

R.G. n. 7166/2015

Sentenza n. 318/17

Pronunziata il 19/01/2017

Pubblicata il 13/02/2017

N. R.G. 7166/2015

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE ORDINARIO DI BOLOGNA

SEZIONE II CIVILE

Il Tribunale, nella persona del giudice dott. Marco D'Orazi

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **7166/2015** promossa da:

X (C.F.), con il patrocinio dell'avv. PUGLIESE ANGELO e dell'avv. CARUSO GIANPAOLO (***) VIA R. MISASI 80/D 87100 COSENZA, elettivamente domiciliato in VIA R. MISASI 80/D COSENZA, presso il difensore avv. PUGLIESE ANGELO

Y (C.F.), con il patrocinio dell'avv. PUGLIESE ANGELO e dell'avv. CARUSO GIANPAOLO (***) ; , elettivamente domiciliato in VIA R. MISASI 80/D COSENZA, presso il difensore avv. PUGLIESE ANGELO

ATTORE/I

contro

UNIPOL SAI ASSICURAZIONI SPA (C.F. ***), con il patrocinio dell'avv. MAZZOLENI ROBERTO e dell'avv. PRANDINI FRANCESCA (***) VIA AZZO GARDINO, 3 BOLOGNA, elettivamente domiciliato in VIA AZZO GARDINO 3 BOLOGNA presso il difensore avv. MAZZOLENI ROBERTO

CONVENUTO/I

e nei confronti di

COMPAGNIA BETA COSTRUZIONI S.R.L. (C.F.), con il patrocinio dell'avv. TUCCI ENRICO, elettivamente domiciliato in Via C. Alvaro 12 87036 RENDE, presso il difensore avv. TUCCI ENRICO.

TERZO CHIAMATO

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come alla udienza del giorno 20 ottobre 2016. Tali conclusioni sono richiamate e sono da ritenersi parte integrante e sostanziale di questa sentenza.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Opposizione al decreto ingiuntivo numero 2241 del 2015 del 27 marzo 2015.

I signori XY, come sopra difesi, presentavano opposizione contro la società UNIPOLSAI ASSICURAZIONI s.p.a.

In particolare, la opposta aveva richiesto ed ottenuto il decreto ingiuntivo, sulla base di una fideiussione, prestata in favore dei Comuni di Cosenza e Montalto Uffugo, che tale polizza avevano escusso. Gli odierni opposenti hanno prestato consenso ad atto di co-obbligazione.

Nell'atto di opposizione, in primo luogo si dolevano della incompetenza del Tribunale di Bologna (pagine 3 ss. della opposizione).

Secondo motivo di opposizione era la invocazione di unica o prevalente responsabilità in capo alla società chiamata, la COMPAGNIA BETA DI COSTRUZIONI s.r.l. (nel seguito: la Beta). Infatti, a seguito all'atto di compravendita indicato in citazione, la Beta "chiedeva ed otteneva dal Comune di Cosenza il subentro nel permesso di costruire rilasciato originariamente alla società Alfa Costruzioni s.r.l. " (pagina 5 della citazione). Subentrava dunque nelle obbligazioni relative. La Alfa Costruzioni s.r.l., infatti, era nel frattempo fallita. La parte opponente dunque si doleva (pagina 6, inizio) del fatto che la opposta UNIPOLSAI ASSICURAZIONI s.p.a. (Unipol, nel seguito), avesse rivolto la propria domanda *solo contro gli opposenti*; ignorando invece la presenza della Beta.

Tale condotta appare, agli opposenti, una ipotesi di abuso del diritto, che renderebbe la pretesa di Unipol, contro i signori XY, espressione di tale abuso del diritto.

Terzo motivo di opposizione consisteva nella violazione del principio di buona fede, non avendo in alcun modo avvisato Unipol i coobbligati.

Gli attori chiedevano dunque la incompetenza e comunque la autorizzazione a chiamare in causa la Beta.

Tale, in estrema sintesi, l'atto introduttivo.

Si costituiva Unipol.

