

Edizione di martedì 29 gennaio 2019

Procedimenti cautelari e monitori

L'exceptio compromissi sollevata in sede di opposizione a decreto ingiuntivo: risvolti processuali

di **Daniela Parisi**

Procedimenti di cognizione e ADR

Spunti critici circa il diritto del consulente tecnico incompatibile al compenso per l'attività espletata

di **Franco Stefanelli**

Esecuzione forzata

Successione a titolo particolare nel diritto controverso: la legittimazione passiva nell'azione esecutiva per obblighi di fare permane in capo all'originario debitore, salvo intervento dell'avente causa ed estromissione del dante causa

di **Cecilia Vantaggiato**

Responsabilità civile

Illecito sportivo e illecito civile: quando lo sport diventa fonte di danno risarcibile

di **Daniele Calcaterra**

Comunione – Condominio - Locazione

Furto in appartamento e responsabilità condominiale derivante da cosa in custodia ex art. 2051 c.c.

di **Saverio Luppino**

Diritto e procedimento di famiglia

Coppia omosessuale: dichiarata l'adozione dei figli del partner nati da maternità surrogata
di **Giuseppina Vassallo**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Soglie di non fallibilità. L'onere della prova "torna" sull'imprenditore quando i bilanci sono inattendibili

di **Gian Luca Grossi - Studio Pirola Pennuto Zei & Associati, Massimo Di Terlizzi - Studio Pirola Pennuto Zei e Associati**

Diritto Bancario

Servizi di investimento: focus della Cassazione

di **Fabio Fiorucci**

Diritto del Lavoro

È illegittimo il licenziamento intimato con ritardo ingiustificato

di **Evangelista Basile**

Privacy

Il "Responsabile deresponsabilizzato" e il "Titolare irresponsabile": il teatro dell'assurdo nell'applicazione del GDPR

di **Andrea Lisi, Sarah Ungaro**

Procedimenti cautelari e monitori

L'exceptio compromissi sollevata in sede di opposizione a decreto ingiuntivo: risvolti processuali

di Daniela Parisi

Lo spunto per l'odierna riflessione nasce da una pronuncia (Trib. Milano, Sez. Spec. Impresa, n. 5450/2018, pubblicata su www.giurisprudenzadelleimprese.it) la quale, riaffermando un principio di diritto processuale, già ripetutamente sancito dalla stessa Sezione specializzata, statuisce che *“l'esistenza di una clausola compromissoria non esclude la competenza del giudice ordinario ad emettere un decreto ingiuntivo (atteso che la disciplina del procedimento arbitrale non contempla l'emissione di provvedimenti inaudita altera parte), tale per cui, laddove operi la clausola compromissoria: 1. sussistendo i presupposti di cui agli artt. 633 e ss. c.p.c. e tenuto conto della non rilevabilità d'ufficio del difetto di competenza per essere la controversia devoluta agli arbitri, il giudice ordinario deve emettere il decreto ingiuntivo richiesto da una delle parti 2. ma, quando sia proposta opposizione ed il debitore ingiunto eccepisca la competenza arbitrale, si verificano i presupposti fissati nel compromesso, venendo quindi viene a cessare la competenza del giudice ordinario, 3. il quale ultimo, una volta che rilevi la esistenza della valida clausola compromissoria, non potrà che dichiarare la nullità del decreto ingiuntivo e rimettere la controversia al giudizio degli arbitri”*

Le questioni sottese sono più d'una.

Anzitutto ribadisce il Collegio di primo grado che *l'exceptio compromissi* è eccezione in senso stretto, con ciò seguendo l'orientamento della recente giurisprudenza della Suprema Corte, secondo la quale quella di compromesso rituale (interno) è un'eccezione avente natura processuale, attenendo a una questione di competenza, e non è rilevabile d'ufficio, in quanto di natura non funzionale, quantomeno nelle ipotesi in cui oggetto della clausola compromissoria e/o del compromesso non sia una controversia inerente a diritti non disponibili: *“l'art. 819 ter c.p.c. assoggetta l'eccezione di arbitrato al medesimo regime previsto per quella d'incompetenza, stabilendo che essa dev'essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta e precisando che la mancata proposizione dell'eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio; la mancanza di una specifica indicazione in ordine al termine entro cui l'eccezione dev'essere sollevata impone di fare riferimento alla disciplina generale dettata dall'art. 38 c.p.c., il quale dispone che l'incompetenza, tanti per materia quanto per valore o per territorio, dev'essere eccepita, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta «tempestivamente» depositata”* (Cass. n. 22748/2015; Cass., SS.UU., 1005/2014; v. anche Trib. Firenze, Sez. Spec. Impresa, 16/3/2018, n. 814).

Secondo il Collegio milanese, se l'eccezione è svolta tempestivamente, accertata anche

incidentalmente la validità della clausola compromissoria, il giudice ordinario adito non ha la competenza per decidere la questione sottoposta al suo esame.

Il Tribunale meneghino precisa che, qualora l'eccezione di arbitrato sia ritualmente sollevata nel corso di un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, il giudice ordinario adito perde la competenza che sino ad allora aveva, devolvendola in favore degli arbitri.

Infatti, come noto, l'esistenza di una clausola compromissoria non esclude la competenza del giudice ordinario ad emettere un decreto ingiuntivo (atteso che la disciplina del procedimento arbitrale non contempla l'emissione di provvedimenti *inaudita altera parte*), ma impone a quest'ultimo, in caso di successiva opposizione fondata sull'esistenza della detta clausola, la declaratoria di nullità del decreto opposto e la contestuale remissione della controversia al giudizio degli arbitri (cfr. Cass., 28 luglio 1999, n. 8166).

Principio nuovamente ribadito anche dall'ordinanza n. 21550 del 18 settembre 2017, con la quale la Corte di cassazione a Sezioni Unite, chiamata a pronunciarsi sulla sussistenza di un difetto di giurisdizione del giudice ordinario nazionale in presenza di una clausola compromissoria internazionale, fondando il proprio ragionamento sulla natura propria dell'*exceptio compromissi*, ha confermato che la previsione di una clausola compromissoria non esclude il ricorso al procedimento monitorio per l'ottenimento del decreto ingiuntivo, dal momento che *“il difetto di giurisdizione nascente dalla presenza di una clausola compromissoria siffatta può essere rilevato in qualsiasi stato e grado del processo a condizione che il convenuto non abbia espressamente o tacitamente accettato la giurisdizione italiana, e dunque solo qualora questi, nel suo primo atto difensivo, ne abbia eccepito la carenza”*; escluso il contraddittorio nella fase monitoria e sottratta (temporaneamente) la facoltà alla parte ingiunta di sollevare la relativa eccezione, il decreto ingiuntivo può essere concesso dal giudice ordinario.

Scriva ancora il Collegio milanese che tale granitico orientamento giurisprudenziale può trovare ulteriore conforto anche nella nuova formulazione dell'art. 819 *ter*, co. 2, c.p.c., quale modificato da Corte cost., 16-19 luglio 2013, n. 223, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione, «nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'art. 50 del codice di procedura civile».

Si tratta, come noto, di una facoltà e non di un obbligo posto a carico delle parti, posto che la *translatio iudicii* che consegue alla riassunzione del giudizio arbitrale fa salvi gli effetti della domanda prodotti dall'introduzione del giudizio ordinario, come avviene per l'effetto interruttivo sia istantaneo che permanente della prescrizione, ai rispettivi sensi dell'art. 2943 co. 3° e 2945, co. 2° del codice civile (cfr. Cass., ord. n. 22002 del 6/12/2012).

La sintesi raggiunta dalla giurisprudenza in commento è chiara ed inequivocabile: il decreto ingiuntivo opposto è nullo e quindi deve essere revocato se il debitore ingiunto che ha incardinato la relativa opposizione solleva tempestivamente l'eccezione di compromissoria.

Quod nullum est nullum producit effectum, sicché al venir meno dell'accertamento del credito

seguirà anche il venir meno dell'eventuale efficacia provvisoriamente esecutiva di cui il titolo monitorio fosse stato munito da parte del giudice togato.

Non particolarmente problematica è la soluzione se l'ingiungente non ha iniziato l'azione esecutiva oppure se questa è ancora alle sue fasi iniziali: secondo la Suprema Corte (Cass. n. 2727/2017), il venir meno del titolo esecutivo determina automaticamente anche la caducazione dell'esecuzione fondata su quel titolo e, in generale, degli atti di esecuzione (fatti salvi gli effetti di cui all'art. 653 comma 2 c.p.c.), senza alcuna necessità per il debitore di proporre un'opposizione esecutiva ex art. 615 c.p.c. onde far valere tale sopravvenuta inefficacia.

L'accertamento definitivo (in senso affermativo ovvero negativo) delle ragioni creditorie azionate monitoriamente sarà contenuto nel lodo che gli arbitri pronunceranno all'esito del procedimento e che, in forza dell'*exequatur*, consentirà al titolare del diritto di ottenere, anche forzosamente, la soddisfazione del proprio credito. Anche pendente il procedimento arbitrale, come noto, le parti potranno tutelare i propri ritenuti crediti con le opportune e pertinenti azioni cautelari, da esperire avanti al giudice ordinario, posto il divieto di cui all'art. 818 c.p.c.

È, invero, possibile che nelle more della proposizione dell'opposizione a decreto ingiuntivo (introdotta con la notifica dell'atto di citazione nel rispetto di tutti termini di cui all'art. 163 c.p.c.), della fissazione della prima udienza e della costituzione del convenuto e dell'iniziale trattazione della causa, l'azione esecutiva sia non solo iniziata, ma addirittura terminata.

Deve anzitutto ricordarsi che *“la richiesta dell’opponente di ripetizione delle somme versate in forza della provvisoria esecutività del Decreto Ingiuntivo opposto non è qualificabile come domanda nuova e deve ritenersi implicitamente contenuta nell’istanza di revoca del decreto stesso, così come formulata nell’atto di opposizione, costituendo essa solo un accessorio di tale istanza ed essendo il suo accoglimento necessaria conseguenza, ex articolo 336 c.p.c., dell’eliminazione dalla realtà giuridica dell’atto solutorio posto in essere”* (così Cass., 24/10/2018, n. 26926 che richiama il precedente conforme Cass.[ord.], sez. 3/2/2017, n. 2946).

Tuttavia, in presenza di una tempestiva e valida *exceptio compromissi*, il giudizio di opposizione si chiuderà verosimilmente alla prima udienza con una pronuncia di difetto di competenza in favore degli arbitri, nulla potendo statuire il giudice ordinario circa la condanna del creditore alla restituzione delle somme versate in forza della provvisoria esecutorietà del decreto opposto.

È dubbio, ed è questione che qui solo accenniamo, se la domanda restitutoria possa essere sottoposta alla *cognitio arbitrorum*.

In ogni caso, anche considerando che nel corso del giudizio arbitrale non è ammissibile la pronuncia di ordinanze anticipatorie di condanna ai sensi degli art. 186 bis e 186 ter c.p.c. (Arb. Bolzano, 26-10-1999, Riv. arbitrato, 2001, 771, n. Cavallini), a nostro avviso, essendo il credito nascente da un rapporto obbligatorio diverso da quello per le quali le parti avevano previsto la

clausola compromissoria (di norma, contenuta negli statuti societari), ben potrebbe il debitore esecutato ottenere soddisfazione attraverso un decreto ingiuntivo (cfr. Cass. 24/10/2018, n. 26926), la cui eventuale opposizione non potrebbe essere fondata sulla base dell'*exceptio compromissi*, valida per il contenzioso d'origine, ma non applicabile al rapporto di debito/credito insorto successivamente e per fonte diversa da quella contrattuale, trattandosi di *condictio indebiti*.



