

# LEAP

---

NEWSLETTER

---

NEWSLETTER DEL 14 APRILE 2021

## GIURISPRUDENZA

<b>Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo</b>	3
TAR Veneto, Sez. I, 26 marzo 2021, n. 389	
Tar Calabria, sez. I, 30 marzo 2021, n. 713	5
<b>Antitrust &amp; Regulatory</b>	
Consiglio di Stato, sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2631	6
<b>Diritto Civile e Processuale Civile</b>	9
Corte di Cassazione, Sez. III Civile, 17 marzo 2021, n. 7553	10
Tribunale di Roma, Sez. XVII Civile, 8 febbraio 2021, n. 2188	16

## TAR Veneto, Sez. I, 26 marzo 2021, n. 389

### Massima

Il principio di rotazione enunciato dall'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. di per sé non impedisce la partecipazione del gestore uscente alla gara indetta per la riassegnazione del medesimo servizio, poiché il suo fine precipuo è quello di impedire che la scelta di rinnovare direttamente l'affidamento con il gestore uscente possa essere rimessa alla sola discrezionalità dell'amministrazione.

Tale principio, quindi, non trova applicazione laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici (ovvero dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi), non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici da invitare.

### Caso di specie

La società ricorrente ha partecipato a una procedura negoziata avente ad oggetto l'affidamento del servizio di derattizzazione, disinfestazione, sanificazione e contenimento di animali sinantropi. Classificatasi seconda in graduatoria, la parte istante ha impugnato dinanzi al TAR la determina di aggiudicazione, nonché tutti i successivi atti della gara, adducendo a fondamento del gravame, tra l'altro, la violazione del principio di rotazione enunciato dall'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016.

A parere della ricorrente, in fatti, la stazione appaltante avrebbe illegittimamente consentito la partecipazione del gestore uscente alla procedura suddetta, non solo coinvolgendolo nell'indagine di

mercato condotta tra gli operatori economici interessati ad essere invitati alla gara, ma anche ammettendolo alla medesima procedura di affidamento poi esperita. Tale condotta, a dire della ricorrente, risulterebbe ancor più illegittima in considerazione delle particolari caratteristiche del mercato di riferimento e dell'esiguità del numero di operatori economici interessati.

### **Motivi della decisione**

Il Collegio, richiamando l'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa, ha affermato che il principio di rotazione codificato dall'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 deve trovare applicazione nei casi in cui la stazione appaltante proceda all'individuazione del contraente mediante affidamento diretto o procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara, costituendo il necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare alla gara.

Secondo la ricostruzione ermeneutica fornita dal TAR, perciò, il principio di rotazione di per sé non impedirebbe la partecipazione del gestore uscente alla gara indetta per la riassegnazione del medesimo servizio, giacché mirato unicamente a impedire che la scelta di rinnovare direttamente l'affidamento con l'appaltatore uscente (ovvero, nel caso procedura negoziata, di invitare lo stesso appaltatore uscente) sia rimessa alla sola discrezionalità della stazione appaltante.

A dire del Collegio, quindi, nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica sotto soglia, *"(...) la rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione"*.

Con riguardo alla fattispecie in esame, dunque, il TAR ha evidenziato come la stazione appaltante, nel ricorrere a una procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara, abbia comunque garantito la massima partecipazione di tutti gli operatori economici interessati, utilizzando allo scopo la piattaforma MEPA.

L'amministrazione intimata, in altri termini, non ha in alcun modo stabilito preventivamente quali

soggetti invitare alla gara né, tanto meno, ha immotivatamente scelto di ammettere alla procedura il solo gestore uscente.

Ne discende che, secondo il Collegio adito, non può considerarsi sussistente una violazione del principio di rotazione, risultando nel caso di specie la procedura di affidamento caratterizzata dalla massima apertura della fase di preselezione (connotata da pubblicità, trasparenza e assenza di qualsiasi impedimento alla partecipazione) e da un chiaro automatismo, funzionale ad assicurare l'accesso alla gara di tutti i soggetti interessati. Alla luce di tutto quanto sopra esposto, il TAR ha respinto il ricorso, compensando le spese.