Confermava la competenza felsinea; riteneva infatti inapplicabile il foro convenzionale in Cosenza, poiché tale competenza riguardava esclusivamente il patto con il debitore principale e

non anche l'atto di co-obbligazione degli opposenti, che risultava da separato atto. Conseguentemente, chiedeva il rigetto della avversa eccezione di incompetenza.

Nel merito, osservava come le contestazioni di parte opponente si dirigessero esclusivamente contro la fideiussione di Cosenza e non anche contro quella del Comune più piccolo, dunque da ritenersi ormai questione incontrovertibile.

Inoltre, rilevava come il diritto nascente dalla coobbligazione nasca dal contratto e, dunque, non è influenzato dal fatto che subentrò Beta.

Inoltre, in ogni caso la polizza riguardava la società fallita Alfa Costruzioni s.r.l. ed i suoi successori, dunque inclusa la Beta.

Si svolgeva la prima udienza, in data 8 ottobre 2015.

Salvi errori, si riporta il verbale di tale prima udienza:

sono comparsi:

Per X l'avv. PUGLIESE ANGELO e l'avv. CARUSO GIANPAOLO (***) VIA R. MISASI 80/D 87100 COSENZA; , oggi sostituito dall'avv. Greco.

Per Y l'avv. PUGLIESE ANGELO e l'avv. CARUSO GIANPAOLO (***) ; , oggi sostituito dall'avv. Greco.

Per UNIPOL SAI ASSICURAZIONI SPA l'avv. MAZZOLENI ROBERTO e l'avv. PRANDINI FRANCESCA (***) VIA AZZO GARDINO, 3 BOLOGNA;

Il giudice preliminarmente invita le parti a dedurre. In particolare, il giudice invita le parti a dedurre sia sulla questione della provvisoria esecuzione sia sul punto se parte opponente insista nella richiesta di chiamata del terzo;

PARTE OPPONENTE: si oppone alla richiesta di provvisoria esecuzione; insiste nella chiamata di terzo; chiede i termini di cui all'articolo 183 c.p.c.

PARTE OPPOSTA: provvisoria esecuzione; non chiede i termini di cui all'articolo 183 c.p.c.; in caso di concessione, si associa.

Il giudice invita le parti a discutere.

Segue discussione, particolarmente intensa sul profilo della provvisoria esecuzione.

...oooOooo...

Il Giudice

Rilevato che va concessa la richiesta chiamata; essa costituisce utile strumento per la parte opponente, al fine di dividere il carico debitorio, beninteso qualora risulti fondata la domanda contenuta nella chiamata; che la istanza di chiamata sembra tempestiva;

Rilevato che deve concedersi la provvisoria esecuzione al decreto;

Rilevato infatti, in ordine alla *sedes materiae*, come tutto il sistema tenda, sul modello mortuario di decreto ingiuntivo, a consentire il pronto raggiungimento della esecutività, in favore dell'imprenditore; che, oltre alla tradizione mortuaria, va aggiunto che tutte le recenti novelle tendono ad assicurare una decisione in

prima udienza (articolo 78, comma 1, b) d. l. 69 del 2013, conv. legge 98 del 2013); che, dunque, anche nel caso in cui in prima udienza si disponga un rinvio per la chiamata del terzo - dunque, di fatto, un *prolungamento* della prima udienza - la prima udienza è comunque anche quella che oggi si tiene; dunque, la decisione sulla provvisoria esecuzione va oggi assunta;

Rilevato che, su un piano degli interessi processuali e delle garanzie di difesa, la prossima udienza non offrirebbe alla parte opponente alcuna maggiore garanzia difensiva, in relazione al rapporto giuridico processuale che lega la parte opponente alla parte opposta; infatti, occorre rammentare come vi sia comunque la solidarietà; successive difese verso terzi, anche se fondate, non sembrano rilevare, ai fini del rapporto con la odierna opposta; pertanto, la parte opponente ha già esercitato in questa sede (e, ovviamente, con l'atto di opposizione) tutte le difese che poteva esercitare contro la UNIPOL SAI ASSICURAZIONI s.p.a.; di talché la prossima udienza non la arricchirebbe di alcuna facoltà difensiva, contro UNIPOL SAI ASSICURAZIONI s.p.a.;

Rilevato conclusivamente che deve decidersi sulla provvisoria esecuzione oggi, in questa udienza;

