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

Edizione di martedì 12 marzo 2019

Procedimenti di cognizione e ADR

Ultime novità in tema di prove atipiche
di **Valentina Baroncini**

Procedimenti di cognizione e ADR

Quando sussiste la giurisdizione del giudice ordinario per le azioni possessorie nei confronti della P.A.? La Cassazione fa il punto
di **Franco Stefanelli**

Esecuzione forzata

È ammissibile il regolamento di giurisdizione proposto da un convenuto residente in Italia in un giudizio di opposizione a d.i. in presenza di una clausola compromissoria di arbitrato estero
di **Giuliano Stasio**

Responsabilità civile

Vizi, mancanza di qualità, aliud pro alio: confini ancora (troppo) incerti
di **Sara Scola**

Comunione – Condominio - Locazione

Affitto d'azienda e pignoramento del terzo: nuova interpretazione sistematica dell'articolo 2643 c.c. n. 9
di **Saverio Luppino**

Diritto e procedimento di famiglia

Assegno di mantenimento per moglie e figlio aumentato se muore il suocero che contribuiva
di **Giuseppina Vassallo**

Diritto e reati societari

La start up innovativa e il beneficio dell'esenzione dall'applicazione delle procedure concorsuali
di **Gian Luca Grossi - Studio Pirola Pennuto Zei & Associati, Marcello Guerzoni - Studio Pirola Pennuto Zei & Associati**

Diritto Bancario

Sulla produzione in giudizio dei decreti ministeriali di rilevazione del tasso soglia antiusura
di **Fabio Fiorucci**

Diritto del Lavoro

Il reclamo nel rito lavoro
di **Evangelista Basile**

Privacy

Privacy: quando i professionisti sono responsabili del trattamento?
di **Redazione**

Procedimenti di cognizione e ADR

Ultime novità in tema di prove atipiche

di **Valentina Baroncini**

Abstract: *Il presente Focus è dedicato ad un inquadramento del tema delle c.d. prove atipiche, avendo speciale riguardo alle più recenti pronunce giurisprudenziali intervenute in materia.*

1.Un tema che da sempre attira l'attenzione di dottrina e giurisprudenza è quello riguardante le prove c.d. atipiche, definibili in prima approssimazione come quei mezzi di convincimento del giudice, circa l'esistenza di un fatto allegato, non espressamente codificati da alcuna norma di legge.

La questione, come noto, presenta una pluralità di sfaccettature, tutte meritevoli di un'analisi dedicata: anzitutto, ci si è interrogati sul se, effettivamente, la categoria *de qua* sia degna di trovare cittadinanza nell'ordinamento processual civilistico; laddove si ritenga di offrire una risposta positiva a tale quesito, l'indagine è destinata poi a spostarsi sui limiti di ammissibilità di tali prove all'interno del giudizio; infine, giocoforza, sul valore probatorio che può essere alle stesse riconosciuto.

Ciascuno di questi temi verrà toccato nel prosieguo del presente *Focus*, avendo un riguardo particolare alle più recenti pronunce giurisprudenziali intervenute in materia.

2.Una notazione preliminare, di rilievo specialmente dogmatico, più che pratico, concerne la possibilità stessa di identificare, all'interno dell'ordinamento processual civilistico, la categoria delle c.d. prove atipiche.

Se su tale questione la giurisprudenza non ha mai sollevato dubbi – e, come vedremo oltre, in generale dimostra di assumere un atteggiamento assai liberale nei confronti di tali mezzi di convincimento -, appare meritevole di menzione quell'autorevole voce dottrinale secondo cui l'elencazione dei mezzi di prova rinvenibile nel nostro ordinamento può di per sé ritenersi esaustiva e dunque idonea a ricomprendere anche quegli strumenti di convincimento che la *communis opinio* tende, all'opposto, a ricondurre al novero delle c.d. prove atipiche, con la conseguenza per cui nessuna necessità vi sarebbe di fare ricorso a tale categoria e al connesso invocato principio della non tassatività del repertorio legale delle prove [il riferimento è a B. Cavallone, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in B. Cavallone, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 345 ss.].