Seminari di specializzazione

STRUMENTI ALTERNATIVI AL TESTAMENTO

Scopri le sedi in programmazione >

Procedimenti di cognizione e ADR

Spunti critici circa il diritto del consulente tecnico incompatibile al compenso per l'attività espletata

di Franco Stefanelli

[Cass., Sez. II, Ord., ud. 8 marzo 2018, 5 novembre 2018, n. 28103, Pres. Manna – Rel. Besso Marcheis](#)

[1] Consulenza tecnica – Astensione – Ricusazione – Acquisizione della consulenza – Sopravvenuta conoscenza della causa di ricusazione – Compenso del consulente (cod. proc. civ., artt. 51, 63, 192 e 196)

L'art. 192 comma 2 cod. proc. civ., nel prevedere che l'istanza di ricusazione del consulente tecnico d'ufficio debba essere presentata con apposito ricorso depositato in cancelleria almeno tre giorni prima dell'udienza di comparizione, preclude la possibilità di far valere successivamente la situazione di incompatibilità in via definitiva, con la conseguenza che la consulenza rimane ritualmente acquisita al processo. A tale principio non è consentita deroga per l'ipotesi in cui la parte venga a conoscenza soltanto in seguito della situazione di incompatibilità, poiché, in questo caso, è possibile esclusivamente prospettare le ragioni che giustificano un provvedimento di sostituzione, affinché il giudice, se lo ritenga, si avvalga dei poteri conferiti dall'art. 196 cod. proc. civ., spettando, comunque, all'ausiliario il compenso per l'attività svolta.

CASO

[1] Aulo Agerio proponeva ricorso ex art. 702-bis cod. proc. civ. avverso il decreto che aveva liquidato il compenso in favore del consulente tecnico Numero Negidio, nei confronti del quale Aulo Agerio aveva presentato istanza di ricusazione (poi accolta) successivamente al deposito della relazione di quest'ultimo. Il Tribunale di Siracusa, in accoglimento parziale della opposizione, riduceva il compenso in precedenza liquidato; avverso l'ordinanza emessa a conclusione del procedimento di opposizione, Aulo Agerio ricorreva per cassazione, articolando quattro motivi, di cui, con il primo, denunciava ai sensi dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ. la «violazione / falsa applicazione dei principi enucleabili dalle norme in materia di consulenza tecnica d'ufficio e del suo diritto al compenso, di ricusazione, di nullità/inefficacia/improduttività di effetti e inesistenza giuridica ex tunc degli atti compiuti dal consulente tecnico d'ufficio ricusato, di mancanza di causa del diritto al compenso nei contratti di prestazione professionale laddove tale prestazione sia inutilizzabile, peraltro per colpa dello stesso professionista che ha violato l'obbligo di astensione». Il ricorrente denunciava che il giudice della opposizione al decreto di liquidazione giudice aveva errato, avendo rigettato la tesi, propugnata dall'opponente, della sopravvenuta cessazione della materia del contendere dell'opposizione, per effetto

dell'accoglimento dell'istanza di ricusazione del consulente tecnico d'ufficio. Nel giudizio di legittimità, Numero Negidio non proponeva difese; di contro, Aulo Agerio depositava una memoria in prossimità dell'adunanza in camera di consiglio.

SOLUZIONE

[1] La Suprema Corte ha respinto il ricorso, rilevando dapprima come l'istanza di ricusazione del consulente tecnico d'ufficio fosse stata depositata successivamente al deposito della relazione del consulente. A tal riguardo – ha rilevato la Corte – l'art. 192 comma 2 cod. proc. civ., prevedendo che l'istanza di ricusazione del consulente tecnico d'ufficio debba essere presentata con apposito ricorso depositato in cancelleria almeno tre giorni prima dell'udienza di comparizione, preclude definitivamente la possibilità di far valere successivamente la situazione di incompatibilità, con la conseguenza che la consulenza rimane ritualmente acquisita al processo (in tal senso, in precedenza, Cass. Civ., Sez. I, 8 aprile 1998, n. 3657 e pure Cass. Civ., Sez. II, 6 giugno 2002, n. 8184); nell'ipotesi in cui la parte venga a conoscenza della situazione di incompatibilità del consulente soltanto successivamente alla scadenza del predetto termine, è possibile prospettare le ragioni che giustificano un provvedimento di sostituzione, affinché il giudice, se lo ritiene, si avvalga dei poteri che gli conferisce in tal senso l'art. 196 cod. proc. civ. (cfr. Cass. 3657/1998 cit.). Nel caso in esame, pertanto, l'accoglimento dell'istanza di ricusazione non poteva più essere avanzata ed è da intendersi quale provvedimento di sostituzione del consulente tecnico ai sensi dell'art. 196 cod. proc. civ.; al consulente tecnico sostituito spetta, dunque, come aveva stabilito il Tribunale di Siracusa, il compenso per l'attività compiuta.

QUESTIONI

[1] La pronuncia qui annotata riafferma un consolidato principio in punto di tempestività dell'istanza di ricusazione, la quale, ai sensi dell'art. 192 comma 2 cod. proc. civ., deve essere proposta, depositando nella cancelleria ricorso al giudice (istruttore), almeno tre giorni prima dell'udienza di comparizione del consulente; il decorso del termine impedisce di far valere successivamente la situazione di incompatibilità, con la fondamentale conseguenza che la consulenza rimane ritualmente acquisita al processo (in tal senso, oltre alla giurisprudenza citata dalla stessa pronuncia annotata, Cass. n. 3657/1998 e pure Cass. n. 8184/2002, si segnala più recentemente Cass. Civ., Sez. II, 5 ottobre 2017, n. 23257; nella giurisprudenza di merito, Corte App. Palermo, Sez. III, 10 maggio 2010). Se l'orientamento dei Giudici (quantomeno di legittimità) è unanime nel ritenere il termine perentorio e preclusivo, quindi, di un'istanza formulata oltre lo stesso, di contrario avviso è la dottrina maggioritaria, che, fondatamente argomentando ex art. 152 comma 2 cod. proc. civ., rileva l'assenza di una espressa qualificazione normativa di perentorietà (PROTETTI-PROTETTI, *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano, 1999, pag. 45; VELLANI, *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, in *Digesto civ.*, III, Torino, 1995, pag. 530), individuando tuttavia il termine finale nella prestazione del giuramento (GIUDICEANDREA, *Consulente tecnico (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Diritto*, IX, Milano, 1961, pag. 535); si distingue, nel panorama dottrinario, chi qualifica il termine come decadenziale (SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, Milano, 1966, pag. 107).

Secondo la giurisprudenza, pertanto, è irrilevante che il motivo di ricusazione sia sopravvenuto o sia stato ignorato, in quanto ciò che rileva, ai fini della validità della consulenza, è unicamente la tempestività della deduzione. Tutt'al più, l'incompatibilità non tempestivamente dedotta può condurre al provvedimento di sostituzione di cui all'art. 196 cod. proc. civ. (anche ad istanza di parte), il quale resta tuttavia una valutazione rimessa esclusivamente al giudice di merito, insindacabile in Cassazione, quando la motivazione sia immune da vizi logici (Cass. civ., Sez. Lav., 17 febbraio 2004, n. 3105; in senso conforme: Cass. 3657/98 cit.; Cass. Civ., Sez. II, 1 febbraio 1993, n. 1215; Cass. Civ., Sez. Lav., 30 agosto 1988, n. 5005).

Da ciò è fatto discendere, secondo un percorso logico difficilmente attaccabile, il diritto del consulente – il quale, ancorché incompatibile, abbia ugualmente espletato la consulenza per essere stata dedotta tardivamente la incompatibilità? – al conseguimento del compenso per l'attività svolta ed acquisita al processo.

Se il cammino argomentativo, come sopra ricostruito, appare esente da vizi logici, forse, però, occorre porre attenzione al punto di partenza, distinguendo le situazioni, che possono condurre ad una tardiva denuncia di ricusazione:

(a) il consulente tecnico è *ab origine* incompatibile (ovviamente non si astiene) e la parte indugia nella ricusazione oltre il termine di cui all'art. 192 cod. proc. civ. (se colpevolmente o meno, è casistica che, al momento, si tralascia);

(b) il consulente tecnico diviene incompatibile nelle more della consulenza (ovviamente non lo dichiara), quando il termine di cui all'art. 192 cod. proc. civ. è già perentorio.

In entrambe le situazioni, è facile sostenere che il consulente dell'ufficio (verosimilmente) potrebbe aver violato una norma deontologica, essendo plausibile che la ragione della incompatibilità dedotta con ritardo fosse allo stesso nota.

La giurisprudenza non di rado si è occupata della rilevanza della violazione della norma deontologica ai fini del riconoscimento del compenso al professionista trasgressore; anche di recente, in tema di inosservanza della regola di condotta che impedisce all'avvocato di assumere un mandato professionale in conflitto con gli interessi di un proprio assistito o interferisca con lo svolgimento di altro incarico anche non professionale, ha ritenuto retribuibile l'attività utilmente prestata (Cass. Civ., Sez. III, 27 settembre 2018, n. 23186).

Approfondendo le due ipotesi sopra elencate, tuttavia, pare necessario fare alcune distinzioni, principiando dal secondo caso (b), che appare meno problematico, quello cioè della incompatibilità sopravvenuta: in tal caso, facendo applicazione dell'art. 196 cod. proc. civ., la sostituzione del consulente si rivela rimedio idoneo. In linea di principio, non vi dovrebbero essere ragioni per invalidare l'attività svolta dal consulente sostituito prima del verificarsi della causa di incompatibilità; il riconoscimento del compenso per tale attività sarebbe, in conclusione, difficilmente contestabile.

Nel primo caso, quello cioè dell'incompatibilità iniziale (a), invece, il consulente tecnico dell'ufficio non avrebbe dovuto accettare l'incarico ed è più arduo, da un punto di vista sostanziale ed emotivo, accettare l'idea che il compenso sia dovuto.

L'art. 196 cod. proc. civ. è stato interpretato dalla dottrina (SATTA, *op. cit.*, pag. 117; PROTETTI-PROTETTI, *op. cit.*, pag. 98) come disciplinante due provvedimenti, i quali differiscono quanto a presupposti di operatività :

- 1) la rinnovazione delle indagini peritali, che ne implica la conclusione;
- 2) la sostituzione del consulente, che postula, all'opposto, che l'indagine peritale sia ancora in corso.

Invero, però, l'art. 196 cod. proc. civ. («*Il giudice ha sempre la facoltà di disporre la rinnovazione delle indagini e, per gravi motivi, la sostituzione del consulente tecnico*») potrebbe essere interpretato come disciplinante una gradazione di provvedimenti: rinnovazione della consulenza, quale rimedio più blando, e sostituzione del c.t.u. quale rimedio più severo. Da ciò discenderebbe, in maniera pressoché necessitata, sotto un profilo logico, che la sostituzione del consulente imponga la rinnovazione delle indagini. Se questa fosse la prospettiva ermeneutica, allora difficilmente potrebbe continuarsi a sostenersi l'utilità (e l'acquisibilità agli atti) della consulenza svolta in condizioni, che avrebbero legittimato la ricusazione. Da qui alla negazione del compenso, il passo sarebbe assai breve, proprio in ragione della carenza di utilità della attività svolta, salvo voler approfondire la tematica della rilevanza civilistica, *sub specie* dell'inadempimento, della violazione della norma deontologica da parte del consulente tecnico dell'ufficio. Ma di ciò, la pronuncia annotata non fa menzione.



