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

Edizione di martedì 25 settembre 2018

Senza categoria

La decisione di adeguatezza nei trasferimenti dei dati extra Ue
di **Andrea Passano**

Impugnazioni

Sul termine "ragionevolmente contenuto" entro il quale dovrebbe essere ripresa la procedura notificatoria
di **Giuseppe Scotti**

Procedimenti cautelari e monitori

Domanda di adempimento contrattuale proposta con ricorso monitorio e divieto di proporre domanda riconvenzionale di arricchimento senza causa in sede di opposizione
di **Silvia Romanò**

Esecuzione forzata

L'opposizione a precetto: giudice competente, regime della relativa questione, qualificazione dell'opposizione e individuazione del mezzo d'impugnazione
di **Maddalena De Leo**

Responsabilità civile

La Cassazione sul danno in re ipsa dopo la pronuncia delle Sezioni Unite sui "danni punitivi"
di **Stefano Gatti**

Comunione – Condominio - Locazione

Il disagio nella fruizione del bene primario dell'abitazione dilata i limiti all'esercizio delle servitù

di **Saverio Luppino**

Diritto e procedimento di famiglia

Alimenti e mantenimento dei nonni nei confronti dei nipoti: quando nasce l'obbligo
di **Giuseppina Vassallo**

Diritto e reati societari

Doveri e responsabilità del collegio sindacale: azione di responsabilità. Consapevolezza omissiva fra realtà e rappresentazione
di **Gian Luca Grossi - Studio Pirola Pennuto Zei & Associati**

Diritto Bancario

Procedimento di mediazione e contenzioso bancario - Seconda e ultima parte-
di **Fabio Fiorucci**

Diritto del Lavoro

Violazione delle norme a tutela della privacy del lavoratore e risarcimento del danno
di **Evangelista Basile**

Privacy

Risk assessment e DPIA
di **Pasquale Di Gennaro**

Senza categoria

La decisione di adeguatezza nei trasferimenti dei dati extra Ue

di **Andrea Passano**

In una società tecnologica, dematerializzata e fluida quale quella moderna è sempre più frequente che i dati siano un flusso e che, nel corso del loro trattamento, circolino anche al di fuori dell'unione europea. Si pensi ad esempio ad un dato gestito e conservato in cloud, ove magari non si ha neppure certezza sul luogo in cui lo stesso si trovi.

Il criterio principale previsto dal GDPR affinché possa effettuarsi un trasferimento di dati al di fuori dell'Unione è la previa adozione, da parte della Commissione, di una decisione di adeguatezza, come previsto dall'art. 45.

La Commissione, quindi, dovrà verificare se, nel contesto extra europeo, il livello di protezione dei dati è "adeguato", ovverosia equivalente a quello previsto dal GDPR. Nella valutazione la Commissione prende in considerazione una serie di criteri, elencati all'interno del Regolamento, quali lo stato di diritto, il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, l'esistenza e l'effettivo funzionamento di una o più autorità di controllo indipendenti, e altri.

Le decisioni di adeguatezza, inoltre, non sono statiche ma soggette ad un riesame periodico per valutarne la rispondenza con lo status attuale della legislazione extra ue.

Nel caso in cui la Commissione decida che un paese terzo o un'organizzazione internazionale non garantiscono più un livello adeguato di protezione, il trasferimento di dati personali dovrà considerarsi vietato, a meno che non siano presenti altre garanzie adeguate indicate nel GDPR.

Acclarata l'importanza delle decisioni di adeguatezza va segnalato un recente intervento del WP 29 (ora European Data Protection Board) in merito. (il contributo è disponibile al seguente link http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=614108)

Il gruppo di lavoro puntualizza una serie di elementi che devono essere presenti nello stato od organizzazione internazionale al fine di poter garantire un livello di protezione adeguato dei dati. Tale elemento acquista pertanto una grande rilevanza in quanto consente di fornire una maggior precisione alle indicazioni contenute nell'art. 45. Inoltre, consente anche ai soggetti extra Ue di avere delle linee guida da seguire per poter ottenere un parere positivo dalla Commissione.

I requisiti per la decisione di adeguatezza vengono suddivisi fra principi basilari il cui rispetto va sempre garantito, principi aggiuntivi più specifici per alcune tipologie di trattamento e, infine, procedure e meccanismi che devono essere presenti nello stato o organizzazione internazionale.

Quanto al primo gruppo si specifica che, basilarmente, il soggetto terzo deve essere fornito o comunque soggetto ad una normativa per la tutela dei dati. Non è necessario che la stessa sia del tutto speculare al GDPR, tuttavia deve racchiuderne i fondamenti ed i principi cardine. In secondo luogo devono essere sempre garantiti l'indicazione chiara della base del trattamento, la limitazione dell'uso dei dati per il tempo e per lo scopo per cui sono stati raccolti e l'utilizzo dei soli dati necessari evitando trattamenti di dati ultronei rispetto agli scopi prefissati.

Deve poi essere garantito un trattamento sicuro, che includa anche una protezione nei confronti dell'uso illecito, non autorizzato, delle perdite e della distruzione dei dati.

Viene poi richiesto che venga resa una informativa chiara, concisa, trasparente ed intellegibile dagli interessati i cui dati vengono trattati, salvo i casi in cui sia necessario, ad esempio per finalità di pubblica sicurezza, non fornire tale informazione.

Sul punto appare necessario effettuare una precisazione. La mancata informativa agli interessati per finalità ad esempio di ordine pubblico potrebbe costituire una agevole scappatoia per stati esteri in cui viga un regime differente da quello democratico. Ecco allora che assume rilievo l'indicazione preliminare, contenuta nell'art. 45, per cui la Commissione deve tenere conto anche dello stato di diritto vigente. Appare infatti evidente che un regime totalitario difficilmente possa ottenere una decisione di adeguatezza anche se magari dotato di una normativa sulla protezione dei dati che però, nei fatti, viene ignorata per perseguire finalità antidemocratiche.

Procedendo con l'analisi il WP 29 segnala che deve essere fornito (con modalità che possono variare di caso in caso) un diritto di accesso, rettifica, cancellazione ed opposizione al trattamento dei dati. Anche in questo caso si possono richiamare le osservazioni effettuate per il punto precedente in tema di eccezioni per scopi di ordine pubblico.

Quanto al secondo gruppo di requisiti, quelli relativi a casi speciali, il WP 29 specifica che nel caso in cui si trattino dati particolari (ai sensi degli articoli 9 e 10 GDPR) è necessaria la presenza di una tutela rafforzata per tutto il trattamento, a partire da una richiesta corretta di consenso al fino alla gestione tecnica del dato con misure di sicurezza aggiuntive.

Analogamente, una tutela rafforzata deve essere garantita nel caso in cui il trattamento avvenga per scopi di natura prettamente commerciali, quali la vendita diretta, ovvero nel caso in cui sia posto in essere per il tramite di un procedimento automatizzato. Nel primo caso si richiede che sia sempre garantita all'interessato la possibilità di modificare e rivedere il conferimento e l'utilizzo dei propri dati; nel secondo viene ritenuto necessario un consenso rafforzato, specie nel caso in cui dal trattamento automatizzato possano derivare degli effetti

significativi sulla vita dell'interessato. L'esempio fornito è quello della profilazione, ad esempio bancaria in tema di erogazione di mutui e agevolazioni.

Il WP 29 specifica poi che una decisione di adeguatezza deve tenere in considerazione anche la presenza di procedure e soggetti terzi in grado di garantire il rispetto dei principi sopra indicati. Anche se naturalmente i mezzi che lo stato o l'organizzazione internazionale adopera possono differire da quelli previsti dal GDPR, si ritiene che vi siano alcuni punti fondamentali da utilizzarsi quali parametro per valutare l'adeguato livello di protezione dei dati.

In primo luogo si richiede che vi sia (almeno) un'autorità di supervisione competente ed indipendente. Nell'esercizio delle sue funzioni l'autorità dovrà agire con completa imparzialità ed indipendenza senza richiedere né accettare istruzioni da altri soggetti. Dovrà altresì essere fornita di tutti i poteri necessari per poter svolgere il compito assegnatole.

Strettamente correlato con la presenza di una valida autorità di settore, si richiede che chi è materialmente incaricato di effettuare l'attività di controllo sia un soggetto con un elevato grado di conoscenza della materia e preparazione specifica. Naturalmente tale dato si coniuga con l'accountability, ovvero sia la capacità dei controllori di garantire ed essere in grado di dimostrare il rispetto della normativa sulla tutela dei dati nell'attività svolta.

Infine si ritiene necessario che, al fine di garantire un livello di protezione dei dati equivalente a quello europeo, sia garantita all'interessato la possibilità di avere rimedi legali per far valere i propri diritti in modo rapido, efficace e senza costi proibitivi.

In conclusione si può affermare che con il proprio contributo il WP 29 ha fornito preziose indicazioni che potranno essere utilizzate dalla Commissione nella sua attività di valutazione, anche e soprattutto alla luce delle rinnovate prospettive indicate dal GDPR.

Impugnazioni

Sul termine "ragionevolmente contenuto" entro il quale dovrebbe essere ripresa la procedura notificatoria

di **Giuseppe Scotti**

Cass. sez. V, 20 luglio 2018, n. 19359, Relatore Cons. Maria Giulia Putaturo Donati Viscido di Nocera

Ricorso per Cassazione – Tardività della notifica – Notificazione entro un termine perentorio – Non conclusione positiva per circostanze non imputabili al richiedente – Ripresa del procedimento notificatorio – Termine ragionevole – Rimessione in termini --Inammissibilità (Cod. proc. civ., artt. 153, 325, 327)

In caso di mancato esito positivo del primo tentativo di notifica non dipeso da causa imputabile al richiedente è necessario dimostrare di avere riattivato la procedura notificatoria entro il trentesimo giorno dalla conoscenza dell'esito negativo del primo tentativo considerato termine ragionevole. In mancanza di prova di circostanze eccezionali, il ricorso rinotificato oltre il termine di 30 giorni dalla conoscenza dell'esito negativo del primo tentativo e del termine ultimo di cui all'art. 327 c.p.c. è inammissibile.