## **Tar Calabria, sez. I, 30 marzo 2021, n. 713**

### **Massima**

**Per avvio della procedura di gara deve intendersi la pubblicazione del bando di gara e non, invece, l'adozione di atti interni, quali, come nella fattispecie, la determinazione a contrarre.**

**In tal senso depone l'art. 32, comma 2, del Codice, il quale è ancora chiaramente alla fase antecedente l'avvio della gara l'atto con il quale le stazioni appaltanti decretano o determinano di contrarre in conformità ai propri ordinamenti.**

### **Caso di specie**

L'odierna ricorrente prendeva parte ad una gara indetta da un Comune per l'affidamento del servizio di raccolta dei rifiuti e - rilevata l'insussistenza dell'attestazione del versamento del contributo in favore dell'ANAC, da effettuarsi entro i termini perentori stabiliti dal disciplinare di gara - veniva ammessa alla stessa con riserva.

Per tale ragione, la stazione appaltante attivava il soccorso istruttorio, invitando la società interessata ad esibire la ricevuta di versamento e quest'ultima, in riscontro a tale richiesta, trasmetteva una ricevuta che attestava, però, il pagamento del contributo in data successiva all'attivazione del soccorso istruttorio.

La stazione appaltante disponeva quindi l'esclusione della predetta concorrente per tardività del versamento. A fronte

di ciò, la società esclusa impugnava innanzi al Giudice Amministrativo il predetto provvedimento di estromissione, lamentandone l'illegittimità sotto un duplice profilo: i) la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 65 del D.L. 19 maggio 2020, n. 34 - che, come noto, ha esonerato dal versamento del contributo ANAC in esame le imprese concorrenti alle procedure di affidamento di contratti pubblici avviate a partire dal 19 maggio 2020 e fino al 31 dicembre 2020 - in ragione della data di avvio della procedura di che trattasi, ritenuta nella fattispecie ricompresa nel periodo di sospensione dell'obbligo di versamento del contributo ANAC, quale individuato dalla norma predetta; ii) in ogni caso, la sanabilità del mancato adempimento in argomento tramite soccorso istruttorio.

### **Motivi della decisione**

Vale anzitutto rammentare che l'art. 65, comma 1, del D.L. 19 maggio 2020, n. 34 dispone che *“Le stazioni appaltanti e gli operatori economici sono esonerati dal versamento dei contributi di cui all'articolo 1, comma 65, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 all'Autorità nazionale anticorruzione, per tutte le procedure di gara avviate dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2020 (...)”*.

Ciò posto, quanto al primo profilo di doglianze, alla stregua della ricostruzione effettuata dalla ricorrente, l'esclusione sarebbe illegittima poiché la procedura di gara sarebbe stata avviata con determinazione dirigenziale ricadente nel periodo di sospensione dell'obbligo del versamento ANAC di cui sopra, così esonerando i concorrenti da tale obbligo.

Nel ritenere tale censura infondata, il TAR Calabria ha precisato come l'inizio della procedura di gara debba al contrario farsi coincidere con la pubblicazione del bando di gara - o, nel caso di procedure senza previa pubblicazione, con la lettera di invito a presentare l'offerta - e non anche con la determinazione a contrarre. Quest'ultima difatti, stando all'orientamento giurisprudenziale consolidatosi in materia, *“(...) non ha una efficacia propriamente provvedimentale, non producendo effetti giuridici autonomi verso terzi (...). In quanto precede l'avvio della procedura di affidamento, lo stesso ha, invece, natura più propriamente 'endoprocedimentale' e, quindi, di regola è inidoneo a costituire in capo a terzi posizioni di interesse qualificato”*.

In tal senso si pone non solo il Comunicato del Presidente dell'ANAC del 20 maggio 2020 - che ha reso uno specifico chiarimento in termini - ma anche lo stesso art. 32, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, il quale stabilisce

che *“Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, (...) decretano o determinano di contrarre”*.

