento di tutte le condizioni e obblighi assunti con la stipula della convenzione*” per un massimale di € 2.193.948,89, nonché, in relazione al parcheggio di via Aporti/Varanini, per tutte le quattro polizze per un complessivo importo del massimale di € 5.415.211,48.

Ciò premesso occorre esaminare le eccezioni pregiudiziali e preliminari sollevate dalla resistente, che devono essere respinte in quanto infondate.



L'eccezione di incompetenza del giudice adito, essendo competente per materia il Tribunale delle Imprese sezione specializzata ex art. 3 comma 2 lett. f D.Lgs 27.6.2003 n 168, si basa sulla connessione di questa causa ai procedimenti relativi a contratti pubblici di appalto di lavori, servizi e forniture di rilevanza comunitaria e sulla considerazione che i contratti pubblici per cui sono state emesse le fidejussioni siano di rilevanza comunitaria.

Deve, tuttavia, rilevarsi che il rapporto dedotto in questo giudizio è quello che intercorre tra il garante ed il contraente delle polizze, che sono pacificamente contratti autonomi di garanzia, con la conseguenza che non è ravvisabile, né un rapporto di accessorietà, né di connessione propria, tra il predetto rapporto ed il rapporto garantito, che intercorre, invece, tra il contraente ed il beneficiario e che è fondato sulle convenzioni (oggetto, nella specie, di ricorsi al TAR ed al Consiglio di Stato).

L'assenza di accessorietà e di connessione è sufficiente per escludere la competenza per materia del Tribunale delle Imprese sezione specializzata, a prescindere dalla rilevanza comunitaria dei contratti pubblici, che è stata contestata dalla ricorrente.

Anche l'eccezione di inammissibilità/improcedibilità delle domande per l'incompatibilità tra l'azione di rilievo e l'azione di regresso deve essere disattesa, in quanto la domanda di regresso è stata proposta in via condizionata all'escussione della polizze ed al pagamento del garante e sulla stessa la ricorrente non ha concluso non essendosi avverata la condizione, come suesposto.

Infine, deve essere esaminata e respinta l'istanza di sospensione del procedimento in attesa della decisione del TAR dell'istanza cautelare proposta dalla resistente nei confronti del Comune di Milano tendente ad ottenere la sospensione, tra gli altri, del provvedimento di decadenza della convenzione per il parcheggio di via Mosso e del diniego dello svincolo della polizza residua.

Non è, infatti, configurabile il rapporto di pregiudizialità logico-giuridico richiesto dall'art. 295 c.p.c. tra la decisione del Tar sull'istanza cautelare e questo giudizio, giacché la prima decisione riguarda il rapporto garantito mentre questo giudizio ha ad oggetto il diverso rapporto tra garante e contraente, come suesposto.

In particolare si osserva che l'unico elemento del rapporto garantito rilevante per l'azione esercitata ex art. 6 della polizza e per la domanda di condanna al pagamento dei supplementi di premio, è lo svincolo della polizza, in quanto esso determina la cessazione dell'obbligazione del garante e la liberazione del contraente dall'obbligo di pagamento dei supplementi di premio, mentre tutte le vicende del rapporto garantito che possono portare allo svincolo delle polizze (come è avvenuto, nelle more del giudizio, per le due polizze del parcheggio di via Mosso suindicate) non riguardano il rapporto tra il contraente ed il garante; infatti, in assenza dello svincolo, il contraente resta obbligato al pagamento dei premi nei confronti del garante e quest'ultimo resta obbligato nei confronti del beneficiario e, nel caso di escussione, deve pagare a prima richiesta e senza eccezioni.



Non deve quindi essere disposta la sospensione della causa e la richiesta di rinvio della resistente non può essere accolta, essendovi l'accordo del ricorrente limitato alla posizione di via Mosso e stante l'opposizione della resistente alla separazione delle posizioni di via Mosso e di via Aporti/Varanini, per le quali va confermata l'opportunità della trattazione unitaria come da ordinanza del 21.11.2014.

Nel merito va preliminarmente esaminata e decisa l'eccezione di prescrizione sollevata dalla resistente ex art. 2952 cod. civ., che deve essere respinta in quanto infondata, non essendo applicabile la disciplina dettata dal legislatore in materia di assicurazioni alla fattispecie in esame, che è riconducibile al contratto autonomo di garanzia, come si evince chiaramente considerando la causa delle polizze, che è di garanzia, e le condizioni delle polizze, che richiamano le norme sulla fideiussione.