Rilevato che va concessa;

Rilevato, in particolare, come la difesa basata sulla incompetenza sia esile, alla luce della limitata portata della clausola invocata;

Rilevato come le restanti difese o non riguardino la opposta, non siano ad essa opponibili; ovvero non sian comunque di pronta soluzione;

1. **ACCOGLIE** la richiesta di chiamata del terzo.
2. **FISSA** la udienza del giorno 4 febbraio 2016 ore 16.00, disponendo che la chiamata avvenga per tale udienza; nel rispetto del termine a comparire.
3. **DISPONE** che tale udienza avrà valore di prosecuzione della presente prima udienza.
4. **CONCEDE** la provvisoria esecutività al decreto opposto.
5. **RISERVA** la concessione dei termini di cui all'articolo 183 c.p.c., a tutte le parti, alla udienza indicata sopra; qualora le parti vi insistano.

Bologna il giorno otto del mese di ottobre duemilaquindici.

Tale il verbale di prima udienza (8 ottobre 2015).

A seguito della autorizzazione alla chiamata, gli odierni attori chiamavano in giudizio, per la udienza del giorno 4 febbraio 2016, chiedendo che *solo Beta* fosse tenuta al pagamento delle somme richieste.

Si costituiva Beta.

Affermava di volere esclusivamente ricostruire la verità dei fatti.

Affermava che i fatti provavano quanto segue.

La Alfa Costruzioni s.r.l. chiedeva, nel 2001, al Comune di Cosenza il permesso edilizio per eseguire lavori di costruzione di due fabbricati in Cosenza. Veniva costituita nel 2004 la Beta, con

amministratore unico lo stesso F , cioè il legale rappresentante anche della Alfa Costruzioni s.r.l. ma con socio di maggioranza Y. Dunque, come primo elemento di inesattezza della citazione in opposizione, la Beta faceva presente che in nessun modo i XY potevano dichiarare che la Beta era loro ignota. Nel 2005 veniva stipulata la polizza, con l'atto di coobbligazione degli odierni opposenti. Nel 2007 il F () vendeva le sue partecipazioni della Beta ad altro soggetto, il Montuori, che ne diventava amministratore. Nel 2007, la società Alfa Costruzioni s.r.l. di F vendeva alla Beta il quoziente di terreno relativo ad uno dei due terreni interessati.

La Beta, in relazione a tale acquisto, era tuttavia subentrata esclusivamente nella concessione/permesso di costruire; non anche nella obbligazione di pagamento degli oneri.

Concludeva dunque per il rigetto della chiamata.

Tale, in sintesi, la posizione di Beta.

Alla udienza del 4 febbraio 2016, venivano concessi i termini di cui all'articolo 183 c.p.c.

Alla successiva udienza del giorno 6 ottobre 2016, le parti dichiaravano di non avere dedotto prove orali, ritenendo dunque la causa matura per la decisione. La stessa veniva dunque rinviata al 20 ottobre 2016, quando le parti concludevano come sopra indicato.

La circostanza che lo svolgimento del processo non sia più parte integrante del provvedimento di sentenza (132 c.p.c.) consente di limitare ai cenni che precedono lo svolgimento del processo.

Per quanto qui non narrato, occorre fare riferimento agli atti di causa.

MOTIVI DELLA DECISIONE

In generale

Va rilevato come si sia in presenza di tre soggetti, con rapporti giuridici relativi a tutti e tre.

Si hanno dunque varie pretese.

In primo luogo, vi è la pretesa di Unipol verso gli attori signori XY. Tale pretesa è agita in via monitoria, a mezzo di decreto ingiuntivo. Il decreto ingiuntivo è opposto, con specifiche difese. Tuttavia, gli attori signori XY hanno presentato una domanda verso la Beta, con la chiamata di terzo. Tale dunque la *seconda* difesa.

A partire dalla prima memoria 183 c.p.c., poi, parte Unipol ha diretto una specifica domanda *anche contro la Beta*.

Dunque, sono tre le pretese, che possono così essere schematizzate.

La prima: Unipol -> signori XY.

La seconda: signori XY -> Beta.

La terza: Unipol -> Beta.