Con riferimento, infine, al secondo profilo di censure formulato dalla ricorrente, il medesimo TAR adito ha evidenziato che *“(...) per consolidata giurisprudenza, “Nelle procedure di gara ad evidenza pubblica, affinché possa essere utilizzato l'istituto del soccorso istruttorio, il concorrente deve provare che la carenza dei requisiti di partecipazione è dovuta ad una mera irregolarità documentale o dichiarativa, che può essere regolarizzata senza ledere il principio della par condicio creditorum” (ex plurimis, T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 21.3.2019, n. 430).*

*12.5- Per quanto sopra, ad avviso del Collegio, l'aver l'amministrazione previsto, nella legge di gara, l'obbligo di versare il contributo all'ANAC associandogli un termine espressamente qualificato come “perentorio” rende non censurabile l'operato della Commissione di gara che, una volta riscontrato all'esito del soccorso istruttorio che la criticità ascritta alla concorrente non si sostanziava in una mera carenza di produzione documentale quanto piuttosto nell'inosservanza di un termine perentorio per l'adempimento de quo ha ritenuto non adempiuta la prescrizione di gara.*

*12.6- Quanto alle conseguenze di tale inadempimento, ritiene il Collegio che l'aver la legge di gara espressamente previsto un termine perentorio, cioè a pena di decadenza, per il citato adempimento, ragionevolmente non possa avere altra naturale conseguenza se non l'esclusione dalla gara per la società che non vi abbia diligentemente ottemperato.*

*2.7- A tale conclusione, sempre ad avviso del Collegio, non osta il fatto che il bando di gara non abbia previsto specifiche formule sacramentali in riferimento a tale adempimento, atteso che un'interpretazione che porti a ritenere ammissibile alla gara l'odierna ricorrente, pur a fronte della criticità riscontrata, finirebbe per neutralizzare una specifica prescrizione del bando, ledendo peraltro la par condicio dei concorrenti.*

*D'altronde, l'eventuale aggiunta di formule specifiche avrebbe non avrebbe costituito, nel caso di specie, una necessaria precisione quanto invece un inutile pleonaso, essendo peraltro ragionevolmente percepibile tanto il significato della previsione del disciplinare quanto le relative conseguenze.*

*12.8- Ne consegue che, anche a considerare i più recenti orientamenti giurisprudenziali per i quali non è precluso*

*all'amministrazione di prevedere un'espressa comminatoria di esclusione dalla gara il mancato versamento del contributo all'ANAC (ex plurimis, T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 15.9.2020, n. 543), si ritiene che sussistano i presupposti per ritenere sanzionata a pena di esclusione la previsione del versamento del contributo all'ANAC e, conseguenzialmente, correttamente esercitato il potere da parte dell'amministrazione”.*

In ragione delle argomentazioni sopra richiamate, il Tar Calabria ha quindi respinto il ricorso della concorrente esclusa, reputandolo infondato.

## Consiglio di Stato, sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2631

### Massima

**La non patrimonialità del dato personale non rende inapplicabile la disciplina in materia consumeristica alla tutela dei dati personali, cui è rivolta la specifica normazione in tema di privacy recata dal Regolamento eurocomunitario n. 679/2016. Tra le due discipline non vi è in alcun modo una situazione di conflitto, prospettandosi, semmai, una relazione di complementarietà.**

### Caso di specie

Nel dicembre del 2018 un noto Social Network impugnò dinanzi al Tar del Lazio il Provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) n. 27432 del 29 novembre 2018, la quale, all'esito del Procedimento PS11112, aveva accertato due condotte contrarie agli artt. 21 e 22 del Codice del Consumo, ovvero: *i)* l'inadeguata e tardiva informazione agli utenti circa l'attività di raccolta dei dati con intento commerciale in fase di attivazione dell'account; *ii)* l'indebito condizionamento nei confronti degli utenti registrati, i quali avrebbero subito, senza espresso

e preventivo consenso, la trasmissione e l'utilizzo dei propri dati da parte della Piattaforma verso terzi. Con sentenza del 10 gennaio 2020, n. 260, il Tar del Lazio accoglieva parzialmente il ricorso con riferimento a quella parte del provvedimento impugnato riferita alla condotta sub *ii*) annullando in parte l'atto sanzionatorio con conseguente travolgimento delle sanzioni a detta pratica riferibili, respingendo, viceversa, le censure dedotte in relazione alla condotta sub *i*). Pertanto, il ricorrente ha promosso appello dinanzi al Consiglio di Stato per la riforma della sentenza di primo grado, ritenendo che non possa trovare applicazione la disciplina consumeristica posto che, trattandosi di dati personali, gli utenti possano vantare pretese di tutela solamente dalla apposita normativa in materia di privacy.

