Euroconference LEGAL
L'aggiornamento settimanale per l'Avvocato
TeamSystem LEGAL

Edizione di martedì 9 giugno 2020

Obbligazioni e contratti

Affitto di azienda e inibitoria dell'incasso degli assegni dati a garanzia nell'emergenza da Covid-19
di **Valerio Sangiovanni**

Impugnazioni

Erronea proposizione dell'appello in luogo del ricorso per cassazione: né translatio iudicii, né conversione dell'atto
di **Valentina Baroncini**

Esecuzione forzata

L'impugnazione dei provvedimenti di estinzione atipica del processo esecutivo
di **Maddalena De Leo**

Responsabilità civile

La responsabilità del direttore dei lavori per i vizi dell'opera appaltata
di **Paolo Cagliari**

Comunione – Condominio - Locazione

La misura del risarcimento del danno da risoluzione anticipata del contratto di locazione per inadempimento del conduttore
di **Saverio Luppino**

Diritto e procedimento di famiglia

Frequentazione nonni e nipoti: limitata se il nonno è troppo invadente
di **Giuseppina Vassallo**

Diritto e reati societari

Un'altra pronuncia conferma la legittimità della clausola del tipo russian roulette
di **Mario Cascavilla**

Diritto Bancario

I contratti derivati interest rate swap stipulati dagli enti locali
di **Fabio Fiorucci**

Proprietà e diritti reali

Rilancio della Hospitality in fase 2: voucher e rimedi civilistici fruibili fino al 30 settembre 2020_ II parte
di **Donatella Marino**

Processo civile telematico

Le garanzie della posta elettronica certificata
di **Giuseppe Vitrani**

Obbligazioni e contratti

Affitto di azienda e inibitoria dell'incasso degli assegni dati a garanzia nell'emergenza da Covid-19

di **Valerio Sangiovanni**

Tribunale di Rimini, 25 maggio 2020

Parole chiave

Affitto d'azienda – Pagamento dell'affitto – Deposito cauzionale – Incasso degli assegni – Inibitoria

Massima

In tema di contratti di affitto d'azienda, nel caso in cui l'affittuario si trovi in difficoltà nel pagare gli affitti a causa della pandemia di Covid-19 e delle misure di contenimento imposte dal Governo, il giudice può inibire in via d'urgenza l'incasso degli assegni rilasciati dall'affittuario all'affittante a garanzia del pagamento degli affitti.

Disposizioni applicate

Art. 1460 c.c. (eccezione d'inadempimento) e art. 2562 c.c. (affitto dell'azienda)

CASO

Viene concluso un contratto di affitto di azienda avente a oggetto un hotel. A causa dellla pandemia di Covid-19, **l'hotel rimane chiuso e non riesce a ottenere incassi**. La circostanza impedisce all'affittuario di corrispondere gli affitti nel rispetto dei termini previsti dal contratto.

Al momento della conclusione del contratto, l'affittuario aveva consegnato all'affittante degli assegni – privi di data – a garanzia dell'adempimento del contratto, e in particolare per assicurare il pagamento dei canoni futuri. **L'affittuario teme che ora l'affittante possa portare gli assegni all'incasso**. Per questa ragione si rivolge al Tribunale di Rimini con un ricorso d'urgenza, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., per chiedere che il giudice inibisca all'affittante di incassare gli assegni.

Il Tribunale di Rimini, valutate tutte le circostanze del caso, e in particolare le misure di contenimento imposte dal Governo che hanno fortemente limitato l'attività economica nel

settore del turismo, **vieta in via d'urgenza all'affittante di portare gli assegni all'incasso**. Si tratta di una decisione assunta in via d'urgenza, e con motivazione alquanto breve, ma pur sempre uno dei primi precedenti su queste tematiche (effetti della pandemia sui contratti commerciali), che interesseranno a lungo i tribunali italiani nei mesi a venire.

SOLUZIONE

La soluzione fatta propria dal Tribunale di Rimini consiste nell'inibire all'affittante l'incasso degli assegni. Il Tribunale di Rimini dà peso alle **disposizioni emergenziali** e alla situazione di fatto in cui si trova l'affittuario (= impossibilità di incassare), che fanno ritenere fondata la richiesta del ricorrente (*fumus boni iuris*).

Secondo il giudice riminese sussiste anche il *periculum in mora* perché le trattative fra le parti non avevano condotto ad alcun accordo e l'affittante aveva dichiarato di voler procedere con l'incasso degli assegni. L'incasso degli assegni, non essendovi copertura, avrebbe portato a una **segnalazione presso la Centrale di allarme interbancaria (CAI)** e all'iscrizione di protesto da parte di pubblico ufficiale.

L'affittuario, per sottrarsi al pagamento degli affitti, invoca l'eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c. Come è noto, questa disposizione prevede che "nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la propria obbligazione, se l'altro non adempie … contemporaneamente la propria". L'affittuario sostiene difatti che l'affittante non avrebbe adempiuto a certi obblighi manutentivi straordinari. Ma **l'argomento principale in forza del quale l'affittuario ritiene di non essere tenuto a pagare è la chiusura forzata** nel trimestre marzo-maggio 2020, a causa della pandemia di Covid-19 e dei provvedimenti di contenimento del Governo, che hanno precluso gli incassi.

QUESTIONI

È probabile che, nei prossimi 12-24 mesi, **un contenzioso che aumenterà notevolmente** sarà quello relativo alle locazioni commerciali e agli affitti d'azienda. I motivi sono a tutti noti: la chiusura imposta dal Governo degli esercizi commerciali (e financo industriali) e il calo di fatturato anche nei mesi successivi hanno impedito, stanno impedendo e impediranno anche in futuro a numerose imprese commerciali di pagare i canoni dovuti.

La soluzione più semplice sarebbe quella di un accordo fra le parti che prevedesse una riduzione, almeno temporanea, dei canoni. Questa soluzione si scontra però con la possibile rigidità del locatore/affittante.

Se non si troveranno soluzioni concordate, si assisterà a due tipi di contenziosi:

- quelli relativi al pagamento dei canoni omessi;
- quelli relativi ai recessi e alle risoluzioni dai contratti di locazione/affitto.

In questo ambito, un peso determinante sarà svolto da una disposizione speciale della legislazione emergenziale, ossia l'art. 91 d.l. n. 18 del 2020 (decreto c.d. "Cura-Italia"). Questa norma prevede che "il rispetto delle misura di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato **ai fini dell'esclusione**, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, **della responsabilità del debitore**, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi pagamenti".

Nel contesto emergenziale, la responsabilità del debitore va dunque in ogni caso valutata alla luce di due eventi che – fino a gennaio 2020 – erano imprevedibili:

- la pandemia di Covid-19, fatto che può essere qualificato come "**forza maggiore**": per effetto della pandemia gli adempimenti contrattuali sono diventati più difficili e, in alcuni casi, addirittura impossibili;
- i provvedimenti del Governo che hanno limitato sia le libertà personali di circolazione sia le libertà di produrre delle imprese. A questi atti ci si può riferire come a un "**fatto del principe**" (*factum principis*), ossia a provvedimenti che – vietando certe condotte – ostacolano o addirittura impediscono l'adempimento dei contratti.

A dire il vero, il Tribunale di Rimini, nella sua decisione, non fa espresso riferimento all'art. 91 d.l. n. 18 del 2020 né fa riferimento all'impossibilità della prestazione dell'affittuario. L'art. 1464 c.c. prevede che "quando la prestazione di una parte è divenuta **solo parzialmente impossibile**, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta". Nel contratto di affitto d'azienda, le prestazioni tipiche delle parti sono:

- per l'affittante, mettere a disposizione il godimento del bene produttivo (nel caso di Rimini si trattava di un hotel);
- per l'affittuario, pagare regolarmente gli affitti.

Si è verificata, nel caso di specie, un'impossibilità della prestazione?

Partendo dalla prestazione dell'affittuario (pagare gli affitti), la giurisprudenza è orientata nel senso che **una prestazione fungibile come quella di pagare delle somme di danaro non diventa mai impossibile**. Certo che il debitore potrebbe non avere danaro, ma ciò non lo libererebbe dalla sua obbligazione; non si potrebbe insomma invocare l'impossibilità della prestazione per andare esenti da responsabilità, per il solo fatto di non disporre della provvista per pagare.

Un ragionamento un poco più complesso va svolto con riferimento alla posizione dell'affittante. La legge prevede che "l'affittante è tenuto a consegnare la cosa ... in istato da servire all'uso" (art. 1617 c.c.). Sotto questo profilo non possono muoversi contestazioni all'affittante, che ha consegnato all'affittuario le chiavi dell'hotel. Esiste tuttavia una disposizione speciale in tema di affitto, norma poco conosciuta, in forza della quale "se, in conseguenza di una disposizione di legge ... o di un provvedimento dell'autorità riguardanti la gestione produttiva, il rapporto contrattuale risulta notevolmente modificato in modo che le parti ne risentano rispettivamente una perdita e un vantaggio, **può essere chiesto un aumento**

o una diminuzione del fitto" (art. 1623 comma 1 c.c.). Questa norma pare applicabile al caso di specie, e giustificare almeno una diminuzione del fitto. Si noti tuttavia che, secondo un precedente della Corte di cassazione (5 marzo 2018, n. 5122), in tema di contratto di affitto, il riequilibrio del piano contrattuale in conseguenza di un provvedimento autoritativo che abbia alterato l'originaria previsione negoziale, ai sensi dell'art. 1623 c.c., è legittimamente disposto dal giudice su richiesta della parte che risenta della perdita, con decorrenza dalla domanda giudiziale.

L'escussione degli assegni consentirebbe all'affittante di ottenere un risultato che, in base alle disposizioni esaminate, gli sarebbe verosimilmente precluso. Per questa ragione il Tribunale di Rimini concede l'inibitoria.

Impugnazioni

Erronea proposizione dell'appello in luogo del ricorso per cassazione: né translatio iudicii, né conversione dell'atto

di **Valentina Baroncini**

Cass. civ. sez VI, n. 5712

[1] Appello avverso la sentenza *ex* art. 617 c.p.c. – Inammissibilità – *Translatio iudicii* o conversione dell'appello in ricorso per cassazione – Esclusione – Ragioni (artt. 617 c.p.c.).

