

Sentenza n. 293/2018 pubbl. il 26/02/2019

N. _____ Sent. _____



CONTENZ. N. RG n. 2991/2018
CRONOL. N. _____
REPERT. N. _____
COMUNICAZ.N. _____
DEP. MINUTA _____
P.M. _____
Esente da bollo L.488/99

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Parma in persona del Giudice Istruttore **Dott.**

Nicola SINISI in funzione di Giudice Unico, ha pronunciato la seguente

OGGETTO:
*risoluzione contratto
preliminare vendita*

SENTENZA

nella causa civile promossa da:

AUTO S.p.A., con sede in Parma, in persona

- ATTRICE -

contro

EDIL S.p.A., con sede in Reggio Emilia, in persona di

- CONVENUTA -

con la chiamata in causa di

B.P.E.R. BANCA S.p.A., già **Banca Popolare dell'Emilia Romagna Soc. Coop.va**, con sede in Modena, in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Giacomo Voltattorni, elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo, in Parma, P.le Boito n.3

- TERZA CHIAMATA -

Causa Civile iscritta al n.2991/13 del Ruolo Generale ed assegnata a sentenza sulle seguenti conclusioni rassegnate all'udienza del 12 luglio 2017:

Per l'attrice:

"Voglia il Tribunale Ill.mo adito, in composizione monocratica, previa ogni più utile declaratoria del caso e di legge, ogni diversa e contraria istanza ed eccezione disattesa anche in via istruttoria ed incidentale:

- nel merito, in via principale, accertare e dichiarare l'intervenuto inadempimento contrattuale della Edil _____ S.p.a. per violazione dell'obbligazione della presentazione di un progetto preliminare di ristrutturazione edilizia nel rispetto delle normative urbanistiche ed edilizie vigenti e conseguentemente accertare e dichiarare il legittimo esercizio del diritto di recesso della Auto _____ s.p.a. ex art.1385 c.c., con conseguente diritto della stessa società Auto _____ a trattenere la parte di caparra confirmatoria già versata, pari ad Euro 250.000,00=, e ad ottenere la condanna della convenuta Edil _____ s.p.a al versamento della restante parte di caparra convenuta ma non corrisposta, pari ad ulteriori Euro 250.000,00=;
- sempre in via principale nel merito, accertare e dichiarare l'intervenuta violazione da parte della convenuta Edil _____ s.p.a. del dovere giuridico di buona fede nei termini rappresentati in narrativa e per l'effetto condannare la stessa al risarcimento dei danni da liquidarsi in via equitativa ex art. 1226 c.c.;
- in ogni caso, con vittoria di competenze del giudizio oltre IVA e CPA come per legge".

Per la convenuta:

"*Contrariis reiectis*, previe le declaratorie del caso e di legge, voglia l'Ill.mo Tribunale adito:

dato atto della avvenuta verificaione della condizione risolutiva di cui al paragrafi 7.1 del contratto preliminare di data 01.03.2012 (doc. n.1)

DICHIARARE risolto il contratto preliminare in data 01.03.2012 (doc. n. 1)

CONDANNARE Auto _____ S.p.a. a restituire in favore di Edil _____ S.p.a. la somma di Euro 250.000,00= (duecentocinquantamila) somma maggiorata di interessi e quindi rivaluta dal 30 ottobre 2012 sino al di del saldo.

In ogni caso

CONDANNARE Auto _____ S.p.a. a risarcire tutti i danni patiti e patendi da Edil _____ S.p.a. che si quantificano nell'importo di Euro 200.000,00= o comunque nella misura maggiore o minore che risulterà accertata in corso di causa o sarà ritenuta di giustizia. Somma maggiorata da interessi e rivalutazione dal di del dovuto sino al saldo all'effettivo soddisfo.

Previa chiamata in causa di Banca Popolare Emilia Romagna Soc. Coop., CONDANNARE Banca Popolare Emilia Romagna Soc. Coop., in solido con Auto _____ S.p.a. a pagare in favore di Edil _____ Spa la somma di

Euro 250.000,00= (duecentocinquantamila) somma maggiorata di interessi e quindi rivaluta dal 30 ottobre 2012 sino al di del saldo.

In subordine, in denegata ipotesi che il Giudice ritenesse non avverata la condizione risolutiva.

ACCERTARE grave inadempimento imputabile ad Auto _____ s.p.a. al contratto preliminare data 01.03.2012 (doc. 1) comunque vigente e RIGETTATA la domanda di recesso di Auto _____ spa siccome illegittima ed infondata, DICHIARARE legittimo il recesso ex art. 1385 comma II C.C. formalizzato da Edil _____ S.p.a.

DICHIARARE scioglimento del contratto preliminare di compravendita in data 01.03.2012 (doc. n. 1) con diritto di Edil _____ S.p.a. ad esigere la somma doppia (Euro 500.000,00) del versato a titolo di caparra".

Per la terza chiamata:

"Voglia il Trib. Ill.mo, *contrarius reiectis*, respingere la domanda di escussione proposta dalla convenuta Edil _____ contro essa chiamata in causa B.P.E.R. Banca essendo decaduta dalla garanzia per inosservanza delle forme stabilite e per tardività rispetto al termine di operatività; comunque inammissibile e infondata;

in via subordinata: per effetto di *exceptio doli* a ragione della fraudolenza ed abusività riconoscibili manifestamente in relazione alle successive emergenze di causa, ai provvedimenti di reiezione adottati da questo Tribunale in sede cautelare e alla emananda sentenza tra le parti principali.

Spese e compensi integralmente rifusi secondo i parametri, sia del giudizio che delle due fasi della procedura cautelare, oltre il 15% per spese generali, IVA e CPA.

Sentenza provvisoriamente esecutiva*

FATTO E MOTIVI DELLA DECISIONE

AUTO _____ SpA ha introdotto il presente giudizio nei confronti della SpA EDIL _____ con la quale aveva stipulato un preliminare di vendita di compendio immobiliare da ristrutturare, per sentir accertare e dichiarare l'intervenuto inadempimento contrattuale della convenuta, per violazione dell'obbligazione della presentazione di un progetto preliminare di ristrutturazione edilizia nel rispetto delle normative vigenti e, conseguentemente, accertare e dichiarare legittimo il diritto di recesso esercitato ex art.1385 c.c., con conseguente diritto della stessa società promittente venditrice a trattenere la parte di caparra confirmatoria già versata, pari ad € 250.000,00=, e ad ottenere la condanna della promissaria acquirente al versamento della restante parte di caparra convenuta ma non corrisposta, pari ad ulteriori € 250.000,00; ha chiesto, inoltre, di accertare e dichiarare l'intervenuta violazione, da parte della società convenuta, del dovere giuridico di buona fede,

Si costituiva in giudizio la Edil _____, contestando la pretesa attrice; tra l'altro sosteneva che l'Auto _____ aveva condiviso per iscritto ogni fase progettuale, risultando l'unica parte che "nel suo incedere" era comunque inadempiente e negligente, per aver tra l'altro omesso di trasmettere alla parte promissaria acquirente le comunicazioni pervenute dagli enti pubblici interessati ai sensi dell'art.7.4 del contratto preliminare; chiedeva, altresì, l'autorizzazione alla chiamata in causa della B.P.E.R. per esigere

l'escussione della garanzia prestata della restituzione della caparra ancorché, infondatamente, la Banca ne avesse contestato la operatività per essere stata la relativa richiesta consegnata a mani e indirizzata a sede diversa, pervenendo a termine scaduto.

Questo Giudice autorizzava la chiamata in causa cui provvedeva Edil S.p.a. con atto di citazione notificato alla Banca il 9.12.2013, nel quale ribadiva le conclusioni espresse in comparsa di risposta sia nei confronti della Auto S.p.a. che della B.P.E.R..