3.Proprio dall'appena menzionato **principio di non tassatività dei mezzi di prova** disciplinati dall'ordinamento muove, all'opposto, l'indirizzo dottrinale maggioritario sia nel riconoscere cittadinanza a tale categoria dogmatica sia, soprattutto, per affermarne l'ammissibilità e

l'utilizzabilità in giudizio. In altri termini, dall'assenza di una norma di chiusura del catalogo legale delle prove, e unitamente ad altri argomenti – su tutti, l'esistenza di strumenti di convincimento, quali le presunzioni semplici, intrinsecamente atipici, nonché il riconoscimento della categoria degli argomenti di prova -, si è ritenuto di desumere l'ammissibilità, e nel nostro ordinamento processuale, e all'interno del processo, di mezzi di convincimento non positivamente disciplinati [sul punto, anche per ulteriori riferimenti, M. Taruffo, *Fatti e prove*, in M. Taruffo, *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 72 ss.].

Da parte sua, come si accennava poc'anzi, la giurisprudenza ricorre ampiamente alla categoria delle prove atipiche e giustifica la sua piena utilizzabilità in giudizio mediante il ricorso al principio del **libero convincimento del giudice**, in virtù del quale, cioè, il giudice sarebbe libero, secondo il suo prudente apprezzamento, di trarre mezzi di convincimento anche da strumenti probatori non espressamente disciplinati dall'ordinamento [tra le più recenti, **Cass., 21 agosto 2018, n. 20865**; **Cass., 20 marzo 2018, n. 6892**; **Cass., 2 febbraio 2018, n. 2628**; **Cass., 20 gennaio 2017, n. 1593**].

Sul punto, la dottrina si è senz'altro mostrata più cauta e maggiormente sensibile al rispetto dei **principi regolatori del giusto processo**, richiedendo ineludibilmente, in particolare, nell'acquisizione delle prove atipiche, il rispetto del principio del contraddittorio, escludendo l'ammissibilità in giudizio di quelle assunte *inaudita altera parte* [è il caso, ad esempio, della perizia stragiudiziale: sul punto, per i dovuti riferimenti, si rinvia a M. Montanari, V. Baroncini, sub *art. 116 c.p.c.*, in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, Milano, 2018, I, 1391 ss.].

4.Passando al tema dell'**efficacia probatoria** riconosciuta alle prove atipiche, è stato efficacemente osservato come, a tal proposito, la giurisprudenza abbia ordinato la variegata gamma di tali mezzi di prova secondo un ordine gerarchico che rispecchia quello intercorrente tra i mezzi di prova tipici ai quali la prova atipica presa in considerazione maggiormente si avvicina [di nuovo, M. Montanari, V. Baroncini, sub *art. 116 c.p.c.*, cit., 1386].

Così, all'apice di tale scala gerarchica è possibile individuare le **prove documentali atipiche assimilate agli atti pubblici**, in quanto tali dotate dell'efficacia di **prova legale** descritta all'art. 2700 c.c. È il caso, ad esempio: dei verbali redatti dai funzionari degli enti previdenziali e assistenziali o dell'ispettorato del lavoro o degli organi di polizia giudiziaria; dei verbali di accertamento di violazioni di natura amministrativa; dei certificati di stato civile o rilasciati dalle camere di commercio; dei certificati medici redatti da pubblici ufficiali; della relazione *ex* art. 33 l. fall. redatta dal curatore fallimentare.

Su un gradino inferiore, si collocano invece le **prove documentali atipiche assistite da una presunzione *iuris tantum*** di corrispondenza al vero dei fatti ivi riportati, in quanto tali idonee a vincolare il convincimento giudiziale circa l'esistenza di un determinato fatto sino a prova contraria: in tale categoria, generalmente, si riconducono le certificazioni amministrative.