E' opportuno trattarle separatamente, al fine di dare chiarezza al discorso motivazionale.

Il rapporto giuridico processuale fra gli attori e la opposta

Unipolsai Assicurazioni s.p.a.

Fondatezza della eccezione di incompetenza

La opposizione è fondata, con riferimento al primo dei motivi.

Unipol ha pagato la polizza e regredisce sui coobbligati.

Due le difese dei signori XY.

In primo luogo si eccepisce la incompetenza del Tribunale di Bologna.

La difesa è fondata.

Tale difesa, per la sua natura processuale e pregiudiziale, non può essere limitata al solo contratto a tutela del Comune di Cosenza ma, anche, a tutela del Comune più piccolo. Nel merito, invece, sembra che le difese siano rivolte soprattutto alla vicenda cosentina. La eccezione di incompetenza, poiché riguarda tutto il rapporto; poiché è basata su contratti identici; va, allora, considerata come *generale*, riferita ad entrambi i rapporti.

In particolare, va rilevato come la obbligazione principale, cioè la polizza, *veda la competenza nella sede del Comune garantito, cioè, nel caso, in Cosenza*. Si riguardi in particolare l'articolo 11 delle condizioni di polizza, sia con riferimento alla polizza "Cosenza" sia con riferimento alla polizza "Montalto Uffugo" (entrambe su modulistica comune alla predisponente Unipol, allora AURORA ASSICURAZIONI s.p.a.). Tale clausola non solo prevede la competenza in Cosenza ma, anche, la prevede come competenza esclusiva.

Il problema è se tale clausola di competenza esclusiva possa essere estesa anche alla coobbligazione. Lo afferma la parte opponente. Lo nega la Unipol.

Il testo della coobbligazione - in realtà le coobbligazioni, tutte redatte in testo identico, di fonte della compagnia assicuratrice; docc. 3 ss. - reca una dizione di questo tenore: *"Il Sottoscritto dichiara espressamente di conoscere e di accettare tutte le condizioni generali e particolari della polizza alla quale il presente atto di coobbligazione si riferisce avendo ricevuto copia integrale della polizza stessa"*. Dunque, nel momento in cui i coobbligati, cioè gli odierni attori, hanno assunto la coobbligazione, hanno aderito, *per relationem*, anche alla clausola derogatoria della competenza, che pone la competenza esclusiva in Cosenza.

Non vi è infatti solo la *conoscenza* delle clausole della polizza principale ma anche la loro *accettazione*.

La coobbligazione non vede, tuttavia, le sottoscrizioni di cui all'articolo 1341, comma secondo, codice civile. La clausola derogatoria della competenza, infatti, è pacificamente una delle clausole che debbono essere sottoscritte dall'aderente, in quanto espressamente previste dal capoverso dell'articolo 1341 c.c.

Si ha dunque questo fenomeno: l'aderente - cioè gli odierni attori - ha dato il proprio consenso negoziale al recepimento di tutte le clausole della polizza principale (e ciò è pacifico, avendole ricevute ed accettate); dunque ha dato il consenso anche alla deroga alla competenza. Tuttavia,

nel solo atto di coobbligazione, non ha specificamente approvato la clausola derogatoria della competenza, che è clausola contenuta nella polizza principale; in altri termini, nella coobbligazione non si ha il meccanismo della doppia sottoscrizione. Dunque, la coobbligazione richiama la polizza principale - inclusa la deroga alla competenza - ma, a differenza che nella polizza principale, non vi è alcuna doppia sottoscrizione ai sensi dell'articolo 1341 c.c.; in relazione alla coobbligazione, dunque, il contenuto negoziale è sicuramente quello di recepire anche lo spostamento di competenza; tale contenuto negoziale non è veicolato ai sensi dell'articolo 1341 c.c., nelle forme ivi previste (la c.d. "doppia firma"), presenti invece nella polizza.

La questione è dunque quella, per così dire tradizionale, *se le norme di cui al secondo comma dell'articolo 1341 c.c. siano norme a tutela dell'aderente, ovvero operino in senso oggettivo. In altri termini, il tema è se: la mancata sottoscrizione di una delle clausole di cui all'articolo 1341 c.c., concluso comunque il contratto, possa essere fatta valere dal solo aderente, ovvero anche dal predisponente.*

Tale è il caso di specie.

