

L'obiettivo primario dell'Amministrazione Comunale di cui al presente commento era la realizzazione di un impianto sportivo, integrato con la residenza, di una "porta d'ingresso" al centro del Comune e la realizzazione di una rotatoria.

Per fare ciò l'Ente provvede a stipulare una convenzione con una Società Immobiliare con la quale veniva stabilito che la suddetta avrebbe dovuto cedere e trasferire al Comune, a totale propria cura e spese, le aree in proprietà destinate alle opere di urbanizzazione secondaria per un superficie complessiva di mq. 2150, corrispondenti al 51% del totale delle aree previste nel dimensionamento degli standards secondari (14 mq. per abitante pari a 4.200 mq.). Tale percentuale veniva considerata a parziale scomputo degli oneri di urbanizzazione secondaria stabiliti dal Comune.

Sempre nella succitata convenzione veniva previsto che la Società Immobiliare si impegnava altresì a realizzare gratuitamente le opere di urbanizzazione in conformità al progetto esecutivo delle opere medesime secondo le prescrizioni di cui alla descrizione delle opere di urbanizzazione e delle condizioni degli Enti preposti alla distribuzione dei servizi di rete, nonché ad eseguire a propria cura e spese tutti gli allacciamenti alle reti tecnologiche esistenti.

Gli oneri di urbanizzazione per le aree non cedute erano stati quantificati in € 73.867,00, da versare al Comune in due rate semestrali di € 36.933,50 ciascuna, di cui la prima alla stipula della convenzione e la seconda rata da versare dopo sei mesi.

La Società Immobiliare, a garanzia della puntuale ottemperanza alle disposizioni contenute nella convenzione, della corretta esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria e del pagamento della seconda rata degli oneri di urbanizzazione dell'importo di € 36.933,50 prestava garanzia mediante una polizza fidejussoria rilasciata da una Compagnia Assicuratrice.

A seguito di intervenute necessità di diverse soluzioni progettuali e delle conseguenti varianti urbanistiche, l'Immobiliare tardò a versare la seconda rata degli oneri di urbanizzazione per più di 240 giorni oltre la scadenza pattuita. Conseguentemente l'Ente provvede ad emettere un provvedimento-ingiunzione con il quale si ingiungeva alla Società Immobiliare il pagamento di € 14.773,40 per "mora per ritardato pagamento della seconda rata degli oneri di urbanizzazione di importo di € 36.933,50". Infatti, l'art. 42 del T.U. DPR del 06.06.2001, n. 380, prevede che: "(..) in caso di ritardo o mancato versamento della rata degli oneri di urbanizzazione fino a 240 giorni, comporta l'applicazione di una sanzione pari al 40% in aumento all'importo della rata stessa".

La Società Immobiliare, a seguito di ciò provvede ad impugnare il provvedimento di ingiunzione eccependo nel ricorso avanti al TAR Veneto (non ancora deciso) che la seconda rata degli oneri di urbanizzazione doveva essere richiesta dal Comune al fideiussore attivando fin da subito la polizza fideiussoria, con ciò evitando l'applicazione della mora per ritardato pagamento a carico della Società.

In sostanza veniva censurato il comportamento del Comune nel non aver attivato la polizza fideiussoria, prestata dal Società Immobiliare, nel momento del mancato pagamento da parte della stessa della seconda rata degli oneri di urbanizzazione secondaria alla scadenza pattuita.

Infatti, secondo la tesi della Società, il Comune creditore, in caso di mancato pagamento della rata di oneri di urbanizzazione da parte della Società Immobiliare avrebbe dovuto escutere preventivamente la polizza prestata onde evitare l'aggravamento del pregiudizio per il privato ed, in particolare, per evitare che in capo al privato venisse a maturarsi la relativa sanzione. Da ciò la Società ha sostenuto che la mancata escussione della fideiussione avrebbe comportato un

consistente aggravamento della posizione debitoria del privato, con violazione da parte della P.A. degli artt. 1175 e 1227 c.c. per eccesso di potere, nonché violazione dell'affidamento e del principio di buon andamento e imparzialità, ai quali deve essere improntato l'operato dell'Amministrazione nei rapporti con il cittadino di cui all'art. 97 Cost..