Qualora l'appello (nella specie, avanzato avverso una sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 617 c.p.c.) sia inammissibile in quanto strumento processuale radicalmente diverso da quello corretto, non può operare la "translatio iudicii" perché l'impugnazione proposta è inidonea, anche solo in astratto, a configurare l'instaurazione di un regolare rapporto processuale, né l'appello può convertirsi in ricorso per cassazione, giacché difetta dei requisiti di validità dell'atto nel quale dev'essere convertito, essendo il ricorso di legittimità, mezzo di impugnazione a critica vincolata (a maggior ragione, se proposto in via straordinaria ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost.), strutturalmente diverso. (massima ufficiale)

CASO

[1] Ricevute alcune cartelle di pagamento da parte di Equitalia, la contribuente proponeva opposizione avverso le stesse per vizi inerenti alla relativa notificazione.

Il Tribunale di Milano, dopo aver espressamente qualificato l'opposizione quale proposta a norma dell'art. 617 c.p.c., procedeva al rigetto della stessa.

La contribuente proponeva allora appello, il quale veniva dichiarato inammissibile dalla Corte territoriale sulla base della considerazione per cui il mezzo di gravame spendibile avverso la sentenza emessa all'esito dell'opposizione *ex* art. 617 c.p.c. è il ricorso per cassazione.

Avverso tale decisione veniva presentato ricorso per cassazione articolato in un unico motivo. La ricorrente, per l'esattezza, non contestava la qualificazione dell'opposizione quale proposta

ai sensi dell'art. 617 c.p.c. (e, conseguentemente, la non appellabilità della sentenza emessa all'esito della stessa, secondo quanto disposto dall'art. 618 c.p.c.), bensì la circostanza per cui la Corte d'Appello, una volta rilevata l'erroneità del mezzo di impugnazione proposto, non avrebbe dovuto dichiararlo inammissibile, ma avrebbe dovuto trasmettere gli atti alla Corte di cassazione, in attuazione del principio della *translatio iudicii*, destinato a trovare applicazione anche in ipotesi di appello proposto dinanzi a un giudice di grado diverso rispetto a quello davanti al quale avrebbe dovuto essere proposto il gravame (sul punto, la ricorrente richiama il precedente di cui a Cass., sez. un., 14 settembre 2016, n. 18121).

SOLUZIONE

[1] La Suprema Corte dichiara il ricorso inammissibile ai sensi del comb. disp. degli artt. 380-*bis* e 375, n. 1), c.p.c., evidentemente – ancorché ciò non sia chiarito dal testo del provvedimento – a causa del riscontro di una delle cause di inammissibilità previste dal c.d. filtro di cui all'art. 360-*bis* c.p.c.

I giudicanti rilevano l'inconferenza del principio di diritto richiamato dalla ricorrente, rilevando come, nella fattispecie sottoposta al suo esame, non ricorra un problema risolvibile in termini di *translatio iudicii* (destinata a operare laddove il mezzo di gravame scelto dalla parte sia corretto, ma indirizzato a un giudice incompetente per territorio o per grado), bensì un vizio che concerne la scelta stessa dello strumento processuale da utilizzare, nel caso di specie inidoneo a costituire un regolare rapporto processuale (per questa distinzione, pure Cass., 7 dicembre 2016, n. 25078). Nell'ambito della vicenda giudiziaria giunta al suo esame, infatti, non si è riscontrato (solamente) un errore di individuazione dell'organo giudiziario competente a ricevere il gravame, bensì, a monte, l'utilizzazione di uno strumento processuale diverso rispetto a quello correttamente spendibile.

La Corte rileva inoltre come non possa operare, nel caso di specie, un meccanismo di conversione dell'atto di appello erroneamente proposto in ricorso per cassazione. Tale sanatoria, infatti, presuppone che l'atto nullo presenti tutti i requisiti di validità dell'atto nel quale deve essere convertito: ciò che non appare predicabile nell'ipotesi in esame, stante la diversità strutturale tra appello e ricorso per cassazione, specialmente nella misura in cui quest'ultimo, a differenza del primo, integra un mezzo di impugnazione a critica vincolata.

QUESTIONI

[1] Nell'argomentazione della sua decisione, la Suprema Corte tocca alcuni istituti di

fondamentale importanza pratica nell'atto dell'introduzione di un giudizio (di primo grado ovvero di gravame), in quanto consentono di rimediare ad alcuni errori che la parte può commettere nel compimento di tale attività processuale, a tutto vantaggio del canone dell'economia processuale.

Anzitutto l'attenzione si sofferma sul principio della c.d. *translatio iudicii*, come detto posta dal ricorrente a fondamento della propria censura.

Tale istituto, lo si ricorda, consente che, nel caso in cui sia adita una autorità giudiziaria incompetente a ricevere la causa, il processo non debba chiudersi con una declaratoria di rigetto in rito, per poi essere riavviato *ex novo* dalla parte, bensì possa proseguire, tramite un meccanismo di riassunzione, presso il giudice individuato come competente: il che, con tutta evidenza, permette di evitare una duplicazione delle attività processuali, nonché, soprattutto, di salvaguardare gli effetti sostanziali e processuali della prima domanda, presentata innanzi al giudice incompetente. L'istituto, inizialmente predisposto dall'art. 50 c.p.c. con riguardo a fattispecie di incompetenza (per i dovuti riferimenti, L. Prendini, *sub* art. 50, in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, I, Milano, 2018, 672 ss.), è stato riconosciuto operante anche tra giudice e arbitro (Corte Cost., 19 luglio 2013, n. 223) e successivamente è stato esteso alle ipotesi di difetto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudici speciali, precisamente ad opera dell'art. 59 della l. 18 giugno 2009, n. 69 (in dottrina, C. Asprella, *La* translatio iudicii, Milano, 2010; C. Consolo, *La* translatio iudicii *tra giurisdizioni nel nuovo art. 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1267 ss.).

Nel caso di specie, peraltro, il principio è stato invocato da parte ricorrente richiamando la pronuncia di Cass., sez. un., n. 18121/2016, secondo la quale «l'appello proposto davanti ad un giudice diverso, per territorio o grado, da quello indicato dall'art. 341 c.p.c. non determina l'inammissibilità dell'impugnazione, ma è idoneo ad instaurare un valido rapporto processuale, suscettibile di proseguire dinanzi al giudice competente attraverso il meccanismo della *translatio iudicii*».

È evidente, tuttavia – e si condivide, dunque, la posizione assunta sul punto dal provvedimento in commento -, come la fattispecie decisa dalle Sezioni Unite sia diversa rispetto a quella verificatasi nel caso di specie, con conseguente inapplicabilità del relativo principio di diritto. Nel caso oggetto del precedente richiamato, infatti, la parte aveva esperito il mezzo di impugnazione corretto (appello), ma aveva adito un organo incompetente, per territorio o per grado, a riceverlo; nella fattispecie decisa dal provvedimento in epigrafe, viceversa, la parte, più radicalmente e, si potrebbe dire, a monte, ha errato nella scelta del mezzo di

impugnazione (appello in luogo del ricorso per cassazione): circostanza, questa, che ha pure comportato – ancorché, potremmo dire, a valle – l'investitura di un organo giudiziario incompetente (Corte d'Appello in luogo della Corte di cassazione). Del tutto coerente, allora, è il richiamo che la decisione in commento effettua al precedente di cui a Cass., 7 dicembre 2016, n. 25078, la quale, per quanto di interesse ai presenti fini, ha condivisibilmente affermato che «in tema di impugnazioni, in caso di errata individuazione del mezzo di impugnazione, non è validamente adito il giudice competente sull'impugnazione stessa e non insorge, pertanto, alcun obbligo del giudice così adito, né alcun diritto del maldestro impugnante, di trasmettere la causa al giudice competente sul corretto mezzo di impugnazione con gli effetti conservativi propri della c.d. *translatio iudicii*, risultando *sic et simpliciter* inammissibile il mezzo di impugnazione erroneamente proposto». In altri termini, l'errore circa il mezzo di impugnazione prescelto – da riguardarsi quale causa di inammissibilità del gravame proposto -, prevale e diviene assorbente rispetto alla possibilità di effettuare una salvifica *translatio iudicii* al giudice competente.

Esiste, tuttavia, un meccanismo astrattamente idoneo a salvare l'impugnazione veicolata tramite un mezzo erroneo dalla declaratoria di inammissibilità, sì da far resuscitare poi la possibilità di *translatio iudicii* al giudice competente: e proprio l'impossibilità, nel caso di specie, di innescare tale meccanismo spiega perché si sia dovuto ricorrere, a monte, alla decisione di inammissibilità dell'impugnazione proposta.

La Suprema Corte, infatti, non si astiene dall'esaminare la possibilità di salvare l'appello proposto tramite la sua conversione in ricorso per cassazione. Il principio di conversione degli atti processuali (anch'esso evidente espressione di una *ratio* di economia dei giudizi) consente infatti di salvare l'atto processuale invalido tramite, per l'appunto, la sua conversione in un atto diverso, che del primo, però, possegga tutti i necessari requisiti di validità (per un'applicazione, si veda Cass., sez. un., 23 settembre 2013, n. 21675, secondo cui «l'opposizione al decreto ingiuntivo ottenuto dall'avvocato per prestazioni giudiziali in materia civile deve proporsi con atto di citazione, sicché, qualora l'opponente abbia introdotto il corrispondente giudizio con ricorso, la sanatoria del vizio procedurale – operante quando, con la regolare instaurazione del contraddittorio, conseguente alla costituzione della controparte in assenza di eccezione alcuna, sia stato raggiunto lo scopo dell'atto, in virtù del principio di conversione degli atti processuali nulli di cui all'art. 156 c.p.c. – sussiste alla condizione che il ricorso venga notificato nel termine indicato nel decreto, analogamente a come si sarebbe dovuto procedere con l'atto di citazione»; in dottrina, F. Marelli, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova, 2000; L. Salvaneschi, *Riflessioni sulla conversione degli atti processuali di parte*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 121 ss.).

