

Modena, 23/12/2014

Via mail

All'Ill.mo Sig. Sindaco
del Comune di Riolunato (MO)

OGGETTO: impianti sciistici

Ill.mo Sig. Sindaco,
come da Lei richiesto, riassumo le seguenti osservazioni circa le questioni delle quali abbiamo ampiamente discusso nei nostri svariati incontri, sfociate nella bozza del ben noto accordo integrativo con la Società Zerolupi S.r.l.

Per quanto concerne la transazione stipulata in data 30/12/2013 Le confermo, anzitutto, che l'inadempimento della Società Zerolupi S.r.l. giustifica ogni azione, anche giudiziale (decreto ingiuntivo e altro), consentita dall'ordinamento per il recupero del credito, mentre è molto più opinabile la questione se, in caso di risoluzione per inadempimento della transazione medesima, possa determinarsi la reviviscenza dei precedenti contratti di concessione dei suoli e di gestione degli impianti.

A questo proposito occorre indagare se detta transazione sia novativa oppure non novativa (quest'ultima detta anche transazione "semplice" oppure "conservativa").

Infatti, se la transazione è novativa scompare il precedente rapporto contrattuale che non può, perciò, essere ripristinato per effetto della risoluzione.

Invece, nell'ipotesi in cui un rapporto costituisca oggetto di una transazione e questa non abbia carattere novativo, la mancata estinzione del rapporto originario significa (non già che la posizione delle parti sia regolata contemporaneamente dall'accordo originario e da quello transattivo, bensì soltanto) che l'eventuale venir meno di quest'ultimo fa rivivere l'accordo originario, al contrario di quanto accade nella transazione novativa, cioè (come si è detto) implicante il venir meno in via definitiva dell'accordo originario, per la quale la norma esclude la risoluzione (salvo diversa pattuizione delle parti).¹

¹ Ne consegue che, allorquando venga richiesta la risoluzione per inadempimento di una transazione non novativa, il giudice di merito valuta l'inadempimento delle parti in relazione alla sola transazione e non anche all'accordo originario (C. 24377/2006; C. 1690/2006).

Precisamente, l'art. 1976 c.c. ("Risoluzione della transazione per inadempimento") prescrive che:

"La risoluzione della transazione per inadempimento non può essere richiesta se il rapporto preesistente è stato estinto per novazione, salvo che il diritto alla risoluzione sia stato espressamente stipulato".

L'art. 1976 c.c in esame sancisce definitivamente l'esistenza di due tipi diversi di transazione, cioè (come si è detto) quella novativa e quella non novativa, che (si ripete) differiscono tra loro in quanto solo la prima si sostituisce al rapporto originario che, quindi, si estingue.

Parte della dottrina ritiene che, a dispetto della terminologia utilizzata dal legislatore, transazione e novazione (intesa come modo di estinzione delle obbligazioni) sono fattispecie distinte e non sovrapponibili, per cui si esclude l'applicabilità alla prima delle norme (artt. 1230 ss.) dettate per regolare la seconda².

Diverse sono, secondo la dottrina, le modalità attraverso cui si determina l'effetto c.d. "novativo" della transazione, effetto che si sostanzia essenzialmente nell'estinzione del rapporto preesistente.

Secondo Pugliatti, 464, l'estinzione del rapporto preesistente è una conseguenza eventuale, ma comunque diretta dell'effetto costitutivo, mentre si è diversamente affermato che l'estinzione deve discendere da uno specifico atto di volontà dei transigenti (Valsecchi, 267).

Secondo altri la transazione ha sempre efficacia novativa, salvi i casi in cui le parti, lasciando immutato l'oggetto della lite, si limitino a stabilire solo alcune modalità (D'Onofrio, 282).

Un altro orientamento, muovendo dalla premessa che fra transazione novativa e non novativa non vi sia differenza di natura in quanto entrambe determinano la sostituzione di un rapporto non litigioso a uno litigioso, ritiene che la prima ricorra quando il rapporto sia interamente dedotto in lite, mentre la seconda quando solo una parte del rapporto è in contestazione e quindi vi sia una sostituzione parziale con funzione integrativa (Del Prato, 831; Santoro Passarelli, 79).