CASO

[1] Avverso sentenza depositata in data 10 ottobre 2013 viene proposto ricorso per cassazione passato tempestivamente per la notifica il 28 febbraio 2014 (entro quindi la scadenza prevista nel testo vigente *ratione temporis*). La notifica mediante spedizione di copia conforme a mezzo servizio postale presso il domicilio eletto non va buon fine posto che il destinatario risulta trasferito. Tanto risulta attestato dall'agente postale in data 4 marzo 2014. Il ricorrente riprende il processo notificatorio con spedizione, a mezzo posta, del ricorso, in data 28 maggio 2014 quindi oltre 85 giorni dopo l'attestazione di mancata notifica e in ogni caso oltre la scadenza del termine originario. Il resistente solleva con controricorso eccezione di inammissibilità del ricorso per tardività della notifica.

SOLUZIONE

[1] L'eccezione è fondata e quindi accolta. La Suprema Corte, in mancanza di prova di circostanze eccezionali, dichiara inammissibile il ricorso stante la spedizione a mezzo posta oltre 85 giorni dopo l'attestazione di mancata notifica e in ogni caso oltre il termine ultimo per la proposizione dello stesso ai sensi dell'art. 327 c.p.c.

QUESTIONI

[1] In tema di notificazioni, risulta consolidato in giurisprudenza e dottrina il principio secondo cui, se la notificazione di un atto da effettuarsi entro un termine perentorio non va a buon fine per circostanze non imputabili al richiedente, questi ha la facoltà e l'onere di riprendere il procedimento notificatorio entro un termine ragionevolmente contenuto. Solo in questa ipotesi, la successiva notificazione si considererà come avvenuta tempestivamente dalla data iniziale ed il termine potrà dirsi rispettato (Cass. 09 marzo 2018, n. 5663 in *Diritto & Giustizia*, 2018; Cass. 28 novembre 2017, n. 28388 in *Ilprocessocivile.it* 25 gennaio 2018; Cass. 06 giugno 2012, n. 9114 in *Giust. civ. Mass.*, 2012; Cass. 19 ottobre 2012, n. 18074 in *Diritto & Giustizia 2012*; Cass. 15 gennaio 2010, n. 586 in *Giust. civ. Mass.* 2010; Cass. 24 luglio 2009, n. 17352 in *Giust. civ. Mass.*, 2009; Cass. 12 marzo 2008, n. 6547 in *Giust. civ. Mass.*, 2008; in dottrina si veda anche Summa, *Per "salvare" il termine di una notifica non andata a buon fine il notificante deve essere diligente e tempestivo*, in *Diritto & Giustizia*, fasc.192, 2017, pag. 10; Amendolagine, *Notifica a mezzo posta non andata a buon fine e riattivazione del procedimento notificatorio* in *Ilprocessocivile.it*, fasc., 25 gennaio 2018).

Si tratta, a ben vedere, di un'applicazione del più generale principio della rimessione in termini il cui presupposto è la non imputabilità della causa (sul concetto di causa non imputabile, si veda De Santis, *La rimessione in termini del processo civile*, Torino, 1997, 142). L'art. 153 co. 2 c.p.c., che risulta applicabile al processo tributario in forza del richiamo alle norme del codice di cui all'art. 1 c. 2 D.lg. n. 546 del 1992 e nella nuova veste di cui alla novella della L. n. 69 del 2009, prevede infatti che "la *parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini*" (vedi Randazzo, Ricorso tributario tardivo e rimessione in termini, dopo la riforma dell'art. 153 c.p.c., in Riv. dir. trib., 2011, n. 2, 213).

Ai fini di determinare la ragionevolezza della ripresa del procedimento, vengono individuati due parametri temporali: (i) i tempi necessari secondo la comune diligenza per conoscere l'esito negativo della notificazione e (ii) i tempi necessari per assumere le informazioni ulteriori conseguentemente necessarie.

Il concetto di ragionevolezza è stato ulteriormente approfondito in altre pronunce della Suprema Corte. In particolare e con specifico riguardo alla notifica del ricorso per cassazione, è stato ritenuto, attraverso una presunzione, che ai fini della ripresa del procedimento notificatorio con adeguata immediatezza e dello svolgimento tempestivo dello stesso, il tempo ragionevolmente contenuto non debba oltrepassare i termini indicati dall'art. 325 c.p.c. ridotti alla metà, salvo che circostanze eccezionali, da provare rigorosamente, non consentano un ampliamento di detti termini (vedi Cass. 8 Marzo 2017, n. 5974 in *Giust. Civ. Mass.*, 2017; Cass. 28 novembre 2017, n. 28388 in *Diritto & Giustizia*, 2017; Cass. 1 giugno 2016, n.14594, SS. UU. in *Ilprocessocivile.it*, 1 giugno 2016; in dottrina, si veda Giordano, *Le Sezioni Unite precisano il termine entro il quale deve essere rinnovata la notifica non andata a buon fine, in Ilprocessocivile.it*; Canova, Sulla soggezione del notificante al termine breve di gravame, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 624).

La sentenza in commento si inserisce appieno nell'alveo già tracciato dalla giurisprudenza in materia sopra citata. In particolare, se da una parte, la Suprema Corte, ravvisa un mancato perfezionamento scusabile e quindi non imputabile al richiedente, dall'altra, non ritiene che la parte istante si sia riattivata con la dovuta immediatezza.

A tale conclusione perviene la Cassazione reputando che la ripresa del procedimento notificatorio avvenuta ad oltre due mesi dalla notizia della notifica non andata a buon fine, e, quindi, ben al di fuori dei termini *ex* art. 325 c.p.c. ridotti alla metà, sia tardiva.

La presunzione, infatti, secondo cui il termine previsto dall'art. 325 c.p.c. ridotto alla metà sarebbe una dilazione sufficiente è vincibile dall'interessato solo dimostrando la presenza di circostanze eccezionali. In carenza di tale rigorosa prova, di cui è onerato il richiedente, la riattivazione oltre il suddetto temine non è ammissibile (Cass. 11 giugno 2018, n. 15056 in *Giust. Civ. Mass.* 2018).

La pronuncia in esame non pare potersi qualificare come realmente innovativa, essendo stato già individuato puntualmente in precedenza il "termine ragionevole" entro cui rinnovare e riprendere il processo notificatorio.

Onde evitare di affidarsi ad un criterio generale come quello della ragionevolezza, di per sé indeterminato ed incerto, la Suprema Corte, una volta individuata una linea guida univoca, prosegue nello svolgere un ruolo di supplenza del legislatore colmandone le lacune per scongiurare indesiderate asimmetrie di trattamento.

Piuttosto appare criticabile, o almeno non pienamente condivisibile, la circostanza che ha visto la Suprema Corte reputare scusabile e non imputabile al richiedente *tout court* la mancata consegna del plico in ragione del trasferimento del precedente difensore presso il quale era stato eletto domicilio in quanto il destinatario era risultato "trasferito" (Cass. 19 ottobre 2017, n. 24660 in *Foro it.*, 2018 secondo cui l'onerato della notifica non è tenuto a consultare l'albo del locale ordine degli avvocati per sapere dove il domiciliatario ha trasferito il proprio domicilio; v. anche Mattioli, *Il notificante non è tenuto a verificare la correttezza del domicilio indicato,* in *Diritto & Giustizia*, fasc.166, 2017, pag. 7). E' da ritenersi, infatti, che, indipendentemente dal luogo di esercizio della professione – se nello stesso o in altro circondario – è comunque onere del richiedente quello di verificare attraverso i dati disponibili negli albi professionali, ormai facilmente accessibili *on line*, quale sia l'effettivo domicilio del difensore al momento della notifica. Cosicché non potrà essere imputabile al richiedente la mancata notifica nella sola ipotesi in cui la stessa non vada a buon fine nonostante il luogo di notifica coincida con quello emergente dagli albi professionali e la notifica sia stata eseguita presso un difensore che, nelle more tra l'ultimo comunicazione all'albo di appartenenza e la stessa notifica, si sia trasferito. Al riguardo, la sentenza della Suprema Corte appare sbrigativa e fautrice di un'impostazione piuttosto anacronistica.

La verifica degli albi al momento della notifica ben può rientrare, all'opposto, in quel genere di operazioni caratterizzate da un grado di diligenza medio cui è senz'altro tenuto il

notificante. In altre parole, manca nel caso di specie il carattere dell'assolutezza cui deve ricollegarsi il concetto di non imputabilità, non essendo sufficiente la prova di un'impossibilità relativa, vale a dire la semplice difficoltà dell'impedimento. In altri termini difetta, nel caso *de quo*, una circostanza eccezionale ed, al contrario, appare ravvisabile un comportamento colpevole del responsabile del procedimento di notifica, cui può addebitarsi di non avere effettuato basilari e accessibili controlli.

Procedimenti cautelari e monitori

Domanda di adempimento contrattuale proposta con ricorso monitorio e divieto di proporre domanda riconvenzionale di arricchimento senza causa in sede di opposizione

di **Silvia Romanò**

Cassazione civile, Sez. II, ord. 7 luglio 2018, n. 17482, Pres. Orilia, Est. Casadonte

Domanda di adempimento azionata con il procedimento monitorio – Domanda di arricchimento introdotta dall'opposto in comparsa di risposta – Ammissibilità – Limiti – Fondamento – Fattispecie.

CASO

Un ingegnere aveva azionato un procedimento monitorio chiedendo all'Amministrazione provinciale il pagamento del corrispettivo dovutogli in ragione dell'incarico di direzione di due lotti di lavori. L'Amministrazione, tuttavia, si era opposta e il Tribunale di Vercelli revocava il decreto ingiuntivo per difetto di un contratto scritto, essendo la forma scritta richiesta *ad substantiam*, in forza di quanto previsto dal Testo Unico degli Enti Locali (d.gs. 267/2000, TUEL).

Inoltre, il Tribunale di Vercelli dichiarava inammissibile la domanda di arricchimento senza causa, formulata in via riconvenzionale subordinata dal convenuto opposto in sede di comparsa di risposta, per un ammontare pari a quanto richiesto con il ricorso monitorio.

La Corte d'appello, in riforma della sentenza di primo grado, condannava l'Amministrazione appellata al pagamento del primo lotto di lavori e accoglieva altresì la domanda subordinata *ex* art. 2041 c.c., riconoscendo all'ingegnere una somma a titolo di indennizzo.