La Cassazione, tuttavia, scioglie il quesito in termini negativi. Un atto di appello, infatti, è giocoforza inidoneo a presentare tutti i requisiti di validità del ricorso per cassazione: quest'ultimo atto, infatti, introduce un giudizio di impugnazione a critica vincolata e, come noto, prevede criteri di redazione dei relativi motivi particolarmente stringenti, che un atto di appello – pur se redatto secondo le previsioni di cui al nuovo art. 342 c.p.c. – non è, con ogni probabilità, idoneo a rispettare.

Si spiega, allora, la prevalenza della declaratoria di inammissibilità sulla *translatio iudicii*. Infatti, se anche la Corte d'Appello avesse trasmesso gli atti alla Corte di cassazione, quest'ultima non avrebbe potuto far altro che prendere atto dell'inammissibilità dell'impugnazione proposta, a causa dell'inidoneità, per i motivi appena visti, dell'atto di citazione in appello a validamente instaurare il giudizio di legittimità: sicché, senz'altro più conveniente si è dimostrata la decisione assunta nel caso di specie.

In termini ancora differenti, la possibilità di *translatio iudicii*, in fattispecie quali quella ora in esame, presuppone la previa operatività della conversione dell'atto nullo in un atto idoneo a validamente instaurare il giudizio davanti all'autorità giudiziaria competente. Esclusa la praticabilità della conversione, la *translatio* non ha alcun ragione di essere.

Esecuzione forzata

L'impugnazione dei provvedimenti di estinzione atipica del processo esecutivo

di **Maddalena De Leo**

Cassazione civile sez. III – 29/04/2020, sentenza n. 8404; Pres. Amendola; Cons. rel. Tatangelo

Estinzione atipica del processo esecutivo – Provvedimento – Opposizione agli atti esecutivi *ex* art. 617 c.p.c. – Ammissibilità – Reclamo al collegio *ex* art. 630 c.p.c. – Inammissibilità

(c.p.c. artt. 382, 617, 629, 630, 631; art. 187 *bis* disp. att. c.p.c.)

I provvedimenti con i quali venga dichiarata l'estinzione del processo esecutivo in ipotesi diverse da quelle tipizzate dal codice sono impugnabili esclusivamente con l'opposizione agli atti esecutivi e non già col reclamo ex art. 630 c.p.c., il quale, ove proposto, deve essere dichiarato inammissibile anche d'ufficio.

CASO

Il ricorrente R.F. promuoveva un processo esecutivo per espropriazione immobiliare nei confronti di S.D., conclusosi con la dichiarazione di improcedibilità. Successivamente, dopo che il provvedimento di estinzione era divenuto definitivo, il creditore procedente chiedeva disporsi la prosecuzione della procedura esecutiva, fissando nuovamente la vendita dei beni pignorati, previa revoca di ogni precedente provvedimento contrario. Il giudice dell'esecuzione rigettava la richiesta: avverso tale provvedimento R.F. proponeva reclamo al collegio.

Il tribunale di Torre Annunziata rigettava il reclamo con ordinanza collegiale, poi impugnata davanti alla Corte d'appello di Napoli. L'appello veniva dichiarato inammissibile.

R.F. ricorreva in Cassazione sulla base di tre motivi.

SOLUZIONE

La Corte ha rilevato *ex officio* la questione pregiudiziale della inammissibilità del reclamo proposto dal ricorrente avverso il provvedimento del giudice dell'esecuzione che aveva rigettato la richiesta di prosecuzione del processo esecutivo, quale provvedimento di estinzione cd. atipica, cassando senza rinvio *ex* art. 382, co. 3, c.p.c., la decisione impugnata.

QUESTIONI

Il caso in esame consente di analizzare la differenza tra i provvedimenti di estinzione tipica e quelli di estinzione atipica del processo esecutivo ed il relativo regime di impugnazione.

Dal testo dell'art. 187 *bis* disp. att. c.p.c. emerge che, accanto alle ipotesi di estinzione cd. tipica, previste agli artt. 629 ss. e nelle altre fattispecie tipizzate dal legislatore, l'effetto estintivo del processo può conseguire anche nei casi di chiusura anticipata, definiti di estinzione cd. atipica in quanto, a fronte del medesimo effetto estintivo del processo, comprendono tutte le ipotesi estintive diverse da quelle previste per legge.

La distinzione tra estinzione tipica e atipica rileva ai fini del differente regime impugnatorio previsto per il provvedimento dichiarativo dell'estinzione: è oggetto di reclamo al collegio *ex* art. 630, ult. co., c.p.c. il provvedimento che dichiari l'estinzione per rinuncia agli atti ovvero per inattività delle parti nei casi previsti dalla legge; diversamente, negli altri casi di chiusura anticipata del processo non espressamente previsti dal codice, il mezzo di impugnazione è rappresentato dal ricorso in opposizione agli atti esecutivi *ex* art. 617, comma 2, c.p.c.

La giurisprudenza è costante nel riconoscere che i provvedimenti di estinzione atipica sono impugnabili esclusivamente mediante l'opposizione agli atti esecutivi (cfr. per tutte: Cass. n. 15605/2017).

Nel caso di specie, il ricorrente aveva proposto reclamo al collegio ai sensi dell'art. 630 c.p.c. avverso il provvedimento del giudice dell'esecuzione che non aveva dichiarato l'estinzione del processo *ex* artt. 629 c.p.c. e ss., né aveva deciso in ordine ad un'istanza di declaratoria di estinzione dello stesso. Detto provvedimento, infatti, rigettava l'istanza dei creditori procedenti diretta ad ottenere la prosecuzione di un processo già in precedenza dichiarato improcedibile: in particolare, oggetto dell'istanza rigettata dal giudice dell'esecuzione era la richiesta di "riassunzione" del processo esecutivo e di svolgimento della vendita forzata.

Pare evidente che tale provvedimento non solo non abbia ad oggetto l'estinzione del processo esecutivo, trattandosi di processo già in precedenza dichiarato improcedibile, ma non rientri neppure in alcuna delle fattispecie di estinzione tipizzate dal legislatore, che comprendono le ipotesi di rinuncia agli atti esecutivi (art. 629 c.p.c.), di inattività delle parti per mancata prosecuzione o riassunzione del processo esecutivo (art. 630 c.p.c.), di mancata comparizione per due udienze consecutive (art. 631 c.p.c.), di omessa pubblicità sul portale delle vendite pubbliche presso il Ministero della giustizia (art. 631 bis c.p.c.), di mancato deposito nei termini della documentazione catastale e ipotecaria o del certificato notarile attestante le risultanze delle visure catastali e dei registri immobiliari (art. 567, comma 3, c.p.c.), di inosservanza del termine per dare impulso al giudizio di merito sull'opposizione, allorché il processo esecutivo sia stato sospeso per gravi motivi (art. 624, comma 3, c.p.c.), di inefficacia del pignoramento per mancato deposito nel termine dell'istanza di vendita o di assegnazione (art. 497 c.p.c.), di omessa o tardiva iscrizione a ruolo della procedura esecutiva per espropriazione forzata (artt. 518, 543 e 557 c.p.c.), di mancata introduzione del giudizio di divisione endoesecutiva (artt. 600 c.p.c. e 181 disp. att. c.p.c.), di mancata o tardiva riassunzione del processo esecutivo sospeso (art. 627 c.p.c.), di mancato o tardivo deposito del

provvedimento esecutivo nel termine nell'ipotesi di conversione del sequestro conservativo in pignoramento (art. 156 disp. att. c.p.c.).

Si trattava, quindi, di un provvedimento di estinzione atipica, impugnabile soltanto con l'opposizione agli atti esecutivi ai sensi dell'art. 617, co. 2, c.p.c., e non con il reclamo al collegio *ex* art. 630 co. 3, c.p.c.

Il giudice dell'impugnazione avrebbe dovuto dichiarare, anche d'ufficio, l'inammissibilità del reclamo.

Poiché né il giudice del reclamo né la Corte d'appello abbiano rilevato l'inammissibilità dell'originario mezzo di impugnazione del provvedimento del giudice dell'esecuzione, la Suprema Corte ha cassato senza rinvio la sentenza impugnata, secondo quanto previsto dall'art. 382, co. 3, c.p.c., in quanto il reclamo avverso il provvedimento di estinzione atipica non poteva essere proposto.

Responsabilità civile

La responsabilità del direttore dei lavori per i vizi dell'opera appaltata

di **Paolo Cagliari**

Cass. civ., sez. II, 17 febbraio 2020, n. 3855 – Pres. Lombardo – Rel. Scarpa

Parole chiave: Appalto – Direttore dei lavori – Alta sorveglianza delle opere – Omessa vigilanza – Vizi e difetti dell'opera – Responsabilità – Sussistenza

[1] Massima: *Il direttore dei lavori per conto del committente, essendo chiamato a svolgere la sua attività in situazioni involgenti l'impiego di peculiari competenze tecniche, deve utilizzare le proprie risorse intellettive e operative per assicurare, relativamente all'opera in corso di realizzazione, il risultato che il committente si propone di conseguire, sicché l'inadempimento degli obblighi connessi al suo incarico che abbia concorso in modo efficiente a produrre il danno risentito dal committente genera a suo carico l'identica obbligazione risarcitoria dell'appaltatore, avente per oggetto l'esecuzione delle opere necessarie per eliminare i vizi ed eseguire l'opera a regola d'arte.*

Disposizioni applicate: cod. civ., artt. 1667, 1669, 2055, 2230 e 2236.

CASO

Un condominio agiva in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni conseguenti alla negligente e difettosa esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria.

La sentenza di primo grado accoglieva la domanda proposta nei confronti dell'impresa cui erano state appaltate le opere e del direttore dei lavori, il quale proponeva appello.

Contro la sentenza della Corte d'Appello di Catania, che respingeva l'impugnazione del direttore dei lavori, insorgevano sia quest'ultimo, con ricorso principale, sia il condominio, che, con ricorso incidentale, si doleva, tra l'altro, del fatto che il direttore dei lavori fosse stato dichiarato responsabile con riferimento solo ad alcuni dei vizi rilevati e non anche ad altre difformità (relative agli elementi architettonici in corrispondenza del secondo piano dell'edificio, ai pilastri esterni e alla parte non rifatta del muretto esterno di una terrazza), le quali, per i giudici di merito, andavano imputate esclusivamente all'appaltatore, che aveva scelto liberamente le modalità operative ed esecutive.