Per una esaustiva rassegna dedicata alla descrizione delle correnti prassi giurisprudenziali e delle più rilevanti opinioni dottrinali nella definizione della figura di transazione novativa si rinvia a Gennari, La transazione novativa, in OC, 2007, 4, 335, il quale, rilevando una costante incertezza, sia in giurisprudenza che presso la dottrina, nell'identificazione degli elementi

² Del Prato, Transazione (dir. priv.), in ED, XLIV, Milano, 1992, 830; Pugliatti, Della transazione, in Comm. D'Amelio, Finzi, Libro delle obbligazioni, II, 2, Firenze, 1949, 464; Santoro Passarelli, La transazione, Napoli, 1986, 83; contra, D'Onofrio, Della transazione, in Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 1960-1991, Bologna-Roma, 1974, 282; Valsecchi, Il giuoco e la scommessa. La transazione, in Tratt. Cicu, Messineo, XXXVII, 2, Milano, 1986, 265.

costitutivi della stessa, auspica un «atteggiamento pragmatico volto a stabilire - di volta in volta ed in forza delle consuete regole di interpretazione - se le parti abbiano determinato, con il loro accordo, la definitiva cessazione della situazione che aveva occasionato la lite».

In giurisprudenza è costante l'affermazione secondo cui l'efficacia novativa della transazione discende dalla situazione di oggettiva incompatibilità che si viene a creare tra il rapporto preesistente e il rapporto costituito dalla transazione (C. 4008/2006; C. 7830/2003; C. 11330/1997; C. 10937/1996; C. 1400/1986). Se le parti hanno inteso dare vita a un nuovo rapporto in sostituzione di quello precedente, tale volontà necessita di una manifestazione espressa (C. 1946/2003), ovvero può desumersi anche da fatti concludenti (C. 11330/1997) e deve essere comunque sempre accertata dal giudice (C. 7830/2003; C. 1946/2003; C. 10937/1996).

Si vedano ad esempio le seguenti sentenze:

Cass. civ. Sez. II, 19-05-2003, n. 7830:

“Nell'interpretazione dell'art. 1976 c.c. le prevalenti opinioni dottrinarie possono essere raggruppate, in linea di massima, in due principali correnti di pensiero, per l'una delle quali la transazione ha carattere novativo solo ove la volontà delle parti sia intesa alla totale estinzione del precedente rapporto ed alla costituzione d'un rapporto radicalmente diverso, mentre, specularmente, per l'altra, in considerazione dell'intrinseca novatività della transazione, questa deve ritenersi non novativa ove le parti, lasciato immutato l'oggetto dell'originario rapporto, si limitino ad innovare in tutto od in parte le sole modalità d'esecuzione dei rispettivi obblighi, le reciproche concessioni al riguardo costituendo la causa dell'estinzione del determinatosi conflitto d'interessi la cui definizione giudiziale, od il pericolo di essa, le parti stesse intendono evitare.

Il secondo indirizzo è, sostanzialmente, conforme alla giurisprudenza di questa Corte, per la quale l'art. 1976 c.c., laddove esclude che la risoluzione per inadempimento possa essere richiesta "se il rapporto preesistente è stato estinto per novazione, salvo che il diritto alla risoluzione sia stato espressamente stipulato", facendo riferimento nella sua formulazione alla distinzione tra transazione novativa e non novativa, necessariamente anche recepisce il contenuto tipicamente dispositivo della transazione, per il quale un "aliquid novi" rispetto al rapporto che ad essa preesiste viene ad essere un "naturale negotii", ond'è che nel determinare il senso della distinzione l'interprete deve tener conto di tale carattere normalmente dispositivo e, per ciò stesso, innovativo del negozio e ricercare, pertanto, onde individuare nel caso concreto la sussistenza dello specifico carattere novativo cui è fatto riferimento nella norma, elementi ulteriori.