La Provincia di Vercelli impugnava in Cassazione denunciando, *inter alia*, la violazione e falsa applicazione – per quanto d'interesse – degli artt. 101 e 183 co. 5 c.p.c., per avere la Corte d'appello ritenuto ammissibile la domanda riconvenzionale subordinata di arricchimento senza causa svolta dall'opposto.

SOLUZIONE

I giudici di legittimità dichiarano inammissibile, perché nuova, la domanda riconvenzionale subordinata di arricchimento senza causa proposta dal creditore opposto, con conseguente cassazione della sentenza impugnata e contestuale rinvio alla Corte d'appello di Torino in

diversa composizione.

QUESTIONI

La sentenza si uniforma a quanto precedentemente stabilito dalle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 27 dicembre 2010, n. 26128).

Il primo argomento si fonda sull'assunto che la domanda di adempimento contrattuale e quella di arricchimento senza causa si differenzino strutturalmente e tipologicamente e, pertanto, la prima si configura, rispetto alla seconda, come domanda nuova che, com'è noto, può essere proposta solo nei limiti di cui all'art. 183, co. 5, c.p.c., allorché si tratti di domande consequenziali alle difese dell'opponente, convenuto in senso sostanziale

In quanto domanda nuova, la Corte di cassazione ritiene che, quando venga azionata una domanda di adempimento mediante procedimento monitorio, nell'eventuale opposizione a decreto ingiuntivo, il creditore opposto (in questo caso l'ingegnere) non possa proporre – né nel suo primo atto difensivo (la comparsa di risposta), né nel corso del giudizio (alla prima udienza o nella prima memoria *ex* art. 183, comma 6, c.p.c.) – un'autonoma domanda di arricchimento senza causa, neppure in via subordinata, nel caso in cui venga negata l'esistenza o la validità del titolo legittimante la domanda di ingiunzione, avente ad oggetto il credito *ex contractu*.

Ciò in virtù della posizione sostanziale di attore assunta dal convenuto opposto in sede di opposizione a decreto ingiuntivo: talché al convenuto opposto sarà consentito avanzare, in sede di comparsa di risposta, domanda di arricchimento senza causa solamente nel caso in cui l'opponente abbia introdotto nell'atto di opposizione un tema di indagine legittimante una consequenziale domanda dell'opposto in tal senso, alla stregua di quanto prevede l'art. 183, comma 5, c.p.c. per l'attore nel processo di cognizione di rito ordinario.

La Corte di cassazione cita poi un secondo principio, a tenore del quale è inammissibile la domanda *ex* art. 2041 c.c. avanzata dall'opposto nel giudizio di cognizione conseguente all'opposizione a decreto ingiuntivo da lui richiesto per il pagamento di prestazioni professionali, essendogli precluso svolgere domande nuove e diverse da quella di adempimento proposta nel procedimento monitorio, salvo che l'opponente non proponga domande ed eccezioni in senso stretto amplianti il *thema decidendum* (Cass., Sez III, 9 aprile 2013, n. 8582).

Anche questo secondo argomento riprende un pacifico orientamento seguito in materia dalla giurisprudenza di legittimità, a tenore della quale l'opposto, attore sostanziale, non può avanzare domande diverse da quelle fatte valere con il ricorso monitorio, salvo il caso in cui, per effetto di una riconvenzionale formulata dall'opponente, si ritrovi ad assumere la posizione di convenuto, cui non può essere negato il diritto di difesa (Cass., Sez. I, 22 giugno 2018, n. 16564).

Sennonché, nel caso di specie, l'Amministrazione, proponendo opposizione, non ha svolto domanda riconvenzionale né ha proposto eccezioni in senso stretto amplianti l'originario *thema decidendum*, limitandosi a contestare l'esistenza o, comunque, a eccepire la nullità del titolo contrattuale posto alla base del procedimento monitorio: per tali ragioni, l'autonoma domanda di arricchimento senza causa avanzata dal convenuto opposto (l'ingegnere) in sede di opposizione deve essere considerata in termini di novità rispetto all'originario *thema decidendum* ed è pertanto inammissibile.

Esecuzione forzata

L'opposizione a precetto: giudice competente, regime della relativa questione, qualificazione dell'opposizione e individuazione del mezzo d'impugnazione

di **Maddalena De Leo**

L'opposizione a precetto ex art. 615, comma 1, c.p.c. e/o ex art. 617, comma 1, c.p.c. pone frequenti problemi di competenza e di qualificazione dell'opposizione, anche ai fini del regime impugnatorio.

1. Qualificazione dell'opposizione e criterio distintivo

Con l'opposizione all'esecuzione *ex* art. 615 c.p.c. si contesta il diritto a procedere ad esecuzione forzata, il "se" della pretesa; diversamente, l'opposizione agli atti esecutivi *ex* art. 617 c.p.c. ha ad oggetto il modo in cui l'azione esecutiva viene esercitata e si contesta il "come" dell'esecuzione, la regolarità formale degli atti esecutivi (Cass. 3.08.2005, n. 16262; Cass. 6.04.2006, n. 8112; Cass., 13.11.2009, n. 24047).

Non è sempre agevole la distinzione tra le due opposizioni, accadendo, non di rado, che durante lo svolgimento del giudizio di opposizione a precetto vi sia contestazione sulla qualificazione dell'opposizione in sede esecutiva. Numerose e rilevanti sono le conseguenze della qualificazione sul piano pratico.

2. Individuazione del giudice competente con relative preclusioni

In primo luogo, risulta diversamente disciplinata la competenza nei giudizi di opposizione all'esecuzione e in quelli di opposizione agli atti esecutivi.

Infatti, ai sensi dell'art. 615, c. 1, c.p.c. – il quale dispone che "quando si contesta il diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata e questa non è ancora iniziata, si può proporre opposizione al precetto con citazione davanti al giudice competente per materia o valore e per territorio a norma dell'articolo 27" – l'opposizione preventiva all'esecuzione deve essere proposta al giudice competente per materia e valore e, per la materia laburistica o previdenziale rientrante negli artt. 409 e 442 c.p.c., dinanzi al tribunale in funzione di giudice del lavoro, come risulta dall'art. 618 *bis* c.p.c., che applica a tali controversie la competenza e il rito del lavoro.

L'opposizione agli atti esecutivi *ex* art. 617, con riferimento sia alle opposizioni relative alla regolarità formale del titolo esecutivo e del precetto, sia quelle relative alla notificazione del titolo esecutivo e del precetto e ai singoli atti di esecuzione si propone al giudice competente

per l'esecuzione.

A seguito della soppressione dell'ufficio del pretore (al quale era attribuita, in forza dell'art. 16 c.p.c., ora abrogato, la competenza per la consegna e il rilascio di cose e per l'espropriazione forzata di cose mobili e di crediti, nonché per l'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare) e della modifica dell'art. 9 c.p.c., avvenuta con il d.lgs. n. 51/1998, il tribunale risulta esclusivamente competente per l'esecuzione forzata, non essendo ancora entrato in vigore – lo sarà dal 31 ottobre 2021, salvo successivi ripensamenti del legislatore – l'art. 15 *bis* c.p.c., rubricato "esecuzione forzata", inserito dal d.lgs. 13 luglio 2017 n. 116, il quale attribuisce al giudice di pace la competenza in materia di espropriazione forzata di cose mobili.

La competenza del tribunale, quale giudice dell'esecuzione, in materia di opposizione agli atti esecutivi *ex* art. 617 c.p.c. è ritenuta dalla giurisprudenza di legittimità una competenza funzionale e inderogabile (come affermato, in particolare, da Cass. 14 settembre 1983 n. 5560, nonché da Cass. 3 marzo 1981 n. 1225): la relativa eccezione d'incompetenza ed il rilievo d'ufficio sottostanno alla disciplina delle preclusioni dettata all'art. 38 c.p.c.

Tale articolo introduce quale limite temporale al rilievo d'ufficio dell'incompetenza la prima udienza di trattazione di cui all'art. 183 c.p.c., mentre, per l'eccezione di parte, prevede che il convenuto debba eccepire l'incompetenza del giudice nella comparsa di risposta tempestivamente depositata, a pena di decadenza.

Pertanto, anche nell'ipotesi in cui venga proposta davanti al giudice di pace un'opposizione a precetto, poi qualificata come opposizione agli atti esecutivi ai sensi del primo comma dell'art. 617 c.p.c., l'eccezione ed il rilievo d'ufficio dell'incompetenza sottostanno alla regola generale contenuta nell'art. 38 c.p.c., con alcuni adattamenti dovuti alle peculiarità di tale procedimento, come già riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 12272/2009, Cass. n. 9754/2010). Infatti, nel procedimento davanti al giudice di pace il convenuto si può costituire direttamente all'udienza *ex* art. 319 c.p.c. e non vi è distinzione tra prima udienza di comparizione ed udienza di trattazione. Pertanto, l'eccezione di incompetenza potrà essere sollevata dal convenuto anche costituendosi direttamente all'udienza e la preclusione al rilievo d'ufficio si verificherà soltanto dopo lo svolgimento dell'udienza di effettiva trattazione della causa *ex* art. 320 c.p.c. e non a seguito di un'udienza di mero rinvio (Cass. 12272/2009).

Una volta celebrata l'udienza di trattazione della causa davanti al giudice di pace, senza che venga rilevata d'ufficio ovvero eccepita dalla parte opposta l'incompetenza, la causa rimane radicata davanti al giudice adito, ancorché sprovvisto di competenza per materia, valore o territorio inderogabile.

Nemmeno nel caso in cui il giudice abbia qualificato soltanto nella sentenza l'opposizione come opposizione agli atti esecutivi *ex* art. 617 c.p.c. il limite temporale per rilevare l'incompetenza viene posticipato, rimanendo precluso, dopo lo svolgimento dell'udienza di trattazione, non solo il potere della parte di proporre la relativa eccezione, ma anche il potere del giudice di rilevare l'incompetenza *ex officio*.

Pertanto, la parte non può eccepire per la prima volta l'incompetenza del giudice con un motivo di ricorso per cassazione avverso la sentenza emessa dal giudice ritenuto incompetente e neppure il giudice può rilevare d'ufficio per la prima volta la propria incompetenza nella sentenza (Cass., 19/02/2009, n. 4007; Cass., 13/10/2006, n. 22055).