Scendendo ulteriormente si incontrano quelle **prove atipiche** cui si tende a riconoscere valore

di **prova libera**, in quanto tali idonee, di per sé, a fondare il convincimento del giudice, secondo il suo prudente apprezzamento, circa l'esistenza del fatto allegato. In questa categoria è possibile rinvenire alcune tra le fattispecie più interessanti e ricorrenti di prove atipiche prese in considerazione dalla prassi applicativa dei nostri tribunali. È il caso delle **prove raccolte in altro processo** tra le stesse o altre parti che, laddove prodotte in giudizio, sono appunto considerate quali prove liberamente valutabili dal giudice [con generico riguardo alla possibilità di utilizzare, al fine in esame, i **verbali di causa** di un altro processo in cui siano state trasfuse le risultanze istruttorie ivi acquisite, **Cass., 1° febbraio 2019, n. 3133**]. In tal senso ci si è espressi, ad esempio, in relazione alle prove assunte nell'ambito di un **processo penale** [**Cass., 12 gennaio 2016, n. 287**; con riguardo specifico alle **testimonianze** rese in un processo penale, **Cass., 31 gennaio 2019, n. 2786**], ovvero in riferimento agli **atti acquisiti o formati in sede di indagini preliminari** [**Cass., 31 maggio 2018, n. 13766**; **Cass., 20 gennaio 2017, n. 1593**]. Una posizione più sfumata è viceversa assunta con riguardo alle prove acquisite nell'ambito di un (differente) **processo civile**, dove non mancano pronunce di merito che tendono a riconoscere alle stesse **valore meramente indiziario** [Trib. Firenze, 27 marzo 2017]. Sulla questione, come già si accennava, è più prudente la soluzione rinvenibile in dottrina, secondo la quale l'utilizzabilità delle prove assunte in altro giudizio non può in nessun caso porsi in contrasto con il **principio del contraddittorio**, con la conseguenza di ritenere inutilizzabili le prove di tal fatta laddove la parte contro la quale si vuole invocare la relativa efficacia probatoria non abbia partecipato alla fase di assunzione della stessa [in giurisprudenza, un riscontro è rinvenibile in **Cass., 16 maggio 2018, n. 11935**]. Alla categoria *de qua* vengono inoltre ricondotte anche le **perizie stragiudiziali** [per un recente arresto, **Cass., 23 ottobre 2018, n. 26765**].

Infine, all'ultimo gradino della gerarchia sin qui passata in rassegna ritroviamo quelle **prove atipiche** cui viene riconosciuta un'**efficacia probatoria meramente indiziaria**, ossia la loro mera idoneità a corroborare il convincimento che il giudice si sia formato sulla base di altre risultanze istruttorie. In tale categoria ricadono, fondamentalmente, gli **scritti provenienti da terzi estranei al giudizio**, ossia le scritture prodotte nei confronti di una parte che non appare esserne l'autore, né dell'autore appare essere erede o avente causa [tra le più recenti, **Cass., 8 ottobre 2018, n. 24695**; **Cass., 19 gennaio 2017, n. 1315**; **C. App. Milano, 4 maggio 2017**].

Procedimenti di cognizione e ADR

Quando sussiste la giurisdizione del giudice ordinario per le azioni possessorie nei confronti della P.A.? La Cassazione fa il punto

di **Franco Stefanelli**

Cass., Sez. Un., Ord., ud. 4 dicembre 2018, 13 dicembre 2018, n. 32364, Pres. Mammone – Rel. Giusti

[1] Giurisdizione – Giurisdizione ordinaria ed amministrativa – Giurisdizione dell'A.G.O. – Tutela possessoria nei confronti della Pubblica Amministrazione – Azioni possessorie – Azioni contro la P.A. (cod. civ., artt. 1168 e 1170; cod. proc. civ., artt. 37 e 41; d.lgs. n. 104/2010 all. 1, art. 113 c. 1 lett. q)