Nella consapevolezza, pertanto, del rilevato carattere "lato sensu" innovativo come connaturato con il contratto in questione, ritiene potersi ravvisare una novazione "stricto sensu" esclusivamente ove i rapporti giuridici tra le parti, "id est" quello preesistente sul quale ha operato la transazione e quello dalla transazione costituito, siano tra loro incompatibili, nel senso che all'esame della comune intenzione delle parti quale desumibile dalle clausole contrattuali risulti per la natura ed entità dell'intervento, recettivo di presupposti ed esteso ad effetti estranei al precedente rapporto - che il nuovo regolamento negoziale non possa in concreto essere altrimenti fondato se non su di un diverso assetto d'interessi introdotto con la transazione stessa, di guisa che da questa sorga un complesso d'obbligazioni oggettivamente difforme ed autonomo rispetto al preesistente cui venga a sostituirsi (Cass. 1 agosto 2002 n. 11439, 26 novembre 1999 n. 710, 9 dicembre 1996 n. 10937, 12 maggio 1994 n. 4647, ma già 5 marzo 1986 n. 1400, 27 marzo 1979 n. 1779, 5 luglio 1977 n. 2935, 18 dicembre 1964 n. 2881)."

Cass. civ. Sez. II, Sent., 05-10-2010, n. 20674:

*"la transazione, pur modificando la fonte del rapporto giuridico preesistente, non ne determina necessariamente l'estinzione in quanto, **al di fuori dell'ipotesi di un'espressa manifestazione di volontà delle parti in tal senso (...)**, l'eventuale efficacia novativa della transazione dipende dalla situazione di **oggettiva incompatibilità** nella quale i due rapporti - quello preesistente e quello nuovo - vengono a trovarsi; pertanto, per determinare il carattere novativo o conservativo della transazione, occorre accertare se le parti, nel comporre l'originario rapporto litigioso, abbiano inteso o meno addivenire alla conclusione di un **nuovo rapporto, diretto a costituire, in sostituzione di quello precedente, nuove autonome situazioni**; il relativo apprezzamento è riservato al giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione logica, coerente e completa n. 7830 del 19/05/2003; Cass. n. 27448 del 13.12.2005; Cass. n. 1946 del 10.02.2003; Cass. 13717 del 14.06.2006; Cass. n. 421 del 12.01.2006)."*

Cassazione Civile Sent. n. 1400 del 05-03-1986:

*"Per determinare il carattere - novativo o conservativo - della transazione, **devesi accertare se le parti, nel comporre l'originario rapporto litigioso, abbiano inteso (o meno) addivenire alla conclusione di un nuovo rapporto, diretto a costituire in sostituzione di quello precedente, nuove ed autonome situazioni**. E tale accertamento, come questa Corte ha costantemente sancito (cfr., in particolare, sent. 23-4-66, n. 1056; 22-4-68, n. 1238; 20-3-69, n. 879; 21-3-69, n. 913; 5-7-77, n. 2935; 29-11-77, n. 5207; 27-*

3-79, n. 1779), va effettuato in base ad elementi interpretativi desunti dalla volontà delle parti e dal tenore delle clausole contrattuali, con specifico riferimento alla valutazione della compatibilità della transazione con le posizioni che scaturiscono dal precedente rapporto”.

Cassazione Civile Sent. n. 710 del 26-01-1999:

“sussiste l'ipotesi di transazione novativa solo quando dall'esame dell'intenzione delle parti e delle clausole contrattuali risulti che la transazione sia incompatibile con alcune delle obbligazioni oggetto del precedente rapporto, cioè che dalla transazione sorga una obbligazione oggettivamente diversa da quella preesistente sicché l'obbligazione posteriore sostituisca la precedente. [...] (cfr. in tali sensi: Cass. 5 marzo 1986 n. 1400; Cass. 27 marzo 1979 n. 1779; Cass. 18 dicembre 1964 n. 2881)”.