Invero, nel caso di opposizione a precetto proposta davanti al giudice di pace la rilevazione, sia ad istanza dell'opposto, sia da parte del giudice d'ufficio, della incompetenza per materia di quel giudice per essere l'opposizione riconducibile all'articolo 617 c.p.c. e soggetta, quindi, alla competenza per materia del tribunale in funzione di giudice dell'esecuzione, in quanto avente natura di opposizione agli atti esecutivi, deve avvenire alla prima udienza di effettiva trattazione, in applicazione dell'articolo 38 c.p.c. con adattamento alle forme del giudizio davanti a quel giudice. Verificatasi la preclusione l'incompetenza non può essere rilevata d'ufficio dal giudice con la sentenza anche quando egli proceda alla qualificazione dell'opposizione ai sensi dell'articolo 617 con la sentenza e nemmeno dalla parte opposta con un motivo di ricorso per cassazione contro la sentenza (Cass., 15-05-2018, n. 11816).

3. Individuazione del mezzo di impugnazione

Diverso è il regime di impugnazione della sentenza emessa nei giudizi di opposizione all'esecuzione e in quelli di opposizione agli atti esecutivi. In particolare, ai sensi dell'art. 616 c.p.c., le sentenze che decidono sull'opposizione all'esecuzione, sia preventiva che successiva, sono appellabili e soggette a un doppio grado di giudizio. Diversamente, l'art. 618, u.c., c.p.c. dichiara espressamente non impugnabile la sentenza emessa nel giudizio di opposizione agli atti esecutivi, soggetta quindi soltanto a ricorso straordinario per cassazione *ex* art. 111, comma 7, Cost., in quanto non altrimenti impugnabile, oltre che a regolamento di competenza *ex* art. 187 disp. att. c.p.c.

Pertanto, qualora una parte voglia impugnare la sentenza che, a torto o a ragione, abbia qualificato l'opposizione come opposizione agli atti esecutivi *ex* art. 617 c.p.c., in base al principio di apparenza (Cass., 20.01.2017, n. 1561) non potrà proporre appello, contestando l'errata qualificazione dell'opposizione, ma potrà soltanto ricorrere in Cassazione.

Può accadere che il giudice dell'opposizione non la qualifichi, indicandola in maniera generica come "opposizione a precetto" (con la quale possono essere contestati sia il diritto della parte istante di agire esecutivamente *ex* art. 615, comma 1, c.p.c., sia la regolarità formale dei singoli atti del procedimento esecutivo *ex* art. 617, comma 1, c.p.c.). In tale situazione, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che "la qualificazione dell'opposizione, se all'esecuzione o agli atti esecutivi, spetta d'ufficio al giudice dell'impugnazione, non solo ai fini del merito, ma anche ai fini dell'ammissibilità dell'impugnazione stessa" (Cass., 08.03.2001, n. 3400).

Master di specializzazione
DELEGATO NELLE VENDITE IMMOBILIARI
Scopri le sedi in programmazione >

Responsabilità civile

La Cassazione sul danno in re ipsa dopo la pronuncia delle Sezioni Unite sui "danni punitivi"

di **Stefano Gatti**

Cass. civ., Sez. III, 25 maggio 2018, n. 13071 – Pres. M.M. Chiarini – Rel. C. Graziosi

Occupazione *sine titulo* di immobile; danno in re ipsa: esclusione; presunzione di danno; polifunzionalità della responsabilità civile.

In ipotesi di inadempimento dell'obbligo di restituzione nascente da un contratto di comodato, configurante una occupazione sine titulo di immobile, il danno derivante dal mancato godimento di tale bene non può ritenersi in re ipsa, ma deve essere allegato e dimostrato dal soggetto leso. La tesi contraria finisce, infatti, per esonerare il danneggiato anche dagli oneri di allegazione, con conseguente lesione del diritto di difesa di controparte, costruendo una presunzione di natura sostanzialmente punitiva, in contrasto con i principi affermati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 16601/2017, secondo cui il superamento della finalità compensativa dello strumento risarcitorio è riservato al legislatore

CASO

Tizio stipula con la coniuge separata Caia un comodato di un bene immobile, allo scopo di consentire la vigilanza sul figlio della coppia, allora minore, ivi residente.

Esauritasi tale finalità (il figlio era divenuto maggiorenne e si era trasferito altrove), il comodante chiede alla comodataria la restituzione del bene e, infine, la conviene in giudizio. I giudici di merito condannano Caia al rilascio dell'immobile oltre al pagamento di una parte delle spese di gestione e al risarcimento del danno. Caia ricorre allora in Cassazione sulla base di nove motivi: la Corte accoglie solo l'ultimo, relativo all'azione risarcitoria esperita dal coniuge.

SOLUZIONE

I giudici di legittimità, con un'articolata motivazione, hanno respinto la ricostruzione seguita dalla Corte d'Appello, secondo cui, nel caso di specie, il pregiudizio subito dal proprietario dell'immobile sarebbe *in re ipsa* e quantificabile nella misura del c.d. "danno figurativo".

Per la Corte, tale indirizzo è incompatibile con la ricostruzione della fattispecie risarcitoria offerta dalle celebri pronunce delle Sezioni Unite di San Martino del 2008 (la sentenza in

commento richiama in particolare Cass. civ., Sez. Un., 11.11.2008, n. 26972). A mente di tale ricostruzione (il cui campo di applicazione supera i confini del danno non patrimoniale), oggetto di risarcimento è solamente il danno inteso come "conseguenza" della lesione di una situazione giuridica protetta, non la lesione in sé. Le conseguenze risarcibili, quindi, devono essere oggetto di allegazione e di 2 prova secondo le regole ordinarie: ritenerle sempre sussistenti, in una misura predeterminata, in ragione di una certa lesione, addirittura senza bisogno di alcuna specificazione da parte del danneggiato, da un lato, lede il diritto di difesa dell'autore della violazione e, dall'altro lato, altera ingiustificatamente la regola generale di ripartizione degli oneri allegatori e probatori, gravando della prova liberatoria il supposto danneggiante. La Corte osserva, quindi, che addossare automaticamente un obbligo risarcitorio all'inadempiente (sino a prova contraria) si traduce, in buona sostanza, in una pena privata. Un risarcimento con finalità sanzionatoria, tuttavia, è possibile, come affermato da Cass., Sez. Un., 5.07.2018, n. 16601, all'uopo richiamata in motivazione, solo se espressamente previsto dalla legge.

In conclusione, il risarcimento del danno da occupazione *sine titulo* di un immobile è subordinato all'allegazione e alla prova, anche mediante presunzioni semplici, delle conseguenze dannose subite dal proprietario, in ragione, ad esempio, della mancata locazione o della mancata vendita del bene (allorché risulti la «concreta intenzione» rispettivamente a locarlo o a venderlo) o della spesa sostenuta dal medesimo proprietario per risiedere in altro immobile.

QUESTIONI

Al vaglio della Suprema Corte è posta la ricostruzione, sostenuta da una parte della giurisprudenza, che riconduce all'occupazione *sine titulo* di un immobile un pregiudizio *in re ipsa*, accordando al soggetto leso, salva la dimostrazione contraria dell'autore della violazione (contrattuale o aquiliana), un risarcimento di entità determinata alla luce del valore locativo del bene, senza necessità di alcuna prova e financo di allegazione specifica (sul tema del danno *in re ipsa* nella fattispecie dell'occupazione *sine titulo* di un immobile, cfr., tra gli altri, M. Di Marzio,

Occupazione di immobili senza titolo e rimedi esperibili dal proprietario, in Imm. & propr., 2011, p. 387 s.; A. Di Biase, Occupazione abusiva di immobili e tutela giurisdizionale del proprietario: tra azioni reali e azioni personali, in Giur. it., 2013, p. 304; T. Perillo, L'occupazione sine titulo dell'ex casa coniugale e profili di danno, in Fam e dir., 2018, p. 242).

Come rilevano gli stessi giudici nella pronuncia in commento, un orientamento simile è conosciuto anche in altre aree del danno patrimoniale e non patrimoniale (nonostante le citate pronunce di San Martino delle Sezioni Unite). Tra gli esempi più significativi, si annoverano: il danno da fermo tecnico (in relazione al quale è ora nettamente prevalente la tesi contraria al pregiudizio in re ipsa: cfr. Cass. civ., ord. 22.09.2017, n. 22201; sul tema cfr., a titolo indicativo, A. De Cupis, Risarcibilità del c.d. danno da fermo, in Foro it., 1958, I, c. 712; M. Cavallaro, Il danno da «fermo tecnico»: fondamento e limiti della sua risarcibilità, in Riv. dir. civ., 2002, p.

79; S.

Argine, La ritrovata valorizzazione dell'esigenza probatoria in ambito risarcitorio, in Resp. civ. e prev., 2012, p. 126; G. Grasselli, Risarcibilità del danno da fermo tecnico, in Danno e resp., 2013, p. 285; F. Russo, Fermo tecnico: prova del danno e limiti della sua risarcibilità, in Danno e resp., 2016, p. 1127); il danno da sostanziale incommerciabilità, durante la vigenza del contratto preliminare, del bene promesso in vendita (cfr., in senso positivo, Cass. civ., 31.05.2017, n. 13792); il danno alla reputazione ed all'immagine derivante da ingiusto protesto (in senso negativo, v. Cass. civ., 24.09.2013, n. 21865; sul pregiudizio derivante da protesto illegittimo v., tra gli altri, C. Scognamiglio, Protesto illegittimo e danno in re ipsa, in Resp. civ. e prev., 2007, p. 548; R. Breda, No al danno *in re ipsa* da protesto illegittimo, in Nuova giur. civ. comm., 2011, I, p. 24; P. Russo, Danno esistenziale, per la prova è sufficiente la presunzione, in Nuova giur. civ. comm., 2011, I, p. 358) e diverse altre.

La soluzione negativa offerta dalla sentenza in commento è di notevole interesse non tanto per l'esito in sé, quanto per la prospettiva adottata dalla motivazione, che pare destinata ad avere un impatto (pur dovendosi considerare le caratteristiche di ogni singola fattispecie di danno) anche sulle altre ipotesi, diverse dall'occupazione *sine titulo*, in cui si è sperimentata la teoria del danno *in re ipsa*.