SOLUZIONE

[1] La Corte di cassazione ha respinto integralmente il ricorso principale, mentre, in parziale accoglimento dell'impugnazione incidentale del condominio, ha censurato la statuizione con cui era stata parzialmente esclusa la responsabilità solidale del direttore dei lavori con riguardo ai vizi e alle difformità riscontrati, cassando con rinvio la sentenza impugnata.

QUESTIONI

[1] La sentenza che si annota affronta il tema della responsabilità del direttore dei lavori incaricato dal committente di sovrintendere, per suo conto, alla regolare esecuzione dell'opera appaltata.

A differenza di quanto accade negli appalti pubblici, il direttore dei lavori non è una figura necessaria nell'appalto privato, dal momento che la sua nomina, da parte del committente, è facoltativa: di norma, l'incarico si giustifica con la necessità di avvalersi di un professionista che, in virtù delle peculiari conoscenze e competenze possedute, segua l'esecuzione dell'opera, accertando che la sua realizzazione avvenga secondo quanto previsto dal progetto e che le modalità esecutive siano conformi al capitolato e alle regole della tecnica.

Tra i compiti del direttore dei lavori rientrano la segnalazione delle situazioni anomale riscontrate e l'adozione degli accorgimenti volti a garantire che l'opera risulti immune da difetti costruttivi; inoltre, egli è tenuto a impartire le disposizioni e le istruzioni che si rivelino necessarie affinché l'opera venga realizzata conformemente alle aspettative del committente, nonché a verificarne l'ottemperanza da parte dei soggetti ai quali sono indirizzate.

Sebbene sia funzionalmente collegata all'obbligazione dell'appaltatore, che è tipicamente di risultato, quella del direttore dei lavori è qualificata da una più che consolidata giurisprudenza come obbligazione di mezzi, in quanto ha per oggetto la prestazione di un'opera intellettuale che non si estrinseca, nemmeno in parte, in un risultato di cui si possa cogliere tangibilmente la consistenza, non sfociando in un'opera materiale (Cass. civ., sez. II, 24 aprile 2008, n. 10728, Cass. civ., sez. II, 20 luglio 2005, n. 15255 e Cass. civ., sez. II, 22 marzo 1995, n. 3264).

Fermo restando ciò, il comportamento del direttore dei lavori deve essere valutato non con riferimento al normale concetto di diligenza, ma alla stregua della "*diligentia quam in concreto*", cioè tenendo conto delle norme di perizia e delle capacità tecniche esigibili nel caso concreto (Cass. civ., sez. II, 3 maggio 2016, n. 8700), giacché egli è chiamato a svolgere la propria attività in situazioni involgenti l'impiego di specifiche e peculiari cognizioni, acquisite grazie a studi ed esperienze professionali e a utilizzare le proprie risorse intellettive e operative in guisa da assicurare i risultati che, in vista della realizzazione dell'opera appaltata, il committente si è ripromesso di conseguire dall'esatto e corretto adempimento dell'incarico affidato al professionista.

L'attività del direttore dei lavori, quindi, consiste nell'alta sorveglianza delle opere, che, pur non richiedendo la presenza continua e giornaliera sul cantiere, né il compimento di operazioni di natura elementare, comporta comunque il controllo della realizzazione

dell'opera nelle sue varie fasi e, pertanto, l'obbligo del professionista di verificare, attraverso periodiche visite e contatti diretti con gli organi tecnici dell'impresa, se sono state osservate le regole dell'arte e la corrispondenza dei materiali impiegati (Cass. civ., sez. II, 14 marzo 2019, n. 7336).

Alla stregua di tali principi e tenuto conto del vincolo di responsabilità solidale (che trova fondamento nell'art. 2055 c.c.) che lega le figure dell'appaltatore, del progettista e del direttore dei lavori, laddove i rispettivi inadempimenti abbiano concorso in modo efficiente a produrre il danno subito dal committente, i giudici di legittimità hanno evidenziato che, in capo al direttore dei lavori, sorge la medesima obbligazione risarcitoria gravante sull'appaltatore e avente per oggetto le opere necessarie per eliminare i vizi e rendere l'opera conforme alla regola dell'arte (Cass. civ., sez. II, 6 dicembre 2017, n. 29218; Cass. civ., sez. II, 27 agosto 2012, n. 14650), sicché la corte d'appello aveva errato nel sostenere che la responsabilità fosse ascrivibile esclusivamente all'appaltatore per il fatto di avere scelto liberamente le modalità esecutive.

Va peraltro precisato che tale affermazione si giustifica in virtù della natura della responsabilità considerata dall'art. 1669 c.c.

Sebbene la norma – per la sua collocazione topografica – possa indurre a qualificarla come responsabilità di carattere contrattuale (al pari di quella contemplata dall'art. 1667 c.c.), per la giurisprudenza si tratta, in realtà, di una responsabilità extracontrattuale, dal momento che il legislatore, con questa disposizione di carattere speciale, ha inteso proteggere non solo e non tanto l'interesse particolare del committente al corretto adempimento degli obblighi gravanti sull'appaltatore, ma un interesse generale, proprio dell'intera collettività: quello che gli edifici siano durevoli e costruiti a regola d'arte e che, in particolare, non vengano realizzate opere pericolose.

La natura extracontrattuale della responsabilità considerata dall'art. 1669 c.c., che mira dunque a garantire la sicurezza dell'attività costruttiva, consente di avvincere nel vincolo della solidarietà, secondo quanto previsto dall'art. 2055 c.c., tutti quei soggetti – ulteriori rispetto all'appaltatore – che, svolgendo a vario titolo la loro attività nell'esecuzione dell'opera e sia pure in forza di rapporti contrattuali diversi, abbiano comunque contribuito, per colpa professionale, alla determinazione dell'evento dannoso, costituito dall'insorgenza dei vizi (si vedano, tra le altre, Cass. civ., sez. II, 6 dicembre 2017, n. 29218 e Cass. civ., sez. II, 27 agosto 2012, n. 14650).

Inoltre, trattandosi di responsabilità extracontrattuale, che rinviene una sua specifica disciplina nel succitato art. 1669 c.c., non assumono rilievo le previsioni contemplate dall'art. 2236 c.c. (che limitano la responsabilità per danni del professionista ai soli casi di dolo o colpa grave, quando la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà), mentre, in tema di prova, il committente potrà avvalersi della presunzione *iuris tantum* di responsabilità che, secondo la giurisprudenza, è predicabile laddove si sia in presenza di fattispecie sottoposta alla disciplina dell'art. 1669 c.c., perlomeno quando si tratti di crollo o

rovina dell'edificio (così, per esempio, Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 2013, n. 1026 e Cass. civ., sez. I, 6 dicembre 2000, n. 15488).

A tale riguardo, la sentenza annotata, richiamando anche la regola generale dettata da Cass. civ., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533 in tema di responsabilità contrattuale, ha affermato che, nel caso in cui il committente faccia valere la responsabilità del direttore dei lavori per vizi o difformità dell'opera appaltata, egli deve soltanto provare l'esistenza del contratto, ovvero l'assunzione dell'incarico da parte del professionista, nonché allegare l'inadempimento di quest'ultimo, il quale dovrà, invece, dimostrare di aver eseguito diligentemente la prestazione, onde andare esente da responsabilità.

Va tuttavia segnalato che le medesime Sezioni Unite, seppure con riguardo alla disciplina della compravendita, hanno recentemente affermato che l'onere di dimostrare l'esistenza di vizi e difetti della cosa grava sul compratore, anche in considerazione del fatto che, trovandosi egli in relazione diretta con il bene, è nelle condizioni di svolgere gli esami funzionali all'accertamento del vizio lamentato (il riferimento è a Cass. civ., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748). Se tale principio fosse considerato estensibile anche al contratto d'appalto (che presenta diversi punti di contatto con la compravendita, tanto che sono frequenti le ipotesi nelle quali insorgono dubbi sulla riconducibilità del rapporto a una piuttosto che all'altra figura negoziale), ne deriverebbe una possibile rimodulazione degli oneri probatori a carico del committente (quantomeno nei confronti dell'appaltatore, che condivide, nei confronti della controparte contrattuale, la medesima posizione che assume il venditore nella compravendita).

Comunione – Condominio - Locazione

La misura del risarcimento del danno da risoluzione anticipata del contratto di locazione per inadempimento del conduttore

di **Saverio Luppino**

Corte di Cassazione, Sezione Terza Civile, sentenza 5 maggio 2020 n. 8482

"Se il proprietario (o chi aveva comunque la disponibilità del bene) non consegue l'interesse contrattuale voluto, consistente nella percezione di un canone a fronte del godimento garantito al conduttore, si determina dunque un danno che non viene meno per la sola riacquistata disponibilità del bene. Il locatore, infatti, continuerà a subire il pregiudizio derivante dalla risoluzione sino alla successiva rilocazione del bene a terzi oppure, in mancanza di questa, fino al termine originariamente pattuito, salva la riduzione del risarcimento nell'ipotesi e alle condizioni desumibili dall'art. 1227, comma secondo, cod. civ."

"Si riconosce al locatore non inadempiente il diritto di pretendere quanto avrebbe potuto conseguire se le obbligazioni fossero state adempiute, detratto l'utile ricavato o che, con l'uso della normale diligenza, avrebbe potuto ricavare dall'immobile nel periodo intercorso tra la risoluzione prematura ed il termine convenzionale del rapporto inadempiuto."

CASO

Il caso in esame attiene la controversia promossa dal conduttore, mediante ricorso *ex* art. *447-bis* affinché si pronunciasse la risoluzione del contratto di locazione di immobile ad uso commerciale, stipulato con la società locatrice, a causa dell'inadempimento da parte di quest'ultima, determinatosi per la mancata fornitura della documentazione tecnica necessaria per l'adeguamento del certificato di prevenzione incendi ed allo stesso tempo, affinché la stessa società venisse condannata al risarcimento del danno derivante dall'impossibilità di utilizzare l'immobile locato per gli usi commerciali della propria attività.