Sul punto il Consiglio di Stato ha ritenuto che il Comune non abbia l'obbligo di chiedere il pagamento delle rate scadute degli oneri di urbanizzazione al fideiussore. Si veda in particolare la Sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV<sup>^</sup>, del 10.08.2007, n. 4419 che ha evidenziato che: *"Le norme sul versamento degli oneri concessori non prevedono, a carico del Comune, l'onere di escutere previamente il garante prima di applicare le sanzioni per il ritardato pagamento del contributo"* e la Sentenza sempre del Consiglio di Stato, Sez. IV<sup>^</sup>, n. 1084 del 13.03.2008 che ha confermato che l'irrogazione della sanzione amministrativa - in presenza di garanzia a prima richiesta non escussa - non comporta un indebito aggravamento della posizione del debitore ai sensi dell'art. 1227 cod. civ., essendo la suddetta disposizione riferibile solo alle obbligazioni di carattere risarcitorio e non a quelle (anche di contenuto pecuniario) di natura sanzionatoria, che restano governate dalla disciplina pubblicistica di riferimento.

Va rilevato che in ordine alla problematica della debenza delle sanzioni applicate per il ritardato pagamento degli oneri concessori, assumendo che il Comune ben avrebbe potuto escutere la garanzia fideiussoria, in relazione alla quale non era contemplato il *beneficium excussionis*, prima di far maturare i termini previsti per l'irrogazione delle sanzioni nella misura massima, sussistono diversi orientamenti giurisprudenziali.

Sulla specifica questione sia l'orientamento del Consiglio di Stato che dei TAR però non può dirsi univoco, essendosi talvolta affermato in materia il dovere dell'Amministrazione di non aggravare la posizione del debitore ai sensi dell'art. 1227 c.c. (si vedano la decisione del Consiglio di Stato Sezione V. n. 1001 del 03.07.1995 e la sentenza del TAR Veneto Sez.II<sup>^</sup> n. 342 del 09.02.2006), mentre in altre occasioni si è ritenuto che specifiche clausole in tema di fideiussione (*quali l'obbligo del garante di pagare a seguito di semplice richiesta scritta del creditore e con rinuncia alla preventiva escussione*) possono valere solo a rendere il rapporto fideiussorio autonomo rispetto al rapporto obbligatorio principale, senza comportare il dovere dell'Amministrazione di chiedere prima l'adempimento per poter poi applicare le relative sanzioni pecuniarie - si vedano le decisioni: del Consiglio di Stato Sezione, sez. V<sup>^</sup>, 2072 del 10.12.1999, TAR Lombardia, Milano, sez. 2<sup>o</sup>, n. 1192 del 17.04.1999, TAR Puglia Lecce, sez. I, 06.11.2000, n. 3494, secondo cui: *"In materia edilizia ed urbanistica, le norme sul versamento degli oneri concessori non prevedono a carico del comune l'onere di escutere previamente l'istituto garante prima di applicare le sanzioni per il ritardato pagamento del contributo. La prestazione di garanzie reali o personali, infatti, in caso di rateizzazione del contributo di concessione, è obbligatoriamente richiesta dalla legge (art. 47 l. n. 457 del 1978) e si colloca nell'interesse esclusivo dell'amministrazione. Trovano, perciò, piena applicazione i principi civilistici in materia di fidejussione e cioè solidarietà ai sensi dell'art. 1944 c.c., autonomia delle azioni verso i vari coobbligati e responsabilità principale del soggetto garantito rispetto a quella accessoria del garante (c.d. solidarietà diseguale)"* TAR Veneto Venezia, sez. II, 21.10.2005, n. 3727 ).

Peraltro, più di recente il Consiglio di Stato, Sezione V<sup>^</sup>, con le decisioni n. 1250 del 24.03.2005, n. 6345 dell'11.11.2005, n. 4025 del 16.07.2007 e Consiglio di Stato, Sezione IV<sup>^</sup>, n.4419 del 10.08.2007 e n. 1084 del 13.03.2008 ha precisato che, in assenza di inadempimenti imputabili all'Amministrazione idonei a configurare a suo carico una responsabilità *"da contratto"* oppure di natura precontrattuale, il richiamo all'art. 1227 c.c. è del tutto inconferente, essendo tale disposizione riferibile solo alle obbligazioni di carattere risarcitorio e non a quelle (*anche di contenuto pecuniario*) di natura sanzionatoria, come nel caso in esame.