Quest'ultima si costituiva in giudizio, contestando la legittimità della escussione fidejussoria in quanto irrituale, non secondo le previste forme della racc.ta con ricevuta di ritorno, ma per consegna a mani senza ricevuta presso un ufficio periferico della banca (filiale di Reggio Emilia) anziché presso la sede legale in Modena ove la pratica era trattata e per intempestività rispetto al giorno di scadenza di operatività della garanzia (30.10.2012); contestava, ancora, la legittimità della escussione in quanto la data della medesima, così come apparentemente palesato dalla lettera a mano, risultava antecedente al verificarsi della clausola risolutiva espressa, come da segnalazione documentale di Auto ; contestava, altresì, la illegittimità, per contrarietà ai principi di buona fede della contestazione generica in forza di tutte le clausole risolutive - tra le quali molte potestative miste - senza individuare una o alcuna di esse, rendendo difficile ogni scrutinio di legittimità da parte della garante e della stessa debitrice.

Assunte le prove testimoniali, Edil - con ricorso ex art. 671 c.p.c. - chiedeva sequestro conservativo mobiliare nei confronti di Auto s.p.a. per somme equivalenti alla restituzione della caparra per suo legittimo recesso dal preliminare di compravendita oltreché per altri danni contrattuali, richiesta respinta da chi giudica per insussistenza del *periculum in mora* avendo rilevato che tutte le circostanze patrimoniali negative denunciate dal creditore erano esistenti e note al momento del sorgere della obbligazione (ordinanza del 19.08.2015). Reclamava Edil

ai sensi dell'art 669 *terdecies* c.p.c. ma il Collegio, trattando la questione sotto il profilo del *fumus boni juris*, negava la sussistenza dello stesso, addebitando in via sommaria al reclamante il mancato verificarsi della clausola risolutiva mista potestativa alla base del suo preteso diritto; pertanto il reclamo veniva respinto.

Ciò posto, risulta dalla documentazione che, in data 1 marzo 2012 la società attrice (doc.1 suo fasc.) stipulava con la convenuta un contratto preliminare di compravendita avente ad oggetto un compendio immobiliare, già destinato alla vendita di automobili, "... composto da un terreno nudo di fabbricati ed un fabbricato privo di impianti tecnologici ..."
(p.to 3.4).

Ai fini del giudizio vanno richiamate le seguenti pattuizioni:

p.to 5. Proprietà "Il contratto di compravendita con contestuale trasferimento della proprietà dovrà essere stipulato entro e non oltre (termine essenziale a favore della parte promissaria acquirente) il 30 settembre 2012(...)".

P.to 6. Prezzi e pagamenti "Il prezzo di vendita totale del compendio immobiliare in oggetto è fissato dalle parti in € 10.250.000,00 oltre imposte di legge.

La promissaria acquirente provvederà ad effettuare il pagamento con le seguenti modalità, senza interessi in pendenza ...:

- € 250.000,00 (...) al momento della stipula del presente accordo, a titolo di caparra confirmatoria, a valere sul saldo prezzo;

- € 250.000,00 (...) entro gg. 15 dall'approvazione definitiva del progetto preliminare di ristrutturazione edilizia da parte dell'Autorità Amministrativa competente. Per patto espresso anche tale somma si deve considerare a titolo di ulteriore caparra confirmatoria e poi da imputarsi al prezzo totale; (...)"

6.2 "La promissaria venditrice controgarantisce l'eventuale restituzione delle somme corrisposte a titolo di caparra per complessivi € 500.000,00 (...) a favore della promissaria acquirente, senza limitazione di titolo e

causa, mediante dazione a favore della parte promissaria acquirente di due fideiussioni bancarie di importo pari alle caparre corrisposte (sino alla concorrenza di € 500.000,00) nelle forme della fideiussione a prima richiesta senza beneficio della preventiva escussione del debitore principale, senza opponibilità di eccezioni di sorta, rilasciata da primario Istituto di Credito, da allegare successivamente al presente atto. A sua volta la promissaria acquirente si impegnava a fornire alla promissaria venditrice al momento della stipula del rogito idonea fideiussione bancaria, con le stesse condizioni previste nella fideiussione di cui sopra, pari ad Euro 500.000,00 a garanzia del puntuale pagamento da effettuarsi dalla promissaria acquirente in data 30/06/2013".

Al p.to 6.4 avevano, altresì, previsto una cessione da parte della promissaria acquirente alla promittente venditrice, di mq.650 complessivi di superficie commerciale di uffici e di nove autorimesse aperte, al prezzo di € 2.000.000, oltre imposte e tasse.

Nel contratto erano anche inserite, al p.to 7, le *condizioni risolutive*:

"7.1. Le parti convengono e si danno atto che il presente accordo è sottoposto alle seguenti condizioni risolutive. Il contratto si risolverà qualora:

- il progetto preliminare di ristrutturazione edilizia, che sarà presentato dalla parte acquirente, *predisposto a cura e spese della stessa, nel rispetto delle normative urbanistiche ed edilizie vigenti*, non venga approvato o se approvato con prescrizioni o condizioni che non siano di gradimento della parte promissaria acquirente;
- il progetto preliminare di ristrutturazione edilizia presentato, con le caratteristiche di cui sopra, non venga approvato entro gg. 90 dalla sua presentazione al competente Ufficio del Comune di Parma, con impegno da parte dell'Arch. di presentare detto progetto al Comune di Parma entro i 45 giorni successivi alla stipula della presente;
- il progetto preliminare di ristrutturazione edilizia approvato non ricomprenda la totale ristrutturazione del fabbricato ex Auto nel

rispetto delle indicazioni applicative regionali in merito alla disposizioni di cui all'art. 5 comma 9 del Decreto Sviluppo pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 13.05.2011;

- il progetto preliminare approvato non ricomprenda il totale recupero dei parcheggi pubblici e privati già realizzati ed esistenti in conformità agli *standard* urbanistici in relazione alle concessioni di licenze commerciali ottenute dalla promissaria venditrice e quindi già in dote al compendio immobiliare;

- la parte promissaria acquirente non possa conseguire, per qualsiasi motivo e causa, recupero totale dei ca. mq. 15.000,00 di SLU esistente nel compendio in oggetto;

- la parte promissaria acquirente non possa conseguire, per qualsiasi motivo e causa, fuori terra i volumi dei ca. mq. 7.500,00 di SLU attualmente collocati al piano seminterrato;

- la parte promissaria acquirente non possa conseguire, per qualsiasi motivo e causa, nel compendio immobiliare spazi commerciali di almeno mq. 3.500,00 di superficie di vendita comprendente una struttura alimentare di almeno mq. 1.500,00 di superficie di vendita;

- la parte promissaria acquirente non possa, per qualsiasi motivo e causa, conseguire fabbricati in corpi di fabbrica separati;

- la parte promissaria acquirente non possa, per qualsiasi motivo e causa, conseguire le destinazioni d'uso presenti nel progetto;

- il Comune di Parma non determini, al momento, del rilascio del parere in merito al progetto preliminare di ristrutturazione edilizia presentato, il preciso importo degli oneri da corrispondere a fronte dell'attuazione di detto progetto;

- il Comune di Parma imponga oneri perequativi a fronte del rilascio del titolo abitativo per l'intervento edilizio;

- il contratto definitivo di compravendita non venga stipulato entro il 30.09.2012".

A seguito del primo pagamento pattuito, la società Auto [] consegnava alla promissaria acquirente garanzia fideiussoria di pari importo rilasciata, in data 27/4/2012, dalla Banca Popolare dell'Emilia Romagna con scadenza il 30/10/2012, data corrispondente all'esatto mese successivo rispetto al giorno in cui doveva essere stipulato il definitivo.

Sostiene la difesa convenuta (da ultimo in conclusionale) "... Edil[] spa partecipava all'affare mossa unicamente dallo scopo pratico di poter conseguire il recupero (la ristrutturazione) del compendio immobiliare finalizzata alla successiva alienazione di singole porzioni ed unità da ricavare (se ed in quanto possibile secondo i permessi dell'Autorità Urbanistica) .. *le parti erano quindi interessate al recupero del compendio immobiliare esistente ai fini della ristrutturazione e non alla costruzione di un nuovo edificio.*

La possibilità di "ristrutturare" il compendio immobiliare esistente significava infatti la possibilità di ripristinare il compendio immobiliare senza dovere soggiacere agli oneri ed ai vincoli che invece si imponevano, secondo i Piani Urbanistici ed i Regolamenti, per la realizzazione di una nuova costruzione (in termini di oneri urbanistici, spazi di servizio, realizzazione di parcheggi ed aree verdi e di destinazione pubblica ecc) .. Edil [] spa (società corrente in Reggio Emilia) si era determinata all'affare solamente dopo aver verificato specifiche esigenze di mercato immobiliare ed aveva raccolto l'interesse di possibili utilizzatori "sulla piazza di Parma" interessati ad una tipologia di fabbricati unici, isolati e recintabili. Si voleva quindi non solo la ristrutturazione del compendio immobiliare, ma la ristrutturazione finalizzata già ad uno specifico scopo commerciale predefinito ..".