La locatrice resisteva alla domanda, deducendo che era piuttosto la conduttrice ad essersi resa inadempiente al pagamento dei canoni pattuiti per i quali aveva chiesto ed ottenuto decreto ingiuntivo, opposto in separato giudizio.

Riuniti i procedimenti, il Tribunale, rigettava le domande della conduttrice. Dando atto dell'intervenuto pagamento dei canoni insoluti, revocava il decreto ingiuntivo e condannava la conduttrice al pagamento della residua somma dovuta per canoni maturati fino alla data della riconsegna formale dell'immobile, rigettando però l'ulteriore domanda della locatrice volta ad ottenere, a titolo di risarcimento del danno, **il pagamento anche degli ulteriori canoni maturati**

successivamente al rilascio e maturandi fino alla scadenza naturale del contratto.

La sentenza del giudice di prime cure veniva appellata presso la Corte d'appello di Roma, la quale si pronunciava con un parziale accoglimento di quanto proposto dalla parte locatrice. Rigettava l'appello incidentale della conduttrice, la quale reiterava le domande proposte in primo grado, ed in via gradata, chiedeva che la Corte dichiarasse la nullità del contratto per asserita impossibilità assoluta dell'oggetto. Domanda, questa, al più tardi ritenuta inammissibile dalla Corte, in quanto nuova. Oltre ciò, la Corte condannava la conduttrice al pagamento Euro 886.547,13, quali canoni **dovuti dalla data del rilascio fino a quella di naturale scadenza del contratto**.

A sostegno della propria decisione, la Corte d'Appello romana evoca l'orientamento del Supremo Collegio (Corte n. 2865 del 2015 e n. 10677 del 2008), di obbligare il conduttore a pagare il canone fino alla naturale scadenza del contratto di locazione, **quando l'anticipata cessazione del rapporto locatizio non trova giustificazione in legittimi motivi di risoluzione**. Oltre ciò, la Corte ben rilevava che il contratto di locazione oggetto di lite, prevedeva che lo stesso non fosse rescindibile per la durata di sei anni, nondimeno, che il conduttore, in ogni caso, era tenuto a pagare il canone pattuito fino alla naturale scadenza del contratto. Dunque, secondo i giudici d'appello doveva, pertanto, ritenersi fondata la domanda, avanzata dalla locatrice, di risarcimento del danno da lucro cessante.

Avverso tale pronuncia la conduttrice soccombente presentava ricorso per Cassazione, cui resisteva la locatrice, depositando controricorso.

SOLUZIONE

La Suprema Corte, formula i principi in epigrafe e riconosce alla società locatrice, quale parte non inadempiente, il diritto di pretendere quanto avrebbe potuto conseguire se le obbligazioni fossero state adempiute, da parte della conduttrice. **Rigetta il ricorso proposto dal conduttore per i motivi che si andranno ad esporre** e compensa integralmente le spese processuali.

QUESTIONI

Il ricorso presentato al Supremo Collegio, da parte della società conduttrice, si affida a cinque motivi.

Con il **primo motivo** la ricorrente denuncia, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., nullità della sentenza per violazione degli artt. 345 e 437 c.p.c. per avere la Corte d'appello ritenuto inammissibile, in quanto nuova, la domanda volta a ottenere la dichiarazione della nullità del contratto di locazione per impossibilità dell'oggetto. In ordine a detto primo motivo, ritenuto infondato, la Suprema Corte, conferma il carattere di novità della domanda, dunque la **relativa inammissibilità** di cui all'art.345 c.p.c.; nondimeno, però, riconosce che il giudice d'appello aveva il "potere/dovere" di esaminare la questione posta in virtù della prescritta rilevabilità d'ufficio.

Per ciò che attiene l'aspetto sostanziale della questione, il Supremo Collegio richiama il pacifico e granitico insegnamento, secondo il quale affinché si possa avere una declaratoria di nullità del contratto, o della singola clausola contrattuale, per impossibilità della cosa o del comportamento che ne forma oggetto, è necessario che tale impossibilità, oltre che oggettiva, sia esistente fin dal momento della stipulazione e *"ricorre solo quando la prestazione sia insuscettibile di essere effettuata per la sussistenza di impedimenti originari di carattere materiale o giuridico che ostacolino in modo assoluto il risultato cui essa era diretta"*. In linea, quindi, con l'orientamento costante della stessa Corte secondo la quale "*la liberazione del debitore per sopravvenuta impossibilità della prestazione può verificarsi, secondo la previsione degli artt. 1218 e 1256 c.c., solo se ed in quanto concorrano l'elemento obiettivo della impossibilità di eseguire la prestazione medesima, in sè considerata, e quello soggettivo dell'assenza di colpa da parte del debitore riguardo alla determinazione dell'evento che ha reso impossibile la prestazione*"**[1]**.

Per ciò che attiene al **secondo motivo di ricorso**, la società conduttrice deduce, ai sensi dell'art. 360, comma primo, n. 4, c.p.c., nullità della sentenza per ulteriore violazione degli artt. 345 e 437 c.p.c., per avere la Corte ritenuto ammissibile l'allegazione da parte della locatrice, in appello, di un **fatto nuovo (ricollocazione sul mercato dell'immobile e sottoscrizione di un nuovo contratto con altra società)**; consentendo alla locatrice, in tal modo, la possibilità di colmare il deficit probatorio inficiante la domanda risarcitoria.

La Corte di Cassazione dichiara inammissibile il secondo motivo. Avvalorando l'argomentazione sul punto del giudice di secondo grado, asserisce che tale fatto nuovo ed il documento allegato dalla locatrice, non avesse portato nessun vantaggio alla posizione probatoria della ricorrente. **Il Supremo Collegio, dunque, rileva l'inammissibilità del secondo motivo per mancanza di interesse.**

Con il **terzo motivo,** invece, la ricorrente denuncia, ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 1591 c.c. e articolo 1223 c.c. e ss., per avere la Corte d'appello riconosciuto alla locatrice il diritto a ricevere il canone pattuito anche per il periodo successivo alla riconsegna dell'immobile. Censura anch'essa dichiarata inammissibile da parte della Supremo Collegio, per le motivazioni che seguono.

La Cassazione, al contrario di quanto dedotto dalla resistente, ritiene conforme all'orientamento giurisprudenziale prevalente, la regola di giudizio applicata dal giudice a quo, con riferimento alla questione posta. Di fatti, l'art. 1611 del codice del 1865, ricondotto al più generale principio della risarcibilità del danno da risoluzione per inadempimento, disciplinava specificamente la questione disponendo che «*nel caso di risoluzione del contratto per colpa dell'inquilino, questi è obbligato a pagare la pigione pel tempo necessario ad una nuova locazione, ed a risarcire i danni che fossero derivati dall'abuso della cosa locata*». La versione del 1942 non ha riprodotto la disposizione richiamata; dunque opinione dottrinale prevalente è quella di ritenere che il mancato inserimento della norma sia dovuto a ragioni di "superfluità" **e che per ciò la stessa questione viene risolta in applicazione del principio generale di cui all'art. 1453 c.c., con il contemperamento, sconosciuto al previgente codice, offerto dall'art. 1227 c.c., con particolare attenzione al secondo comma, il quale esclude il risarcimento per i danni che il**

creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

Attesa l'assenza di una norma specifica, volta all'individuazione dei danni risarcibili in caso di risoluzione della locazione per inadempimento del conduttore, si richiamano le regole generali in materia. In particolare, l'art. 1453 c.c. recita "*nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento, ovvero la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno*".

Dunque, è chiaramente desumibile, dalla norma predetta, **che il risarcimento del danno sia un rimedio ulteriore** a quello dell'adempimento e della risoluzione del contratto.

Venendo alle soluzioni proposte dalla giurisprudenza, da un lato, si rinviene il maggioritario orientamento che muove chiaramente nella direzione della risarcibilità dell'interesse positivo; **riconoscendo al locatore non inadempiente il diritto di pretendere quanto avrebbe potuto conseguire se le obbligazioni fossero state adempiute, detratto l'utile ricavato o che, con l'uso della normale diligenza, avrebbe potuto ricavare dall'immobile nel periodo intercorso tra la risoluzione prematura ed il termine convenzionale del rapporto inadempiuto**[2]. Il pregiudizio arrecato, dunque, si può individuare nell'incremento patrimoniale netto che la parte non inadempiente avrebbe conseguito mediante la realizzazione del contratto e che non ha potuto conseguire per la inadempienza dell'altra parte: ovverosia un danno "potenziale" la cui risarcibilità postula l'effettività della lesione dell'interesse del creditore all'esecuzione del contratto; il che comporta la necessità di constatare che la mancata percezione di un canone mensile, nel periodo successivo al rilascio, sia dipesa da causa diversa dalla volontà del locatore di non locare nuovamente l'immobile riservandosene la disponibilità materiale.

Dall'altro lato, invece, il minoritario e antitetico orientamento, che nega in via generale che la pretesa risarcitoria possa avere fondamento perché, in primo luogo, la mancata percezione dei canoni pattuiti non costituirebbe una perdita, dato che essi non avrebbero comunque mai fatto parte del patrimonio del locatore data la risoluzione del contratto; in secondo luogo, la mancata percezione dei canoni non potrebbe esser configurata nemmeno come mancato guadagno poiché con il rilascio dell'immobile il locatore ha comunque potuto godere del bene disponendone materialmente.

La Suprema Corte, nella specie, afferma che detta tesi minoritaria presta il fianco a molte critiche; tra le quali l'impossibilità di considerare la riacquisita disponibilità del bene, conseguente al rilascio dell'immobile, quale "possibilità" vantaggiosa per il locatore in vista del ripristinato godimento del bene; non di meno, quale fattore esimente la corresponsione del danno asserito da parte di quest'ultimo. Afferma, infatti, che: "*il danno da risarcire non può non ritenersi rappresentato dall'ammontare dei canoni dovuti per la durata ulteriore della locazione ormai sciolta per inadempimento, senza che si possa prendere in considerazione la ripresa disponibilità della cosa, perché questa, finché non viene locata di nuovo, per il soggetto che aveva scelto di ricavare dal bene un reddito locatizio, non può rappresentare — o quanto meno non può a priori presumersi rappresenti — un effettivo e reale vantaggio a quello paragonabile*".