Esecuzione forzata

Successione a titolo particolare nel diritto controverso: la legittimazione passiva nell'azione esecutiva per obblighi di facere permane in capo all'originario debitore, salvo intervento dell'avente causa ed estromissione del dante causa

di Cecilia Vantaggiato

[Cassazione civile, sez. II, ord. 29/11/2018, n. 30929, Presidente Correnti, Relatore Fortunato](#)

MASSIMA

Il soggetto condannato a un "facere" mediante esecuzione di determinate opere su un immobile ceduto ad altri non perde, in conseguenza del trasferimento del bene, la legittimazione passiva all'azione esecutiva ai sensi degli artt. 2909 c.c., 474 e 475 c.p.c., potendo la successione a titolo particolare avere incidenza nel processo esecutivo soltanto a seguito di una iniziativa del nuovo titolare del diritto, poiché a quest'ultimo è consentito di interloquire sulle modalità dell'esecuzione, ferma restando la validità e l'efficacia del precetto intimato al dante causa.

CASO

Gli attori avevano acquistato dal convenuto taluni fondi agricoli e, contestualmente alla stipula, il convenuto aveva altresì concesso una servitù di passaggio pedonale e carrabile dietro pagamento di un'indennità. Circa sei mesi dopo, il Comune dava atto agli attori della pendenza di una procedura espropriativa, che interessava il fondo servente e conseguentemente anche la servitù. Gli attori, quindi, adivano il Tribunale, chiedendo la condanna del convenuto a ripristinare la servitù di passaggio, conformemente al titolo. Tribunale e Corte d'appello accoglievano la domanda e condannavano il convenuto a ripristinare la servitù. Il convenuto proponeva ricorso per cassazione.

SOLUZIONE

La Corte di cassazione, pur accogliendo i primi due motivi di ricorso relativi a *errores in procedendo*, in via sostitutiva di merito riteneva comunque corretto il *decisum* dei Giudici dei gradi precedenti. La Corte evidenzia che la domanda proposta dagli attori era volta a eliminare gli effetti pregiudizievoli prodotti dall'esproprio di una porzione del fondo servente e a ricostituire l'originaria ampiezza del tracciato asservito secondo le prescrizioni dell'atto costitutivo. La sentenza di primo grado, confermata in appello, aveva disposto il ripristino del diritto con le modalità e il tragitto individuati dal CTU: per dare concreta attuazione a quanto

deciso, era irrilevante che il fondo servente fosse stato ceduto in corso di causa.

QUESTIONI

L'art. 111 c.p.c. si applica tutte le volte che il trasferimento in corso di causa per atto "*inter vivos*" della "*res litigiosa*" riguardi gli immobili interessati dalle vicende di causa, allorché gli effetti del provvedimento giurisdizionale siano destinati a prodursi nella sfera giuridica di soggetti diversi da quelli che rivestivano inizialmente la posizione di attore o convenuto e ciò anche riguardo alle posizioni di obbligo connesse alla successione nella titolarità di un diritto reale (cfr., Cass. 10563/2001, nonché, in motivazione, Cass. 3643/2013). Il soggetto condannato ad un "*facere*" mediante esecuzione di determinate opere su un immobile trasferito ad altri, non perde in conseguenza del trasferimento del bene la legittimazione passiva all'azione esecutiva ai sensi dell'art. 2909 c.c. e artt. 474, 475 c.p.c., potendo la successione a titolo particolare avere incidenza soltanto a seguito di una iniziativa del nuovo titolare del diritto sul bene, essendo consentito a costui di interloquire sulle modalità dell'esecuzione, ferma restando la validità e l'efficacia del precetto intimato al dante causa (Cass. 73/2003; Cass. 11272/1993; Cass. 11583/2005; Cass. 601/2003).

Nel caso in esame occorre, dunque, stabilire se il soggetto legittimato passivo a dare esecuzione all'anzidetta sentenza fosse l'originario debitore-convenuto-dante causa o l'avente causa.

L'art. 2909 c.c. disciplina l'efficacia soggettiva del giudicato, prevedendo che l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato faccia stato fra le parti, gli eredi e gli aventi causa. In tale ultima categoria rientrano tutti i soggetti che siano succeduti nel diritto controverso dopo la formazione del giudicato e, comunque, dopo l'inizio del processo, fatti salvi gli effetti del possesso in buona fede di cose mobili e della trascrizione in materia immobiliare o di beni mobili registrati (art. 111, u. c., c.p.c.).

Nel caso di specie, il trasferimento di una parte dell'immobile era avvenuto, per espropriazione per pubblica utilità, nel corso del giudizio, risultando in tal modo applicabile l'art. 111 c.p.c.

Tale articolo del codice di rito presuppone una successione a titolo particolare nel diritto che costituisce oggetto del processo, la quale si verifica in forza del trasferimento del diritto per atto fra vivi (con un atto di trasferimento a titolo derivativo, in via volontaria o coattiva) o per causa di morte (mediante legato).

La *ratio* della disposizione, lungi dal prevedere un divieto di alienazione della *res litigiosa*, contempera due esigenze opposte: da un lato, la celerità dei traffici commerciali e, dall'altro, la certezza del diritto, del processo e dei provvedimenti giurisdizionali decisorii. Da qui la disciplina dettata dall'art. 111 c.p.c., la quale prevede che il processo prosegua fra le parti originarie: ciò vale in assoluto per l'ipotesi di trasferimento *inter vivos*, mentre occorre applicare i necessari temperamenti, invece, nel caso di successione *mortis causa*, per evidenti ragioni d'impossibilità di proseguire il processo da o nei confronti del *de cuius*, quando rilevi

nel processo il fatto interruttivo, nei modi previsti dalla legge (artt. 299 ss. c.p.c.).

Nel caso oggetto del presente contributo, quindi, non solo il convenuto aveva subito l'espropriazione dell'immobile nel corso del giudizio, sottacendo il trasferimento in questione, ma, una volta intervenuta la sentenza che lo condannava ad un *facere*, sosteneva che fosse insuscettibile di attuazione, data l'intervenuta alienazione del fondo servente.

Come detto, ai sensi dell'art. 111 c.p.c., qualora nel corso del giudizio intervenga un trasferimento del diritto controverso, il processo prosegue tra le parti originarie: pertanto, già solo in virtù di tale norma, legittimato passivo permane l'alienante, salvo che non sia stato espressamente estromesso dal giudizio, con il consenso della controparte.

È appena il caso di ricordare che la sentenza intervenuta fra le parti costituisce titolo esecutivo. Secondo il disposto dell'art. 612 c.p.c., dettato per l'esecuzione forzata di obblighi di fare e di non fare, il titolo esecutivo consiste in una sentenza di condanna. Il soggetto legittimato a promuovere l'azione esecutiva è chi dalla sentenza sia stato accertato essere titolare del diritto a che altri adempia un obbligo di fare o non fare.

Secondo la Corte, essendo il titolo esecutivo emesso nei confronti dell'originario convenuto, a nulla rileva il trasferimento del diritto: come già detto, ai sensi dell'art 111 c.p.c., la legittimazione passiva all'azione esecutiva resta in capo al soggetto condannato a un *facere*, potendo la successione a titolo particolare avere incidenza nel processo esecutivo soltanto a seguito di un'iniziativa del nuovo titolare del diritto sul bene, essendo consentito a costui di interloquire (solo) sulle modalità dell'esecuzione. Resta tuttavia ferma la validità e l'efficacia del precetto intimato al dante causa, convenuto nel processo: sicché è soltanto un'iniziativa dell'avente causa a comportare la sostituzione del successore stesso all'originario esecutato nella posizione di legittimato passivo all'esercizio dell'azione esecutiva (v. già Cass., 15 novembre 1993, n. 11272).

Un ruolo attivo dell'avente causa cui sia stato trasferito il bene si potrà avere, dunque, solo nel caso in cui questi subentri effettivamente all'originario esecutato, nella posizione di legittimato passivo all'esercizio dell'azione esecutiva. Nel caso di specie, l'acquirente non ha ritenuto di intervenire volontariamente nel processo. Gli attori, pertanto, correttamente si sono avvalsi di un valido ed efficace titolo esecutivo formatosi nei confronti del convenuto, pur sussistendo eventuali aventi causa di costui che ben avrebbero potuto interloquire sulle modalità dell'esecuzione, intervenendo eventualmente nel procedimento promosso contro il debitore risultante dal titolo.

Non sussiste, invero, alcuna automatica sostituzione del soggetto condannato ad un *facere* con l'acquirente a titolo particolare cui sia stato trasferito il bene, poiché il primo non perde la legittimazione passiva nell'azione esecutiva, continuando gli atti esecutivi ad essere compiuti nei confronti del debitore esecutato, sebbene alienante il bene sul quale cade l'esecuzione forzata in forma specifica per obblighi di fare.

Pertanto, correttamente la Corte ha ritenuto permanere in capo al debitore-alienante la legittimazione passiva, ferma la possibilità per gli aventi causa di intervenire nel procedimento, per proporre opposizione all'esecuzione o per interloquire sulle modalità della stessa (già Cass. sent. n. 551/1968; n. 610/1981).



Master di specializzazione

DELEGATO NELLE VENDITE IMMOBILIARI

Scopri le sedi in programmazione >

Responsabilità civile

Illecito sportivo e illecito civile: quando lo sport diventa fonte di danno risarcibile

di **Daniele Calcaterra**

[Cass. civ. Sez. III, 10/05/2018, n. 11270, Pres. Spirito, Est. Olivieri](#)

Responsabilità civile – infortunio sportivo – collegamento funzionale tra gioco ed evento lesivo – scriminanti (c.c. art. 2043 c.c.)

[1] In materia di risarcimento danni per responsabilità civile conseguente ad un infortunio sportivo, qualora siano derivate lesioni personali ad un partecipante all'attività a seguito di un fatto posto in essere da un altro partecipante, il criterio per individuare in quali ipotesi il comportamento che ha provocato il danno sia esente da responsabilità civile sta nello stretto collegamento funzionale tra gioco ed evento lesivo, collegamento che va escluso se l'atto sia stato compiuto allo scopo di ledere ovvero con una violenza incompatibile con le caratteristiche concrete del gioco. Ne consegue che sussiste in ogni caso la responsabilità dell'agente in ipotesi di atti compiuti allo specifico scopo di ledere, anche se gli stessi non integrino una violazione delle regole dell'attività svolta; la responsabilità non sussiste, invece, se le lesioni siano la conseguenza di un atto posto in essere senza la volontà di ledere e senza la violazione delle regole dell'attività, e non sussiste neppure se, pur in presenza di violazione delle regole proprie dell'attività sportiva specificamente svolta, l'atto sia a questa funzionalmente connesso. In entrambi i casi, tuttavia il nesso funzionale con l'attività sportiva non è idoneo ad escludere la responsabilità tutte le volte che venga impiegato un grado di violenza o irruenza incompatibile con le caratteristiche dello sport praticato, ovvero col contesto ambientale nel quale l'attività sportiva si svolge in concreto, o con la qualità delle persone che vi partecipano.