In effetti, in argomento - all'udienza del 23.9.2015 - il teste S [] P [] responsabile sviluppo fino al 2013 dell'azienda R [] Soc.coop.va di Reggio Emilia, che curavo sul territorio della regione i rapporti per creare nuovi punti vendita, ha confermato di avere "... preso contatto con la EDIL [] in quanto essendoci possibilità di

ristrutturare l'immobile della ex Fiat in Parma eravamo interessati ad acquistarlo od a locarlo per insediare un nostro punto vendita a marchio Ecu, avendo già un Sigma in zona; le trattative non si conclusero perché non ci venne presentata una soluzione finale, avevamo chiesto determinate dimensioni del punto vendita e che fosse autonomo dal punto di vista gestionale"; a sua volta Alfredo Migliari, amministratore delegato di Immobiliare Nord Est, con sede in Reggio Emilia, sotto il controllo di Coop Consumatori Nord-Est, il cui compito era di produrre sviluppo, attraverso reperimento di aree, fabbricati ed altro ove allocare centri commerciali, supermercati ed altro, ha rammentato "il [redacted] nel corso di un incontro presso la nostra sede mi informò che i due soggetti, EDIL [redacted] e AUTC [redacted], avevano presentato domanda preventiva al Comune di Parma per l'intervento, all'interno del quale era prevista una struttura commerciale; ribadì al [redacted] l'estremo interesse a quella struttura che per noi doveva diventare sostitutiva di quella di via Gramsci nella quale eravamo in affitto, a condizione che il supermercato avesse fronte in via Emilia, fosse isolato recintato e con scarico merci autonomo; tale precisazione la facemmo perché era l'ennesimo soggetto immobiliare con il quale avevo contatti per lo stesso immobile, era almeno il quarto con cui avevo parlato in epoche successive .."; all'udienza del 9 marzo 2015 Pietro Balestrieri, agente immobiliare titolare Studio L'Antelami, "... EDIL [redacted] ci aveva chiesto una analisi commerciale relativamente all'immobile di via Gramsci appartenente ad AUTC [redacted]; per correttezza non svolgemmo la trattativa, ma nell'ambito della consulenza facemmo presente che solo in caso di ristrutturazione l'affare sarebbe stato appetibile e fonte di ritorno economico, altrimenti non sarebbe stato interessante per i troppi costi".

Orbene, nel giugno 2012 Auto [redacted] spa e Edil [redacted] spa, congiuntamente, inoltravano al Comune di Parma una richiesta di VALUTAZIONE PREVENTIVA ai sensi dell'art. 16 L.R. n°31 del

25/11/2002 (doc.2 conv.), in pratica *interpellando* la Pubblica Amministrazione circa l' "ammissibilità dell'intervento".

Ha spiegato il teste arch. [redacted], all'udienza del 9.3.2015, "... l'art.21 della legge regionale 15 consentiva di presentare un progetto preliminare al Comune che, laddove accettato, sarebbe divenuto uno stato di fatto, acquisito, sul quale realizzare la progettazione esecutiva ... non era l'unico strumento era quello più veloce ed immediato, introdotto all'epoca da poco tempo con la legge regionale, e dava certezze di uno sviluppo esecutivo successivo"

L'istanza del giugno faceva seguito e dava esecuzione alla convenzione di data 15/5/12 (doc.3 conv.): accordo in base al quale le parti concordemente avevano rinviato e ridefinito i termini di presentazione del documento di valutazione preventiva inizialmente presi nel preliminare.

Il Comune di Parma aveva considerato ricevibile l'istanza e la aveva esaminata senza sollevare eccezioni di procedura; l'Ente durante l'istruttoria della domanda non aveva richiesto integrazione documentale.

L'odierna convenuta provvedeva a depositare la relazione, elaborata dall'arch. G [redacted], in data 25/6/2012 (prot. gen.106394 - doc.4).

Esaminata la pratica, il Comune di Parma esprimeva, con comunicazione in data 2/8/2012 (prot. 120352 - doc.5), parere NON FAVOREVOLE, sulla chiesta valutazione preventiva, fondando la propria decisione su considerazioni di carattere generale e su obiezioni specifiche.

In particolare, il Settore Servizi rilevava "Dagli elaborati di progetto presentati l'intervento differentemente da quanto previsto dalla relazione tecnica *si configura come nuova costruzione e non come ristrutturazione edilizia, in quanto vi è la costruzione di nuovi edifici*, pertanto si deve verificare la conformità dell'intervento con quanto previsto dall'articolo 3.2.47 comma 6 delle NTA del RUE vigente, (la nuova costruzione è ammessa previa demolizione)".

Specificamente sanciva:

- a) l'inammissibilità della funzione *residence* nella zona urbanistica in questione;
- b) il contrasto tra la destinazione desiderata di "struttura commerciale medio grande" con la destinazione d'uso ammessa di "struttura commerciale medio-piccola";
- c) la necessaria configurazione dell'intervento come "nuova costruzione" e non ristrutturazione, con conseguente obbligo per l'impresa di adeguarsi ai vigenti requisiti di spazi relativi a parcheggi pubblici, parcheggi privati, spazi verdi ecc...

L'Amministrazione Comunale, peraltro, invitava Edil_____ a regolarizzare la posizione, indicando una serie di chiarimenti da fornire e di documenti da allegare alla presentazione della pratica.

Lamenta la società attrice che la promissaria acquirente "... non solo non dava alcun seguito alle richieste ed indicazioni del Comune, ma assumeva comportamenti contrari alla buona fede contrattuale ..."

Per parte sua Edil_____ spa, alla luce della risposta tecnica rassegnata dall'Amministrazione, reputato "definitivo ed inoppugnabile il provvedimento", considerati i limiti imposti dal Comune rispetto alle esigenze economiche dell'intervento, concludeva che non si potevano attuare le specifiche finalità considerate alla base del contratto ed invocava la clausola risolutiva.

"... Mentre le richieste di integrazione e chiarimenti si riferiscono soltanto ad aspetti marginali e collaterali del progetto, dalla risposta del Comune emerge lampante la *già definitiva conclusione che mai, in nessun caso, sarebbe stato possibile attuare quel piano di ristrutturazione volto alla creazione di fabbricati unici, isolati e recintabili, del centro commerciale e dei relativi servizi, che era il solo e determinante interesse di Edil_____*

In altre parole, l'attività di integrazione .. sarebbe stata del tutto irrilevante .." (così la difesa convenuta in conclusionale).

In data 7/11/2012 la odierna attrice riceveva una lettera della Edil_____ (datata 30/10/2012 ma spedita il 5/11/2012), nella quale la stessa

dichiarava di considerare verificata la condizione risolutiva di cui al paragrafo 7 del preliminare e invitava, quindi, Auto [redacted] a restituire tutte le somme versate entro 10 giorni (doc.9 attrice).

Con raccomandata di data 8/11/12 (doc.4 conv.) Auto [redacted] spa negava il verificarsi della condizione risolutiva invocata dalla controparte, a sua volta contestando ad Edil [redacted] spa inadempimento al contratto, azionando il recesso dal medesimo per fatto e colpa della stessa Edil [redacted] spa; quest'ultima replicava a mezzo del legale (racc. del 17/11/12, doc.5) ripudiando la contestazione di preleso inadempimento addebitato e contestando l'illegittimità del recesso, unilaterale spiccato da Auto [redacted] spa, in quanto facoltà non contemplata nel preliminare

Si legge in conclusionale "... richiamate le ragioni che stavano alla base dell'affare, richiamato il condiviso carattere esplorativo del progetto di valutazione preventiva, *in ragione del fatto che Auto [redacted] spa aveva partecipato ad ogni passaggio del procedimento amministrativo*, si può affermare che non esisteva alcun inadempimento imputabile a Edil [redacted] spa e comunque non esisteva un inadempimento tanto grave (art.1455 CC) da legittimare il recesso in tronco spiccato unilateralmente da Auto [redacted] spa dal contratto .. il recesso unilaterale al contratto .. resta atto illegittimo e quindi Auto [redacted] spa è obbligata a restituire in favore di Edil [redacted] spa la somma di € 250.000 ingiustamente trattenuta ..".