[1] Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, in relazione ad una domanda di reintegra e/o manutenzione nel possesso di un terreno privato sul quale l'amministrazione abbia fatto scaricare una ingente quantita? di detriti franosi, atteso che l'ordinanza sindacale invocata dal Comune resistente aveva solamente imposto ad alcuni soggetti la rimozione di tutto il materiale gia? crollato o instabile, ma non aveva affatto stabilito che la strada dovesse essere liberata riversando tale materiale sul fondo posseduto dai ricorrenti. Infatti, le azioni possessorie nei confronti della Pubblica Amministrazione e di chi agisca per conto di essa sono esperibili davanti al giudice ordinario soltanto allorché il comportamento della medesima non si ricolleghi ad un formale provvedimento amministrativo, emesso nell'ambito e nell'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali ad essa spettanti, ma si concretizzi e si risolva in una mera attivita? materiale, disancorata e non sorretta da atti o provvedimenti amministrativi formali, mentre, ove dette azioni siano proposte in relazione a comportamenti attuati in esecuzione di poteri pubblici o comunque di atti amministrativi, deve essere dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario. Infatti, nei confronti dei poteri autoritativi e discrezionali spettanti alla Pubblica Amministrazione, le posizioni soggettive del privato hanno natura non di diritto soggettivo, bensi? di interesse legittimo, tutelabile, quindi, davanti al giudice amministrativo.

CASO

[1] Aulo Agerio presentavano ricorso ai sensi degli artt. 1168 e 1170 cod. civ. nei confronti della impresa Numerio Negidio e del Comune di Oppidum, chiedendo che il Tribunale lo reintegrasse o manutenesse nel possesso del terreno pertinenziale alla di lui abitazione oltre alla condanna dei convenuti al risarcimento del danno, lamentando l'occupazione del di lui terreno e lo scarico su di esso di circa 2000 metri cubi di detriti provenienti da una frana staccatasi dai terreni sovrastanti e rovinata sul sedime di una salita vicina. Il ricorrente deduceva che nel dicembre 2013, a seguito di abbondanti precipitazioni piovose, una frana di

grandi dimensioni si era staccata dal terreno pertinenziale del condominio sovrastante la fascia di terreno di sua proprietà ed aveva occupato la salita predetta, e denunciava che l'impresa Numerio Negidio aveva invaso con mezzi d'opera il terreno di sua proprietà, riversando su di esso sia i detriti che si erano naturalmente depositati, a seguito del distacco franoso, sul terreno sovrastante, sia il materiale instabile che minacciava di rovinare dalla collina, appositamente distaccato durante le operazioni di messa in sicurezza.

Aulo Agerio aveva rappresentato:

– che l'impresa Numerio Negidio aveva agito quale affidataria di lavori urgenti provvisionali atti alla messa in sicurezza dello smottamento,

– che il Comune di Oppidum non aveva adottato né comunicato alcun provvedimento amministrativo atto a giustificare l'occupazione del terreno di proprietà del ricorrente

– e che, nonostante le promesse di sollecita rimozione dei detriti, il terreno continuava ad essere inaccessibile ed inutilizzabile.

Si costituiva in giudizio il solo Comune di Oppidum, resistendo ed in via pregiudiziale eccependo il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, sul rilievo che il deposito dei detriti nel terreno dei ricorrenti fosse stato conseguenza di un'ordinanza contingibile ed urgente del sindaco che aveva disposto l'adozione dei provvedimenti necessari per la messa in sicurezza dell'area.

All'esito del procedimento, il Tribunale emetteva il richiesto provvedimento interdittale, ordinando all'impresa Numerio Negidio ed al Comune di Oppidum di reintegrare il ricorrente nel possesso del terreno.