Il contratto è concluso, poiché nella coobbligazione è fatto richiamo alle clausole della obbligazione principale. La clausola sulla competenza, pure nel patto contrattuale, *non è sottoscritta nelle guise dell'articolo 1341, comma secondo, c.c.* La mancata sottoscrizione non è tuttavia fatta valere dall'aderente (i signori XY), contro la quale fu predisposta, che anzi invocano proprio questa clausola; quanto, piuttosto, dal predisponente, che contrasta la clausola, pur predisposta dalla compagnia assicuratrice (allora: AURORA ASSICURAZIONI s.p.a.; oggi: la opposta).

In ordine alla natura ed alle conseguenze della mancata sottoscrizione delle clausole, sussistono tre tesi:

- Per una prima tesi, si tratterebbe di una nullità;
- Per una seconda tesi, si avrebbe una inefficacia, che tuttavia può essere fatta valere sia dal predisponente, sia dall'aderente.
- Per una terza tesi, si avrebbe inefficacia, che tuttavia può essere fatta valere solo dall'aderente.

Non è rilevante affrontare il tema, irto di questioni teoriche e dogmatiche, se sia maggiormente corretta una ricostruzione in termini di *nullità* o di mera *inefficacia*. Ai fini pratici, le prime due tesi enunciate sopra coincidono, poiché finiscono per consentire un rilievo anche di ufficio ed anche su difesa del predisponente. La terza tesi limita invece la possibilità di fare valere la inefficacia solo *nell'interesse dell'aderente*.

Ritiene questo giudice preferibile la soluzione, per cui la *inefficacia sia solo a tutela dell'aderente, non anche del predisponente*. In ciò, vi è il conforto della giurisprudenza più recente (Cass. 19212 del 2005, anche se su profilo prevalentemente incentrato sulla prova; 11213 del 1991). Sono a favore di questa interpretazione argomenti difficilmente superabili: la natura di norma di protezione dell'articolo 1341 c.c., che la avvicina a più recenti meccanismi di tutela del contraente debole (consumatore, con le nullità di protezione; ecc.); dunque, norma che, in anticipo sui tempi, consentiva tutela ad una delle parti. Va aggiunto come il predisponente non possa invocare la minorata conoscenza del testo (a differenza dell'aderente), dunque la necessità,

per essere messo in guardia, della doppia sottoscrizione. Infatti, essendo tale parte l'autore del testo, non può invocare la mancata attenzione dell'*altra* parte.

Dunque, solo l'aderente, nel caso gli opposenti, avrebbe potuto far valere la inefficacia della clausola, per mancata sottoscrizione. Gli opposenti non fatto affatto valere tale inefficacia; anzi, invocano la clausola sulla competenza in Cosenza.

Vi è dunque la competenza convenzionale.

La declaratoria di incompetenza comporta la revoca del decreto ingiuntivo, come da punto 3 del dispositivo.

Va rilevato come si sia in presenza di un profilo del tutto opinabile anche in diritto, con mutamenti giurisprudenziali, in ordine alla natura delle clausole 1341 c.c.: se cioè le garanzie ivi previste siano invocabili solo dall'aderente ovvero anche dal predisponente. Tale motivo è uno dei motivi tipici di compensazione delle spese, cioè la incertezza giurisprudenziale (92 c.p.c.). Va aggiunto, nel senso della compensazione, come anche nel caso concreto, la clausola si presentasse come ambigua, essendo opinabile (anche se infine da ritenersi corretta la risposta positiva) che la co-obbligazione richiamasse la clausola.

Infine, in un'ottica di soccombenza reciproca, va rilevato come si sia in presenza di una situazione in cui gli altri motivi di opposizione (con valutazione prognostica) non erano solidi; dunque di potenziale soccombenza reciproca.

Dunque, le spese vengono compensate, non semplicemente rimesse al definitivo.

Il rapporto fra opponente e parte chiamata

In relazione a tale rapporto giuridico processuale, viene meno l'interesse alla chiamata.