La società attrice insiste, invece, nel negare che il provvedimento *non favorevole* emesso dal Comune abbia costituito *avveramento* della condizione risolutiva prevista nel preliminare, non condividendo, in particolare, l'interpretazione del termine "*ristrutturazione*" utilizzato dai contraenti che sarebbe stato da intendere - secondo la convenuta - in senso tecnico, ovvero alla stregua delle norme edilizie urbanistiche, in contrapposizione al concetto di "*nuova costruzione*"; in altre parole, secondo Edil [redacted], le parti riferendosi alla "*ristrutturazione*" del complesso immobiliare avrebbero voluto escludere un intervento di

riqualificazione dell'area che fosse da annoverare, in termini edilizi, tra gli interventi di "nuova costruzione".

Sul punto va rimarcato come abbia avuto modo di esprimersi – con dovizia di argomenti che trovano concorde questo Giudice – il Collegio adito, in sede di reclamo, dalla EDIL _____ avverso il rigetto del suo ricorso per sequestro conservativo.

In particolare il contrasto della tesi della difesa convenuta con i documenti in atti e gli esiti della prova orale è ben delineata nella ordinanza del 5 novembre 2015.

".. Dalla lettura della nota del 1/8/12 (doc. 5 AUTO _____ S.p.a. fascicolo di merito) emerge che il Comune si esprimeva negativamente sul progetto redatto dall'arch. _____, per la difformità del progetto alla normativa edilizia vigente, in quanto: a) era prevista una destinazione d'uso ricettivo residence, mentre nell'area era ammesso un uso alberghiero e b) prevedeva una struttura commerciale medio grande, mentre nella zona erano ammesse strutture di vendita medio piccole.

La PA inoltre rilevava che "il progetto risulta carente degli elaborati grafici di confronto, la destinazione d'uso legittimata stato di fatto. Si precisa inoltre che le piante di progetto non sono in adeguata scala, che le destinazioni d'uso di progetto a seguito di quanto sopra descritto non risultano chiare, pertanto l'ufficio scrivente non si esprime in merito alla SLU di progetto ed in merito alla conformità dei singoli locali ai regolamenti vigenti". Pare, dunque, evidente che il progetto redatto dall'arch. _____, su incarico di EDIL _____ S.p.A., non solo non era corredato da idonei elaborati grafici, ma neppure rispettava le normative urbanistiche ed edilizie vigenti, prevedendo destinazioni d'uso non consentite nella zona ..".

Nella sua deposizione il _____ aveva spiegato "... l'obiettivo di EDIL _____ era quello di poter ristrutturare l'immobile per riconvertirlo a fini commerciali specifici .. l'edificio era complesso in quanto parte della SLU era collocata nell'interrato, per cui anche con la ristrutturazione era

necessario realizzare qualcosa di più articolato, anche con dei nuovi volumi .. AUTO | era stata informata della possibilità, che condivideva, di ubicare nell'edificio un centro commerciale e non solo, il mio progetto prevedeva anche albergo e strutture di servizio; più che altro la ristrutturazione ci consentiva di recuperare gli *standards* urbanistici, nel caso i parcheggi, da portare in dote e quindi anche un risparmio in termini economici; siccome l'area non era stata inserita nel POC ma era legata al vecchio strumento che consentiva di utilizzare la soluzione della ristrutturazione nei termini già indicati; ricorrendo al PUA avremmo dovuto affrontare una pratica molto più complessa, era meglio una valutazione preventiva subito valutata dall'Amministrazione, era l'unica strada ..".

".. *Diversamente poi da quanto dedotto da EDILG _____ S.p.A., - prosegue l'ordinanza collegiale - il Comune, lungi dall' "imporre il rispetto di oneri ed ai vincoli - alla stregua di una nuova costruzione", si limitava a rilevare che "Dagli elaborati di progetto presentati l'intervento differentemente da quanto previsto dalla relazione tecnica si configura come nuova costruzione e non come ristrutturazione edilizia, in quanto vi è la costruzione di nuovi edifici, pertanto si deve verificare la conformità dell'intervento con quanto previsto dall'articolo 3.2.47 comma 6 delle NTA del RUE vigente, (la nuova costruzione è ammessa previa demolizione)". Il Comune, dunque, non imponeva affatto lo strumento edilizio della "nuova costruzione", come deduce EDIL _____ S.p.A., ma rilevava che, mentre la relazione tecnica qualificava l'intervento quale "ristrutturazione", gli elaborati di progetto erano in contrasto con la relazione stessa e prevedevano una "nuova costruzione".*

Diversamente da quanto assunto da EDIL _____ S.p.A., dunque, era il suo stesso progetto a configurare una "nuova costruzione".

La nota del Comune del 1/8/12 non conteneva, peraltro, un rigetto definitivo, ma prevedeva una serie di indicazioni e chiedeva ulteriori chiarimenti e documentazioni.

it

A fronte di tale provvedimento con cui il Comune chiedeva chiarimenti e ulteriore documentazione, - pur esprimendo parere negativo in ragione della difformità del progetto di EDIL _____ S.p.A. dalle normative edilizie e urbanistiche e della inidoneità tecnica degli elaborati grafici allegati -, la promittente acquirente invocava la risoluzione del contratto, anziché procedere alla correzione del progetto secondo le indicazioni fornite dal Comune o alla presentazione di un nuovo progetto conforme alle normative edilizie ..".

Conseguentemente "... pare fondata .. la contestazione di AUTO _____ S.p.a. in ordine all'inadempimento della controparte.

La promittente acquirente si era, infatti, impegnata a "presentare a sua cura e spese un progetto preliminare di ristrutturazione edilizia nel rispetto delle normative urbanistiche ed edilizie vigenti" e come è documentalmente riscontrabile dalla lettura della nota del Comune del 1/8/12, tale obbligo non risulta essere stato adempiuto da EDIL _____ S.p.A.

Né pare rilevante che AUTO _____ S.p.a. abbia a sua volta sottoscritto il progetto, poi negativamente valutato dal Comune, o che abbia condiviso (in quanto interessata alla retrovendita di parte del complesso) le linee di fondo del progetto di ristrutturazione di EDIL _____ S.p.A.

Era, infatti, a carico di EDIL _____ S.p.A. ("a sua cura e spese") la predisposizione del progetto preliminare "nel rispetto delle normative urbanistiche ed edilizie vigenti", progetto che, infatti, era redatto dal tecnico incaricato dalla medesima EDIL _____ S.p.A., arch _____

La sottoscrizione del progetto da parte di AUTO _____ S.p.a. era poi resa necessaria per la formale presentazione dell'istanza al comune, atteso che AUTO _____ S.p.a. era la proprietaria del complesso, come, peraltro, precisato dallo stesso Arch. _____, autore del progetto in questione. Il teste ha, infatti, così dichiarato: "fu EDIL _____ S.p.A. a conferirmi l'incarico di predisporre il progetto preliminare relativo alla riconversione del complesso edilizio di via Gramsci, la proprietà era di AUTO _____

S.p.a. quindi fu detta società, immagino in accordo con EDIL

S.p.A. , a sottoscrivere e presentare il progetto".

Né appare rilevante che l'arch. _____, come deduce la reclamante, abbia avuto incontri con _____ di AUTC _____ S.p.a. al fine, come dice il teste _____, "di discutere sulle modalità più opportune e quale fosse il progetto che poteva funzionare per tutti ed anche utile per ottenere il consenso del Comune".

La presenza ad alcuni incontri di C _____, consulente di AUTC _____ S.p.a. in materia fiscale e commerciale, membro supplente del collegio sindacale, non eliminava comunque l'obbligo di EDIL _____ S.p.A. di predisporre "a sua cura e spese" il progetto preliminare, del quale comunque rimaneva responsabile sia sotto il profilo della sua idoneità tecnico-formale, sia della sua conformità alle normative urbanistiche ed edilizie (invece escluse dal Comune e sulle quali non è dato comprendere come potesse interferire un consulente fiscale e commerciale quale è il C _____).