La Corte, infatti, dopo un ampio excursus della giurisprudenza sul tema, scioglie il nodo problematico anche alla luce del recente approdo delle Sezioni Unite sul dibattito relativo alle funzioni del risarcimento del danno nell'ordinamento italiano. È noto, infatti, che la già menzionata Cass., Sez. Un., n. 16601/2017, nonostante verta in tema di riconoscibilità di sentenze straniere che contemplano condanne ai cc.dd. danni punitivi, ha fornito una chiave di lettura anche per il funzionamento della responsabilità civile "interna".

Per le citate Sezioni Unite, risarcimenti ultracompensativi non sono sconosciuti al nostro ordinamento: essi tuttavia, perseguendo una finalità deterrente/sanzionatoria, richiedono un esplicito riconoscimento legislativo (arg. ex art. 23 Cost.).

Secondo la sentenza in commento, in definitiva, tra le ipotesi di risarcimento sanzionatorio, riservate alla discrezionalità del legislatore, rientrerebbe quello che compensa un pregiudizio ritenuto conseguenza "automatica" di una certa lesione.

Nella misura del suo automatismo, in effetti, il danno *in re ipsa* trascende il normale – e ammissibile – ragionamento per presunzioni, al quale, invero, una parte della giurisprudenza sembra tentare di ricondurlo (cfr. Cass. civ., 27.06.2016, n. 13224 e Cass. civ., 9.08.2016, n. 16670; v., infine, Cass. civ., ord. 15.12.2016, n. 25898, secondo cui l'accezione "in re ipsa" dovrebbe essere considerata in senso solo descrittivo, senza elidere gli oneri di allegazione e di prova dell'attore). Accogliere l'impostazione del pregiudizio in re ipsa – nota la Corte nella pronuncia in commento – non comporterebbe, infatti, soltanto un semplice alleggerimento del peso probatorio del danneggiato: questi verrebbe, a ben vedere, sollevato anche dall'onere di allegazione del danno, con conseguente compromissione del diritto di difesa dell'autore della

violazione.

Al di là di questa considerazione, è evidente che, salva la prova contraria del preteso danneggiante, il soggetto leso potrebbe ottenere un risarcimento anche quando, in concreto, non abbia subito alcun pregiudizio: il rischio che i giudici di legittimità hanno inteso escludere in radice, allora, è che lo strumento risarcitorio assumesse connotati "punitivi", senza alcuna "intermediazione legislativa".

Il ragionamento della Cassazione, in sostanza, riporta il meccanismo delle presunzioni all'alveo degli strumenti probatori ammessi in relazione ai fatti allegati dal danneggiato (presunzioni semplici di cui all'art. 2729 cod. civ.): per questa via, si esclude ogni arbitrario automatismo tra lesione di una situazione giuridica protetta e pregiudizio effettivo, mantenendo inalterato l'ordinario riparto degli oneri di allegazione e di prova.

Comunione – Condominio - Locazione

Il disagio nella fruizione del bene primario dell'abitazione dilata i limiti all'esercizio delle servitù

di **Saverio Luppino**

Cass. civ., Sez. II, ord., 6 giugno 2018, n. 14500 – Pres. Pettiti – Rel. Cons. Scarpa

Installazione di ascensore esterno realizzato su fondo servente – servitù di passaggio pedonale e carrabile sulla strada di proprietà del Condominio (cod. civ., art. 1067; art. 1121; l n.13, 9 gennaio 1989; l n. 220/2012)

CASO

I titolari di servitù di passaggio pedonale e carrabile sulla proprietà di un Condominio, ricorrono per impedire la costruzione di un ascensore esterno al fabbricato, che riduce il passaggio utilizzato dagli stessi titolari della servitù. La questione con differenti esiti tra i primi due gradi di merito giunge fino in Cassazione, sulla questione della violazione o meno dell'art. 1067 c.c.

La norma impone il divieto di aggravare o diminuire l'esercizio della servitù, contemperando i rispettivi diritti del proprietario fondo dominante e sancendo il divieto di innovazioni, che rendano più gravosa la condizione del fondo servente, il cui proprietario deve astenersi dal compiere "alcuna cosa" che tenda a diminuire l'esercizio della servitù o a renderla più incomoda.

La sentenza di primo grado accoglie la violazione del suddetto articolo, non consentendo la realizzazione dell'ascensore con aggravio della servitù del fondo servente, adducendo come motivazione che la realizzazione di tale impianto poteva essere effettuata senza privare i titolari attori del diritto reale.

I giudici di appello riformano integralmente la sentenza, ravvisando che, per il Condomino, l'eliminazione delle barriere architettoniche potesse essere effettuata solo in quel modo ed escludendo radicalmente che l'innovazione compiuta potesse violare l'art. 1067 c.c.

I titolari di servitù arrivano sino in Cassazione per la tutela del loro diritto ed il sacrificio eccesivo delle di loro ragione di tutela del diritto reale di servitù di passaggio.

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione rigetta il ricorso considerando unitamente i quattro motivi di ricorso promossi ed osservando che:

"Tutti i motivi si incentrano sull'ambito di applicazione dell'art. 1067, comma 2, c.c. a norma del quale il proprietario del fondo servente non può compiere alcuna cosa che tenda a diminuire l'esercizio della servitù" […] " per interpretazione consolidata di questa Corte, in tema di servitù di passaggio, non comporta diminuzione dell'esercizio della servitù l'esecuzione di opere, ovvero la modifica dello stato dei luoghi che, pur riducendo la larghezza dello spazio di fatto disponibile a tal fine, la conservino, tuttavia, in quelle dimensioni che non comportino una riduzione o una maggiore scomodità dell'esercizio delle servitù"[1] . *Inoltre rileva, con l'analisi del primo e secondo motivo di ricorso "L'opera realizzata sul fondo servente, in sostanza, non viola l'art. 1067, comma 2, c.c., sol perché altrove realizzabile dal proprietario dello stesso con uguale comodità e convenienza." […] "Non possono comunque ritenersi compresi nel divieto posto dall'art. 1067, comma 2, c.c. quegli atti che, rappresentino l'esercizio compiuto del civiliter dal proprietario delle facoltà di godimento del fondo servente stesso, facoltà che l'esistenza della servitù non può totalmente elidere"*[2].

QUESTIONI

Diverse sono le questioni sottese all'esame del caso, posto che unitamente alle ragioni inerenti la fruizione del bene primario abitazione e di fronte alla necessità di eliminazione delle barriere architettoniche, sono coinvolti anche interessi involgenti il rispetto dei diritti reali, qui in particolare della servitù di passaggio pedonale ed in via generale dei diritti dominicali.

I ricorrenti – titolari del diritto di servitù di passaggio – hanno proposto ricorso avverso la sentenza n. 1493/2014 della Corte d'Appello di Torino, nella quale si ravvisava l'esistenza della servitù imposta sull'area condominiale, ma allo stesso tempo esplicitava come, la collocazione dell'ascensore nella zona sottoposta a servitù fosse **l'unica soluzione plausibile per i condomini,** poiché l'alternativa emersa dalla CTU non era possibile da raggiungere da persone con inabilità fisica.

Nella valorizzazione dei diritti ed interessi delle parti i giudice dell'appello riteneva potesse subire sacrificio quelle reale di servitù a fronte della fruizione del bene primario abitazione, anche da soggetti portatori di handicap

I giudici della Suprema, analizzando i motivi del ricorso hanno rigettato i motivi di censura sottoposti dai titolari del diritto di servitù, facendo applicazione dei superiori insegnamenti della Corte Costituzionale, che con la sentenza n.167 del 1999 ha imposto una mutata prospettiva, in ragione della quale l'istituto della servitù di passaggio non è rigidamente limitato alla visuale dominicale e produttivistica, ma: "***proiettata in una dimensione dei valori della persona, di cui agli art. 2 e 3 Cost. che permea di sé anche lo statuto dei beni ed i rapporti patrimoniali in genere"***[3], entrando quindi all'interno dell'area intoccabile dei diritti fondamentali ed inviolabili dell'uomo.

L'articolo in esame, art. 1067, comma 2, disciplinante il "divieto di aggravare o di diminuire l'esercizio della servitù" prevede la suo interno un divieto per il proprietario del fondo servente di apportare modifiche per diminuire l'esercizio della servitù o a renderla più scomoda.

Gli ermellini nell'ordinanza in esame non hanno nemmeno tenuto in considerazione l'eventuale possibilità di costruire l'ascensore in una diversa area da quella interessata, poiché come *ut sopra* ricordato, **la finalità dell'eliminazione di barriere architettoniche rientra all'interno dei diritti fondamentali dell'uomo: art. 2 e 3 Cost, e quindi all'interno della possibilità dei condomini di installare una simile installazione per poter accedere alle proprie abitazioni.**

Inoltre, viene sottolineato come la costruzione di tali installazioni, rappresentino l'esercizio compiuto *civiliter* del fondo dominante su quello servente, laddove, peraltro, nel caso in questione, era l'unica soluzione plausibile per poter permettere l'accesso all'immobile a tutti i condomini, anche a quelli portatori di disabilità.

La Corte infatti è attenta ad analizzare quali siano le motivazioni della costruzione dell'ascensore esterno, facendo riferimento ad una giurisprudenza ormai diventata granitica, la quale soppesa i bisogni e necessità dei proprietari del fondo e degli utilizzatori di servitù gravante su quel determinato fondo.

La struttura realizzata è necessaria per eliminare le barriere architettoniche previste dal condominio, in quanto tale, e per permettere l'accessibilità e l'adattabilità a persone con difficoltà fisiche; per questi motivi rigetta il ricorso e condanna in solido i ricorrenti.