Cass. civ. Sez. Unite, 29-11-1999, n. 828:

“In proposito, premesso che, per una risalente, consolidata giurisprudenza di legittimità, senz'altro condivisibile, si ha transazione novativa quando dalla transazione sorga un'obbligazione oggettivamente del tutto diversa da quella preesistente e con questa incompatibile, sicché, nella realizzata estinzione del rapporto precedente, la fonte esclusiva degli obblighi delle parti resti individuata esclusivamente nel negozio transattivo (cfr., al riguardo, Cass. Sez. I civ., sent. n. 1344 del 29.5.1964, id., sent. n. 2881 del 18.12.1964, nonché, da ultimo, id., sent. 11330 del 15.11.1997, id. Sez. lav., sent. n. 710 del 26.1.1999), e che, viceversa, si ha transazione non novativa quando la transazione, non estingue ma, modifica soltanto il rapporto antecedente, ponendo una regolamentazione di questo, per così dire, complementare a quella originaria, deve dirsi che l'effetto novativo di una qualsiasi transazione, nel senso dianzi precisato, non può essere dato per presunto, ma, di massima, se non altrimenti risultante, deve essere positivamente dimostrato dalla parte che lo deduca (cfr., in tal senso, Cass. Sez. III civ., sent. n. 852 del 21.2.1979)”.

Cass. civ. Sez. II, 02-07-2003, n. 10456:

“La Corte d'appello, così argomentando, ha fatto applicazione del principio costantemente affermato da questa Corte, secondo il quale la transazione novativa è caratterizzata dal fatto che le parti, nel comporre l'originario rapporto litigioso, addiungono alla conclusione di un nuovo rapporto diretto a costituire, in sostituzione di quello precedente, nuove ed autonome situazioni giuridiche (Cass. 9.12.1996, n. 10937)”.

Alla luce della giurisprudenza sopra riportata, la transazione stipulata il 30/12/2013 sembra essere novativa e, in ogni caso, l'esito di un'eventuale causa civile risulterebbe al riguardo quanto meno incerto.

Per quanto concerne il merito della transazione in esame, non spetta ovviamente al sottoscritto esprimere valutazioni di opportunità o di merito, riservate all'apprezzamento discrezionale del Comune.

In ogni caso, per rispondere alle perplessità da lei evidenziatemi in ordine al capoverso della transazione che riporto in nota³, ribadisco che, secondo la giurisprudenza amministrativa (v. da ultimo la sentenza n. 530/2014 del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana):

“il rischio di una disutilità della gestione di una pubblica infrastruttura rientra nella normale alea imprenditoriale e, quindi, nessun aspirante a tale gestione può riposare sulla certezza di ricavare da tale attività un guadagno, considerato peraltro che la garanzia di una “rendita” - intesa alla stregua di una variabile indipendente dalla qualità delle capacità imprenditoriali del gestore - sarebbe in manifesto e insuperabile contrasto con il buon andamento e con l'interesse della collettività di riferimento”.

Anche l'ultima clausola della transazione (quella relativo al valore residuo dell'impianto ecc.) suscita qualche perplessità.

Al riguardo occorre considerare che l'art. 8 della concessione-contratto del 25/6/2003 Rep. n. 1112 prevedeva che:

“I beni realizzati a seguito dell'atto di concessione dovranno essere esclusivamente destinati all'attività per la quale sono stati concessi. Le strutture fisse ed i servizi accessori verranno accatati a nome del Comune di Riolunato e cura e spese del concessionario entro dodici mesi dalla messa in esercizio dell'impianto”.

Il disciplinare di concessione allegato al contratto del 25/6/2003 Rep. n. 1112 prevede, inoltre, che:

“Al termine della concessione o comunque in caso di cessazione dell'esercizio della seggiovia, gli impianti mobili saranno demoliti e rimossi a cura e spese del concessionario con ripristino dello stato dei luoghi mentre i manufatti realizzati unitamente ai servizi accessori costruiti sui terreni resteranno di proprietà del Comune di Riolunato senza corresponsione di alcun corrispettivo. A garanzia di tale adempimento [...]”.