### **Motivi della decisione**

Il Consiglio di Stato ha preliminarmente osservato che è indubbiamente vero che la nozione di "trattamento" del dato personale, per come emerge dalla lettura dell'art. 4, par. 2, GDPR, si traduce in un ambito di riferibilità amplissimo rispetto all'utilizzo del dato e che, dunque, la disciplina speciale di tutela dei dati personali estende il proprio ambito di applicazione fin dove può giungere qualsiasi forma di relazione umana o automatica del dato personale, tuttavia, non può ritenersi possibile che l'ambito di applicazione della disciplina speciale ed esclusiva (anche nel senso che esclude l'applicazione di altre discipline) possa essere "assoluta". Infatti, riconoscere la assoluta specialità del settore riferibile alla tutela dei dati personali condurrebbe, inevitabilmente, ad escludere in radice l'applicabilità di ogni altra disciplina giuridica dal momento che ogni scienza o comportamento umano coinvolge inevitabilmente dati personali.

Pertanto, il Giudice di appello sostiene che, riconosciuta la "centralità" della disciplina discendente dal GDPR e dai Codici della privacy adottati dai Paesi membri, deve comunque ritenersi che, allorquando il trattamento investa e coinvolga comportamenti e situazioni disciplinate da altre fonti giuridiche a tutela di altri valori e interessi, l'ordinamento non può permettere che alcuna espropriazione applicativa di altre discipline di settore, quale è quella della tutela del consumatore, riduca le tutele garantite alle persone fisiche.

Le suddette considerazioni, ad avviso del Collegio, vanno interpretate non nel senso della creazione di “compartimenti stagni di tutela” ma della esigenza di garantire “tutele multilivello” che possano amplificare il livello di garanzia dei diritti delle persone fisiche, anche quando un diritto personalissimo sia “sfruttato” a fini commerciali, indipendentemente dalla volontà dell’interessato-utente-consumatore.

## Corte di Cassazione, Sez. VI Civile, ordinanza 21 gennaio 2021, n. 1096

### Massima

**Nei confronti dei terzi danneggiati dall’esecuzione di opere, effettuate in forza di contratto di appalto, il committente è sempre gravato della responsabilità oggettiva di cui all’art. 2051 c.c., la quale non può venir meno per la consegna dell’immobile all’appaltatore ai fini dell’esecuzione delle opere stesse, bensì trova limite esclusivamente nel caso fortuito; il che naturalmente non esclude ulteriori responsabilità ex art. 2043 c.c. del committente e/o dell’appaltatore.**

### Caso di specie

I proprietari di un immobile convenivano in giudizio le autostrade (committente) e la ditta esecutrice dei lavori (appaltatore) per i danni subiti dalla loro abitazione.

Chiedevano il ristoro del pregiudizio patito (circa Euro 54.000), oltre al danno da deprezzamento (circa Euro 124.000), a titolo di responsabilità aquiliana (art. 2043 c.c.) e responsabilità per danno da cosa in custodia (art. 2051 c.c.).

In primo grado, il Tribunale condannava unicamente la ditta appaltatrice al risarcimento di circa Euro 91.000.

In sede di gravame, il Giudice d'appello condannava solidalmente anche la società committente per i danni subiti dall'immobile a seguito dello svolgimento dei lavori.

A seguito di ricorso in Cassazione, il Giudice del gravame ha affermato che non si possa escludere la responsabilità del committente pubblico, visto il suo maggiore potere di controllo e ingerenza nell'esecuzione dei lavori rispetto ad un committente privato.