CASO

[1] Durante una partita amichevole di calcio, un giocatore interviene in scivolata, colpendo da dietro le gambe dell'avversario, cagionandogli lesioni personali con esiti invalidanti di natura permanente.

Il giudice del merito rigetta la domanda di risarcimento dei danni formulata dalla vittima, ritenendo non sussistere i presupposti dell'illecito civile. In particolare, il giudice esclude che l'azione sia caratterizzata dalla volontà di ledere, e che, seppur fallosa (cioè difforme dalle regole del gioco), possa ritenersi sproporzionata rispetto al contesto e alle finalità del gioco.

Il danneggiato propone ricorso in Cassazione.

SOLUZIONE

La Suprema Corte rigetta il ricorso, rilevando come il giudice del merito abbia fatto corretta applicazione dei principi di diritto già individuati in altri precedenti di legittimità, che consentono di individuare i casi in cui l'illecito sportivo integri anche un illecito civile.

QUESTIONI

Le attività sportive sono incentivate dall'ordinamento, per l'indubbio carattere sociale che presentano. Va però rilevato che queste attività, se connotate da competitività e da un certo grado di contrasto fisico tra i partecipanti, comportano necessariamente un rischio per l'incolumità dei giocatori. Alla luce di ciò, si potrebbe essere indotti a pensare che la lesione dell'integrità fisica del giocatore ad opera di altro partecipante, in quanto costituente un'eventualità contemplata, e quindi consentita, entro certi limiti, dall'ordinamento, non abbia quel carattere di antiggiuridicità tale da poter essere posta a fondamento di una pretesa di risarcimento.

La questione in realtà necessita di un approfondimento.

Va detto infatti, anzitutto, che l'attività sportiva può essere oggetto di apposita regolamentazione da parte della federazione di appartenenza, dovendosi fare riferimento, in caso contrario, al criterio della comune prudenza per stabilire ciò che è o non è consentito nello svolgimento dell'attività.

Quale che sia il parametro di riferimento che si ritenga di dovere adottare – comune prudenza o regolamento federale – non si deve trascurare però, da un lato, che difficilmente il solo rispetto delle regole è idoneo a scongiurare la possibilità che il comportamento di ciascun contendente risulti lesivo dell'integrità fisica dell'avversario e, dall'altro, che la semplice inosservanza delle regole non comporta automaticamente la responsabilità del soggetto autore del comportamento lesivo, in ragione del fatto che la maggior parte delle attività sportive comporta per l'incolumità dei contendenti un rischio che si può intendere da costoro volontariamente accettato.

Quest'ultimo profilo merita particolare attenzione. Il tema relativo all'accettazione del rischio da parte di chi pratica un'attività sportiva è stato a più riprese analizzato in giurisprudenza, essendo stati i giudici chiamati a verificare, in molteplici occasioni, la configurabilità del reato di lesioni dolose o colpose nell'ipotesi di lesioni personali conseguenti ad un c.d. "fallo di gioco", ossia nell'ipotesi di lesioni personali arrecate con un comportamento integrante una violazione delle regole del gioco medesimo.

In un primo momento, all'esclusione della responsabilità del soggetto agente si è giunti attraverso il richiamo ad un consenso dell'avente diritto, o ravvisandosi, nel caso, l'esercizio di

un diritto, alla luce di quanto previsto, rispettivamente, negli artt. 50 e 51 c.p. Ma si è obiettato che di efficace consenso dell'avente diritto non si può parlare quanto meno in relazione alle condotte produttive di lesioni permanenti, risultando a ciò di ostacolo la previsione dell'art. 5 c.c., che non consente un atto di disposizione del proprio corpo idoneo a cagionare una lesione di tal fatta, e che, per riconoscere nella fattispecie l'esercizio di un diritto, occorrerebbe rintracciare nella legislazione statale dedicata allo sport il fondamento dello stesso: indagine tutt'altro che facile, e, comunque, tendenzialmente destinata all'insuccesso con riguardo alle pratiche sportive non organizzate ufficialmente, in quanto non prese in considerazione da alcuna normativa.

Di conseguenza, è venuto consolidandosi, in giurisprudenza, il principio secondo cui le lesioni cagionate nel contesto di un'attività sportiva dovrebbero intendersi penalmente scriminate in applicazione della causa di giustificazione (atipica, in quanto non espressamente codificata) c.d. del "rischio consentito", in considerazione del fatto che la competizione sportiva è non solo ammessa, ed anzi incoraggiata per gli effetti positivi che svolge sulle condizioni fisiche della popolazione, dalla legge e dallo Stato, ma è anzi ritenuta dalla coscienza sociale come una attività assai positiva per l'armonico sviluppo della intera comunità, per cui verrebbe a mancare nel comportamento dello sportivo, che, pur rispettoso delle regole del gioco, cagioni un evento lesivo ad un avversario quella anti giuridicità che legittima la pretesa punitiva dello Stato e la inflizione di una sanzione (Cass. pen. 2.12.1999, n. 1951).

Orbene, a queste stesse considerazioni, elaborate, come si è appena detto, al fine di delimitare la responsabilità penale nel caso di lesioni personali, si è fatto riferimento anche al fine di stabilire quando possa dirsi integrato un illecito civile.

A questo proposito, è stata scartata, innanzi tutto, la possibilità di avere riguardo esclusivamente ai regolamenti federali, e, cos'è?, la possibilità di affermare la non anti giuridicità di tutti i comportamenti che si presentino come conformi ad essi: in questa prospettiva, si dovrebbe, infatti, immaginare che tra i contendenti sia intervenuto un «accordo tacito concretatosi nell'accettazione dell'eventualità (anche) di lesioni con postumi permanenti o di morte» provocate da un intervento considerato regolare (solamente) dall'ordinamento sportivo; ma questo accordo sarebbe sicuramente da classificare come nullo, ai sensi dell'art. 5 c.c. (Cass. 8.08.2002, n. 12012). Neppure si è pensato, poi, di dare rilievo alla violazione delle regole di gioco, in senso per così dire inverso, in modo da ravvisare l'illecito civile in ogni comportamento non rispettoso delle medesime, per il motivo che, se così fosse, non si potrebbe «scriminare l'atto falloso tutte le volte che la regola miri anche a salvaguardare l'incolumità dei partecipanti, quand'anche la coscienza sociale rifiuti l'attribuzione di responsabilità per la sola inosservanza della regola» (Cass. 8.08.2002, n. 12012). Senza considerare che, in ogni caso, il riferimento ai regolamenti federali non potrebbe comunque essere prospettato con riguardo alle attività sportive svolte per svago e diletto; con la conseguenza che il soggetto agente verrebbe assoggettato ad un'ingiustificata disparità di trattamento a seconda che il medesimo comportamento abbia tenuto in una gara "ufficiale", piuttosto che in una contesa amichevole. Ciò considerato, è parso quindi necessario affidarsi ad un diverso criterio di delimitazione dell'area dell'illecito civile.

Se si parte dal presupposto, del quale già si è detto, che la lesione dell'integrità fisica del giocatore ad opera dell'avversario costituisce un'eventualità, il rischio del cui accadimento può intendersi, in un certo qual modo, accettato dai contendenti, si è ritenuto che in tanto l'atleta accetti il rischio "di farsi male", in quanto il comportamento lesivo appaia strettamente collegato, e, potremmo dire, funzionalmente diretto alle azioni che lo sport nel caso praticato normalmente contempla e comporta (Cass. 8.08.2002, n. 12012).

E tale nesso dovrebbe ritenersi spezzato ogni qual volta il comportamento lesivo «sia stato compiuto allo scopo di ledere, ovvero con una violenza incompatibile con le caratteristiche concrete del gioco» (Cass. 8.08.2002, n. 12012), dovendo rispondere l'atleta, nel primo caso, a titolo di dolo e, nel secondo, a titolo di colpa: la prima circostanza, l'aver agito cioè al solo scopo di ledere, infatti, non potrebbe ritenersi compatibile con nessuna pratica sportiva, nemmeno con le più cruente, nelle quali la lesione dell'altrui incolumità non è mai il fine ultimo, bensì solamente un'eventualità possibile in vista di un diverso obiettivo, ravvisabile nella "vittoria", nella competizione; ed il ricorso ad un grado di violenza e di aggressività fuori luogo rispetto alle caratteristiche del singolo sport e del contesto nel quale questo si svolge dovrebbe interrompere il nesso funzionale delineato, in quanto ben si comprende come l'accettazione del rischio possa spingersi solo fino a comprendere quegli eventi riconducibili a comportamenti in una certa qual misura prevedibili, e tali non potrebbero essere evidentemente considerati quelli assolutamente incompatibili con le caratteristiche di gioco e di contesto complessive (Cass. 8.08.2002, n. 12012).

La decisione sulla responsabilità dello sportivo non potrebbe quindi prescindere dall'indagine sul comportamento da questi concretamente tenuto, con la conseguenza che il giudice dovrebbe sempre affermare la responsabilità del soggetto agente nel caso di atti compiuti allo specifico scopo di ledere, anche se gli stessi non costituiscano, in sé, violazione delle regole di gioco, mentre dovrebbe escludere tale responsabilità qualora l'atto non sia stato posto in essere con una irruenza incompatibile con le caratteristiche di gioco e di contesto, anche se in ipotesi l'atto costituisca violazione delle regole dell'attività sportiva praticata.

Questi i principi, ribaditi anche nella decisione in commento. Nel caso di una contesa amichevole di calcio, chiarito che la semplice violazione delle regole di gioco deve ritenersi ininfluenza ai fini dell'indagine sulla responsabilità del contendente che abbia arrecato danno all'avversario, l'esame di questo profilo non può prescindere dalla considerazione del tipo di sport in esame e dalle altre circostanze del caso concreto.

Di per sé, la lesione dell'integrità fisica non è sufficiente, alla luce delle considerazioni che precedono, a fondare la responsabilità dello sportivo-danneggiante: infatti, poiché l'attività sportiva in parola è caratterizzata anche dalla possibilità di una contrapposizione fisica tra i giocatori, la possibilità di un infortunio è circostanza da mettere in conto, e, quindi, il rischio di un simile accadimento può dirsi accettato dai contendenti, sempre che – e con ciò torna il problema dei limiti dell'accettazione del rischio, la cui verifica richiederebbe un'attenta analisi della fattispecie concreta – il comportamento lesivo non sia stato attuato al solo scopo di ledere, oppure con un grado di violenza incompatibile con il contesto nel quale la

competizione si svolgeva.

Da qui la conferma della decisione del giudice del merito, che la Corte ritiene essersi correttamente conformata ai principi appena espressi, quando ha escluso, nel caso concreto, la volontarietà dell'azione lesiva e l'incompatibilità di questa con le caratteristiche dello sport praticato.



Seminari di specializzazione

**GESTIONE DEL CONTENZIOSO E LA TUTELA DEL
RAPPORTO DI LAVORO NELLO SPORT**

Scopri le sedi in programmazione >

Comunione – Condominio - Locazione

Furto in appartamento e responsabilità condominiale derivante da cosa in custodia ex art. 2051 c.c.

di Saverio Luppino

[Cass. Civ., VI- 3 Sez., Ord. n. 2661 del 22 Ottobre 2018 – Pres. Dott.ssa Adelaide Amendola – Rel. Cons. Antonella Pellecchia](#)

Art. 2043 c.c.- Art. 2051 c.c.- Art. 380 bis c.p.c.