Da come è proposta la chiamata, non vi è infatti domanda di accertamento positivo; vi è una domanda di essere tenuti indenni, rispetto alla pretese della opposta, per danni subiti.

La parte opponente, rispetto a questa domanda, *per come è proposta*, perde dunque interesse ad agire. Ciò a seguito della revoca del decreto opposto.

E' noto come la prassi e la giurisprudenza abbiano individuato, per il venire meno dell'interesse ad agire in corso di causa, l'istituto della cessazione della materia del contendere. Se l'interesse non esiste fin dall'inizio, vi ha la inammissibilità della domanda; se questo viene meno in corso di causa, questa non può proseguire e la formula, di creazione giurisprudenziale e di prassi, è quella della cessazione della materia del contendere (ormai comunque codificata in alcuni processi, come il tributario e l'amministrativo).

Sia nel caso di inammissibilità, sia nel caso di cessata materia del contendere, il parametro cui fare riferimento è quello dell'articolo 100 c.p.c.

Per come è posta la domanda degli attori-opponenti, verso la chiamata Beta, cessa la materia del contendere a seguito dell'accoglimento della eccezione di incompetenza, che comporta la revoca del decreto ingiuntivo (sia pure senza effetti di giudicato sulla questione sostanziale). Naturalmente, trattasi di cessazione che è, per così dire, *provvisoria*, nel senso che opera solo in questo processo; la Unipol ben potrebbe rinnovare la domanda. Di fronte a nuova domanda della

parte Unipol, nella sede propria, ovvero in caso di riassunzione vi sarà evidentemente interesse in tal senso.

Allo stato e per come è posta la domanda, non sussiste.

La circostanza che si versi in ipotesi di declinatoria in rito, in una situazione nella quale l'interesse ad agire sussisteva all'inizio (ed è venuto meno solo in corso di causa) impone di compensare integralmente le spese, in relazione a questo rapporto giuridico processuale.

Come da punto 6 del dispositivo.

La domanda della opposta verso la chiamata: inammissibilità

La parte Unipol ha poi proposto domanda nei confronti della terza chiamata.

Trattasi di chiamata *tardiva*.

Parte Unipol ha invocato la accettazione del contraddittorio da parte della chiamata.

Nel contesto processuale, susseguente alle più recenti riforme, deve dirsi come la accettazione del contraddittorio, anche se sussistente, *non valga a rimettere in termini la parte che abbia presentato una domanda tardivamente*. La ordinata proposizione della domanda è infatti in un'ottica di interesse pubblico e non di una sola parte.

In ogni caso, non sembra che vi sia una accettazione del contraddittorio. La parte chiamata si difende con vigore verso la parte attrice; non emergono in fatto difese verso la Unipol, se non generiche e di stile; inoltre, solo in quanto connesse alla difesa principale.

Anche in relazione a questo rapporto giuridico processuale, la circostanza che vi sia una mera declinatoria in rito consente di compensare integralmente le spese. Inoltre ed in via decisiva, non è stata Unipol a chiamare la parte terza chiamata; dunque, le spese da questa sofferte non sono state causate dalla Unipol, quanto piuttosto dalla chiamata, effettuata dagli attori.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando sulla causa che reca numero 7166/2015;

ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

1. **ACCOGLIE** la opposizione.
2. **DICHIARA** la competenza esclusiva del Tribunale di Cosenza.
3. **REVOCA** il decreto ingiuntivo in ogni sua parte: capitale; interessi quali ivi statuiti; spese del monitorio. Revoca dunque anche la esecutività dello stesso.
4. **DICHIARA** non luogo a provvedere, per cessata materia del contendere, in ordine alla domanda di danni, proposta dagli attori, nei confronti della terza chiamata.
5. **DICHIARA** inammissibile la domanda proposta da UNIPOLSAI ASSICURAZIONI s.p.a., nei confronti della terza chiamata, proposta per la prima volta con la memoria 183 c.p.c.

6. **DICHIARA** le spese integralmente compensate fra tutte le parti.

Sì deciso in Bologna nella residenza del Tribunale alla via Farini numero 1, il giorno 19 gennaio 2017

Il giudice

dott. Marco D'Orazi

Pubblicazione il 13/02/2017