Lo stesso arch. _____ ha escluso, peraltro, il presupposto stesso sul quale si fonda la domanda di EDIL _____ S.p.A. Il teste ha, infatti, negato che la nota del Comune importasse l'impossibilità dell'intervento edilizio di ristrutturazione, atteso che al capitolo "vero che i tecnici interpellati da EDIL _____ S.p.A. con il consenso di AUTO _____ S.p.a. dichiararono che in ragione della risposta di diniego del comune l'intervento non era più sostenibile (per gli oneri edilizi necessari) né conveniente (impossibilità di costruire edifici separati come richiesto dagli interlocutori commerciali)" .. rispondeva "credo si tratti della motivazione adottata da EDIL _____ S.p.A., per me avrei continuato a sviluppare il progetto, trattandosi del mio lavoro".

Si aggiunga che, a confutazione della prospettazione di EDIL _____ S.p.A., la reclamata AUTO _____ S.p.a. ha prodotto con la memoria ex art. 183, comma 6 n. 2 cpc il parere favorevole del Comune di Parma alla richiesta di valutazione preventiva della riqualificazione urbanistica

dell'area di cui al successivo progetto dell'arch. _____ C _____
presentata l'8.2.2014 da AUTC _____ S.p.a (doc. 13 fascicolo di parte
AUTC _____ S.p.a. nel giudizio di merito).

*Il parere favorevole, sia pure condizionato ad alcuni oneri, è stato emesso
il 31.7.2014 dal Comune di Parma previa conferenza di servizi e parere
positivo della Regione e della Provincia. Nel verbale della conferenza di
servizi si legge che "le modalità di intervento sono quelle della
ristrutturazione edilizia... la conferenza ritiene che sia corretto escludere
la possibilità di attuare la nuova costruzione, l'intervento descritto è
riconducibile a ristrutturazione con frazionamento, cambio d'uso ed
insieme sistematico di opere".*

La produzione non è stata in alcun modo contestata da EDIL _____
S.p.A. che nulla ha dedotto né nella memoria ex art. 183, comma 6 n. 3
cpc né nel procedimento cautelare su tale provvedimento o sul suo
contenuto.

*Il documento in questione conferma, dunque, come il precedente parere
negativo alla ristrutturazione fosse correlato a carenze del precedente
progetto a firma arch. _____, redatto su incarico della EDIL*

S.p.A.

*A ben vedere, peraltro, la possibilità concreta del recupero dell'area per i
fini indicati nel preliminare è attestata dalla stessa EDIL _____ S.p.A.
laddove afferma che AUTC _____ S.p.a. ha stipulato "un contratto
preliminare di compravendita del complesso in questione in favore della
società TECNOLOGIA INNOVATIVA srl corrente in Chieti, la quale ha, a
sua volta, promesso in vendita lo stesso immobile (probabilmente
cedendo il contratto) all'IMMOBILIARE NORD EMILIA per realizzarvi
spazi commerciali per la grande distribuzione".*

E' bene rammentare che "Il contratto sottoposto a condizione potestativa
mista e soggetto alla disciplina di cui all'art.1358 cod. civ., che impone alle
parti l'obbligo giuridico di comportarsi secondo buona fede durante lo stato
di pendenza della condizione, e la sussistenza di tale obbligo va

riconosciuta anche per l'attività di attuazione dell'elemento potestativo della condizione mista" (Cass. Sez. U, n. 18450 del 19/09/2005) e che "Colui che si è obbligato sotto la condizione sospensiva del rilascio di una determinata autorizzazione amministrativa, necessaria perché si realizzi la finalità economica del contratto, ha il dovere di compiere tutte le attività che da lui dipendono perché la P.A. sia posta in grado di provvedere positivamente sul rilascio dell'autorizzazione stessa" (Cass. Sez. 3, n. 4110 del 22/03/2001) ..".

In base alle richiamate argomentazioni è stata negato il *fumus boni iuris* dell'istanza cautelare; esse mantengono la propria validità anche nella presente sede a cognizione piena e non più sommaria ed inducono ad escludere la legittimità dell'invocata applicazione della clausola 7 del preliminare e, con essa, la sua risoluzione con restituzione della caparra, come richiesta dalla convenuta.

L'ordinanza collegiale è esplicativa sul punto, allorché ha ricollegato la condotta della EDIL [redacted] non alla impossibilità di conseguire la ristrutturazione dell'immobile per le finalità previste nel contratto (con conseguente avveramento della condizione risolutiva per rigetto della richiesta di valutazione preliminare), "... ma ad una mutata valutazione della convenienza economica del negozio, come sembra emergere dalle dichiarazioni del teste di parte reclamante MIGLIARI Alfredo, amministratore delegato di IMMOBILIARE NORD EST .. il quale ha riferito che il [redacted] lo aveva "informato che AUTC [redacted] S.p.a. ed EDIL [redacted] S.p.A. avevano presentato domanda preventiva al Comune di Parma per l'intervento all'interno del quale era prevista una struttura commerciale .. Non si concluse con EDIL [redacted] S.p.A.; si parlò in linee generali di valutazioni economiche e [redacted] mi disse che doveva riflettere, poi disse che l'importo non sarebbe stato sufficiente a coprire i costi".

Quanto precede, inoltre, consente di ritenere *legittimo* il *recesso* esercitato - ex art. 1385 c.c. - dalla odierna attrice a fronte dell'inadempimento della

convenuta; fuorviante è l'eccezione di illegittimità del recesso perché "il contratto non conteneva clausola di recesso a favore di Auto | spa (ART. 1373 CC)".

In verità le parti avevano previsto nel preliminare contratto "di voler richiamare ed applicare al presente contratto la disciplina prevista dall'art. 1385 c.c." (p.to 6.3), norma che prevede, al secondo comma, il diritto per la parte adempiente del contratto, in caso di inadempimento dell'altra, di recedere e trattenere la caparra (o esigere il doppio di quella prestata) ovvero, alternativamente, di domandare la risoluzione del contratto, unitamente al risarcimento del danno.

Si verte in ipotesi definita in dottrina di *recesso legale*, ovvero di facoltà attribuita dalla legge alle parti contrattuali a fronte della corresponsione di una caparra confirmatoria, la quale rafforza il vincolo contrattuale e scoraggia gli inadempimenti delle parti, pena la perdita della somma versata.

Ne discende la legittimità del recesso esercitato dall'odierna attrice, sulla scorta della disciplina legale dell'istituto della caparra confirmatoria.

Insegna la giurisprudenza "ai fini della legittimità del recesso ex art. 1385 c.c., come della risoluzione, non è sufficiente l'inadempimento, ma occorre anche la verifica circa la non scarsa importanza ai sensi dell'art. 1455 c.c., dovendo il giudice tenere conto della effettiva incidenza dell'inadempimento sul sinallagma contrattuale e verificare se, in considerazione della mancata o ritardata esecuzione della prestazione, sia da escludere per la controparte l'utilità del contratto alla stregua dell'economia complessiva dello stesso ..." (cfr. CASS. Sez. II, 11/02/2014, n. 3089; conf. Sez. II, 09/05/2016, n. 9317; Trib. Salerno, sez. II, 18/03/2013, n. 756).

Quanto sino ad ora esposto offre riscontro alla circostanza che la mancata o ritardata esecuzione della prestazione che incombeva su EDIL _____, sia stata tale da *escludere*, per la società attrice, l'*utilità* del contratto alla stregua dell'economia complessiva del medesimo.

Per completezza, come evidenziato in maniera condivisibile dalla difesa attrice l'accertato "... inadempimento della Edilizia S.p.A." esclude che la stessa possa avvalersi della condizione risolutiva dedotta in contratto, posto che l'avveramento ... dipendeva proprio dal *mancato adempimento* da parte della Edilizia S.p.A. in ordine all'obbligazione posta a carico della stessa "di presentare un progetto preliminare di ristrutturazione edilizia...nel rispetto delle normative urbanistiche ed edilizie vigenti".