Orbene, la Corte sembra propendere, senza indugio, **per l'interpretazione giurisprudenziale maggiormente accredita,** ovverossia quella che delinea il risarcimento del danno da inadempimento, come riparazione dell'interesse contrattuale positivo, consistente, dunque, in senso lato, nell'ammontare dei canoni dovuti fino alla rilocazione dell'immobile.

Affermando il principio in epigrafe, secondo il quale, l'avvenuto recupero della disponibilità dell'immobile non esclude che il locatore non subisca un pregiudizio effettivo, derivante, per il Supremo Collegio, "*dalla risoluzione sino alla successiva rilocazione del bene a terzi oppure, in mancanza di questa, fino al termine originariamente pattuito*".

La decisione impugnata, dunque, si rivela conforme alla esposta ricostruzione del quadro giuridico di riferimento e resiste alla censura avanzata dalla ricorrente mediante il terzo motivo.

Con il **quarto motivo** la ricorrente denuncia, con riferimento all'art. 360, comma primo, nn. 3 e 4, c.p.c., la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1453, 1460, 1575 e 1578 c.c. e/o la nullità della sentenza per violazione dell'art. 132 c.p.c.. La censura di *error iuris* si sostanzia nel rilievo che la Corte d'appello, pur avendo accertato sulla base delle risultanze istruttorie **che l'immobile oggetto del contratto di locazione era privo di un adeguato e, dunque, valido certificato di prevenzione incendi,** non ritenuto che la locatrice non fosse inadempiente rispetto alle obbligazioni poste in capo alla stessa dalla legge e dal contratto.

Il Supremo Collegio sottolinea che il mancato adeguamento del certificato di prevenzione incendi, richiesto, peraltro, dal Comando Provinciale dei Vigili del Fuoco nella fattispecie, comporta di per sé inadempimento degli obblighi gravanti sulla locatrice, tale, dunque, da giustificare la sospensione del pagamento del canone e poi la risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c.. **Tuttavia, tale regola incontra limiti di applicabilità, nel caso di specie, giacché oltre a detto adempimento formale, non risultava necessario un adeguamento dell'impianto, né emergeva un aggravamento del rischio incendi, avendosi piuttosto certezza del fatto che la conduttrice continuava ad occupare il capannone e a svolgervi, legittimamente, le sue attività commerciali: "*mancando del tutto il requisito della proporzionalita' tra pretesi contrapposti inadempimenti*".**

Con il **quinto motivo**, la ricorrente deduce, ai sensi dell'art. 360, comma primo, n. 3, c.p.c., violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1209, 1216 e 1220 c.c. per avere la Corte d'appello individuato, quale data di cessazione del rapporto, quella della formale riconsegna dell'immobile. Conformemente all'orientamento di legittimità, il giudice di secondo cure avrebbe dovuto limitare la condanna al versamento dei canoni pattuiti fino all'invio della diffida rivolta al locatore a riprendersi in consegna l'immobile libero da cose e persone o, in subordine, fino alla notificazione dell'offerta formale per intimazione. Nella situazione di fatto verificatasi la Suprema Corte esclude che il rilascio anticipato dell'immobile, non giustificato da alcun inadempimento della parte locatrice, sia avvenuto in esecuzione di un obbligo contrattuale della conduttrice, né tantomeno è predicabile l'esistenza di un contrapposto dovere di cooperazione della locatrice nel riceverne la consegna, rispetto ai quali possa

fondatamente invocarsi la disciplina in tema di offerta formale o non formale della res.

Dunque, l'effetto della cessazione, *de facto*, del rapporto contrattuale e del relativo obbligo di corresponsione dei canoni di locazione da parte della parte conduttrice, **deve collocarsi nel momento in cui effettivamente la disponibilità dell'immobile sia, per effetto della presa in consegna della locatrice, effettivamente passata in capo a quest'ultima, senza che tale liberazione possa retrodatarsi al momento della precedente offerta della conduttrice**. Corretta, dunque, è la valutazione del danno effettuata dal giudice d'Appello secondo le forme dell'art. 1226 c.c., secondo la quale norma, qualora il danno non possa essere precisato nella sua sicura sussistenza o non si appalesi determinabile nel suo preciso ammontare, per la natura della prestazione, oppure non sia stato preventivamente fissato dalle parti o dalla legge**, questo, deve essere stabilito con valutazione equitativa da parte del giudice.**

[1] *Cass., Civ., Sez.3, sent. n. 14915 dell' 8 giugno 2018*

[2] *Cass. 08/10/1970, n. 1880; 26/01/1980, n. 676; 03/09/2007, n. 18510; 24/04/2008, n. 10677; 12/02/2015, n. 2865*; pare affermare, seppur implicitamente, la risarcibilità dell'interesse positivo anche *Cass. 17/10/2002, n. 14744.*

Diritto e procedimento di famiglia

Frequentazione nonni e nipoti: limitata se il nonno è troppo invadente

di **Giuseppina Vassallo**

Cassazione Civile sez. I, ordinanza del 19 maggio 2020 n. 9145

Rapporti dei minori con gli ascendenti

Art. 315 bis c.c. – Art. 317 bis c.c.

Il diritto del nonno di mantenere rapporti significativi con i nipoti è recessivo rispetto a quello dei minori di crescere in modo sano ed equilibrato. Il regime di visite disposto con i provvedimenti giudiziali può essere ridimensionato, se la relazione comporta uno stato di conflitto di lealtà dei minori tra genitori e ascendenti, e per mancanza di collaborazione nell'adempimento degli obblighi educativi, essendo tale elemento un presupposto indispensabile.

CASO

La vicenda, che vede coinvolti un nonno e la sua nuova moglie e le due nipoti minorenni dall'altro, ha inizio con un ricorso ai sensi dell'art. 317 bis c.c. in cui il tribunale aveva riconosciuto a entrambi i ricorrenti, il diritto alla frequentazione con le minori, stabilendo un calendario di visite. Il decreto del tribunale minorile è impugnato dai genitori delle minori e nelle more del giudizio il nonno propone nuovamente ricorso al tribunale per i minorenni di Roma, denunciando il comportamento ostruzionistico tenuto dai genitori delle bambine e chiedendo l'adozione dei provvedimenti necessari ad assicurare l'osservanza delle disposizioni relative alle visite.

In questo secondo giudizio, revocato ogni precedente provvedimento, il tribunale aveva ridotto i giorni di visita, disponendo che l'incontro col nonno paterno avvenisse esclusivamente un giorno al mese. Con il provvedimento si conferiva incarico al Servizio sociale di monitorare la situazione delle minori e segnalare eventuali disagi delle stesse derivanti dalla conflittualità parentale.

Il nonno reclamava questo provvedimento facendo rilevare che il contraddittorio dovesse essere esteso alla moglie, nonna non biologica delle nipoti. La Corte rilevava che la stessa, oltre a non essere stata parte del giudizio di primo grado, non rivestiva la qualità di litisconsorte necessaria, in quanto il diritto alla frequentazione delle nipoti del coniuge, riconosciutole nel primo procedimento, non implicava la necessità di decidere anche nei suoi

confronti, non essendo in questione uno status comune ai due soggetti né un rapporto sostanzialmente unico.

Quanto alla decisione di modificare il regime di visita attraverso la riduzione della frequentazione, la Corte evidenziava la natura recessiva del diritto del nonno a mantenere rapporti significativi con le nipoti, rispetto al diritto di queste ultime di crescere in modo sano ed equilibrato.

La relazione con il nonno e il suo nucleo familiare aveva comportato per le minori un conflitto di lealtà con i genitori, che rappresentavano le figure primarie di riferimento affettivo ed educativo. Il coinvolgimento del nonno nella vita delle nipoti era stato giustamente ridimensionato, per mancanza di collaborazione nell'adempimento degli obblighi educativi dei genitori.

Il nonno ricorre in Cassazione, lamentando la violazione delle norme di cui agli artt. 315 bis e 317 bis c.c., sostenendo che la condizione di disagio delle minori non era causata dall'andamento dei loro personali legami, ma esclusivamente dal rapporto conflittuale tra quest'ultimo ed i genitori. Il nuovo assetto più restrittivo avrebbe completamente compromesso la possibilità di mantenere e sviluppare rapporti significativi tra lui e le nipoti.

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione ha respinto il ricorso, richiamando un principio già espresso in passato, circa il diritto dei nonni di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni.

Con la legge di riforma della filiazione si è attribuita agli ascendenti la facoltà di instaurare un giudizio per veder tutelata la loro posizione soggettiva (art. 317 bis c.c.).

Tuttavia tale diritto non è incondizionato, essendo il suo esercizio subordinato a una valutazione del giudice che tenga presente l'interesse esclusivo del minore. La frequentazione nonni-nipoti può essere dunque esclusa o limitata se non è funzionale a una crescita serena ed equilibrata dei minori e se comporta turbamenti e disequilibri affettivi (Cass. Civ. Sez. I, 25 maggio 2018, n. 19779 e Cass. Civ. 12 giugno 2018, n. 15238).

Nel caso specifico, i contrasti nati in seno al nucleo familiare allargato, avevano creato un conflitto di lealtà nelle minori, derivante dall'essere contese tra genitori e nonno, con conseguente disagio psicologico pregiudizievole per il loro sano sviluppo.

Pur avendo valutato, la Corte territoriale, anche l'atteggiamento ostruzionistico dei genitori delle minori, i giudici hanno correttamente dato prevalenza al diritto delle minori di vivere in un clima di serenità, individuando come unica soluzione quella di ridimensionare la frequentazione con l'ascendente e così comunque salvaguardare anche tale relazione.

Questioni. Sul punto riguardante la legittimità ad agire a tutela del legame nonni-nipoti, anche

della nonna non biologica, nuova moglie del nonno delle minori, la Cassazione – con l'ordinanza 25 luglio 2018, n. 19780 – si era pronunciata, per un'interpretazione estensiva dell'art. 317 bis c.c..

In tale sede la Corte aveva richiamato le disposizioni costituzionali (artt. 2 e 30 Cost.), Europee (art. 24 della Carta di Nizza) e internazionali (art. 8 della CEDU), che formano il quadro normativo di riferimento dal quale non si può prescindere nell'interpretazione della legge ordinaria nazionale.