Sempre nel merito, si osserva che l'azione della ricorrente si fonda sulla clausola n 6 delle condizioni generali della polizza, che prevede l'obbligo del contraente Progetto Parcheggio Italia s.p.a. di procurare la liberazione del fideiussore dalle garanzie di polizza o pretendere dallo stesso e dai suoi coobbligati, anche con azione giudiziale, il versamento di una somma pari al massimale, a titolo di deposito cautelativo a garanzia del regresso sino a che la società garante non venga liberata dagli obblighi nascenti dalla polizza, nei casi indicati, tra cui ogni ipotesi di peggioramento della situazione economica del contraente (lett. b), la trasformazione del contraente (lett. c), il mancato pagamento dei premi di proroga riferiti alla stessa o ad altre polizze stipulate con la Società (lett. d). La ricorrente agisce quindi in forza dell'art. 6 della polizza e non esercita l'azione di rilievo di cui all'art 1953 cod. civ., che è prevista in cinque ipotesi tassative, che non sono invocate nel caso in esame.

La resistente assume la nullità della clausola n 6 della polizza, in quanto prevede l'azione di rilievo in ipotesi non contemplate dell'art. 1953 cod. civ., che sono ipotesi tassative.

Invero la nullità non presuppone soltanto la tassatività dei casi previsti dall'art. 1953 cod. civ., ma richiede l'inderogabilità della norma, che non è ravvisabile nella specie, non essendo la norma prevista a tutela di diritti indisponibili.

In particolare, la resistente richiama l'art. 1229 cod. civ., assumendo la nullità della clausola 6 perché limita o esclude, in via preventiva, la responsabilità del fideiussore; la norma citata riguarda, però, i casi di esonero di responsabilità del debitore per dolo o colpa grave (I comma) o qualora il fatto del debitore costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico (II comma), che non sono casi ipotizzabili nella specie, considerato che l'accenno del resistente alla "responsabilità civile che riguarda lavori pubblici" è un fuor d'opera, non configurandosi neppure in



astratto la possibilità che l'azione di rilievo del garante nei confronti del contraente incida sulla predetta responsabilità, che è del tutto estranea al loro rapporto.

Infine, va esclusa la dedotta inefficacia della clausola 6 ex art. 1341 cod. civ., essendo stata specificamente sottoscritta dal contraente.

La nullità della clausola è stata dedotta dalla resistente anche in quanto essa comporterebbe la liberazione del fideiussore dal rischio tipico della garanzia, in quanto il fideiussore si limiterebbe a pagare il beneficiario con le somme già depositate dal debitore.

La tesi è suggestiva ma non convince, in quanto la clausola in questione non incide sulla causa del contratto autonomo di garanzia.

La causa "concreta" del contratto autonomo di garanzia può essere definita, secondo la nota sentenza della Cassazione, Sez. U, n. 3947 del 18/02/2010, nei seguenti termini: *"Il contratto autonomo di garanzia (cd. Garantievertrag), espressione dell'autonomia negoziale ex art. 1322 cod. civ., 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. (Fattispecie in tema di polizza fideiussoria a garanzia del committente di un appalto di opera pubblica)."*

La causa concreta del contratto autonomo di garanzia è quindi ravvisabile nel trasferimento del rischio economico del rapporto garantito sul soggetto garante, il quale si assume, nei confronti del beneficiario, un'obbligazione autonoma rispetto a quella del contraente.

Così individuata la causa del contratto autonomo di garanzia, si osserva che la clausola 6 della polizza, che attiene al rapporto tra contraente e garante prevedendo la possibilità per il garante di cautelarsi, quando ancora non è avvenuta l'escussione della garanzia, nel caso di mutamento in



peius della situazione del contraente, ovvero nel caso di un sopravvenuto aggravio della propria posizione per l'inadempimento del contraente, non riguarda il rapporto con il beneficiario della garanzia, la cui posizione resta invariata.