Aulo Agerio, dunque, proponeva ricorso per la prosecuzione della causa nel merito ai sensi dell'art. 703 comma 4 cod. proc. civ.; si costituiva il Comune di Oppidum, concludendo per il difetto di giurisdizione del giudice ordinario e, nel merito, per il rigetto delle domande. Nelle more del giudizio di merito, il Comune di Oppidum proponeva ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, chiedendo affermarsi il difetto di giurisdizione del giudice ordinario a favore del giudice amministrativo, deducendo che si trattasse dell'esecuzione di un'ordinanza contingibile e urgente, adottata dal sindaco ai sensi del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (art. 54 comma 4 d.lgs. n. 267/2000), a causa del pericolo concreto di riversamento di materiale franoso e manufatti instabili di vario tipo, che aveva addirittura portato alla chiusura della sottostante linea ferroviaria. Concludeva, pertanto, il Comune che sussistesse giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 113 c. 1 lett. q) d.lgs. n. 104/2010 all. 1, e che, in ogni caso, sussistesse il difetto di giurisdizione del giudice ordinario in ragione della natura autoritativa e discrezionale del potere esercitato dalla Pubblica Amministrazione e della conseguente qualificazione in termini di interesse legittimo della pretesa azionata in giudizio: la Pubblica Amministrazione non avrebbe illegittimamente realizzato un mero comportamento materiale *sine titulo*, bensì

avrebbe emesso provvedimenti a tutela dell'incolumità pubblica nell'esercizio dei poteri autoritativi riconosciuti dal nostro ordinamento.

Nell'assenza di attività difensiva della impresa Numerio Negidio, [2] [3] Aulo Agerio resisteva con controricorso, sostenendo che il ricorso per regolamento preventivo fosse inammissibile perché in esso non sarebbero stati esposti gli estremi della controversia necessari per la definizione della questione di giurisdizione, atteso che il Comune non solo aveva omesso di riferire che l'interdetto possessorio fosse stato eseguito, ma neppure aveva specificato quali fossero il *petitum* e la *causa petendi* dedotti nel giudizio di merito che avrebbero giustificato una pronuncia sulla giurisdizione. [1] La controversia, pertanto, sarebbe stata da attribuire al giudice ordinario, perché, deducendosi l'illegittimità dei comportamenti materiali posti in essere dal Comune, era stata domandata la tutela possessoria nella rilevata carenza di esercizio di un potere amministrativo.

Il pubblico ministero premetteva che la giurisdizione si determina sulla base della domanda dell'attore e del cosiddetto *petitum* sostanziale e non anche del contenuto delle eventuali eccezioni sollevate dal convenuto. Rilevava quindi che nella specie l'attore aveva ricollegato il ricorso possessorio, non all'ordinanza contingibile e urgente emanata dal sindaco del Comune a seguito del verificarsi dell'evento franoso, la cui allegazione era avvenuta in via di eccezione, ma a un comportamento materiale dell'ente locale e di suoi delegati, integranti spoglio o turbativa. Ad avviso dell'Ufficio del Procuratore Generale, il ricorrente nel giudizio *a quo*, assumendo di essere stato spogliato o molestato nel possesso del terreno su cui il Comune aveva fatto scaricare detriti prodotti da una frana, non aveva ricondotto lo spoglio o la molestia assertivamente patiti a un provvedimento con il quale l'amministrazione comunale avesse disposto l'occupazione dell'area privata al fine di ripristinare il transito o tutelare la stabilità di edifici. Secondo la prospettazione attorea, nell'attività dell'ente locale si doveva ravvisare un disturbo di fatto del possesso del bene, e non l'esercizio di una potestà pubblicistica.

SOLUZIONE

[1] La Suprema Corte ha dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario, al quale ha rimesso altresì la liquidazione delle spese del regolamento preventivo di giurisdizione, atteso che l'ordinanza sindacale invocata dal Comune resistente aveva solamente imposto ad alcuni soggetti la rimozione di tutto il materiale gia? crollato o instabile, ma non aveva affatto stabilito che la strada dovesse essere liberata riversando tale materiale sul fondo posseduto dai ricorrenti.

[2] La Corte di cassazione, atteso che, nel caso di specie, risultava pendente, avanti il Tribunale, il giudizio sul merito possessorio ai sensi dell'art. 703 comma 4 cod. proc. civ., ha affermato che il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione era ammissibile, non costituendo circostanza ostativa alla detta proponibilità il fatto che, nella fase sommaria, fosse stato, con ordinanza, concesso l'interdetto possessorio e fosse stata risolta, in senso affermativo, la questione di giurisdizione, non perdendo, detta pronuncia, il suo carattere

provvisorio ed interinale.