Infatti, la Corte di Appello ha operato il seguente distinguo:

- nell'appalto tra privati, il direttore dei lavori è eventuale, può essere nominato anche dall'appaltatore e non può ingerirsi al punto da impartire ordini all'impresa;
- nell'appalto di opere pubbliche, destinate a soddisfare un interesse generale, il committente gode di un potere-dovere di ingerenza nell'esecuzione dell'opera e limita l'autonomia dell'appaltatore.

La Corte territoriale, quindi, affermando la responsabilità del committente, ha fondato la propria decisione sulla natura pubblica dell'appalto.

### **Motivi della decisione**

Secondo gli Ermellini, "*(...) in tema di appalto di opere pubbliche, gli specifici poteri di ingerenza della p.a. nella esecuzione dei lavori, con la facoltà, a mezzo del direttore, di disporre varianti e di sospendere i lavori stessi, ove potenzialmente dannosi per i terzi, comportano la esclusione di ogni esenzione da responsabilità per l'ente committente*" (Cass. 13266/2000; Cass.4591/2008; Cass. 1263/2012; Cass. 25408/2016).

Il tema dei danni a terzi derivanti dall'esecuzione di opere appaltate ha prodotto, nel corso degli anni, una copiosa giurisprudenza caratterizzata da tre punti fermi:

- l'autonomia dell'appaltatore da cui discende la sua responsabilità in caso di danni a terzi;
- l'esonero di responsabilità del committente privato;
- la responsabilità o corresponsabilità del committente pubblico, stante il potere di ingerenza.

In generale, la giurisprudenza è costante nel ritenere la responsabilità dell'appaltatore verso i terzi a cagione dell'autonomia che il contratto di appalto gli garantisce.

Viceversa, quando l'appaltatore è un mero esecutore e, dunque, la sua autonomia viene neutralizzata, la responsabilità per i danni arrecati ai terzi è ascrivibile al committente.

La giurisprudenza, nel valutare la sussistenza (o meno) della responsabilità del committente per i danni a terzi, ha, da sempre, operato la distinzione tra la figura tradizionale dell'appaltatore, dotato di piena autonomia, e quella del semplice esecutore. Al di là di tale distinguo, l'indipendenza dell'appaltatore non può spingersi al punto di vietare al committente di controllare i lavori per verificare che l'opera sia conforme a quanto pattuito (Cass. 1791/1956).

Inoltre, occorre valutare anche la natura dell'opera.

Infatti, è ravvisabile la responsabilità del committente:

- per la natura pregiudizievole del suo progetto;
- nonché per la concreta modalità di esecuzione dell'appalto, nel caso di ingerenze, come la nomina di un direttore dei lavori.

Quindi, alla responsabilità dell'appaltatore, si aggiunge la responsabilità del committente verso i terzi *"(...) quale effetto diretto di un fatto proprio di costui"* qualora il committente *"(...) si sia ingerito, direttamente o attivamente, nell'esecuzione materiale dell'opera e in conseguenza di tale sua ingerenza derivi il danno del terzo"* (Cass. 1634/1968).

In un appalto di opere pubbliche il committente è la Pubblica Amministrazione e la finalità consiste nel perseguimento di un interesse pubblico.

Inoltre, esiste una disciplina specifica: si pensi, a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo, all'obbligatorietà della direzione lavori.

In ogni caso, permane il dovere dell'appaltatore di adottare tutti i mezzi idonei per eseguire correttamente l'opera, anche a tutela dei diritti di terzi.

Pertanto, può emergere una pluralità di responsabilità:

- quella dell'appaltatore per i danni cagionati a terzi nell'esecuzione dell'opera;
- a cui si somma quella della Pubblica Amministrazione (committente) *"(...) quando il fatto dannoso sia stato posto in essere in esecuzione del progetto o di direttive impartite da essa"*; amministrazione che ha pure responsabilità esclusiva *"(...) quando abbia rigidamente vincolato l'attività dell'appaltatore, sì da neutralizzare"*

*completamente la sua libertà di decisione"*  
(Cass. n. 4050/1984).

Quindi, sull'appaltatore di opere pubbliche, sebbene meno autonomo, grava comunque una responsabilità per i danni ai terzi derivanti dall'esecuzione dell'opera.