Si tratta, infatti, di un'ipotesi di *condizione potestativa mista*, la cui realizzazione è in parte rimessa alla volontà di uno dei contraenti, ed in parte al caso o alla volontà di un terzo ... il combinato disposto di cui agli artt.1358 e 1359 c.c. statuisce la regola della c.d. *fictione iuris* dell'avveramento della stessa: qualora la condizione sia mancata per causa della parte che aveva interesse contrario al suo verificarsi, è sancita l'impossibilità per la parte che con il proprio comportamento ha dato causa al verificarsi o al non verificarsi dell'evento dedotto in condizione di avvalersi della condizione medesima ...".

"L'art.1359 c.c., in forza del quale la condizione si ha per avverata se è mancata per causa imputabile alla parte controinteressata al suo avveramento, non si riferisce solo a coloro che, per contratto, apparivano avere interesse al verificarsi della condizione, ma anche ai comportamenti di chi in concreto ha dimostrato, con una successiva condotta, di non avere più interesse al verificarsi della condizione, ponendo in essere atti tali da contribuire a far acquistare al contratto un elemento modificativo dell'*iter* attuativo della sua efficacia. Detta norma è applicabile anche alla c.d. condizione potestativa mista, il cui avveramento dipende in parte dal caso e in parte dalla volontà di uno dei contraenti" (cfr.CASS.Sez.II, 18/11/2011, n. 24325).

Dichiarato legittimo l'esercizio del diritto di recesso della Auto _____ s.p.a. ex art.1385 c.c., va approfondito il (dedotto) "... conseguente diritto della stessa società ... a trattenere la parte di caparra confirmatoria già versata, pari ad Euro 250.000,00=, e ad ottenere la condanna della convenuta Edil

□ .it

s.p.a al versamento della restante parte di caparra convenuta ma non corrisposta, pari ad ulteriori Euro 250.000,00; sempre in via principale nel merito, l'attrice lamentata l'intervenuta violazione da parte della Edil

s.p.a. del dovere giuridico di buona fede ne chiede condanna al risarcimento dei danni da liquidarsi in via equitativa ex art.1226 c.c..

Sotto il primo profilo ritiene il Tribunale, muovendo dal tenore letterale della norma, di non poter accedere alla richiesta di versamento della restante parte di caparra pattuita, pari ad ulteriori € 250.000,00, proprio in quanto *non corrisposta*,

Il primo comma dell'art.1385 cit., infatti recita "se al momento della conclusione del contratto *una parte dà all'altra*, a titolo di caparra, una somma di danaro o una quantità di altre cose fungibili .."; il secondo comma, a sua volta fa riferimento ad una caparra, a seconda dei casi *data o ricevuta*.

In altri termini *presupposto* è sempre l'avvenuta consegna/ricezione di somma di danaro o quantità di altre cose fungibili.

Nella fattispecie, se effettivamente le parti nel preliminare avevano attribuito natura di caparra anche agli ulteriori € 250.000,00, la loro corresponsione non era stata prevista per un momento certo, ma piuttosto " (...) entro gg. 15 dall'approvazione definitiva del progetto preliminare di ristrutturazione edilizia da parte dell'Autorità Amministrativa competente ..", pacificamente mai avvenuto e rispetto al quale - a parere di giudica - il pur accertato inadempimento della odierna società convenuta non può avere la medesima valenza causale riconosciuta per legittimare il recesso. Ciò chiarito, va approfondita la compatibilità delle domande spiegate, entrambe in via principale, dalla AUTO | di recesso con trattenimento della ricevuta caparra e di risarcimento danni derivati dalla dedotta violazione del dovere giuridico di buona fede, in capo alla convenuta.

Com'è noto, la caparra confirmatoria ha la funzione di liquidare convenzionalmente il danno da inadempimento in favore della parte non

inadempiente che intenda esercitare il potere di recesso conferitole "ex lege", sicché, ove ciò avvenga, essa è legittimata a ritenere la caparra ricevuta (ovvero ad esigere il doppio di quella versata); qualora, invece, detta parte preferisca agire per la risoluzione ovvero l'esecuzione del contratto, il diritto al risarcimento del danno va provato nell'*an* e nel *quantum*.

Ciò posto, secondo una condivisibile giurisprudenza "i rapporti tra azione di risoluzione e di risarcimento integrale da una parte, e azione di recesso e di ritenzione della caparra dall'altro, si pongono in termini di assoluta incompatibilità strutturale e funzionale: proposta la domanda di risoluzione volta al riconoscimento del diritto al risarcimento integrale dei danni asseritamente subiti, non può ritenersene consentita la trasformazione in domanda di recesso con ritenzione di caparra perché verrebbe così a vanificarsi la stessa funzione della caparra, quella cioè di consentire una liquidazione anticipata e convenzionale del danno volta ad evitare l'instaurazione di un giudizio contenzioso, consentendosi inammissibilmente alla parte non inadempiente di "scommettere" puramente e semplicemente sul processo, senza rischi di sorta; l'azione di risoluzione avente natura costitutiva e l'azione di recesso si caratterizzano per evidenti disomogeneità morfologiche e funzionali che rendono inammissibile la trasformazione dell'una nell'altra; i rapporti tra l'azione di risarcimento integrale e l'azione di recesso, isolatamente e astrattamente considerate, sono, a loro volta, di incompatibilità strutturale e funzionale" (cfr. CASS. Sez. III, 30/11/2015, n. 24337).

Più di recente sempre la S.C. ha statuito "in tema di contratto preliminare, va qualificata in termini di declaratoria di risoluzione per inadempimento - soggetta, pertanto, alla relativa disciplina generale - e non quale esercizio del diritto di recesso, la domanda con cui la parte non inadempiente, che abbia conseguito il versamento della caparra, chieda, oltre alla risoluzione del contratto, la condanna della controparte al risarcimento di ulteriori danni; in tal caso, dunque, essa non può incamerare la caparra, che perde

it

la sua funzione di limitazione forfetaria e predeterminata della pretesa risarcitoria e la cui restituzione è ricollegabile agli effetti propri della risoluzione negoziale, ma solo trattenerla a garanzia della pretesa risarcitoria o in acconto su quanto le spetta, a titolo di anticipo dei danni che saranno in seguito accertati e liquidati" (cfr. CASS. Sez. II, 8/09/2017, n. 20957).

Applicando quest'ultimo principio, dovendosi interpretare, nel complesso, la sua domanda come di risoluzione per inadempimento e di condanna al risarcimento *integrale* dei danni, l'oderna attrice potrà trattenere l'indicato importo *in acconto su quanto le spetta*.

Relativamente alla quantificazione, la difesa attrice ha ipotizzato figure di danno effettivamente da reputare dotate di riscontro all'esito della istruttoria, ricollegabili, appunto, all'inadempimento di EDIL

nei termini esposti in precedenza.

In primo luogo, in ragione degli impegni contrattuali assunti, l'oderna attrice ebbe a respingere diverse offerte di acquisto formulate da altre imprese interessate, in momenti in cui il mercato immobiliare era sicuramente più fiorente (si veda il doc 17 prodotto con la seconda memoria autorizzata).

All'udienza del 9 marzo 2015, il teste Carlo Alberto Terzi, libero professionista, già direttore del settore urbanistico del Comune di Parma attualmente consulente alla grande distribuzione per la realizzazione di centri commerciali, ha confermato di avere "... portato cinque potenziali acquirenti quali Carrefour, Pam, Famila ed altri, so anche dell'interesse della Conad anche se non da me portato ... per quanto mi riguarda le trattative da me avviate non ebbero esito e si interruppero come ho poi saputo a seguito della stipula con EDIL _____; avendo rapporti fiduciari con la grande distribuzione venne da me un responsabile della Despar il quale mi disse che EDIL _____ aveva mollato le trattative con AUTO _____ e mi chiese di riprendere a trattare con AUTO _____ | in quanto Despar era molto interessata alla posizione si doveva essere fra il

2012-2013 .. AUTO ha ripreso la ricerca di potenziali acquirenti sulla base della mia professionalità, anche se su basi economiche inferiori ed attualmente si stanno svolgendo sia con imprese edili che con gruppi della grande distribuzione .. l'ultimo numero che mi constava circa il prezzo di acquisto si aggirava intorno ai sette milioni e mezzo di euro con ampio margine di trattativa come richiesta della proprietà".