*“Nell’ipotesi di furto in appartamento condominiale, commesso con accesso dalle impalcature installate in occasione della ristrutturazione dell’edificio, è configurabile la responsabilità dell’imprenditore ex art. 2043 c.c., per omessa ordinaria diligenza nella adozione delle cautele atte ad impedire l’uso anomalo dei ponteggi, nonché la responsabilità del condominio, ex art. 2051 c.c., per l’omessa **vigilanza e custodia**, cui è obbligato quale soggetto che ha disposto il mantenimento della struttura.[\[1\]](#)”*

FATTO

A seguito di un furto subito nel proprio appartamento, il condomino leso decide di citare in giudizio il Condominio e l’impresa esecutrice dei lavori di ristrutturazione del fabbricato, conseguenti alla omessa custodia del ponteggio, utilizzato da ignoti per il furto.

SOLUZIONE

Il Tribunale di Napoli accoglie la domanda attorea e condanna in solido il Condominio e l’impresa appaltatrice al risarcimento dei danni – consistenti nel valore dei beni rubati – ed al pagamento delle spese di causa. I soccombenti impugnano la sentenza e la Corte d’appello partenopea, riforma la sentenza e condanna il condomino appellato, il quale a sua volta ricorre in Cassazione, con unico motivo di censura, lamentando che il giudice d’appello avrebbe errato nel non applicare l’articolo 2051, limitandosi solo ad escludere una *culpa in vigilando ed in eligendo* del Condominio.

QUESTIONI

La difesa del Condominio in grado d’appello, appare di interesse al giurista, laddove argomenta una carenza di legittimazione passiva del condominio, in quanto non può direttamente ricondursi in capo a quest’ultimo una responsabilità diretta di custodia del ponteggio, non rientrante tra le parti comuni del fabbricato, rimanendo ogni responsabilità in

capo all'impresa appaltatrice e non al committente l'opera.

Pertanto, solo quest'ultima sarebbe tenuta ad intervenire utilizzando ogni cautela del caso ed adottando ogni misura necessaria al fine di prevenire i furti negli appartamenti (ponteggi allarmati, etc...).

Tra l'altro, il Condominio argutamente eccepiva non potersi ascrivere a propria responsabilità alcunchè, neppure in termini di culpa *in eligendo* o *in vigilando*, in quanto si era da subito premurata di avvertire l'impresa a cautelare il ponteggio, con plurimi avvisi.

Come di rado accade in Corte di Cassazione, il Collegio della 3^a Sezione, non condivide la proposta del relatore istruttore di inammissibilità del ricorso e invece si pronuncia a favore del condomino ricorrente.

I giudici della Suprema Corte, esaminando il contenuto dell'articolo 2051 c.c., inerente al danno cagionato da cosa in custodia, ritengono che la culpa in vigilando non sia da escludere, avendo il giudice dell'appello esaminato un unico aspetto e non la norma nella sua integrale prospettiva.

Vero risulta essere l'onere del danneggiato di provare gli elementi su cui si basa la responsabilità presunta del custode, e quest'ultimo a sua volta ai fini della prova liberatoria ha l'onere di indicare e provare la causa del danno estranea alla sua sfera d'azione. Tuttavia nel caso in esame, non può escludersi che è stata omessa dalla corte partenopea qualsiasi valutazione in termini di caso fortuito nella sequenza causale che ha determinato il perpetrarsi del fatto dannoso e quindi del reato.

Il custode della cosa deve provare l'esistenza di un caso fortuito che consiste in un fatto estraneo alla sua sfera soggettiva, con le caratteristiche di **imprevedibilità ed eccezionalità**, che può anche però concretizzarsi in un comportamento colposo del danneggiato.

La responsabilità in capo al custode può essere esclusa *"una volta accertata la sussistenza del caso fortuito, e cioè una volta escluso il nesso causale tra la cosa e l'evento dannoso, resta esclusa anche la responsabilità ex art. 2043"* [2]. Ma nel caso in esame essa viene totalmente esclusa come ipotesi a priori, in quanto l'evento dannoso poteva evitarsi con la rimozione dei ponteggi. Proprio per questo la Corte sottolinea che il fattore centrale dell'intera questione, **siano le impalcature lasciate incustodite da parte dell'impresa** e di conseguenza l'intero focus dovrebbe ruotare intorno all'art. 2043 c.c., risarcimento per fatto illecito: la responsabilità sia in capo al condominio sia all'imprenditore.

Il Condominio non può risultare esente da responsabilità se è esso stesso ad aver optato per tale scelta. Per questo motivo deve essere preso in considerazione in combinato disposto con l'articolo precedentemente citato il 2051 c.c.

Si parte dal presupposto che fu il condominio a chiamare (*eligere*) l'impresa, cui affidare

l'incarico di ristrutturazione dell'edificio e che per tale attività, si rendeva necessario **l'ausilio di impalcature**; così subentra la responsabilità del committente dell'appalto, restando quindi a suo carico, il compito di supervisione e di vigilanza dell'intero operato dell'appaltatore e di conseguenza, assicurarsi per la rimozione degli arnesi o strutture necessari alla realizzazione, proprio a salvaguardia dell'intera compagine condominiale ed a cautela di danneggiamenti.

Il committente dei lavori è tenuto a controllare l'idoneità tecnico-professionale dell'impresa che ha scelto, per cui se dopo svariati richiami a rimuovere le impalcature, nessuna risposta è pervenuta da quest'ultima, come nella fattispecie in esame, avrebbe dovuto agire in modo diverso, in quanto a suo carico rimaneva la custodia dei luoghi.

Nel caso in questione emerge chiaramente la responsabilità condominiale ex art. 2051 c.c., in quanto come afferma la Cassazione: *"è obbligato quale soggetto che ha disposto il mantenimento della struttura", richiamando sul punto anche altri precedenti sempre di legittimità.*

Certo potrebbe obiettarsi, come la pronuncia in esame risulti "monca", in quanto un'assunzione tout court di responsabilità da cose in custodia in capo al Condominio ed allargata al ponteggio, in ordine al quale la custodia compete all'impresa, rappresenterebbe un notevole aggravio di responsabilità, proprio perché non rientrante nella diretta indicazione delle cose di proprietà comune. Tuttavia l'insegnamento della Corte di Cassazione rimarca maggiormente l'applicazione delle norme in materia di responsabilità aquiliana, imponendo al Condominio committente nella scelta delle imprese appaltatrici anche una **collegata responsabilità in vigilando**, che tenga conto, accertamente, **sin dal capitolato ed attraverso le cautele che opererà la direzione lavori**, di assicurare e garantire ogni specifica misura di sicurezza, al fine di prevenire le problematiche legate al danneggiamento e/o furto negli appartamenti dei condomini interessati dall'impalcatura.

[1] Cass. N. 26900/2014; Cass. N. 6435/2009

[2] Civile Sez. 3, del 28 ottobre 2009 n. 22807



Diritto e procedimento di famiglia

Coppia omosessuale: dichiarata l'adozione dei figli del partner nati da maternità surrogata

di **Giuseppina Vassallo**

[Tribunale per i minorenni di Milano, sentenza del 10 ottobre 2018](#)

Adozione in casi particolari

(art. 44 legge n. 184/1983, legge n. 76/2016)

L'adozione dei minori, nati maternità surrogata, da parte del partner del genitore biologico realizza il preminente interesse degli stessi, formalizzando da un lato una situazione di fatto già esistente, caratterizzata da un legame già esistente e riconosciuto, e dall'altro, dando loro garanzie aggiuntive rispetto all'attuale situazione, sotto il profilo economico e soprattutto affettivo, in caso di necessità di supplire a eventuali assenze del padre biologico.

CASO

Un uomo si rivolgeva al Tribunale per i Minorenni di Milano per fare dichiarare l'adozione ai sensi dell'art. 44 lett. d) L. 184/83 di due gemelli, figli biologici del proprio compagno, con il quale aveva una stabile relazione (dall'anno 1999).

Essendo nato nella coppia il desiderio di essere genitori, avevano fatto ricorso alla maternità surrogata, e con l'aiuto di due donne, una che forniva l'ovulo e l'altra che portava avanti la gravidanza, nascevano i due gemelli, accolti sin da subito come propri figli, anche dal padre non biologico, e dai nonni come propri nipoti.

Il ricorrente, che dalla nascita dei piccoli, si era sempre occupato di fornire loro cure affettive e primarie, chiedeva di potere adottare i minori ai sensi dell'art. 44 lett. D.

Il Tribunale disponeva le indagini di rito sulle consuetudini di vita del ricorrente da parte dei Servizi sociali al fine di verificare a) l'idoneità affettiva e la capacità di educare, istruire il minore, la situazione patrimoniale ed economica, la salute e l'ambiente familiare degli adottanti; b) i motivi per i quali l'adottante desidera adottare il minore; c) la personalità del minore, d) la possibilità d'idonea convivenza, tenendo conto della personalità dell'adottante e del minore.

Il padre dei minori ribadiva il proprio assenso all'adozione e il Pubblico Ministero, motivava il

proprio favore all'accoglimento del ricorso.

SOLUZIONE

Secondo i giudici milanesi, il ricorrente fin da subito aveva svolto un ruolo educativo ed affettivo del tutto equiparabile a quello del padre naturale, divenendo figura genitoriale a tutti gli effetti anche sotto il profilo sociale.

Tali fatti erano stati confermati dagli operatori dei servizi sociali che avevano constatato la serenità e il benessere di entrambi i minori.

Sulla base degli accertamenti compiuti, l'adozione dei minori da parte del ricorrente realizzava il preminente interesse degli stessi, formalizzando da un lato una situazione di fatto già esistente, caratterizzata da un legame già ampiamente riconosciuto e conosciuto anche nel loro ambito sociale, e dall'altro, dando loro garanzie aggiuntive rispetto all'attuale situazione, sotto il profilo economico e soprattutto affettivo, in caso di necessità di supplire a eventuali assenze del padre naturale.

Sotto il profilo giuridico, il ricorso è stato proposto ai sensi dell'art. 44 lett. D legge n. 184/83, poiché la legge 20 maggio 2016 n.76, che disciplina le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto, non ha modificato l'art. 44 lett. B della legge sulle adozioni, non estendo all'unione civile quanto già disposto per le coppie unite in matrimonio, ovvero non prevedendo la possibilità di adottare il figlio biologico del partner (*c.d. stepchild adoption*).

Non essendo consentito dalla legge italiana alle coppie non coniugate, anche se unite civilmente, di accedere alla *c.d. adozione legittimante* (che presuppone lo stato di abbandono del minore e determina la totale rescissione della relazione del minore adottato con i componenti della famiglia d'origine), per adottare il figlio biologico del compagno, le coppie omosessuali devono utilizzare il disposto della lettera D dell'art. 44, che riguarda l'ipotesi di impossibilità di affidamento preadottivo del minore.