[3] La Suprema corte ha affermato che il ricorso per regolamento, nel caso di specie, fosse ammissibile, in quanto conteneva l'esposizione sommaria dei fatti di causa, e quindi consentiva alla Corte di cassazione di conoscere dall'atto, senza attingerli *aliunde*, gli elementi indispensabili per una precisa cognizione dell'origine e dell'oggetto della controversia, dello svolgimento del processo e delle posizioni in esso assunte dalle parti, sia pure in funzione della sola questione di giurisdizione da decidere.

QUESTIONI

[1] La questione principale affrontata dall'ordinanza in commento è l'individuazione (per utilizzare l'espressione della pronuncia) del "plesso giurisprudenziale", al quale spetti la giurisdizione sulla domanda possessoria e di risarcimento del danno proposta, nei confronti della Pubblica Amministrazione e dell'impresa da essa delegata, dal privato che lamenti di essere stato spogliato o turbato nel possesso di un terreno di sua proprietà attraverso lo scarico e il deposito, su di esso, dei detriti provenienti da una frana staccatasi dai terreni sovrastanti (al riguardo, in dottrina, si rimanda a ALPA e MARICONDA, *sub art. 1168* e *sub art. 1170*, in *Codice Civile*, tomo I, Milano, 2013, III ed.).

In primo luogo, la Corte di cassazione, richiamando, per molti versi, letteralmente il proprio precedente di Cass., Sez. Un., 21 giugno 2012, n. 10285, ricorda che le azioni possessorie sono esperibili davanti al giudice ordinario nei confronti della Pubblica Amministrazione (e dei soggetti, che agiscono per conto di essa) soltanto quando il comportamento perseguito dalla medesima non si ricolleghi ad un formale provvedimento amministrativo, emesso nell'ambito e nell'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali ad essa spettanti – di fronte ai quali le posizioni soggettive del privato hanno natura non di diritto soggettivo, bensì di interesse legittimo, tutelabile, quindi, davanti al giudice amministrativo – ma si concretizzi e si risolva in una mera attività materiale, disancorata e non sorretta da atti o provvedimenti amministrativi formali, mentre, ove dette azioni siano proposte in relazione a comportamenti attuati in esecuzione di poteri pubblici o comunque di atti amministrativi, deve essere dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario.

La Suprema Corte, inoltre, rammenta che la giurisdizione si determina sulla base della domanda, dovendosi guardare, ai fini del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, non già alla prospettazione compiuta dalle parti, bensì al *petitum* sostanziale: quest'ultimo deve essere identificato, non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, quanto, soprattutto, in funzione della *causa petendi*, ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio, da individuarsi con riguardo ai fatti allegati (Cass., Sez. Un., 2 marzo 2018, n. 4997).

Nel caso di specie, il *petitum* sostanziale della domanda proposta da Aulo Agerio consisteva nella reintegrazione o la manutenzione del suo possesso, assuntivamente compresso o molestato dal Comune e dalla impresa esecutrice dei lavori ponendo in essere attività