La decisione presenta motivi di interesse anche ulteriori in quanto valorizza anche un criterio meno rigoroso e rigido, di fronte al quale in ipotesi possa superarsi il problema legato all'innovazione rappresentata dalla costruzione *ex novo* di un ascensore; si legge infatti: "*Questa Corte ha altresì precisato come la meritevolezza di un intervento innovativo consistente nell'installazione di un ascensore allo scopo di eliminare le barriere architettoniche vada valutata in termini di idoneità dello stesso quantomeno ad* ***attenuare*** *– e non necessariamente ad* ***eliminare*** *– le condizioni di disagio nella fruizione del bene primario dell'abitazione…"*[4]

Il mutamento di prospettiva della Corte sul requisito della "attenuazione" e non dell'eliminazione delle barriere architettoniche è sicuramente foriero di una giurisprudenza che si adegua ai tempi ed alla modernità dei migliori criteri costruttivi da una parte ed alla più attenta fruibilità dell'immobile dall'altra, con un occhio sempre rivolto a favorire il più comodo esercizio nell'utilizzo delle innovazioni.

[1] Cass. Sez. 2, 03/11/1988, n. 10990; Cass. Sez. 2, 19/04/1993, n.4585

[2] Cass. Sez. 2, 03/01/1966, n.10

[3] Ord. in esame: 14500/2018

[4] Cass. Sez. 6-2, 9.3.2017 n.6129.

Diritto e procedimento di famiglia

Alimenti e mantenimento dei nonni nei confronti dei nipoti: quando nasce l'obbligo

di **Giuseppina Vassallo**

Cass. Civ. Sez. VI ordinanza n. 10419 del 2 maggio 2018

Filiazione – Obblighi mantenimento e alimentare degli ascendenti

(Artt. 433 c.c. e 147-148 c.c..)

L'obbligo degli ascendenti di fornire ai genitori i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli, non sorge quando almeno uno solo dei genitori sia in grado di mantenerli.

Al fine di accertare l'incapacità del genitore di far fronte ai propri doveri occorre dimostrare di aver sfruttato tutta la propria capacità lavorativa.

CASO

Una mamma single con uno stipendio di 700 euro al mese si rivolge ai nonni paterni per ottenere una somma a titolo di alimenti per i loro nipoti, chiedendo una corresponsione mensile di 700 euro.

Il Tribunale di Lamezia Terme accoglie la domanda condannando gli stessi a corrispondere alla donna 300 euro mensili in favore dei due nipoti.

La sentenza è appellata dai nonni e la Corte d'appello di Catanzaro annulla la decisione del tribunale di primo grado.

Secondo i giudici di appello, non era stata offerta dall'attrice la prova dei presupposti oggettivi dell'obbligazione alimentare.

La prima condizione è l'incapacità di "entrambi i genitori" di provvedere alle esigenze primarie dei figli minori. La donna guadagnava 700 euro al mese, era proprietaria della casa di abitazione, e non aveva dimostrato la propria incapacità, per condizione professionale o sociale, di incrementare tale reddito.

Ugualmente era stata omessa la prova che i nonni potessero far fronte all'obbligazione

alimentare, risultando dagli atti che la coppia di anziani vivesse solo con una pensione di Euro 1.500,00 mensili.

La donna ricorre in Cassazione, che dichiara inammissibile il ricorso ritenendo corretti i principi applicati dalla Corte calabrese.

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione ha richiamato il principio già enunciato in passato (cfr. Cass. Civ. n. 20509/2010) secondo cui l'obbligo di mantenimento dei figli minori ex artt. 147-148 c.c. spetta primariamente e integralmente ai genitori.

Pertanto, se uno dei due non possa o non voglia adempiere al proprio dovere, l'altro, nel preminente interesse dei figli, deve far fronte per intero alle loro esigenze con tutte le sue sostanze patrimoniali e sfruttando tutta la propria capacità di lavoro.

L'obbligo degli ascendenti di fornire ai genitori i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli è solo sussidiario, e comunque grava contemporaneamente su tutti gli ascendenti di pari grado di entrambi i genitori.

Lo stesso principio si applica in materia di alimenti. Il diritto alimentare è legato alla prova dello stato di bisogno e all'impossibilità di trovare un'attività lavorativa, e nasce solo qualora i genitori non siano in grado di far fronte al loro diretto e personale obbligo.

In conclusione, secondo la Cassazione *l'obbligazione alimentare degli ascendenti è subordinata e, quindi, sussidiaria rispetto a quella, primaria, dei genitori.*

Non è possibile, dunque, richiedere ai nonni un aiuto economico per il solo fatto che uno dei due genitori non dia il proprio contributo al mantenimento dei figli, se l'altro genitore è in grado di mantenerli.

QUESTIONI

La Corte ha equiparato e ritenuto connessi, in materia di obblighi verso i minori, i due istituti del mantenimento e degli alimenti, pur essendo gli stessi diversi nelle loro caratteristiche.

Gli alimenti (artt. 433 e ss c.c.) possono essere chiesti da chi si trova in stato di bisogno e non può provvedere al proprio mantenimento.

Si tratta di una prestazione economica di tipo assistenziale alla quale sono tenuti il coniuge e i parenti più stretti in forza del vincolo di solidarietà familiare (art. 438 comma 1 c.c.).

Con il termine alimenti ci si riferisce a tutto ciò che è necessario per soddisfare le esigenze minime di vita come il vitto, l'abitazione, le cure e il vestiario, in relazione allo stile di vita di

chi ne ha diritto. Al fine di stabilire l'incapacità di procurarsi autonomamente i mezzi per la propria sussistenza, si dovrà tenere conto della situazione soggettiva dell'interessato come l'età, la salute e la capacità lavorativa.

Gli alimenti devono essere commisurati non solo al bisogno di chi li domanda ma anche alle condizioni economiche di chi deve somministrarli.

Rispetto all'obbligazione di mantenimento, questa ha una portata più limitata.

La norma parla di stato di bisogno senza alcun riferimento all'adeguatezza dei mezzi economici o al tenore di vita, inoltre, l'obbligazione di mantenimento comprende aspetti ulteriori oltre alle esigenze primarie per vivere.

Il mantenimento di cui agli artt. 147 e 148 c.c. va oltre lo stato di bisogno, poiché include altri aspetti della vita del minore, quali l'istruzione, l'attività ricreativa e di svago. Il tutto, in rapporto alla posizione sociale e al reddito della famiglia.

Al di là dell'ampiezza dell'obbligazione di tipo alimentare, con il provvedimento in esame, la Corte ha voluto evidenziare l'aspetto dell'incapacità di provvedere ai propri figli da parte della madre, elemento che non poteva dirsi sussistente poiché la donna non risultava aver sfruttato tutte le proprie capacità lavorative.

Diritto e reati societari

Doveri e responsabilità del collegio sindacale: azione di responsabilità. Consapevolezza omissiva fra realtà e rappresentazione

di **Gian Luca Grossi - Studio Pirola Pennuto Zei & Associati**

Corte di Cassazione, sentenza n. 21662 del 5 settembre 2018

Doveri dei sindaci – responsabilità dei sindaci – errate appostazioni in bilancio – prescrizione della domanda risarcitoria – consapevolezza omissiva

A fronte di errate appostazioni in bilancio – in particolare, valutazioni degli ammortamenti e delle immobilizzazioni operate in violazione dei principi contabili – che ***precludono la immediata emersione della perdita del capitale sociale****, è configurabile la responsabilità dei sindaci/revisori* ***che si limitino a denunciare uno squilibrio*** *della struttura patrimoniale e finanziaria della società e l'esigenza di un risanamento,* ***senza preoccuparsi di assicurare l'adempimento dell'obbligo gestorio di procedere a corrette valutazioni****, per di più esprimendo parere favorevole in ordine alla distribuzione di utili solo apparentemente conseguiti.*

Disposizioni applicate: artt. 2394, 2403, 2409 comma 7, 2409 bis, 2426 cc.

La sentenza in commento affronta il delicato tema attinente i contorni delle responsabilità del collegio sindacale (*Responsabilità* art. 2407 cc) in rapporto al contenuto effettivo dell'incarico (*Doveri del collegio sindacale* – art. 2403). Si rammenti come analoghe questioni si ponessero anche prima della riforma del diritto societario (D.lgs 5/2003), rispettivamente, alla luce dei previgenti artt. 2407 e 2403.

La sentenza affronta il caso della responsabilità civile dei sindaci ai quali si addebita di non avere tempestivamente posto in essere le azioni connesse ai "doveri" dei quali sono onerati in forza dell'investitura, doveri che la sentenza individua nella seguente concatenazione logica: ***i)*** conoscenza (effettiva) e, se necessario, onere di fattivo approfondimento delle criticità rilevate superficialmente; ***ii)*** segnalazione agli amministratori, affinché siano dagli stessi adottate le opportune misure correttive; ***iii)*** in difetto di positiva reazione degli amministratori, sollecitazione e denuncia, anche in via diretta, oggi consentita dall'art. 2409, 7° comma cc. Si ricorderà come prima della riforma il collegio sindacale non potesse attivarsi direttamente, dato che l'art. 2409 non prevedeva l'attuale settimo comma, dovendo necessariamente rivolgersi al Pubblico Ministero affinché valutasse l'opportunità di farlo.

In particolare, nel caso di specie, i sindaci della società, poi dichiarata fallita, avevano omesso

di esercitare i loro poteri di controllo, "a monte", e di reazione, "a valle", a fronte di errate rappresentazioni contenute nei bilanci perlopiù riguardanti gli ***i)*** ammortamenti, stanziati per importi più esigui del dovuto adducendo falsi presupposti di fatto (i.e. il limitato utilizzo del cespite) e le ***ii)*** immobilizzazioni immateriali, alimentate con banali oneri finanziari travestiti da oneri pluriennali.

Gli interventi artificiosamente "correttivi" degli amministratori, avevano dunque falsato il risultato, cioè ridimensionato le componenti negative di conto economico, generando fittizi utili d'esercizio.

L'effettiva insufficienza patrimoniale sarebbe emersa in modo sostanzialmente improvviso soltanto nel più recente dei bilanci esaminati nel corso del giudizio, in quanto in quest'ultimo era in definitiva emersa la somma delle precedenti falsificazioni contenute nei bilanci relativi agli esercizi precedenti.

Il curatore della società ormai fallita agiva dunque nei confronti del collegio sindacale ai sensi dell'art. 146 L.F. contestando la violazione dei canoni di diligenza e di controllo sulla gestione.