L'adozione in casi particolari ha proprio lo scopo di favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore e i parenti o le persone che già si prendono cura di lui, prevedendo effetti più limitati ma presupposti meno rigidi. Così facendo si rende prevalente la finalità di proteggere il minore se mancano le condizioni che consentono l'adozione ordinaria.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, la "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" del minore, deve essere interpretata in modo estensivo-evolutivo, come indicato dalla Corte di Cassazione n. 12962/2016, ritenendo sufficiente una *c.d. "impossibilità di diritto"* di giungere all'affido preadottivo, estendendola quindi anche ai minori non in stato di abbandono.

In assenza della lettera D dell'art. 44, come interpretata evolutivamente dalla giurisprudenza di merito e poi di legittimità, il minore non avrebbe alcuna possibilità di usufruire dei benefici

derivanti dal rapporto adottivo, non essendovi altra norma che lo consentirebbe, se non al raggiungimento della sua maggiore età.

QUESTIONI

La sentenza in esame ribalta il precedente orientamento del tribunale minorile milanese, che nel 2016 aveva respinto la domanda di adozione presentata ai sensi dell'art. 44 lett. D, da parte di due donne che chiedevano reciprocamente di potere adottare l'una la figlia dell'altra (le bambine erano state concepite mediante inseminazione artificiale, in esecuzione di un progetto di genitorialità condivisa nell'ambito della loro stabile relazione sentimentale).

La decisione era stata poi riformata dalla Corte d'appello di Milano che aveva accolto entrambi i ricorsi dichiarando l'adozione incrociata delle minori, anche in forza della citata sentenza della Corte di Cassazione n. 12962/2016.

La giurisprudenza di merito è sempre più orientata verso l'accoglimento di analoghi ricorsi (ex *multis* Tribunale per i Minorenni di Firenze del 16.11.2017, Tribunale per i minorenni di Venezia del 31.5.2017, Corte d'Appello di Torino sezione Minorenni del 27.5.2016).

Anche la Corte Costituzionale ha riconosciuto alle unioni omosessuali, il diritto fondamentale di vivere liberamente la propria condizione di coppia, così com'è per le unioni di fatto fra persone di sesso diverso (Corte Costituzionale n.138/2010).

Il desiderio di avere dei figli, naturali o adottati, rientra nel diritto alla vita familiare, nel vivere liberamente la condizione di coppia, riconosciuto come diritto fondamentale.

Una diversa interpretazione della legge, che escluda la possibilità di ricorrere all'istituto dell'adozione in casi particolari alle coppie di fatto omosessuali, sarebbe in contrasto con gli artt. 14 e 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo.



Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Soglie di non fallibilità. L'onere della prova “torna” sull'imprenditore quando i bilanci sono inattendibili

di Gian Luca Grossi - Studio Pirola Pennuto Zei & Associati, Massimo Di Terlizzi - Studio Pirola Pennuto Zei e Associati

[Corte di Cassazione Civile, Sez. I, sentenza 25 ottobre 2018 n. 30516 \(pubblicata il 23 novembre 2018\)](#)

Parole chiave: soglie di fallibilità – non fallibilità – onere della prova dell'imprenditore – bilanci inattendibili – prudente apprezzamento del giudice

Massima: *“In tema di fallimento, ai fini della prova della sussistenza dei requisiti di non fallibilità di cui all'[art. 1, comma 2, l.fall.](#), i bilanci degli ultimi tre esercizi che l'imprenditore è tenuto a depositare, ai sensi dell'[art. 15, comma 4, l.fall.](#), costituiscono **strumento di prova privilegiato dell'allegazione della non fallibilità**, in quanto idonei a chiarire la situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa, **senza assurgere però a prova legale**, essendo soggetti alla valutazione, da parte del giudice, dell'attendibilità dei dati contabili in essi contenuti secondo il suo prudente apprezzamento [ex art. 116 c.p.c.](#), sicché, **se reputati motivatamente inattendibili, l'imprenditore rimane onerato della prova della sussistenza dei requisiti della non fallibilità**”*

Disposizioni applicate: artt. 1, 6 e 15 l.f. – art. 116 c.p.c – 2423 ss. e 2697 c.c..

La sentenza 25 ottobre 2018 n. 30516 della Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione offre interessanti ed ulteriori spunti di meditazione sul tema del **valore probatorio dei bilanci e sui relativi poteri “valutativi” del Giudice in ordine alla sussistenza delle soglie di non fallibilità** (art. 1, comma 2, l.f.).

La vicenda trae origine dal **fallimento di una S.r.l.** richiesto da un creditore (una lavoratrice che aveva proposto ricorso per la dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art. 6 l.f., per un **credito derivante da rapporto di lavoro**). A fronte della pronuncia di primo grado dichiarativa del fallimento, **la fallita promuoveva reclamo** alla Corte d'Appello la quale, a sua volta, avrebbe motivato il rigetto sulla base del fatto che **“non vi fosse prova del ricorrere dei presupposti previsti dalla [L. Fall., art. 1, comma 2](#), per escludere la declaratoria di fallimento, stante la totale inattendibilità dei bilanci prodotti, i quali non riportavano con la necessaria precisione l'entità dei debiti tributari di cui era stata accertata l'esistenza e il debito nei confronti della (OMISSIS) (n.d.r.: la lavoratrice) né trovavano riscontro nelle scritture contabili, che non erano state fornite al curatore”**.

Avverso tale pronuncia della Corte territoriale, **la società ricorreva pertanto per Cassazione** sulla base di due motivi; resistevano il fallimento, in persona del Curatore nominato nonché la creditrice.

Con il primo motivo la fallita si doleva, in buona sostanza, della **violazione dell'art 6 L.f.** (legittimati a chiedere il fallimento), in quanto la Corte d'Appello ***“avrebbe avallato una declaratoria di fallimento pronunciata su sollecitazione di un soggetto che non poteva essere considerato creditore ... , dato che il credito era contestato e la sentenza del Giudice del lavoro non era ancora passata in giudicato”***.

La Prima Sezione della Corte precisa subito, con la pronuncia in commento, come il **primo motivo** di doglianza sia **infondato** infatti ***“la L. Fall., art. 6, laddove stabilisce che il fallimento è dichiarato, fra l'altro, su istanza di uno o più creditori, non presuppone un definitivo accertamento del credito in sede giudiziale, né l'esecutività del titolo, essendo viceversa a tal fine sufficiente un accertamento incidentale da parte del giudice, all'esclusivo scopo di verificare la legittimazione dell'istante ad assumere l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento”***. E' importante peraltro ricordare come tale principio fosse stato precedentemente affermato dalla Cassazione nella sua massima composizione (cfr., in tal senso, Cassazione, Sezioni Unite, 23 gennaio 2013 n. 1521).

A ben vedere la Corte territoriale aveva fatto rigorosa applicazione proprio del detto principio; osserva infatti la Cassazione, in merito, come la **pubblicazione del dispositivo della sentenza da parte del Giudice del lavoro costituisca un titolo esecutivo idoneo a fondare l'esecuzione** (ai sensi dell'art. 431 c.p.c.) **nonché “accertamento incidentale” sufficiente ad attestare la legittimazione del creditore istante**, ai sensi dell'art. 6 L.f..

Acclarata quindi l'infondatezza della prima doglianza della ricorrente la Corte si addentra nella disamina del **secondo motivo** con il quale la società lamentava, essenzialmente, **la violazione dell'art. 1 comma 2 L.f.**: la Corte territoriale infatti ***“avrebbe trascurato di considerare le risultanze dei bilanci degli esercizi 2011, 2012, 2013 e 2014 ritenendoli inattendibili”***.

In proposito la Cassazione ricorda preliminarmente come il bilancio di esercizio assolve, prima di tutto, ad una **funzione informativa** (di pubblicità-notizia) della “stato di salute” della società, dovendone rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria ed il risultato economico dell'esercizio (art. 2423 c.c.). Funzione questa comune sia alla prospettiva “civilistica” sia a quella “fallimentare” del bilancio. Ed infatti, prosegue la Prima Sezione, ***“i bilanci degli ultimi tre esercizi che l'imprenditore è tenuto a depositare, ai sensi della L. Fall., art. 15, comma 4, sono quelli approvati e depositati nel registro imprese, ai sensi dell'art. 2435 c.c.”***.

A questo punto la Corte ricorda come, conformemente ai principi generali in tema di onere della prova, anche la Legge Fallimentare ponga **a carico dell'imprenditore la dimostrazione di essere esente da fallimento** ***“non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento ... gli imprenditori ... i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti”***, ossia di non aver superato le così

dette soglie di fallibilità (art. 1 comma 2 l.f.). A tal fine la Corte rammenta come **“i bilanci degli ultimi tre esercizi costituiscono la base documentale imprescindibile, ma non anche prova legale”**. Ne consegue che essi sono sottoposti al vaglio del giudice secondo il criterio del libero apprezzamento, valendo il principio di cui all'art. 116 c.p.c..

Peraltro è la stessa Corte a evidenziare come in materia fallimentare vi sia parimenti **“un ampio potere di indagine officioso in capo allo stesso organo giudicante, nient'affatto limitato dall'avvenuta o meno produzione dei bilanci, tenuto conto, da una parte, che il Tribunale, ai sensi della [L. Fall., art. 15](#), comma 4, dopo aver ordinato al debitore fallendo il deposito dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi nonché di atti da cui risulti una situazione economica aggiornata, può comunque chiedere informazioni urgenti e avvalersi a tal fine di ogni organo pubblico a ciò competente, dall'altra che la [L. Fall., stesso art. 1](#), comma 2, lett. b), chiarisce che i dati relativi all'ammontare dei ricavi lordi realizzati dal debitore nel triennio antecedente alla data di deposito della istanza di fallimento sono utilizzabili in “qualunque modo risulti” e quindi non soltanto sulla base delle allegazioni probatorie del debitore”**.

Secondo il giudizio della Corte di Cassazione **“nel caso di specie la corte territoriale, con motivazione senz'altro ragionevole e ispirata ai principi sopra illustrati, ha ravvisato l'inattendibilità dei bilanci prodotti dalla società debitrice per una pluralità di motivi”**.

Pertanto sarebbe a questo punto spettato all'imprenditore **“provvedere altrimenti alla dimostrazione del mancato superamento dei limiti dimensionali che escludevano la sua fallibilità”**. Infatti a fronte del giudizio espresso dalla Corte territoriale circa l'inattendibilità dei bilanci prodotti e la mancata circostanziata contestazione da parte del ricorrente, **l'imprenditore avrebbe dovuto dimostrare aliunde il mancato superamento dei detti limiti dimensionali**.

La Corte ha così **rigettato il ricorso e condannato il ricorrente al rimborso** in favore di ciascuno dei controricorrenti **delle spese del giudizio**.



Seminari di specializzazione

LA RIFORMA DELLA LEGGE FALLIMENTARE

Scopri le sedi in programmazione >

Diritto Bancario

Servizi di investimento: focus della Cassazione

di **Fabio Fiorucci**

La recente sentenza della Cassazione n. 1460 del 2019 si segnala per l'esauritiva ricognizione di tematiche, già affrontate dai giudici di legittimità, concernenti i contratti di investimento e spesso al centro del contenzioso banca-investitore.