In particolare, sussiste:

- una responsabilità concorrente e solidale del committente, se il fatto dannoso è stato compiuto "in esecuzione del progetto o di direttive" del committente;
- una responsabilità esclusiva del committente, solo quando l'ingerenza della Pubblica Amministrazione escluda ogni autonomia dell'appaltatore nell'organizzazione ed esecuzione dei lavori.

La Suprema Corte ha rilevato come, negli appalti privati, la responsabilità del committente verso i terzi sia meramente eventuale, mentre negli appalti pubblici sia da considerarsi costante.

I terzi sono tutelati da eventuali danni proprio in ragione della responsabilità della Pubblica Amministrazione.

Essa ha il potere di autorizzazione, di controllo, di ingerenza nell'esecuzione dei lavori, con facoltà, tramite il direttore dei lavori, di disporre varianti e anche di sospendere i lavori se potenzialmente dannosi ai terzi (Cass. n. 4591/2008; Cass. n. 1263/2012; Cass. n. 25408/2016; Cass. n. 32991/2019).

Alla responsabilità dell'appaltatore può aggiungersi quella della Pubblica Amministrazione solo se essa abbia neutralizzato ogni facoltà decisionale dell'appaltatore (Cass. n. 14905/2002; Cass. n. 11356/2002; Cass. n. 519/2003).

La responsabilità del committente va rapportata all'effettivo esercizio dei suoi poteri (Cass. n. 17697/2011).

La giurisprudenza prevede una responsabilità o corresponsabilità del committente:

- nel caso in cui l'appaltatore sia un mero esecutore;
- in caso di specifica violazione di regole di cautela ex art. 2043 c.c.;
- in caso di riferibilità al committente stesso dell'evento per sua *culpa in eligendo*, ad esempio, scegliendo un'impresa inadeguata (Cass. 10588/2008; Cass. 18757/2011).

Nella fattispecie sottoposta al vaglio degli Ermellini, è emersa anche la problematica della custodia dell'immobile coinvolto nei lavori e della correlativa responsabilità (art. 2051 c.c.).

Il Giudice del gravame, in particolare, aveva radicato la responsabilità del committente sul paradigma dell'appalto pubblico, senza pronunciarsi sulla questione della custodia, sollevata, invece, dai terzi danneggiati.

La società committente negava qualsiasi responsabilità in quanto, durante i lavori, il potere di controllo sull'area del cantiere grava sull'appaltatore e viene interrotto il normale rapporto tra il bene e il suo proprietario.

Invero, non sempre il rapporto tra la *res* e il titolare viene interrotto dal contratto di appalto. Infatti, in alcune pronunce, è stato affermato che, se la strada pubblica, oggetto di lavori, rimane aperta al transito, permane la responsabilità in capo al proprietario, il quale resta corresponsabile con l'appaltatore verso i terzi (Cass. n. 19474/2005; Cass. n. 20825/2006; Cass. n. 12425/2008; Cass. n. 19129/2011).

Quindi, deve essere operato il seguente distinguo:

- se il committente trasferisce integralmente all'appaltatore il potere di fatto sul bene, ciò determina la *translatio* della custodia e del correlato obbligo di vigilanza all'appaltatore (Cass. n. 5609/2001; Cass. n. 19474/2005);
- se il committente non trasferisce totalmente all'appaltatore il potere di fatto sull'immobile, grava sul primo il dovere di custodia e vigilanza e la conseguente responsabilità ex art. 2051 c.c. (Cass. n. 15734/2011; Cass., Ord. n. 11671/2018).

Solitamente, il trasferimento della custodia del bene si effettua solo se essenziale all'esecuzione dell'opera.

Il custode non può liberarsi della sua posizione di garanzia semplicemente con la conclusione di un contratto di appalto.

In tal modo, infatti, si eluderebbe la funzione della disciplina della responsabilità per i danni causati dalle cose.

Ai sensi dell'art. 2051 c.c., il custode non risponde dei danni a terzi solo se sussiste il caso fortuito. Pertanto, secondo una recente pronuncia (Cass. n. 23442/2018), la permanenza della qualità di custode comporta l'onere, per il committente, di dimostrare che l'attività dell'appaltatore integri un caso fortuito, vale a dire non sia prevedibile o evitabile. In base a tale lettura interpretativa "(...) l'appalto non esclude affatto la custodia, ma è, al contrario, un modo di esercizio di quest'ultima". In altre parole, l'appalto non comporta la perdita della custodia.