Il fatto che il danno ai creditori sociali fosse emerso dopo plurimi bilanci non veritieri, smascherati di fatto soltanto dal più recente di essi, ha imposto alla Suprema Corte di pronunciarsi anche sulla prescrizione della domanda cioè sul momento a partire dal quale possa dirsi effettiva la conoscenza dello stato di insufficienza patrimoniale della società, dal quale soltanto – afferma la Suprema Corte – decorre il termine di prescrizione della domanda.

La Corte di Cassazione quivi assegna ai sindaci una responsabilità di natura omissiva per non avere reagito alle condotte di dubbia legittimità e regolarità che pure essi avevano mostrato di avere in qualche modo percepito, limitandosi tuttavia a segnalazioni blande, generiche e non concrete sull'apparente squilibrio patrimoniale della società, che peraltro è cosa molto diversa dalla (volontaria e dolosa) sottostima di componenti negative di conto economico.

La Corte di Cassazione nella sentenza in commento afferma, da un lato, che "…La riforma del diritto societario ha espressamente indicato, all'art. 2403 cod. civ., l'esigenza del controllo, da parte dei sindaci, "sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare **sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento**" e, dall'altro, che l'"ampiezza dei doveri di controllo dei sindaci" è rimasta sostanzialmente immutata rispetto al passato.

In punto di nesso eziologico, la sentenza ravvisa come l'elemento della colpa dei sindaci possa presentarsi in due accezioni: "***colpa nella conoscenza****, allorché il sindaco non rilevi colposamente la condotta inadempiente dell'organo gestorio; e* ***colpa nell'attivazione****, se, pur a conoscenza dei fatti, ometta, almeno per colpa, di esercitare prontamente ed efficacemente i suoi poteri impeditivi, sopra indicati.*" pertanto, ad avviso degli ermellini, "…***sussiste il nesso di causalità tra la condotta omissiva dei sindaci ed il danno, quando essi non abbiano formulato rilievi critici su poste di***

bilancio palesemente ingiustificate *o non abbiano esercitato poteri sostitutivi che, secondo l'id quod plerumque accidit, avrebbero condotto ad una più sollecita dichiarazione di fallimento* (Cass. 14 ottobre 2013, n. 23233)."

Si ritiene utile notare come la descrizione delle condotte così come sopra riportata rivesta particolare rilievo anche nell'ambito dei reati societari e fallimentari, con particolare riferimento alla complessa figura della partecipazione dolosa del sindaco, in quanto quasi sempre omissiva, che si rende tuttavia possibile, secondo la Cassazione Penale allorquando il comportamento omissivo tenuto dal sindaco nell'ambito della propria attività di controllo, comporti la consapevolezza di una o più difformità tra la realtà e rappresentazione contabile (Cass. Pen. Sez. n. 14045 del 22 marzo 2016)

Diritto Bancario

Procedimento di mediazione e contenzioso bancario - Seconda e ultima parte-

di **Fabio Fiorucci**

Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo è dibattuto a chi spetti l'onere di avviare il procedimento di mediazione. Secondo un primo indirizzo, anche di legittimità, tale onere grava, a pena di improcedibilità, sul debitore opponente, avendo questi l'interesse all'instaurazione e alla prosecuzione del processo ordinario di cognizione; la soluzione contraria, è sostenuto, sarebbe irrazionale perché premierebbe la passività dell'opponente e accrescerebbe gli oneri della parte creditrice (Cass. n. 24629/2015; Trib. Torre Annunziata 5.12.2017; Trib. Termini Imerese 15.11.2017; Trib. Torino 4.10.2017; Trib. Verona 28.9.2017, 2018, 1, I, 328; Trib. Ravenna 12.9.2017; Trib. Bologna 19.7.2017).

Secondo un diverso orientamento, l'onere di introduzione della mediazione grava invece sul creditore opposto (che, dopo l'opposizione, ha ripreso la sua posizione di attore sostanziale), poichè è quello che ha deciso di portare in giudizio il proprio conflitto per la tutela di un suo diritto; ed è questa parte per prima che deve riflettere sulla possibilità di una più adeguata soddisfazione dei suoi interessi nel caso concreto attraverso strumenti più informali e duttili, o attraverso la ricomposizione di un rapporto di natura personale o commerciale (Trib. Firenze 15.2.2016; Trib. Firenze 17.1.2016; Trib. Grosseto 7.6.2016; Trib. Cuneo, 1.10.2015; Trib. Ferrara 7.1.2015; Trib. Busto Arsizio 3.2.2016).

La giurisprudenza ha escluso che il fideiussore (perchè parte di un contratto di garanzia, non "bancario") debba attivare il tentativo obbligatorio di mediazione (Trib. Milano 13.1.2016: la controversia dedotta in giudizio verte su un rapporto di garanzia e, quindi, su materia non riconducibile nell'alveo della obbligatorietà della disciplina dettata dal d. lgs. n. 28/2010; Trib. Palermo 18.1.2018), al quale, invece, sono soggetti i contratti di leasing, in quanto riconducibili alla dizione "contratti finanziari" (Trib. Milano 10.5.2018).

Al fine di assolvere la condizione di procedibilità della domanda giudiziale non sono sufficienti istanze generiche, dovendo essere indicate nella domanda di mediazione tutte le ragioni corrispondenti alle richieste poi avanzate nell'atto di citazione (Trib. Verona 7.7.2016: dalla istanza di mediazione emerge che il procedimento conciliativo ha riguardato solo alcuni dei diversi titoli azionati in causa; orbene, l'art. 4, comma 2, D. Lgs. n. 28/2010 richiede, al fine di assolvere la condizione di procedibilità, che siano individuate nella istanza di mediazione tutte le ragioni sottostanti alle diverse domande avanzate nel giudizio; Trib. Verona 15.12.2016; Giudice di Pace Torre Annunziata 28.9.2016).

Master di specializzazione
DIRITTO E CONTENZIOSO BANCARIO
Scopri le sedi in programmazione >

Diritto del Lavoro

Violazione delle norme a tutela della privacy del lavoratore e risarcimento del danno

di **Evangelista Basile**

Cassazione Civile, Sezione Prima, 04 giugno 2018, n. 14242

Dati personali – danno – conseguenze non patrimoniali – in re ipsa – danneggiante – prova dell'irrilevanza della lesione – necessità – sussiste

MASSIMA

L'art. 15 D.lgs. 196/2003 introduce due presunzioni rispettivamente al primo e al secondo comma. Il primo prevede che nell'ipotesi in cui venga cagionato un danno per effetto del trattamento dei dati personali il danneggiante è tenuto al risarcimento dello stesso ai sensi dell'art. 2050 c.c., salvo che si dimostri di aver adottato tutte le misure idonee per evitare il danno. Il secondo comma prevede che il danno non patrimoniale è da considerarsi in re ipsa*, a meno che il danneggiante dimostri che le conseguenze dannose non sussistano ovvero che si tratti di un danno bagatellare o irrilevante infine che il danneggiato non vi abbia tratto un vantaggio. In sintesi il risarcimento del danno dovrà essere disposto dal giudice ogni qual volta che il bene rientri nell'alveolo dei diritti inviolabili della persona, ad eccezione che venga dimostrata la prova contraria.*

COMMENTO

La sentenza in commento rileva anche sul piano giuslavoristico, in quanto conferma come il rapporto tra datore di lavoro e lavoratore non si sottrae all'applicazione della disciplina circa il trattamento dei dati personali del dipendente da parte della Società. Nel caso concreto oggetto di causa il lavoratore aveva presentato ricorso al Garante della Protezione dei dati personali, poiché durante un'indagine avviata dalla Procura della Repubblica, era stato sottoposto a perquisizione personale, locale e domiciliare, fatto in conseguenza del quale il datore di lavoro aveva disposto il trasferimento presso un altro ufficio. Inoltre, il lavoratore lamentava che la comunicazione del provvedimento era stata effettuata utilizzando un protocollo ordinario e, quindi, di pubblico dominio. Il ricorso era stato respinto, poiché, secondo il Garante della privacy, l'utilizzo dei dati personali non era avvenuto in violazione della legge ma, al contrario, era finalizzato proprio ad una corretta esecuzione del rapporto di lavoro. Il lavoratore ricorreva innanzi all'Autorità giudiziaria ordinaria per violazione della normativa sulla *privacy*, la quale condannava il datore di lavoro al risarcimento del danno non patrimoniale sofferto dall'attore, ritenendo illegittime le modalità con cui vennero diffusi i dati riguardanti la vicenda giudiziaria che aveva coinvolto il ricorrente. A conferma della sentenza

impugnata e a sostegno dell'infondatezza della censura sollevata da parte ricorrente sulla mancanza del nesso di causalità, i Giudici del merito hanno sottolineato come la fattispecie delineata dall'art. 15 d.lgs. n. 196 del 2003 pone due presunzioni. Da una parte il danno è da addebitare a chi ha trattato i dati personali o a chi si è avvalso di un altrui trattamento, a meno che non dimostri di aver adottato tutte le misure idonee per evitarlo ai sensi dell'art. 2050 c.c.; dall'altra le conseguenze non patrimoniali di tale danno – sia quelle contrattuali che extracontrattuali – sono da considerarsi *in re ipsa* a meno che il danneggiante non dimostri il contrario, ovvero che si tratti di un danno irrilevante o bagatellare o che il danneggiato abbia trovato vantaggio dalla pubblicazione dei dati. La Corte sottolinea che le presunzioni operano sia nel caso in cui il danneggiante sia il titolare del trattamento che nel caso in cui egli sia un "chiunque", poiché si tratta di diritti inviolabili del danneggiato e per tale motivo assumono un rilievo talmente evidente da comportare un'inversione dell'onere della prova. Il danno che deriva da questo trattamento illecito, quindi, è proprio quello non patrimoniale: il non aver adottato le misure idonee ad evitare il danno diviene una vera e propria violazione delle regole di correttezza e liceità. Infine la Suprema Corte sottolinea che spetta sempre al giudice valutare se il danno debba essere risarcito attraverso alcuni strumenti come le allegazioni del danneggiato, semplici presunzioni e la prova contraria del danneggiante. Proprio sulla base di ciò, la Corte ha reputato provato il danno, ritenendo che il bene violato rientrasse in quei valori fondamentali della persona.