La Corte di Giustizia europea ha affermato che la nozione di "diritto di visita", contenuta nel Regolamento CE n. 2201/2003 deve essere interpretata nel senso che essa comprende anche il diritto di visita dei nonni nei confronti dei loro nipoti minorenni.

Il concetto di famiglia di cui all'articolo 8 della Convenzione riguarda le relazioni basate sul matrimonio ma anche altri legami familiari di fatto, sempre che la relazione sia sufficientemente stabile (Corte EDU, 24/01/2017 Grande Camera, Paradiso e Campanelli c. Italia).

La Corte, pertanto, aveva ritenuto di consentire anche alla "nonna non biologica" delle bambine – di agire in giudizio per ottenere il riconoscimento del suo diritto a mantenere rapporti significativi con le nipoti.

Diritto e reati societari

Un'altra pronuncia conferma la legittimità della clausola del tipo russian roulette

di **Mario Cascavilla**

Corte d'Appello Roma, sentenza del 3 febbraio 2020

Parole chiave: patti parasociali –– russian roulette –– cessione di partecipazioni –– trascinamento –– clausola antistallo –– deadlock

Massima: "Una clausola del tipo russian roulette, che collega al mancato rinnovo del patto l'avvio della procedura antistallo non è a priori invalida, in quanto non appare diretta a condizionare la volontà dei paciscenti allo scopo di cristallizzare gli equilibri (proprietari e di governo) riflessi dal patto, ma è finalizzata ad una loro risistemazione proprio per il caso in cui il vincolo parasociale venga a cessare per effetto del mancato rinnovo e così a scongiurare lo scioglimento della società".

Disposizioni applicate: art. 2437 sexies c.c. – art. 2437 ter c.c. – art. 2265 c.c. – 2484 c.c. – 2341 bis c.c.

La Russian Roulette Clause rappresenta una pattuizione spesso inserita nei patti parasociali, ma talvolta rinvenibile anche nello statuto, con la quale i soci predispongono un meccanismo volto a porre rimedio ad eventuali situazioni di stallo della governance societaria, che possono verificarsi, ad esempio, in caso di mancato raggiungimento della maggioranza richiesta in un certo numero di riunioni, o in caso di mancato rinnovo del patto parasociale alla scadenza.
A livello strutturale, la clausola prevede che, verificatosi l'evento di stallo (c.d. deadlock) chi se ne avvale possa comunicare all'altro socio il prezzo al quale (i) offre di acquistare la partecipazione dell'altro o (ii) accetta di vendere la propria partecipazione. La parte che riceve l'offerta si trova dunque di fronte ad una duplice possibilità: accettare l'offerta e vendere la propria partecipazione al prezzo offerto dal proponente oppure optare per l'acquisto della partecipazione del proponente ad un prezzo corrispondente al valore indicato nella prima comunicazione.

Per diverso tempo, tale tipologia di clausola è stata osservata con una certa diffidenza, finché, il Tribunale di Roma, con una nota sentenza (n. 19708 del 2017) è intervenuta sulla questione fugando ogni dubbio in ordine alla sua validità ed alla meritevolezza degli interessi da essa perseguiti.

La sentenza che si commenta rappresenta un secondo importante intervento giurisprudenziale

sulla questione, che viene reso dalla Corte d'Appello di Roma a conclusione del secondo grado di giudizio instaurato avverso la sopra citata sentenza, ed ove l'orientamento precedentemente espresso dal Tribunale trova integrale conferma.

Nell'ambito del giudizio innanzi alla Corte d'Appello di Roma, gli appellanti hanno reiterato al collegio la richiesta di accertamento dell'invalidità di una clausola inserita in un patto parasociale tra soci di una S.p.A,, che in particolare avrebbe previsto, in presenza di una situazione di stallo, la facoltà per uno dei due soci (ognuno titolare del 50% delle partecipazioni sociali) di determinare unilateralmente il prezzo della partecipazione e di invitare l'altro socio, alternativamente (i) ad acquistare la partecipazione al prezzo stabilito dal proponente, ovvero (ii) a cedere al proponente la propria, allo stesso prezzo come sopra determinato.

Sotto un profilo di diritto societario, gli appellanti hanno sostenuto che la clausola si sarebbe posta in contrasto:
(i) con le norme che prescrivono il principio della equa valorizzazione della partecipazione del socio uscente, (ii) con il divieto di patto leonino e (iii) con le norme che vietano di dar vita a meccanismi sanzionatori per il caso di mancato rinnovo dei patti parasociali.

La Corte d'Appello di Roma, nel confermare integramente la decisione di primo grado, offre alcuni passaggi argomentativi particolarmente interessanti e che possono essere riassunti nei termini che seguono:

A. sulla ritenuta assenza di un meccanismo di equa valorizzazione delle partecipazioni, la Corte osserva che, rispetto alla clausola in esame, non si applicano in via analogica quelle norme che, per il caso di recesso o di riscatto, servono a garantire che sia offerto al socio costretto alla dismissione almeno il valore che gli sarebbe spettato in caso di recesso determinato secondo quanto stabilito nell'art. 2437 ter c.c..
Il problema di questo tipo si era posto, in giurisprudenza, rispetto al funzionamento delle clausole di c.d. drag along (o di co-vendita, o di trascinamento), che rispondono però ad una logica diversa rispetto alla clausola in discorso: il potere di scelta per l'oblato tra vendere o comprare nella russian roulette clause, al prezzo da altri determinato, nell'ottica di risolvere una situazione di stallo decisionale, è situazione ben diversa da quella che si presenta rispetto a chi è meramente soggetto all'altrui diritto potestativo di riscatto, esercitato nell'ottica di agevolare la cessione laddove l'acquirente intenda acquistare solo a condizione che gli sia trasferito l'intero capitale sociale.
Sotto altro profilo, inoltre, i giudici sottolineano come la conseguenza naturale di una situazione di stallo, in mancanza di una clausola antistallo, sarebbe lo scioglimento della società ex art. 2484, c.3, n. 1 c.c., cui seguirebbe la liquidazione. Sarebbe pertanto fuori luogo il richiamo alla necessità di una equa valorizzazione delle partecipazioni secondo i parametri della consistenza patrimoniale, delle prospettive reddituali della società e dell'eventuale valore di mercato delle azioni di cui all'art. 2437 ter c.c..

B. la clausola russian roulette non si pone in contrasto con il divieto di patto leonino di cui

all'art. 2265 c.c., non prevedendo alcuna esclusione totale e costante del socio dalla partecipazione agli utili o alle perdite. L'attivazione della procedura antistallo è subordinata, infatti, al verificarsi di certi eventi, senza che sia consentito al socio che la avvia di profittare di particolari momenti.

C. neppure è corretto sostenere che la clausola in esame contrasti con il disposto di cui all'art. 2341 bis c.c., norma che in materia di patti parasociali sancisce la nullità delle previsioni recanti una compressione della libertà di autodeterminazione dei soci nella scelta di recedere dal patto o di non procedere alla sua rinnovazione una volta giunto a scadenza. Difatti, mentre tale divieto opera rispetto alle pattuizioni dirette a perpetuare il vincolo parasociale ed a cristallizzare gli assetti societari oltre quanto consentito dalla legge, la clausola russian roulette persegue la diversa finalità di disciplinare ex ante la ridefinizione degli assetti proprietari e di governo per il caso in cui il rapporto parasociale cessi di esistere. Il che, secondo i giudici, pare pienamente conforme alla funzione di pianificazione assunta dal patto parasociale.

Diritto Bancario

I contratti derivati interest rate swap stipulati dagli enti locali

di **Fabio Fiorucci**

La decisione delle Sezione Unite n. 8770/2020 sollecita l'attenzione degli operatori del diritto bancario e finanziario perché ha operato un'interessante ricognizione sulla natura e validità dei contratti derivati interest rate swap, affrontando anche la controversa questione della loro stipulazione da parte degli enti pubblici.

Si riassumono di seguito gli aspetti essenziali della sentenza, al fine di offrire un preliminare approccio alla articolata decisione.

L'interest rate swap è un derivato cd. over the counter (OTC) ossia un contratto: a) in cui gli aspetti fondamentali sono dati dalle parti e il contenuto non è eteroregolamentato come, invece, accade per gli altri derivati, cd. standardizzati o uniformi, essendo elaborato in funzione delle specifiche esigenze del cliente (per questo, detto bespoke); b) perciò non standardizzato e, quindi, non destinato alla circolazione; c) consistente in uno strumento finanziario rispetto al quale l'intermediario è tendenzialmente controparte diretta del proprio cliente.

Posto che l'interest rate swap è il contratto derivato che prevede l'impegno reciproco delle parti di pagare l'una all'altra, a date prestabilite, gli interessi prodotti da una stessa somma di denaro, presa quale astratto riferimento e denominato nozionale, per un dato periodo di tempo, gli elementi essenziali di un interest rate swap, individuati dalla Cassazione, sono:

a) la data di stipulazione del contratto (trade date);

b) il capitale di riferimento, detto nozionale (notional principal amount), che non viene scambiato tra le parti, e serve unicamente per il calcolo degli interessi;

c) la data di inizio (effective date), dalla quale cominciano a maturare gli interessi (normalmente due giorni lavorativi dopo la trade date);

d) la data di scadenza (maturity date o termination date) del contratto;

e) le date di pagamento (payment dates), cioè quelle in cui sono scambiati i flussi di interessi;

f) i diversi tassi di interesse (interest rate) da applicare al detto capitale.

Ciò che distingue l'IRS dalla comune scommessa è la complessità della vicenda e la

professionalità dei soggetti coinvolti, sicché l'impostazione più attenta rinviene la causa dell'IRS nella negoziazione e nella monetizzazione di un rischio; l'IRS consiste in una sorta di scommessa finanziaria differenziale (in quest'ultimo aggettivo essendo presente un riferimento alla determinazione solo probabilistica dei suoi effetti ed alla durata nel tempo del rapporto).

Gli swap sono negozi a causa variabile, perché suscettibili di rispondere ora ad una finalità assicurativa ora di copertura di rischi sottostanti; la funzione che l'affare persegue va individuata esaminando il caso concreto; in mancanza di una adeguata caratterizzazione causale, detto affare sarà connotato da una irresolutezza di fondo che renderà nullo il relativo contratto perché non caratterizzato da un profilo causale chiaro e definito (o definibile).