Tra le questioni di interesse, si evidenziano, in particolare, le seguenti:

- in tema di intermediazione mobiliare, l'intermediario finanziario, convenuto nel giudizio di risarcimento del danno per violazione degli obblighi informativi, non è esonerato dall'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'operazione di investimento nel caso in cui l'investitore, nel contratto-quadro, si sia rifiutato di fornire le informazioni sui propri obiettivi di investimento e sulla propria propensione al rischio, nel qual caso l'intermediario deve comunque compiere quella valutazione, in base ai principi generali di correttezza e trasparenza, tenendo conto di tutte le notizie di cui egli sia in possesso (come, ad esempio, l'età, la professione, la presumibile propensione al rischio alla luce delle operazioni pregresse e abituali, la situazione di mercato);
- la valutazione dell'adeguatezza delle operazioni, ai sensi dell'art. 29 del Regolamento Consob n. 11522 del 1998, ha carattere relativo, implicando un confronto tra le caratteristiche intrinseche dell'investimento proposto (tipologia, oggetto, frequenza o dimensione), cui fa riferimento il primo comma, ed il profilo di rischio dell'investitore, richiamato dal secondo comma attraverso il rinvio all'art. 28, e può quindi condurre a ritenere adeguato anche un investimento rischioso, ove dalle informazioni acquisite in ordine all'esperienza dell'investitore, alla sua situazione finanziaria, ai suoi obiettivi d'investimento ed alla sua propensione al rischio emerga che la forma d'impiego prescelta, oltre ad apparire compatibile con i mezzi economici di cui egli dispone, corrisponda effettivamente ai suoi intendimenti, nell'ambito di una scelta «consapevole»;
- gli obblighi informativi posti a carico degli intermediari finanziari hanno ad oggetto, da un lato, l'acquisizione delle notizie necessarie per la ricostruzione del profilo di rischio dell'investitore (c.d. informazione passiva: art. 28, primo comma, lett. a, del Regolamento) e, dall'altro, la fornitura di informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione (c.d. informazione attiva: art. 28, secondo comma) e mirano a consentire all'intermediario d'individuare e proporre le forme d'investimento più appropriate al profilo dell'investitore, senza tuttavia dispensare quest'ultimo dall'onere di valutare autonomamente le soluzioni proposte, ma assicurando anzi che egli sia posto nelle condizioni migliori per effettuare una scelta «consapevole»;

- l'inadeguatezza dell'operazione comporta un alleggerimento dell'onere probatorio gravante sull'investitore, ai fini dell'esercizio dell'azione risarcitoria (non nel senso che il danno derivante dall'inadempimento degli obblighi informativi possa considerarsi *in re ipsa*, ma in quello, più limitato, di consentire l'accertamento, in via presuntiva, del nesso di causalità): anche in presenza di operazioni adeguate, la mancata fornitura di informazioni esaurienti ed appropriate in ordine alla tipologia ed alle caratteristiche dell'impiego suggerito costituisce un indice dell'avvenuta effettuazione di una scelta non consapevole da parte dell'investitore, i cui effetti pregiudizievoli non sono pertanto ascrivibili alla sua volontà;
- in tema di intermediazione finanziaria, la forma scritta è prevista dalla legge per il contratto quadro e non anche per i singoli ordini, a meno che non siano state le parti stesse a prevederla per la sua validità ai sensi dell'art. 1352 c.c., assumendo, in tale ultima ipotesi, la finalità di assicurare una maggiore ponderazione da parte dell'investitore, di garantire all'operatore la serietà di quell'ordine e di permettergli una più agevole prova della richiesta ricevuta, sicché l'intermediario può legittimamente rifiutare l'esecuzione di un ordine non impartito per iscritto e la nullità dello stesso, per carenza del requisito della forma scritta convenzionale, può essere fatta valere da entrambi i contraenti.



Diritto del Lavoro

È illegittimo il licenziamento intimato con ritardo ingiustificato

di **Evangelista Basile**

Cassazione Civile, Sezione Lavoro, 15 novembre 2018, n. 29398

Licenziamento dirigente – Tardivo – Annullato – Infortunio dipendente – Colpa dirigente – Indennità minima

MASSIMA

Nonostante l'annullamento del licenziamento per tardività, l'indennità riconosciuta al dirigente deve essere quantificata nell'importo minimo qualora il manager non sia esente da colpe nell'infortunio di un dipendente. Il licenziamento è annullato per tardività, anche qualora la condotta sanzionata abbia rilevanza penale: permane, infatti, l'obbligo di immediata contestazione perché l'incolpato può ritenere che l'azienda abbia ritenuto non grave la mancanza e, quindi, abbia soprasseduto al licenziamento.

COMMENTO

La sentenza in commento trae origine dal licenziamento di un dirigente ritenuto responsabile dell'infortunio mortale occorso ad un dipendente, suo sottoposto. A parere della Corte d'Appello, il licenziamento era illegittimo in quanto tardivo, tuttavia non poteva escludersi la responsabilità del dirigente in ordine all'incidente sul lavoro con esito mortale verificatosi presso lo stabilimento, posto che ricadeva sul dirigente licenziato la responsabilità di verificare la corretta applicazione delle normative di legge in tema di sicurezza e ambiente di lavoro. Ferma la responsabilità del dirigente, la Corte non poteva negare che i fatti posti dalla Società alla base del recesso erano già sufficientemente conosciuti dalla stessa – in particolare, a seguito del deposito da parte dei consulenti tecnici del P.M. –, senza che fosse necessario attendere l'esito del procedimento penale. Conseguentemente, risultava ingiustificato il ritardo con cui la Società aveva proceduto alla contestazione disciplinare nei confronti del Dirigente, il quale, oltretutto, era rimasto nelle more del procedimento sempre al suo posto, senza ricevere neppure la sospensione cautelare. Così procedendo, evidenziava la Corte d'Appello, la Società aveva leso altresì il presumibile affidamento del dirigente. Sul punto, la Suprema Corte conferma che il differimento dell'incolpazione è giustificato soltanto dalla necessità, per il datore di lavoro, di acquisire conoscenza della riferibilità dei fatti, nelle linee essenziali, al lavoratore e non anche dall'integrale accertamento degli stessi. Resta fermo che un eventuale intervallo di tempo tra il fatto contestato e la contestazione disciplinare deve essere valutato dal giudice del merito, in relazione alla circostanza concreta addebitabile: la tempestività non può, pertanto, che essere considerata in senso relativo. Non è, quindi,

sufficiente la denuncia dei fatti in sede penale o la pendenza stessa del procedimento penale, posta l'autonomia dei due procedimenti. Si dovrà, infatti, fare altresì riferimento al tempo necessario per l'accertamento dei fatti, nonché all'eventuale complessità della struttura organizzativa dell'impresa. D'altra parte è sempre necessario in tale ambito tenere in considerazione lo scopo della tempestività: da un lato si tende ad assicurare all'incolpato il diritto di difesa nella sua effettività, tale da consentire al dipendente la pronta difesa, dall'altro, si vuole anche tutelare l'affidamento del dipendente, il quale ben può presumere la rinuncia del datore all'azione disciplinare, qualora quest'ultimo non agisca entro un termine ragionevole. La Cassazione, richiamando la precedente costante giurisprudenza, afferma che il principio di immediatezza comporta che il datore di lavoro porti a conoscenza del lavoratore i fatti contestati non appena essi gli appaiono ragionevolmente sussistenti, senza alcuna facoltà di dilazionare la contestazione fino al momento in cui ritiene di averne l'assoluta certezza.

Privacy

Il “Responsabile deresponsabilizzato” e il “Titolare irresponsabile”: il teatro dell’assurdo nell’applicazione del GDPR

di **Andrea Lisi, Sarah Ungaro**

Le nomine dei Responsabili del trattamento dei dati personali da parte dei Titolari rincorrono percorsi che sembrano ispirati al teatro dell’assurdo e di certo non sembrano perseguire gli obiettivi legati all’accountability che pervadono il GDPR. Proviamo a fare ordine e a sfatare certe logiche legate troppo ai formalismi tipici della normativa precedente che invece il legislatore europeo richiede con forza di superare.

Sulle sfaccettature del rapporto tra Titolare e Responsabile del trattamento (ai sensi dell’art. 28 del Regolamento 2016/679/UE – GDPR), sono stati già versati fiumi d’inchiostro e di bit. Accanto alle esegesi teoriche della norma – o, talvolta, indipendentemente da esse – il dibattito interpretativo si è sviluppato anche in relazione alle molteplici fattispecie in cui, nella prassi applicativa, sarebbe opportuno inquadrare in tal senso il rapporto di un Titolare del trattamento con un suo fornitore, un suo collaboratore e, più in generale, un diverso soggetto coinvolto nel trattamento di dati personali “per suo conto”.

Tuttavia, nell’affannoso avvicinarsi di interpretazioni – a ben vedere poco autentiche – di queste nuove norme sul trattamento dei dati personali, abbiamo assistito a copioni a dir poco inediti e, a dirla tutta, assai poco convincenti, in relazione all’istrionica figura del Responsabile del trattamento^[1].

Va in scena l’accountability

Solo per citare qualche esempio: secondo un documento del CNF, l’Avvocato domiciliatario dovrebbe essere nominato Responsabile del trattamento (ai sensi dell’art. 28 del GDPR) dal Collega *dominus* della causa e Titolare del trattamento^[2]. Stesso ruolo è stato assegnato persino a un attore come il MIUR, nel rapporto con l’Istituto scolastico (Titolare del trattamento), in relazione ai dati personali “gestiti” attraverso il portale SIDI – com’è peraltro obbligatorio per alcune attività degli Istituti – messo a disposizione dallo stesso Ministero^[3].

Eppure no, non stiamo assistendo a un’opera ispirata al teatro di Beckett, ma al paradossale esito di un automatismo ben lontano da quel principio di accountability sancito proprio dal GDPR.

In effetti, non può che risultare assurdo immaginare, ad esempio, che un Istituto scolastico possa esercitare nei confronti del MIUR i poteri di controllo che un Titolare è tenuto a mettere in atto nei confronti del Responsabile **che ha scelto**. O, ancora, che un Avvocato sia obbligato a indicare al Collega domiciliatario – già soggetto ai medesimi doveri deontologici di riservatezza e segretezza – di trattare i dati personali relativi alla causa con le misure di sicurezza che siano idonee a mantenere riservati tali dati.

Dialoghi, duetti e soliloqui

Tuttavia la correttezza dell'inquadramento – quasi automatico – nella figura di Responsabile del soggetto che tratta dati personali per conto del Titolare del trattamento, a ben vedere, sembra vacillare in molte altre ipotesi concrete e frequenti (es. la compagnia assicurativa che tratta dati dei dipendenti in esecuzione del contratto stipulato dal datore di lavoro, l'agenzia di viaggi che tratta dati di soggetti che partecipano a trasferte lavorative o escursioni didattiche gestite da organizzazioni private o enti pubblici, etc.)^[4]. D'altra parte, **l'assegnazione del ruolo di Responsabile può, ragionevolmente, ritenersi esclusa nei casi in cui il trattamento dei dati sia affidato a professionisti già soggetti a precisi obblighi di riservatezza, segretezza e diligenza**, certamente validi anche ai fini della protezione dei dati personali (medici del lavoro, avvocati, commercialisti, etc.): a queste categorie di soggetti – a nostro avviso – non può che attribuirsi, dunque, la qualifica di Titolare autonomo, anche alla luce della specificità delle prestazioni fornite dal professionista, al quale il Titolare del trattamento non potrebbe, verosimilmente, impartire le istruzioni a cui attenersi nella gestione dei trattamenti di dati personali, che presuppongono necessariamente il possesso di precise competenze di settore.