La consegna del bene all'appaltatore non equivale alla correlativa consegna del ruolo di custode. Diversamente opinando, sarebbe come realizzare un esonero contrattuale della responsabilità nei confronti dei terzi che, però, non sono parte del contratto.

La clausola di un contratto di appalto che ascriva all'appaltatore la responsabilità esclusiva per tutti i danni che i terzi dovessero subire dall'esecuzione delle opere non può essere invocata dal committente.

Difatti, una simile clausola opera solo nei rapporti fra i contraenti (appaltatore e committente) ma *"(...) non può vincolare il terzo a dirigere verso l'una, anziché verso l'altra parte, la pretesa nascente dal fatto illecito o cagionato dall'esecuzione del contratto"* (Cass. n. 2363/2012).

Si tratta dell'applicazione del generale principio di relatività del contratto (art. 1372 c.c.).

In sostanza, l'appalto non vincola il terzo, il quale mantiene il proprio diritto risarcitorio nei confronti del committente/custode.

La Cassazione esemplifica la fattispecie sostenendo che:

- rispetto all'appaltatore, il soggetto è un committente;
- rispetto al terzo, è un custode.

La Suprema Corte sottolinea come, nel tempo, la giurisprudenza abbia dato grande rilievo all'autonomia dell'appaltatore, finendo per neutralizzare l'incidenza dell'art. 2051 c.c. (responsabilità per cose in custodia).

Il rapporto con i terzi, ossia con i soggetti estranei al contratto, è extracontrattuale; pertanto, ad esso si applicano le tutele extracontrattuali.

In tal senso, si porta come esempio il contratto di locazione, in cui la consegna del bene al conduttore non incide sulla custodia del locatore a tutela dei terzi (Cass. n. 23442/2018; Cass. n. 30729/2019).

Dopo un ampio percorso in cui viene ricostruita la giurisprudenza in materia, la Suprema Corte ha rigettato il ricorso della società committente dei lavori ed enunciato il seguente principio di diritto:

*"(...) nei confronti dei terzi danneggiati dall'esecuzione di opere, effettuate in forza di contratto di appalto, il committente è sempre gravato della responsabilità oggettiva di cui all'art. 2051 c.c., la quale non può venir meno per la consegna dell'immobile all'appaltatore ai fini dell'esecuzione delle opere stesse, bensì trova limite esclusivamente nel caso fortuito; il che*

*naturalmente non esclude ulteriori responsabilità ex art. 2043 c.c. del committente e/o dell'appaltatore".*

Va precisato inoltre che il caso fortuito, unico limite alla responsabilità oggettiva, non può automaticamente coincidere con l'inadempimento dell'appaltatore degli obblighi contrattualmente assunti nei confronti del committente.

L'imprevedibilità e inevitabilità che connotano il caso fortuito devono infatti riguardare una "(...) condotta dell'appaltatore non percepibile in toto dal committente che - adempiendo così rettamente il suo obbligo custodiale - abbia seguito l'esecuzione del contratto con un continuo e adeguato controllo, eventualmente tramite un esperto direttore dei lavori".

## **Tribunale di Roma, Sez. XVII Civile, 8 febbraio 2021, n. 2188**

### **Massima**

**Per valutare se un finanziamento è usurario occorre considerare, nel calcolo del costo complessivo, anche il costo "occulto" insito nell'utilizzo del regime composto.**

**Attraverso l'inserimento di tale costo occulto il mutuo risulta superiore al tasso soglia.**

### **Caso di specie**

Nell'ambito della vicenda sottoposta all'esame degli Ermellini i mutuatari, in relazione ad un finanziamento personale con ammortamento alla francese, lamentavano l'indebita applicazione di tassi anatocistici, la non corrispondenza del tasso effettivamente applicato al tasso nominale, la non corrispondenza del TAEG effettivo a quello dichiarato in contratto e il superamento del tasso soglia usurario da parte del TEG (tasso globale annuo) tenuto conto degli interessi composti che erano stati applicati.