*"Invero, pur in presenza di un contratto di garanzia cosiddetta autonoma, con il quale il garante si obbliga ad eseguire la prestazione oggetto della garanzia "a semplice richiesta" del creditore garantito, senza opporre eccezioni attinenti alla validità, all'efficacia ed alla vicenda del rapporto principale, anche in questa ipotesi il meccanismo dell'adempimento del garante "a prima richiesta" scatta a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione principale, ancorché resti vietato al garante di chiedere la preventiva escussione del debitore principale (Cass. 18.11.1992 n. 12341, 03.11.1993 n. 10850, 17.05.2001 n. 6757) .*

*D'altronde, neppure con riguardo al regime ordinario delle obbligazioni tra privati sarebbe pertinente il richiamo all'art. 1227 cod. civ. Infatti, l'onere di diligenza che questa norma fa gravare sul creditore non si estende alla sollecitudine nell'agire a tutela del proprio credito onde evitare maggiori danni, i quali viceversa sono da imputare esclusivamente alla condotta del debitore, tenuto al tempestivo adempimento della sua obbligazione (V. Corte cost. n. 308 del 14.07.1999).*

*Inoltre, non è dato ravvisare nel sistema di cui agli artt. 1936 ss. cod. civ. alcun principio di preventiva doverosa escussione del fideiussore alla scadenza del termine fissato per l'adempimento dell'obbligazione garantita, che peraltro colliderebbe con le finalità dell'istituto, inteso a rafforzare la garanzia del credito in funzione di un interesse proprio e specifico del creditore. In altri termini, ed in materia di obbligazioni "portable" quali quelle pecuniarie, e con termine di adempimento che esonera dalla costituzione in mora del debitore, il creditore è soltanto facultato ad attivare la solidale responsabilità del fideiussore, senza che possa invece ritenersi tenuto ad escutere il coobbligato piuttosto che attendere il pagamento, ancorché tardivo, salva l'esistenza di apposita clausola in tal senso (che dovrebbe essere accettata dall'Amministrazione), nella specie non prevista" (Consiglio di stato, sez. V, 16.07.2007, n. 4025 – si veda anche Consiglio di Stato, Sez.V, 28.09.2011, n. 5395).*

*A tale orientamento ha aderito anche la IV<sup>a</sup> sezione del Consiglio di Stato con la sentenza n. 4419 del 10.08.2007, secondo cui "Le norme sul versamento degli oneri concessori non prevedono, a carico del Comune, l'onere di escutere previamente il garante prima di applicare le sanzioni per il ritardato pagamento del contributo".*

Il Consiglio di Stato, pertanto, nella più recente giurisprudenza aderisce a tale ultimo orientamento, atteso che l'obbligo di collaborazione ex art. 1227 c.c. è estraneo all'ambito sanzionatorio e dunque non vincolante per l'amministrazione. In questa diversa prospettiva la diligenza è richiesta al privato, il quale è tenuto a estinguere spontaneamente le obbligazioni assunte senza potersi giovare dell'inerzia dell'amministrazione. L'affidamento del privato non potrebbe d'altra parte derivare dalla mera inerzia dell'ente pubblico ma solo da un eventuale comportamento positivo di quest'ultimo tale da configurare una qualche responsabilità da contratto.