Tali considerazioni non sono solo frutto di una prospettiva che prende le mosse da un'analisi delle fattispecie concrete, ma anche – ovviamente – dalle disposizioni normative, in particolare, degli artt. 24, 25 e 32 del GDPR.

Effettivamente, alla luce del principio di accountability, sancito dal paragrafo 1 dell'art. 24 del GDPR, per cui *“il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente al presente regolamento”*, sembra a prima vista arduo immaginare con quali concrete modalità il Titolare possa dimostrare il rispetto delle norme del Regolamento da parte del Responsabile che tratta dati personali in esecuzione di un servizio: servizio che, in ogni caso, è espletato per rispondere all'esigenza di effettuare una prestazione che il Titolare del trattamento è costretto, o comunque trova conveniente, far eseguire a un diverso soggetto. In tale assetto di rapporti, tuttavia, **occorre prestare la massima attenzione a non confondere le finalità relative al trattamento dei dati personali con le finalità dell'espletamento del servizio oggetto del contratto o del rapporto con il Titolare**.

Gli attrezzi di scena

Quali sono, dunque, i mezzi a disposizione del Titolare per poter concretamente dimostrare di

aver scelto un Responsabile del trattamento che presenti idonee garanzie circa il rispetto delle norme del GDPR? Ovviamente, l'adozione di precise clausole contrattuali, garanzie, standard di sicurezza, SLA, certificazioni, codici di condotta e, in generale, tutto ciò che può essere utile al Titolare al fine di dimostrare, nell'ottica di accountability, che – nella valutazione circa il soggetto a cui affidare il servizio al quale è correlato un trattamento di dati personali da effettuarsi *per suo conto* – lo stesso ha avuto riguardo all'esigenza che il soggetto a cui è stato affidato il servizio (e il trattamento dei dati personali correlato all'espletamento dello stesso) fosse in grado in astratto di garantire il rispetto delle norme del Regolamento. Tanto, al fine di evitare – in ultima analisi – che in capo allo stesso Titolare possa ravvisarsi la *culpa in eligendo*.

Occorre però porre attenzione. Il Regolamento, come noto, non richiede *tout court* l'adozione dei livelli di sicurezza – tecnica e organizzativa – più elevati, bensì impone di tenere in considerazione (al fine di valutare l'*adeguatezza* della scelta) anche di altri fattori correlati al trattamento, valorizzati negli artt. 25 (in relazione agli obblighi del Titolare) e 32 (per quanto attiene alle misure di sicurezza da predisporre da parte del Titolare, ma anche del Responsabile del trattamento). Nell'incipit di tali norme, in effetti, si impone di effettuare le necessarie valutazioni *tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, dell'oggetto, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento*.[\[5\]](#)

Il punto di svolta

Ed ecco, dunque, che torna in rilievo anche la **sottile, ma fondamentale, differenza tra le finalità del servizio e le finalità del trattamento**, differenza che risulta dirimente in molti casi in cui la qualificazione del soggetto di cui si avvale il Titolare per porre in essere alcune attività di trattamento risulta essere maggiormente in linea con la posizione del Titolare autonomo, piuttosto che con quella del Responsabile di cui all'art. 28 del Regolamento.

È pur vero che, dal punto di vista della tutela dell'Interessato, la qualifica di Titolare autonomo o di Responsabile del trattamento rimarrebbe sostanzialmente ininfluenza sotto il profilo delle garanzie, attesa la responsabilità solidale tra gli stessi, sancita dall'art. 82 del GDPR e alla luce del fatto che lo stesso Regolamento ritiene espressamente superabili le rigide qualificazioni formali, nel caso in cui un Responsabile si comporti come un Titolare autonomo determinando finalità e mezzi del trattamento.[\[6\]](#) La distinzione dei ruoli, però, diventa decisiva quando spostiamo l'inquadratura sulla distribuzione della responsabilità tra i diversi soggetti che effettuano il trattamento di dati personali.

In effetti, fatti salvi il superamento delle qualificazioni formali e la responsabilità solidale nei confronti dell'Interessato, **in tutti i casi in cui un Responsabile del trattamento riuscisse a dimostrare di aver rispettato gli obblighi del GDPR e le istruzioni ricevute dal Titolare potrebbe essere ritenuto esente da responsabilità per il danno subito dall'Interessato derivante dalle attività di trattamento**. E ovviamente, nella prassi questa potrebbe rivelarsi

un'ipotesi assai frequente, atteso il carattere succinto, o generico delle istruzioni per il trattamento dei dati (che mal si prestano, dunque, a fungere da serio parametro di valutazione del corretto adempimento) che frequentemente si riscontra nei documenti di nomina predisposti dai Titolari per i Responsabili del trattamento. Senza contare che, in pratica, tali documenti non solo sono spesso standardizzati, ma non di rado sono addirittura predisposti dallo stesso fornitore di servizi, qualificato come Responsabile del trattamento in improbabili atti di (auto)investitura, contenenti anche il canonico richiamo alle facoltà di controllo da parte del Titolare: facoltà che, ovviamente, entrambi gli attori sanno già da principio che non sarà esercitata, nonostante l'incombere della *culpa in vigilando*, ma che finirà per assomigliare all'attesa di Godot^[7].

L'epilogo

Ciò nonostante, questa rappresentazione dell'assurdo continua massivamente a essere adottata, un po' per automatismo, un po' perché ovviamente risulta conveniente per i fornitori di servizi, che di fatto – anche in considerazione della loro forza contrattuale, in molti casi – stabiliscono a monte le istruzioni che i Titolari del trattamento dovranno chiedere loro di osservare come Responsabili del trattamento. E anche tale circostanza, tanto replicata da divenire consuetudine, finisce per assomigliare a un dramma del non senso.

Diversamente, il fornitore che dovesse indossare le vesti del Titolare autonomo, fatta comunque salva la responsabilità solidale nei confronti dell'Interessato, sarebbe sicuramente più credibile, considerate le dinamiche contrattuali e il ruolo propositivo, più che ricettivo, interpretato da molti fornitori di servizi. Tali soggetti, infatti, in molti casi **devono** poter concorrere a decidere circa le finalità e i mezzi del trattamento al fine di erogare correttamente i servizi richiesti dal Titolare del trattamento.

È giusto, quindi, che l'attributo della *responsabilizzazione* spetti a chi, di fatto, abbia il potere di determinare le finalità e i mezzi del trattamento, di cui sarà l'autonomo Titolare. Fatto salvo, ovviamente, l'obbligo di rispettare le norme del GDPR, elemento imprescindibile, sia per i Titolari che per i Responsabili del trattamento.

^[1] Com'è noto, il Regolamento 2016/679/UE all'art. 28 ha delineato la qualifica di Responsabile unicamente in capo a un soggetto esterno all'organizzazione del Titolare, generando inizialmente non pochi dubbi sulle sorti della figura del "Responsabile interno" largamente diffusa in molte realtà in vigenza della precedente versione del D.Lgs. n. 196/2003, la cui formulazione dell'art. 29 – divenuta incompatibile con il GDPR – ammetteva, invece, che la posizione del Responsabile potesse essere interna o esterna all'organizzazione del Titolare, ovviamente per rispondere ad esigenze organizzative diverse nel trattamento dei dati personali. Nella versione modificata dal D.Lgs. n. 101/2018, diversamente, il Codice in materia di protezione dei dati personali sembra nuovamente prevedere figure sostanzialmente simili a quelle finora conosciute come Responsabili interni, in particolare all'art. 2-*quaterdecies*, comma 1, dove si specifica che il Titolare o il Responsabile del trattamento "possono" prevedere, sotto la propria responsabilità e nell'ambito del proprio assetto

organizzativo, che specifici compiti e funzioni connessi al trattamento dei dati personali siano attribuiti a “persone fisiche, espressamente designate, che operano sotto la loro autorità”. A tali soggetti designati, dunque, sembrano potersi attribuire “specifici compiti e funzioni” (anche di coordinamento o gestione delle attività relative al trattamento dei dati personali) ulteriori rispetto alle “istruzioni” che devono – obbligatoriamente – essere impartite agli autorizzati al trattamento, di cui all’art. 29 del GDPR.

La finalità della disposizione di cui al comma 1 del citato art. 2-*quaterdecies* appare, dunque, quella di fornire un’espressa base normativa per quelle figure di responsabilità e di coordinamento interne all’organizzazione del Titolare o del Responsabile, che “**possono**” essere individuate tramite apposita designazione. Resta inteso, ad ogni modo, che tutti i soggetti che operano sotto l’autorità diretta del Titolare o del Responsabile e che svolgono attività di trattamento, **devono** essere, necessariamente, autorizzati e istruiti, sulla scorta dell’art. 29 del GDPR, restando al Titolare o al Responsabile la sola facoltà di decidere le modalità più opportune per formalizzare tale autorizzazione e impartire le relative istruzioni al trattamento, come emerge dalla formulazione letterale del secondo comma dell’art. 2-*quaterdecies* del D.Lgs. n. 196/2003. Di fatto questi commi 1 e 2 dell’art. 2-*quaterdecies* sembrano ricalcare in modo più sintetico la ratio degli ormai abrogati articoli 29 e 30 del Codice della protezione dei dati personali dedicati rispettivamente ai responsabili e agli incaricati del trattamento dei dati personali.

[2] Si veda quanto sostenuto nel documento del Consiglio Nazionale Forense “Il GDPR e l’Avvocato”, p. 14, elaborato dalla commissione del CNF in materia di privacy e disponibile all’indirizzo

<https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/445621/IL+GDPR+E+L%27AVVOCATO/ef231b75-2066-43df-8d88-570bf0ea98b3>.

[3] È quanto si legge nel documento del Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca dell’agosto 2018, “Esempio di compilazione del Registro delle attività di trattamento per le Istituzioni Scolastiche. Nota metodologica” al par. 4, pag. 5, dove si specifica che “*in particolare nel caso in cui l’Istituzione scolastica utilizzi le funzioni del portale SIDI, il MIUR si pone come responsabile esterno del trattamento in quanto autorità pubblica che attraverso l’applicativo messo a disposizione tratta dati personali per conto del titolare del trattamento che è in via esclusiva l’istituzione scolastica*”. In merito, risulta sicuramente arduo immaginare come una singola Istituzione scolastica possa, ad esempio, esercitare nei confronti del MIUR quei poteri di controllo che l’art. 28, par. 3, lett. h), del GDPR assegna al Titolare nei confronti del Responsabile del trattamento.

[4] E molto spesso sembra confondersi, come precisato più avanti, il servizio sviluppato da un fornitore “per conto” di un committente con il trattamento dei dati personali che non è sempre ancillare o correlato allo sviluppo dello stesso servizio, anzi è spesso totalmente autonomo nella determinazione delle sue finalità.

[5] Più precisamente, mentre all’art. 25 del GDPR si menziona l’ambito di applicazione, l’*incipit*

dell'art. 32 fa riferimento all'oggetto del trattamento.

[6] Si veda l'art. 28, par. 10 del Regolamento 2016/679/UE.

[7] Personaggio di cui, nell'omonima opera di Beckett, ogni giorno viene inesorabilmente annunciato l'arrivo per il giorno successivo.

Articolo edito su AgendaDigitale.eu