Il Consulente Tecnico d'Ufficio nominato dal Giudice accertava che il mutuante aveva adottato un piano di ammortamento del c.d. "tipo francese" a rata posticipata costante, redatto applicando il regime

di capitalizzazione composta. Perciò procedeva ed effettuare un'indagine circa l'esistenza del costo "implicito", corrispondente alla differenza tra la rata contrattuale (calcolata in regime di capitalizzazione composta) e quella risultante dall'applicazione del regime finanziario della capitalizzazione semplice.

Accertata l'esistenza di tale onere occulto, esso veniva sommato agli altri costi del finanziamento e perciò incluso nel calcolo per la determinazione del TEG.

Quest'ultimo, sulla base dei calcoli effettuati dal CTU, risultava superiore al tasso soglia usurario.

### **Motivi della decisione**

Il Tribunale di Roma ha ritenuto che una corretta interpretazione dell'art. 644, 4° comma, c.p. ("*per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito*") consente di ritenere che "*(...) tra i costi, le commissioni e le spese direttamente collegate all'erogazione del finanziamento vada incluso anche il costo occulto a carico del mutuatario, insito nell'utilizzo del regime di capitalizzazione composta nella redazione del piano di ammortamento (alla francese); costo pari al differenziale scaturito dal minor importo della rata risultante dall'applicazione del regime di capitalizzazione semplice*". E ciò a prescindere dall'accettazione, esplicita o tacita, del regime di capitalizzazione composta da parte del mutuatario, considerato che, in ogni caso, tale maggiore onere va comunque calcolato "*(...) ai fini del calcolo del tasso effettivo globale annuo (TEG) al pari di tutti gli altri costi, spese e remunerazioni collegate al finanziamento, incluso il vero e proprio effetto anatocistico di cui all'art. 1283 c.c.*"

Il Tribunale adito, ritenuta dunque la correttezza del metodo utilizzato e dei calcoli eseguiti dal CTU, ha dichiarato, ai sensi dell'art. 1815, 2° comma, c.c. ("*Se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi*"), la nullità della clausola relativa alla pattuizione degli interessi corrispettivi e la conseguente gratuità del finanziamento.

L'eliminazione di qualunque tipo di interesse, corrispettivo e di mora, ha comportato, in considerazione del numero di rate che erano state già pagate dal mutuatario, eccedenti la sorte capitale dovuta, la condanna del mutuante alla

restituzione della somma di Euro 13.060,60, oltre al pagamento delle spese di lite.

Il ragionamento svolto dal Tribunale conferma la *ratio* della normativa sull'usura e delle modifiche apportate all'art. 644 c.p. che è quella di cercare di impedire che si possa realizzare una “usura lecita”, attraverso una maliziosa disciplina contrattuale.

Difatti la banca o la finanziaria, indicando un tasso in regime composto, abbassa solo formalmente il tasso reale applicato all'operazione che è, invece, quello in regime semplice.

Può dunque ritenersi che, se l'ammortamento è stato progettato secondo il regime composto, si deve procedere alla disapplicazione di tale regime e all'applicazione del regime semplice, ottenendo, a parità di tasso, durata e somma prestata, un valore della rata semplice più bassa di quella che si ottiene in regime composto.

La divergenza di tasso misura il maggior costo dovuto all'applicazione del regime composto.

Tale maggiore onere va inserito nel calcolo TEG in quanto costituisce un “costo occulto” che incide sulla determinazione del tasso reale ed affettivo del mutuo.

Se, per effetto dell'inserimento di tale costo, il finanziamento, come è stato accertato in diversi contratti esaminati da questo studio, supera il tasso soglia, il rapporto, così come affermato correttamente dal Tribunale di Roma, è gratuito ai sensi dell'art. 1815 c.c.

# SOMMARIO

Leap è un progetto editoriale a cura dello Studio Legale Lipani, Catricalà & Partners. È vietata ogni distribuzione non autorizzata.

© Copyright 2020 | Lipani Catricalà & Partners

**LEAP**

---

NEWSLETTER

---