A sua volta, C, componente il collegio sindacale della società, ha confermato che "... in precedenza anche la Conad, attesa la posizione ed ubicazione, aveva manifestato intenzione di acquistare l'immobile .. dopo la stipula del contratto con EDIL | furono interrotte le altre trattative .. abbiamo delle proposte che però sono al di sotto del valore concordato con EDIL che raggiungeva i dieci milioni, stante la crisi del mercato ora le proposte sono fra i cinque ed i sei milioni di euro ..".

In secondo luogo, a causa dell'insistenza con cui Edil instava per la liberazione dei locali prima della data del rogito, Auto ha dovuto anticipare lo scioglimento dei contratti di locazione (circostanza riferita dal teste Cesare Canali), che comportavano per la società stessa un introito mensile pari circa ad € 15.000 (come dimostrato dai prodotti contratti di locazione con Riauto e Motorettifica Officina snc - docc.15 e 16); infine, il contratto preliminare prevedeva che il pagamento del saldo sarebbe stato mediante accollo del debito relativo al mutuo ipotecario in essere con Banca popolare dell'Emilia Romagna; Auto confidava nella conclusione del contratto definitivo ed aveva così effettuato una pianificazione finanziaria che contemplava il venir meno dei costi del mutuo con il 30/9/2012; la mancata stipula del rogito ha provocato il permanere di oneri finanziari a carico dell'Auto per circa euro 25.000/mese, oltre al persistere di oneri tributari a carico della società attrice si vedano i docc.18 - 19 prodotti con la seconda memoria autorizzata).

In conseguenza, vertendosi di danno che non può essere provato nel suo preciso ammontare, applicando l'art.1226 c.c. e richiamato quanto appena esposto sulle <voci> di danno che possono farsi risalire all'inadempimento di EDIL (alla quale, peraltro, non può certo ascriversi il peggioramento nell'andamento del mercato immobiliare che ha fatto scendere notevolmente i prezzi degli immobili), ritiene il Tribunale di poter fissare in € 550.000,00 - in moneta della domanda - il danno risarcibile, somma rispetto alla quale - come visto - la somma ricevuta a titolo di caparra potrà essere trattenuta a titolo di *in acconto* su quanto *in complesso riconosciuto*.

Rimane da esaminare la questione del rifiuto da parte della (ora) B.P.E.R. Banca S.p.A., chiamata in causa, alla escussione della garanzia prestata alla chiamante EDIL S.p.A..

In effetti, come da clausola n. 6.2 del preliminare, la allora B.ca Popolare dell'Emilia Romagna con sede in Modena Via San Carlo 8/20 - in data 27.04.2012 - rilasciava a favore di Edil la fideiussione n. 12/2020468, con la quale garantiva la restituzione della caparra, con la dichiarazione di verifica anche di una sola delle condizioni previste all'art. 7.1. del noto contratto preliminare: la fideiussione era definita "a prima richiesta", da indirizzarsi alla garante banca a mezzo di raccomandata a.r., con espressa rinuncia al beneficio della preventiva escussione ex art. 1944 c.c., al diritto di opporre eccezioni di cui all'art. 1945 c.c. e dall'onere di cui all'art.1957 c.c. (doc.2 terza chiamata).

La fideiussione aveva validità fino al 30.09.2012, "... trascorsi 30 giorni da tale data senza che sia pervenuta .. richiesta di operatività .. si intenderà automaticamente priva di qualsiasi efficacia ..".

Con nota in data 30 ottobre 2012 (doc.7 suo fasc.) indirizzata alla BANCA sede legale in Modena e, p.c. alla sede di Reggio Emilia via Matteotti, EDIL _____, richiamato il contratto preliminare, "essendosi verificata la condizione risolutiva del contratto .. garantita da idonea fideiussione ..", chiedeva "l'escussione della .. fideiussione in caso di inadempienza da

□ it
□

parte di AUTO SPA alla restituzione delle somme versate come da contratto".

Auto ne aveva notizia il 6 novembre 2012, per comunicazione della B.P.E.R. mezzo posta elettronica; la società, con lettera dell'8 successivo (doc.4 terza chiamata) contestava la richiesta di escussione per i seguenti due motivi:

- in quanto tardiva, perché effettuata dopo il termine di validità della fideiussione 30.10.12;

- in quanto illegittima perché comunicata alla Banca prima che ad Auto spa l'intenzione da parte di Edil spa di ritenere avverata la condizione risolutiva e la volontà di volersene avvalere senza, peraltro, specificare a quale dei tanti eventi (condizioni risolutive) dedotti nel contratto si riferisse; come già visto, infatti, solo in data 7.11.2012 l'Auto

riceveva una lettera della EDIL - datata 30.10.12 ma spedita il 5.11.12 (doc.5 terza chiamata) - nella quale la stessa affermava di considerare verificata la condizione risolutiva del paragrafo 7 del contratto in oggetto, ed invitava l'Auto a restituire tutte le somme (a Voi) versate "entro 10 gg dalla data odierna".

La società qualificava, quindi, come "abusiva e fraudolenta la richiesta di escussione" diffidando la Banca "ad effettuare alcun pagamento che sarebbe, infatti, indebito".

A fronte del diniego alla escussione comunicata dalla Banca (doc.7 suo fasc.) interveniva il legale della - nota del 7 gennaio 2013 (doc.8) - e, rilevato che la Banca riconosceva di avere ricevuto la formale richiesta di pagamento, la reiterava, asserendo che la istanza di escussione era pervenuta per consegna a mano, in termine, nella sede reggiana della B.P.E.R., modalità da considerarsi equipollente a quella di inoltro per posta.

La Banca Popolare dell'Emilia Romagna, come visto, nella comparsa di risposta contestava la validità della escussione fidejussoria in quanto irrituale, non secondo le previste forme della racc.ta con ricevuta di

ritorno, ma per consegna a mani, senza ricevuta, in un ufficio periferico della banca, e per intempestività rispetto al giorno di scadenza di operatività della garanzia (30.10.2012); contestava, altresì, la legittimità della escussione in quanto la data della medesima, così come apparentemente riportata nella lettera a mano, risultava antecedente al verificarsi della clausola risolutiva espressa, come da segnalazione documentale di AUTO

Contestava, altresì, la illegittimità, per contrarietà ai principi di buona fede della contestazione generica in forza di tutte le clausole risolutive –tra le quali molte potestative miste- senza individuarne alcuna di esse, rendendo difficile ogni scrutinio di legittimità da parte della garante e della stessa debitrice.

La difesa della chiamata e quella della chiamante molto hanno approfondito i profili di validità, o meno, della modalità (consegna a mano di semplice lettera non presso la sede legale di Modena) utilizzata da EDIL _____ per l'escussione della fideiussione, con ampi richiami di giurisprudenza a sostegno delle contrapposte tesi.

Il Tribunale ritiene non necessario esprimersi sul punto, atteso quanto esposto in precedenza circa le ragioni che hanno portato (in sostanza) alla risoluzione del preliminare, sicuramente utilizzabili anche per dichiarare *non operativa* la garanzia prestata il 27 aprile 2012.

Com'è noto, la garanzia a prima richiesta si differenzia dalla fideiussione in quanto mentre quest' ultima ha natura di obbligazione accessoria, prestata, cioè, da un terzo per garantire un'obbligazione principale - e quindi è legata alla validità ed esigibilità dell'obbligazione principale; nel caso, viceversa, di garanzia a prima richiesta, trattasi di un' obbligazione autonoma del garante e la sua efficacia si esplica con la semplice richiesta da parte del beneficiario, indipendentemente dall'esistenza di un inadempimento o irregolarità in ordine al rapporto contrattuale collegato. In particolare, nel contratto autonomo di garanzia, al garante non è consentito opporre al creditore eccezioni fondate sul rapporto principale,

salvo l'*exceptio doli*, formulabile solo nel caso in cui la richiesta di pagamento sia *prima facie* abusiva o fraudolenta.