La transazione è, dunque, intervenuta in modo molto significativo ed innovativo sull'accordo originario, prevedendo il diritto della Società Zerolupi

³ Mi riferiscono al capoverso della transazione del seguente testuale tenore: *“I contratti in essere, in considerazione dell'andamento dei flussi turistici invernali e della situazione economica generale non sono più adeguati sotto il profilo economico - finanziario a consentire la remunerazione dei fattori della produzione compresa l'erogazione dei corrispettivi dovuti sulla disponibilità dei suoli”.*

S.r.l. al pagamento del valore residuo dell'impianto seggioviario Polle-Valcava, da parte dell'aggiudicatario della successiva gara per l'affidamento della libera disponibilità dei suoli di cui trattasi.

Tale previsione contrattuale è stata ribadita nella deliberazione di C.C. n. 5 del 19/2/2014 che ha previsto che in sede di gara l'eventuale aggiudicatario dovrà riconoscere alla società proprietaria della seggiovia Polle-Valcava il valore residuo dell'impianto così come definito nella stima dell'ing. Alessandro Pederiva (€ 4.079.744,43), ingegnere, oltretutto, per quanto da voi riferitomi, non nominato dal Comune, ma da altri soggetti.

Mi sembra ragionevole presumere che un siffatto obbligo di pagamento, di una somma considerevole, possa incidere negativamente, in modo molto significativo, sull'appetibilità della gestione dell'impianto e, quindi, sul numero dei potenziali partecipanti alla futura gara, con menomazione del principio della concorrenza, che l'ordinamento tende a valorizzare al massimo.

Per quanto riguarda gli adempimenti futuri, l'atto integrativo e modificativo della transazione di cui abbiamo discusso ampiamente e che, nella situazione venutasi a creare (fatta salvo ogni vostro assorbente apprezzamento discrezionale), mi pare rappresenti una possibile soluzione per assicurare la soddisfazione dell'interesse pubblico così come da voi rappresentatomi, potrà:

- posticipare il termine di risoluzione di alcuni dei contratti originari⁴;
- eliminare la clausola relativa al contratto di affitto di ramo d'azienda tra SIRS SPA e ZEROLUPI SRL per la Seggiovia Lamaccione-Piancavallaro (clausola del tutto anomala, poiché SIRS S.p.A. non ha nemmeno partecipato alla transazione).

Resta aperto il tema della seggiovia Valcava, in relazione alla quale, sulla base della proroga del termine pattuita mediante la bozza dell'accordo integrativo della transazione, potrà continuare la gestione da parte di Zerolupi S.r.l. per la prossima stagione invernale, alle medesime condizioni del contratto del 25/6/2003, consentendo al Comune di bandire nel frattempo una nuova gara per la disponibilità dei suoli.

Sotto il profilo puramente economico, questa soluzione pare presentare dei vantaggi per il Comune, che per la prossima stagione invernale avrà la certezza di continuare a percepire la percentuale precedente, a fronte della possibile (alla luce dell'attuale crisi economica e delle inferiori percentuali riconosciute in casi analoghi) riduzione della medesima percentuale che emergerà dalla futura gara.

⁴ Mi riferisco alla concessione della libera disponibilità dei suoli per la costruzione e l'esercizio di un impianto seggioviario in località le Polle - seggiovia Ariete - rep. 1102 del 26/7/2001 e alla convenzione per l'affidamento della gestione operativa e concessione all'esercizio dell'impianto sciivoario monoposto denominato "Campo scuola" rep. 1125 del 21/12/2004.

Aggiungo che, in occasione della nuova gara, sarebbe opportuno introdurre una clausola che preveda la facoltà del Comune, al termine della concessione e anche in caso di risoluzione anticipata non imputabile al Comune medesimo, di ritenere tutti gli impianti (strutture fisse e mobili) e tutte le attrezzature esistenti senza esborso alcuno.

Nel rimanere a disposizione per ogni eventuale chiarimento, resto in attesa di un cortese riscontro e porgo cordiali saluti.

Avv. Giorgio Fregni