La resistente ha dedotto anche la contrarietà ai canoni di correttezza della clausola n 6 per la sproporzione tra il proprio inadempimento, consistente nel mancato pagamento dei premi, che ammontano complessivamente a € 64.232,00 per via Mosso e complessivamente a € 151.627,00 per via Aporti/Varanini, e l'importo di cui la ricorrente chiede il deposito cautelativo, pari ai massimali delle polizze, di € 2.193.948,89 per via Mosso (considerando la sola polizza residua) e di € 5.415.211,48 per via Aporti/Varanini.

Anche tale doglianza non appare fondata, in quanto la proporzionalità va considerata ragguagliando l'importo del deposito cautelativo con l'ammontare dell'esposizione del garante nei confronti del beneficiario, pari al massimale della garanzia, considerato che il rischio dell'escussione della garanzia per il ricorrente è sino al predetto importo.

Né può rilevare per il garante il fatto che il contraente non paghi i premi per questioni attinenti il rapporto garantito, in quanto il garante resta comunque obbligato e, nel caso di escussione, non può opporre al beneficiario le eccezioni relative al rapporto garantito.

Il mancato pagamento dei premi di proroga delle polizze scaduti sino ad oggi per € 64.232,00 per via Mosso e per € 151.627,00 per via Aporti/Varanini è circostanza pacifica in causa.

Ne consegue che deve ritenersi integrato il requisito di cui alla lett. d) dell'art 6 delle polizze, che è sufficiente per l'accoglimento della domanda di rilievo del ricorrente.

Le altre ipotesi di cui alle lett. b) e c) non vengono esaminate, essendo tra loro alternative.

Le domande del ricorrente di rilievo ex art. 6 della polizza e di condanna al pagamento dei supplementi di premio delle polizze fideiussorie per cui è causa devono quindi essere accolte.

Le spese di lite seguono la soccombenza della resistente e si liquidano come da dispositivo ex D.M. 44/15.

P.Q.M.

Il Tribunale definitivamente pronunciando, ogni diversa ed ulteriore istanza ed eccezione respinta e/o assorbita, così dispone:

- 1) dichiara la cessazione della materia del contendere in relazione alla domanda di rilievo per le polizze fideiussorie n. 5121.00.27.2799557606 per un massimale di € 47.500,00 e n. 5121.00.27.2799557611 per un massimale di € 52.749,56;
- 2) condanna la PROGETTO PARCHEGGI ITALIA S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,



- a procurare la liberazione di SACE BT S.p.A. dagli obblighi di garanzia assunti con le polizze fideiussorie n. 5121.00.27.2799557596, n. 5121.00.27.2799557597, n. 5121.00.27.2799557605 e n. 5121.00.27.2799557616 e per la polizza fideiussoria n. 5121.00.27.2799557619 a mezzo del versamento diretto degli importi oggetto di garanzia in favore del beneficiario Comune di Milano ovvero ottenendo la rinuncia di quest'ultimo all'escussione delle polizze;

o alternativamente

- al versamento a titolo di deposito cautelativo vincolato a SACE BT S.p.A. dell'importo di € 5.415.211,48 e dell'importo di € 2.193.948,89;

3) condanna la PROGETTO PARCHEGGI ITALIA S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, al pagamento, in favore di SACE BT S.p.A., dell'importo capitale di € 151.627,00 a titolo di premi di proroga relativi alle polizze fideiussorie n. 5121.00.27.2799557596, n. 5121.00.27.2799557597, n. 5121.00.27.2799557605 e n. 5121.00.27.2799557616 oltre interessi dalla scadenza dei singoli premi al saldo;

4) condanna la PROGETTO PARCHEGGI ITALIA S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, al pagamento, in favore di SACE BT S.p.A., dell'importo capitale di € 64.232,00 a titolo di premi di proroga relativi alle polizze fideiussorie n. 5121.00.27.2799557606, n. 5121.00.27.2799557611 e n. 5121.00.27.2799557619, oltre interessi dalla scadenza dei singoli premi al saldo;

5) condanna la PROGETTO PARCHEGGI ITALIA S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, alla rifusione delle spese di lite in favore di SACE BT S.p.A., che liquida in € 20.000,00 per compenso, € 1466,00 per spese, oltre 15% spese forf., IVA e Cpa come per legge.

Si comunichi.

Milano, 10 febbraio 2015

Il Giudice
dott. Antonella Cozzi