Nella fattispecie, la difesa della terza chiamata sin dalla comparsa di risposta aveva sostenuto che, nonostante l'astrattezza, la garanzia autonoma non poteva porsi al di fuori del generale principio di correttezza nei rapporti commerciali, individuando fra le regole di buona fede e chiarezza quello di "... giustificare le ragioni delle escussioni della garanzia atteso che l'omissione di un tale adempimento formale si risolve nel privare la controparte della possibilità di provare l'eventuale fondamento della sua *exceptio doli*, sottraendo l'unico strumento generalmente conosciuto contro l'abuso della garanzia autonoma .. Il rilievo è ancor più pertinente nel caso di specie in cui nel testo del preliminare sub art.7 vengono assemblati .. comportamenti di parte con fatti, da quelli dipendenti, oggettivamente qualificabili e qualificati come condizioni risolutive ..." (così in comparsa pag.12).

Insegna la S.C. "la *exceptio doli generalis seu presentis* ha fondamento nella circostanza che l'attore, nell'avvalersi di un diritto di cui chiede tutela giudiziale, si renda colpevole di frode, in quanto sottace, nella prospettazione della fattispecie controversa, situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto fatto valere ed aventi forza modificativa o estintiva del diritto stesso; ne consegue che, in materia di contratto autonomo di garanzia, il garante ha l'obbligo di proporre l'*exceptio doli* - nell'ambito del dovere di protezione del garantito da possibili abusi del beneficiario e pena la perdita del diritto di rivalsa - solo in presenza di una pretestuosa escussione di una garanzia bancaria "a prima richiesta" e che l'eccezione è legittima solo in quanto sussistano prove sicure della malafede del beneficiario ..." (cfr.CASS.Sez.I, 01/10/1999, n. 10864; conf. Sez.II, 20/03/2009, n. 6896 e Trib. Milano, 25/02/2008).

B.P.E.R. BANCA SpA ha, dunque, tempestivamente sollevato la *exceptio doli* che, come evidenziato dalla sua difesa (In conclusionale, foll.27 e segg.) "... è andata a configurarsi e maturare nel corso del giudizio di merito tra le parti principali".

In verità le nozioni di abuso e di frode nella loro distinta accezione, vengono entrambe evocate quale presupposto sostanziale dell'*exceptio*; la prima sottende una valutazione puramente oggettiva dell'escussione, mentre la seconda allude ad una condotta maliziosa e scorretta del beneficiario.

La qualifica di *abusività*, nella nutrita casistica, non è riservata alla richieste di pagamento avanzate nonostante il regolare adempimento della obbligazione garantita ma è estesa anche a quelle formulate a fronte di inadempimenti estranei – alla luce delle intese racchiuse nel contratto principale- alla sfera del rischio posto a carico del debitore (per l'essere ad esempio l'inattuazione del contratto dovuta a caso fortuito o giustificata dall'inadempimento dello stesso beneficiario).

Come visto, l'abuso e la frode debbono risultare da prova liquida, nel senso che l'insussistenza del diritto del beneficiario deve emergere da elementi di prova concreti all'atto dell'escussione, di significato non equivoco e, soprattutto, non contraddetti da genuine contestazioni da parte dello stesso beneficiario, *prima facie*.

In dottrina si è sostenuto che nei casi in cui il contraddittorio si instauri anche nei confronti del beneficiario (come nel presente giudizio), lo stesso giudizio potrebbe contemporaneamente e definitivamente decidere la controversia relativa sia al rapporto principale (tra debitore principale / ordinante della garanzia e creditore principale / beneficiario della garanzia), sia quella relativa all'obbligo di pagare la garanzia ("esistenza o meno di una frode nella escussione della garanzia").

EDIL _____ convenendo nello stesso giudizio debitore e garante in via solidale, ha assunto l'onere di provare non solo l'inadempimento di AUTO _____, ma anche il diritto alla garanzia, pur senza rinunciare al suo

carattere autonomo, nel contempo – come in maniera condivisibile evidenziato dalla difesa della BANCA – “.. ha affrontato il rischio di esporsi a tutti i fatti processuali e non, sopravvenuti o la cui conoscenza è sopravvenuta che possano concretare elementi fondativi della *exceptio doli*. Sortendo quest'ultimo effetto .. attingendo dalla causa principale e precisamente della riconvenzionale, la mala fede di EDIL è già in essa insita, e si propaga all'escussione ..”.

A sostegno un recente arresto di legittimità “durante il periodo di pendenza della condizione, sospensiva o risolutiva, nei negozi obbligatori o traslativi, è imposto dall'art. 1358 c.c. a colui che si è obbligato o che ha alienato un diritto sotto condizione risolutiva, l'obbligo di comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte, mentre la parte controinteressata all'avveramento della condizione non deve ostacolare il libero svolgimento del fatto, da cui dipende l'efficacia o la risoluzione del contratto, con la conseguenza che la condizione stessa si considera avverata quando alla stessa parte controinteressata sia addebitabile il mancato verificarsi dell'evento. Pertanto, costituendo la *factio* di avveramento una sanzione, l'imputabilità del fatto impeditivo deve trovare la sua base in una condotta dolosa o colposa, in una maliziosa preordinazione del fatto impeditivo o almeno in *una azione od omissione cosciente e volontaria, anch'essa contrastante col principio della correttezza e della buona fede*” (cfr. CASS. Sez. II, 11/01/2017, n. 443).

Le spese del procedimento di merito e della fase cautelare seguono la soccombenza della convenuta/chiamante, nella misura in dispositivo.

Tenuto conto dell'avvenuta adozione con D.M. 10 marzo 2014 del Regolamento di determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense (ai sensi dell'art.13, sesto comma, della legge 31.12.2012 n.247), applicabile anche al presente giudizio, stante il disposto dell'art.28 del cit.D.M., essendosi completate le prestazioni professionali in epoca successiva alla sua entrata in vigore (ancorchè il rapporto abbia avuto inizio e si sia svolto in epoca precedente

– v.CASS.Ss.Uu.17406/12) il relativo importo, considerati i criteri indicati dal primo comma dell'art.4 Regol.cit. e del valore della causa, fino ad € 1.000.000,00 (art.5 Regol. e Tabella A), viene fissato, ai sensi dell'art.4, comma quinto, Regol.:

- fase di studio, € 4.000,00 - fase introduttiva, € 2.000,00
- fase istruttoria, € 5.000,00 - fase decisoria, € 5.000,00,

P. Q. M.

definitivamente pronunciando ogni diversa od ulteriore istanza, eccezione o deduzione disattesa, così provvede:

- a) accoglie per quanto di ragione la domanda principale e, accertato e dichiarato l'intervenuto inadempimento contrattuale della EDIL

_____ S.p.a. per violazione dell'obbligazione della presentazione di un progetto preliminare di ristrutturazione edilizia nel rispetto delle normative urbanistiche ed edilizie vigenti e conseguentemente accertato e dichiarato il legittimo esercizio del diritto di recesso della AUTO _____ | s.p.a. ex art.1385 c.c., liquida

in favore di AUTO _____ | S.p.A. a titolo di danno la complessiva somma di € 550.000,00, somma da rivalutare annualmente secondo indici Istat dalla domanda al soddisfo; autorizza AUTO _____

| S.p.A. a trattenere in acconto la parte di caparra confirmatoria già versata, pari ad € 250.000,00, e dichiara tenuta e condanna EDIL _____ | S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, al pagamento, in favore della società attrice della differenza ancora dovuta;

- b) rigetta la domanda di EDIL _____ | S.p.A. di dichiarare risolto il contratto preliminare in data 01.03.2012 e di condanna di AUTO _____

| S.p.A. a restituire la somma di € 250.000,00 e di risarcirle tutti i danni

- c) rigetta la domanda proposta da EDIL _____ | S.p.A. nei confronti di B.P.E.R. BANCA S.p.A.;

d) condanna EDIL S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, al pagamento delle spese del procedimento che liquida:

- in favore di AUTO SpA in € 1.480,00 per esborsi ed € 16.000,00 per compenso professionale, quanto alla fase di merito ed in € 6.000,00 per compenso professionale quanto alla fase cautelare
- in favore di B.P.E.R. BANCA SpA in € 16.000,00 per compenso professionale, quanto alla fase di merito ed in € 6.000,00 per compenso professionale quanto alla fase cautelare

sempre oltre rimb.forf. 15%, iva e cpa come per legge.

Parma, il 22 febbraio 2018

IL CASO .it

Il Giudice Unico
IL GIUDICE
Dr. Nicola Sinisi

26 FEB 2018
[Handwritten signature]