Il dovere di diligenza a carico del privato non è attenuato dalla presenza della fideiussione, la quale non ha la finalità di agevolare l'adempimento ma costituisce una garanzia personale prestata unicamente nell'interesse dell'amministrazione (in questo senso TAR Lombardia Brescia Sez. I, Sent., 11.09.2009, n. 1688 secondo cui "la natura sanzionatoria delle misure ex art. 3 della legge 47/1985 impone che l'ente pubblico stabilisca in modo chiaro le obbligazioni del privato e che quest'ultimo sia messo in condizione di adempiere. Non è necessario invece che il privato sia sollecitato ad adempiere o agevolato in altro modo. Pertanto se il rapporto con l'amministrazione è trasparente e il privato è puntualmente informato delle scadenze delle rate degli oneri concessori non servono ulteriori atti di impulso diretti a provocare l'adempimento. Parimenti non è necessaria la preventiva escussione del fideiussore, a meno che un obbligo in questo senso non sia stato espressamente assunto dall'amministrazione"; TAR Lombardia Milano, sez. II, 21.07.2009, n. 4405 "L'Amministrazione non ha l'obbligo, a fronte del ritardato pagamento degli oneri concessori, di escutere la fideiussione, evitando in tal modo di applicare la sanzione. Infatti la fideiussione che accompagna la rateizzazione del pagamento degli oneri di urbanizzazione non ha la finalità di agevolare l'adempimento del soggetto obbligato al pagamento, bensì costituisce una garanzia personale prestata unicamente nell'interesse dell'amministrazione, sulla quale non incombe alcun obbligo di

*preventiva escussione del fideiussore; invero, la garanzia sussidiaria serve a scongiurare che il Comune possa irrimediabilmente perdere una entrata di diritto pubblico, ma non alleggerisce affatto la posizione del soggetto tenuto al pagamento, né attenua i doveri di diligenza sullo stesso incombenti, né estingue di per sé l'obbligazione principale") (sul punto si veda anche TAR Valle d'Aosta, [sentenza 02.11.2011 n. 71](#)).*

Da quanto sopra evidenziato, in estrema sintesi, emerge che le norme sul versamento degli oneri concessori non prevedono, a carico del Comune, l'onere di escutere previamente il garante, prima di applicare le sanzioni per il ritardato pagamento del contributo.

L'obbligo di collaborazione ex art. 1227 cc. è estraneo all'ambito sanzionatorio e dunque non vincolante per l'amministrazione. In questa diversa prospettiva la diligenza è richiesta al privato, il quale è tenuto a estinguere spontaneamente le obbligazioni assunte senza potersi giovare dell'inerzia dell'amministrazione. L'affidamento del privato non potrebbe d'altra parte derivare dalla mera inerzia dell'ente pubblico ma solo da un eventuale comportamento positivo di quest'ultimo tale da configurare una qualche responsabilità da contratto. Il dovere di diligenza a carico del privato non è attenuato dalla presenza della fideiussione, la quale non ha la finalità di agevolare l'adempimento ma costituisce una garanzia personale prestata unicamente nell'interesse dell'amministrazione. La natura sanzionatoria delle misure ex art. 3 della legge 47/1985 come modificato dall' art. 42 del DPR 06.06.2001, n. 380, impongono che l'ente pubblico stabilisca in modo chiaro le obbligazioni del privato e che quest'ultimo sia messo in condizione di adempiere. Non è necessario invece che il privato sia sollecitato ad adempiere o agevolato in altro modo. Pertanto se il rapporto con l'amministrazione è trasparente e il privato è puntualmente informato delle scadenze delle rate degli oneri concessori, non servono ulteriori atti di impulso diretti a provocare l'adempimento. Parimenti non è necessaria la preventiva escussione del fideiussore, a meno che un obbligo in questo senso non sia stato espressamente assunto dall'amministrazione.

In sostanza l'Amministrazione non ha l'obbligo, a fronte del ritardato pagamento degli oneri concessori, di escutere la fideiussione, evitando in tal modo di applicare la sanzione. Infatti la fideiussione che accompagna la rateizzazione del pagamento degli oneri di urbanizzazione non ha la finalità di agevolare l'adempimento del soggetto obbligato al pagamento, bensì costituisce una garanzia personale prestata unicamente nell'interesse dell'amministrazione, sulla quale non incombe alcun obbligo di preventiva escussione del fideiussore; invero, la garanzia sussidiaria serve a scongiurare che il Comune possa irrimediabilmente perdere una entrata di diritto pubblico, ma non alleggerisce affatto la posizione del soggetto tenuto al pagamento, né attenua i doveri di diligenza sullo stesso incombenti, né estingue di per sé l'obbligazione principale.

avv. Gianmartino Fontana per [www.venetoius.it](http://www.venetoius.it) 18.02.2013