Privacy

Risk assessment e DPIA

di **Pasquale Di Gennaro**

Sommario

Uno degli elementi di maggiore novità introdotti dal Regolamento (UE) 2016/679 sulla protezione dei dati, è la previsione che i titolari del trattamento predispongano una valutazione di impatto (DPIA–*Data protection impact assessment* o anche PIA–*Privacy impact assessment*) ogni qual volta un trattamento presenti rischi elevati per i diritti e le libertà delle persone fisiche. Per determinare se debba essere predisposta la DPIA per uno specifico trattamento, e cioè per accertare se i rischi siano elevati, è implicitamente necessario effettuarne una stima. Il processo di stima del rischio è noto come *risk assessment*, ed è un elemento propredeutico all'avvio di qualunque trattamento. Se all'esito di una prima valutazione il rischio dovesse risultare *elevato*, il processo stesso dovrà essere formalizzato e documentato in una Valutazione di impatto, e ne costituirà una parte fondamentale.

1 La protezione dei dati e il rischio

Il concetto di proporzionare le misure di sicurezza tecnico-organizzative ai *rischi* per i diritti e le libertà delle persone fisiche derivanti dal trattamento dei loro dati personali, non è nuovo nella storia della *data protection*. Infatti, già il Codice italiano in materia di protezione dei dati personali[1], appena novellato dal decreto legislativo n. 101 del 10 agosto 2018 prescriveva, prima di tale ultimo intervento normativo, oltre alle misure di sicurezza *minime* l'adozione di misure di sicurezza cosiddette *idonee* che tenessero conto dei rischi peculiari al trattamento. Nel caso in cui il trattamento avesse presentato un *rischio specifico*, il Codice disponeva con l'art. 17 il ricorso all'istituto della *verifica preliminare* (o *prior checking*) da presentare al Garante affinché potesse prescrivere misure speciali adatte a mitigare i rischi peculiari di quel trattamento. Il nuovo decreto n. 101 del 10 agosto 2018 con l'art. 27 ha abrogato sia gli articoli riguardanti le misure di sicurezza minime e idonee, sia quelli riguardanti il *prior checking*. Tale modifica è stata resa necessaria per adeguare il Codice al GDPR e deriva dal fatto che per il GDPR le misure di sicurezza devono essere sempre proporzionate alle specificità di ciascun trattamento. Difatti, il Regolamento non prevede misure di sicurezza *minime* e puntuali[2], ma individua gli *obiettivi* di sicurezza. E prescrive che i titolari partendo dalla valutazione del rischio insito nel trattamento, lo mitighino individuando responsabilmente misure e accorgimenti adeguati, diminuendo così la possibilità che i dati siano oggetto di violazioni di sicurezza. Il Regolamento oltre a fissare gli obiettivi di sicurezza definisce anche uno schema metodologico per perseguirli. Tale schema, che potremmo definire come *"risk based approach*", consiste pertanto nel salvaguardare gli obiettivi di

protezione dei dati individuando e mitigando i rischi propri di ciascun trattamento. L'approccio orientato alla valutazione del rischio (*risk based approach*), insieme al principio di responsabilitazione (*accountability*[3]) costituiscono l'ossatura stessa del Regolamento.

2 La scelta delle misure guidata dal rischio

Il *risk based approach*, cioè l'adozione da parte dei titolari di un approccio basato sulla valutazione del rischio propedeutica all'avvio di ciascun trattamento, è così importante per il Regolamento che il termine "rischio" compare ben 75 volte nel testo, in varie espressioni. E tra le varie espressioni, quella che forse più efficamente palesa la *ratio* dell'art. 35, relativo alla "Valutazione d'impatto sulla protezione dati", risalta all'art. 24 sulla responsabilità del titolare, laddove dispone che il titolare tenga "conto [...] dei *rischi aventi probabilità e gravità diverse* per i diritti e le libertà delle persone fisiche [...]". La valutazione dell'impatto che un trattamento può avere sui diritti e sulle libertà, non può prescindere dall'individuazione dei rischi e dalla stima della loro *probabilità e gravità*. Ma cos'è, dunque, un "rischio"? E in cosa consiste la sua valutazione (*risk assessment*)?

3 Cosa si intende per "rischio"

Nonostante il Regolamento citi il termine "rischio" più di 70 volte, non ne fornisce una definizione formale. L'Agenzia europea Enisa[4] nel suo glossario *on-line* sul *risk management* riprende la definizione generica ISO/IEC PDTR 13335-1, qui riformulata e semplificata per calarla nel contesto della protezione dati[5]: rischio.

Con il termine "rischio" si intende la possibilità che una minaccia riesca a sfruttare le vulnerabilità insite in un sistema informativo per il trattamento di dati personali, causando danni agli interessati e all'organizzazione.

La definizione su riportata chiarisce un aspetto fondamentale: il rischio associato al trattamento dei dati personali ha una duplice dimensione: la prima relativa ai rischi per i diritti e le libertà degli interessati dal trattamento dei propri dati; la seconda relativa ai titolari (e responsabili) che si avvalgono di quei dati nell'ambito delle loro attività di impresa. Il GDPR focalizza l'attenzione sui rischi derivanti dai trattamenti per le persone fisiche. Tuttavia, se i rischi per gli interessati non sono opportunamente mitigati ne consegue un aumento del rischio d'impresa. In effetti, i danni derivanti per l'impresa non sono solo le possibili sanzioni motivate dalla *legal un-compliance*. Nella società dell'informazione, infatti, i dati personali sono un *asset* per le imprese, un patrimonio strategico da valorizzare e difendere costruito con fatica e solo dopo aver guadagnato la fiducia dei propri utenti. Si intuisce, pertanto, che le conseguenze per l'impresa derivanti dalla violazione della confidenzialità del proprio patrimonio aziendale, o dalla distruzione anche solo parziale di tale patrimonio, vanno ben oltre l'obbligo di inviare al Garante la notifica di *data breach* (art. 33 del Regolamento), ma hanno a che fare con danni per l'impresa di natura patrimoniale e d'immagine. Assume dunque primaria importanza l'attività di prevenzione mirata a gestire e contenere i rischi (*risk management*) che parte proprio dalla loro individuazione e stima: il *risk assessment*.

4 Il risk assessment

L'individuazione e la stima dei rischi connaturati a uno specifico trattamento sono un'attività complessa. Complessa perché richiede un bagaglio di conoscenze multidisciplinari e di esperienze notevole. Oltre che di una conoscenza approfondita del contesto operativo. Tale complessità può essere utilmente gestita partendo proprio dal *rendere consapevoli*. Infatti, la consapevolezza dell'importanza del *risk management* nel processo di adeguamento al GDPR è già un traguardo importante che può influenzare produttivamente l'atteggiamento e la propensione alla collaborazione del vertice decisionale e degli altri *stakeholder* nell'organizzazione. La successiva individuazione e valutazione dei rischi andrà conseguita tenuto conto anche della dimensione e della complessità della realtà in cui si è chiamati ad operare. In realtà più articolate il *risk assessment* è certamente un processo che richiede la sinergia dei vari dipartimenti aziendali, legali e tecnici, e risulterà più efficace se conseguito in maniera sistematica e strutturata, avvalendosi di una metodologia. Ad esempio, Enisa ha recentemente pubblicato un *Handbook on Security of Personal Data Processing*[6] rivolto alle piccole e medie imprese che introduce una metodologia di valutazione del rischio e ne esemplifica l'applicazione discutendo alcuni trattamenti ricorrenti. Nel caso delle micro-imprese si può comunque trarre beneficio dalle esemplificazioni Enisa, perché sono un valido ausilio a una pre-valutazione del rischio che consenta di determinare se lo scenario allo studio richieda o meno il ricorso ad una metodologia più strutturata. Un ulteriore utilissimo strumento sono le indicazioni del gruppo ex art. 29[7], riportate in particolare nella *opinion WP* 248, che fornisce dei criteri per individuare i trattamenti ad elevato rischio e delle esemplificazioni che consentono di inquadrare la rischiosità di alcuni trattamenti "tipo" e comprendere laddove sia necessario o meno procedere con la predisposizione della Valutazione di impatto sulla protezione dati (DPIA).

5 Conclusioni

La gestione del rischio è una delle novità più importanti del GDPR, ma anche forse la più difficile da illustrare e da padroneggiare, perché reca in sé un cambio di mentalità: il passaggio dalla *legal compliance* –in particolare delle misure di sicurezza– intesa come una *check list* da smarcare, vecchio retaggio delle misure minime di sicurezza ormai superate; alla *legal compliance* come un obiettivo di adeguatezza delle misure di sicurezza tecniche e organizzative da perseguire con un metodo guidato dal rischio intrinseco, il *risk based approach*, che necessita dell'individuazione e della stima dei rischi come elementi propedeutici e necessari alla loro mitigazione. Il modo più efficace di conseguire gli obiettivi di protezione dei dati personali, ovvero di protezione delle persone *e* dell'impresa, è infatti *prevenire* i danni grazie all'efficace *mitigazione* dei rischi connaturati all'utilizzo dei dati personali. Dati che, nell'era dell'informazione completamente digitale, sono esposti alle molteplici e mutevoli minacce del cyberspazio.

[1] D.lgs. 30 giugno 2003, n.196

[2] Anche la pseudonimizzazione e la cifratura di cui all'art. 32, par. 1, lettera a) vanno intese

come mere tecniche di ausilio al conseguimento degli obiettivi di confidenzialità, integrità e disponibilità. Ma non misure minime.

[3] Termine che in inglese sintetizza una dimensione soggettiva e una oggettiva della responsabilità: *sento* il peso della responsabilità derivante dalla fiducia che hanno riposto in me i miei clienti quando mi hanno affidato i loro dati personali, ma *devo essere in grado di dimostrare* di trattare tali dati responsabilmente. Ad esempio predisponendo la DPIA.

[4] European Union Agency for Network and Information Security

[5] Per un approfondimento, si veda la definizione di "rischio" nella ISO/IEC 27000:2018 che ha assorbito e sostituito la ISO/IEC 13335

[6] https://www.enisa.europa.eu/publications/handbook-on-security-of-personal-data-processing

[7] Sostituito dal Comitato europeo per la protezione dei dati, EDPB – European Data Protection Board