Riguardo alla stipulazione dei derivati, swap ed IRS, da parte degli Enti pubblici in generale e degli Enti locali, in particolare, la decisione è giunta alle seguenti conclusioni:

il riconoscimento della legittimazione dell'Amministrazione a concludere contratti derivati, sulla base della disciplina vigente fino al 2013 (quando la legge n. 147 del 2013 ne ha escluso la possibilità) e della distinzione tra i derivati di copertura e i derivati speculativi, in base al criterio del diverso grado di rischiosità di ciascuno di essi, comporta che solamente nel primo caso l'Ente locale può dirsi legittimato a procedere alla loro stipula;

in tema di contratti derivati, stipulati dai Comuni italiani sulla base della disciplina normativa vigente fino al 2013 (quando la legge n. 147 del 2013 ha escluso la possibilità di farvi ulteriore ricorso) e della distinzione tra i derivati di copertura e i derivati speculativi, in base al criterio del diverso grado di rischiosità di ciascuno di essi, pur potendo l'Ente locale procedere alla stipula dei primi con qualificati intermediari finanziari nondimeno esso può utilmente ed efficacemente procedervi solo in presenza di una precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto contrattuale, comprensiva sia del criterio del mark to market sia degli scenari probabilistici, sia dei cd. costi occulti, allo scopo di ridurre al minimo e di rendere consapevole l'ente di ogni aspetto di aleatorietà del rapporto, costituente una rilevante disarmonia nell'ambito delle regole relative alla contabilità pubblica, introduttiva di variabili non compatibili con la certezza degli impegni di spesa riportati in bilancio;

ove l'IRS negoziato dal Comune incida sull'entità globale dell'indebitamento dell'ente, l'operazione economica deve, a pena di nullità della pattuizione conclusa, essere autorizzata dal Consiglio comunale, tenendo presente che la ristrutturazione del debito va accertata considerando l'operazione nel suo complesso, comprendendo – per il principio di trasparenza della contabilità pubblica – anche i costi occulti che gravano sulla concreta disciplina del rapporto di swap;

l'autorizzazione alla conclusione di un contratto di swap da parte dei Comuni italiani, specie se del tipo con finanziamento upfront, ma anche in tutti quei casi ín cui la sua negoziazione si traduce comunque nell'estinzione dei precedenti rapporti di mutuo sottostanti ovvero anche nel loro mantenimento in vita, ma con rilevanti modificazioni, deve essere data, a pena di

nullità, dal Consiglio comunale ai sensi dell'articolo 42, comma 2, lett. i), TUEL di cui al D. Lgs. n. 267 del 2000 [laddove stabilisce che «Il consiglio ha competenza limitatamente ai seguenti atti fondamentali: (...) – spese che impegnino i bilanci per gli esercizi successivi (...)»]; non potendosi assimilare ad un semplice atto di gestione dell'indebitamento dell'Ente locale con finalità di riduzione degli oneri finanziari ad esso inerenti, adottabile dalla giunta comunale in virtù della sua residuale competenza gestoria ex art. 48, comma 2, dello stesso testo unico.

Proprietà e diritti reali

Rilancio della Hospitality in fase 2: voucher e rimedi civilistici fruibili fino al 30 settembre 2020_ II parte

di **Donatella Marino**

*...continua..***I rimedi fino al 30 settembre 2020**

Il punto 11 dell'Art. 88 bus del Decreto Cura Italia precisa che, al di fuori dei casi specificamente indicati dai commi da 1 a 7, per tutti i rapporti inerenti ai **contratti di soggiorno instaurati con effetto dall'11 marzo 2020 al 30 settembre 2020, quando le prestazioni non siano rese** a causa degli effetti derivanti dallo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, **la controprestazione già ricevuta può essere restituita mediante un *voucher* di pari importo valido per un anno dall'emissione**.

Attenzione però: l'art. 88 *bis*, che tratta anche dei contratti di trasporto e di pacchetto turistico, il 28 maggio 2020 è stato oggetto di una **Segnalazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato** (l'Antitrust italiana), la quale, accogliendo la Raccomandazione della Commissione europea del 13 maggio, ha affermato che privare **il consumatore-viaggiatore** della possibilità di ottenere il rimborso è in contrasto con la normativa europea. L'Antitrust ha annunciato la propria intenzione di intervenire nel caso il Legislatore non tenga conto di tale raccomandazione. La citata normativa tuttavia riguarda i contratti di trasposto e di pacchetto turistico senza menzionare i "contratti di soggiorno": resta dunque il dubbio se considerare estesa la segnalazione dell'Antitrust anche a questo tipo di contratti.

Vincoli e responsabilità

La normativa connessa alle riaperture prevede anche restrizioni, vincoli e nuovi obblighi che impegnano tutti gli operatori del settore. Uno dei temi più critici riguarda gli obblighi dei gestori e dei locatori relativi alle **misure di prevenzione** da predisporre, mentre ancor più complesso e tuttora aperto è il tema della **responsabilità del gestore o del locatore nell'ipotesi in cui un cliente o inquilino** (o suo familiare) **risultasse sospetto o accertato Covid-19**. Quanto agli obblighi, il DPCM 17 maggio 2020 ribadisce la regola della distanza interpersonale di sicurezza rinviando per gli aspetti esecutivi ai protocolli delle singole Regioni. Sul punto le **Linee Guida** del Documento della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome del 25 maggio (volte anche a un allineamento con la Comunicazione della Commissione europea del 14 maggio e delle Linee Guida dell'OMS del 31 marzo) individua eventuali **vincoli e presidi specifici**, da considerarsi una sorta di *best practice* del diligente operatore del settore della Hospitality. Tali provvedimenti disciplinano una serie di adempimenti: modalità di accesso e utilizzo degli spazi comuni, misure igienico-sanitarie o modalità di informazioni agli ospiti e

sono stati successivamente ripresi dalle singole Regioni. Non viene tuttavia trattata dal Legislatore dell'emergenza la materia della **responsabilità civile e penale** ascrivibile al gestore o locatore che, disattendendo ai propri obblighi (generici o specifici), causasse o contribuisse alla diffusione del contagio del Covid-19: in particolare, resta aperto il tema del corretto comportamento che il gestore o il locatore dovrà seguire nell'ipotesi che debba confrontarsi con clienti sospetti o accertati Covid-19 ospitati (o in procinto di essere ospitati) nella propria struttura.

Locazioni turistiche e c.d. "affitti brevi"

Malgrado nella prassi coloro che operano con contratti di locazione turistica per periodi brevi (i c.d. "affitti brevi" o "*short term rental*" o formule analoghe) siano spesso assimilati ai contratti di soggiorno/ospitalità conclusi dalle strutture ricettive, **non pare che i rimedi sui Voucher** previsti dall'art. 88 bis del Decreto Cura-Italia **o i contributi** di cui l'art. 183 del Decreto rilancio **siano applicabili anche in ambito locativo**. Più dubbio invece l'approccio delle **Linee Guida** sopra menzionate che individua **vincoli e presidi specifici** indifferentemente per "**strutture ricettive e locazioni brevi**". Anche le Regioni hanno successivamente adottato misure spesso rivolte a entrambe le tipologie, incuranti delle difformi responsabilità che possono essere ascrivibili, sia in ambito civilistico che penale, a un gestore di albergo rispetto a un proprietario di appartamento privato. Del resto, non è la prima volta che il Legislatore (anche nazionale) assimila le figure dei contratti di soggiorno/ospitalità e i contratti di locazione turistica breve. Il tema della contrapposizione e sovrapposizione delle figure della **ricettività turistica** e delle nuove formule locative del ***Real Estate*** è emerso infatti in diverse altre occasioni (si pensi alla comunicazione al portale Alloggiati WEB o alla riscossione della tassa di soggiorno) ed è argomento di estrema complessità. Si aggiunga che molte strutture ricettive (prime tra tutte, le c.d. CAV o case vacanza) operano sia con contratti di soggiorno sia con contratti di locazione. È auspicabile che il Legislatore, anche in questa situazione, affronti il settore della ***Hospitality*** con competenza, consapevole degli innegabili punti di analogia ma anche di distinzione tra le diverse figure.

Processo civile telematico

Le garanzie della posta elettronica certificata

di **Giuseppe Vitrani**

Uno degli argomenti di maggior interesse in ambito di servizi di recapito elettronico riguarda le garanzie che offre la posta elettronica certificata in termini di integrità, immodificabilità e garanzia nel tempo del valore di certificazione che le è riconosciuto dalla legge.

Occorre infatti in primo luogo tenere a mente che la PEC è annoverata tra gli strumenti di validazione temporale previsti dall'art. 41 d.p.c.m. 22 febbraio '13, recante le regole tecniche sulle firme elettroniche; essa è pertanto un ottimo metodo per attribuire data certa ad un documento informatico, soprattutto laddove questo sia munito di firma digitale. L'art. 62 del decreto sopra citato prevede infatti che "*le firme elettroniche qualificate e digitali, ancorché sia scaduto, revocato o sospeso il relativo certificato qualificato del sottoscrittore, sono valide se alle stesse è associabile un riferimento temporale opponibile ai terzi che collochi la generazione di dette firme rispettivamente in un momento precedente alla scadenza, revoca o sospensione del suddetto certificato*".

La PEC, unitamente alla marca temporale, alle segnature di protocollo e al versamento dei documenti in conservazione, è per l'appunto uno degli strumenti in grado di cristallizzare nel tempo la validità e opponibilità delle firme digitali, anche successivamente alla loro scadenza.

Al proposito emerge però un punto critico legato al fatto che la PEC è anch'essa documento informatico munito di firma digitale, sicché l'interrogativo che ricorre spesso, anche in contesti giudiziari, è legato a quali siano le garanzie che offre la posta elettronica certificata dopo la scadenza del certificato; ci si domanda spesso come questo particolare tipo di documento possa continuare a mantenere integrità e immodificabilità del messaggio e dei suoi allegati (oltreché data certa) una volta che la firma di cui è munito sia scaduta.

CONTINUA A LEGGERE