materiali, compiute *sine titulo*, in difetto di qualsivoglia autoritativo/ablativo idoneo a sottrarre al privato la proprietà o la disponibilità del bene ovvero diretto a mutare il modo di godimento; manca, nel ricorso con cui si è invocata la tutela reintegratoria o manutentoria, qualsiasi riferimento diretto o indiretto a ordinanza contingibile e urgente (anzi, se ne assume la inesistenza). Dal ricorso per reintegrazione e/o manutenzione nel possesso risulta infatti che Aulo Agerio abbia posto a fondamento della azione proposta la deduzione che il Comune non avesse né adottato né comunicato alcun provvedimento amministrativo atto a giustificare l'operato e l'occupazione del terreno, avvenuti quindi *sine titulo*: Aulo Agerio aveva denunciato che l'attività dell'ente locale e dei suoi delegati – consistita nell'avere occupato la fascia di terreno di sua proprietà, facendo scaricare su di essa i detriti prodotti da una frana – si risolveva e si concretava in una mera attività materiale non sorretta da alcun atto e/o provvedimento amministrativo formale. Il ricorso possessorio non contiene alcun riferimento all'emissione, da parte del sindaco del Comune, dell'ordinanza contingibile e urgente conseguente al verificarsi dell'evento franoso. È vero che il Comune si difendeva nel giudizio possessorio deducendo che fosse stata adottata, ai sensi dell'art. 54 comma 4 d.lgs. n. 267/2000, un'ordinanza sindacale contingibile e urgente, tramite cui era ingiunta ai proprietari dei terreni interessati dal movimento franoso «*la rimozione di tutto il materiale già crollato e/o instabile su tutta l'area interessata secondo le prescrizioni che verranno impartite dall'Ufficio tecnico comunale*». Epperò, l'attività posta in essere dall'amministrazione con riguardo allo scarico del consistente materiale franoso nel fondo posseduto dal privato ricorrente si rivelava del tutto disancorata dalla detta ordinanza del sindaco del Comune. Questa, infatti, aveva imposto ad alcuni determinati soggetti ben individuati – tra cui, peraltro, non figurava Aulo Agerio – di effettuare, quali misure provvisionali atte ad evitare possibili rischi per l'incolumità pubblica, la rimozione di tutto il materiale già crollato o instabile e lo sgombero della strada, nonché di realizzare, quali misure definitive, opere di consolidamento del versante, ma non aveva affatto stabilito, neppure in via di necessaria implicazione, che la strada dovesse essere liberata riversando sul sottostante terreno di Aulo Agerio ubicato nel territorio di altro Comune, il materiale detritico proveniente dalla frana.

Stando così le cose, certamente da condividersi è la dichiarazione della giurisdizione del giudice ordinario, atteso che l'azione possessoria è stata proposta dal privato, tenuto conto del *petitum* sostanziale della sottostante pretesa di merito, per reagire ad un mero comportamento materiale del Comune e dell'impresa da esso delegata, non attuato in esecuzione di poteri pubblici o di provvedimenti amministrativi.

[2] Pacifico in giurisprudenza che sia ammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione proposto nel corso del procedimento possessorio, ancorché, nella fase sommaria o in sede di reclamo, sia stata risolta, in senso affermativo o negativo, una questione attinente alla giurisdizione, trattandosi di provvedimento che mantiene carattere di provvisorietà ed essendo comunque possibile richiedere la prosecuzione del giudizio, ai sensi dell'art. 703 comma 4 cod. proc. civ. per la rivalutazione della stessa questione; la pronuncia in commento non si discosta dal citato orientamento (sul punto, si rinvia, nelle decisioni a Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2014, n. 22614; Cass., Sez. Un., 20 luglio 2015, n. 15155; ed anche Cass. n. 9532/2004, Cass. n. 10315/2006, Cass. n. 5193/2007, Cass. n. 2629/2008, Cass. n. 26037/2013; in dottrina, per

un'analisi completa dell'istituto e per i rimandi giurisprudenziali e dottrinali, basti il riferimento a AULETTA, *Regolamento di giurisdizione e di competenza Competenza del Tribunale*, Bologna, 2019, pag. 1 e ss.).

[3] Il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione è inammissibile, ai sensi dell'art. 366 comma 1 n. 3 cod. proc. civ., qualora non esponga gli estremi della controversia necessari alla definizione della questione di giurisdizione e alla verifica di proponibilità del mezzo, cioè le parti, l'oggetto e il titolo della domanda, il procedimento cui si riferisce l'istanza e la fase in cui esso si trova: l'affermazione è consolidata nelle decisioni della Suprema Corte, dalle quali l'ordinanza qui annotata non si discosta (Cass., Sez. Un., 16 maggio 2013, n. 11826; Cass., Sez. Un., 18 maggio 2015, n. 10092; in dottrina, si rinvia ancora per i numerosi riferimenti ad AULETTA, *op. cit.*, pag. 1 e ss.).

Esecuzione forzata

È ammissibile il regolamento di giurisdizione proposto da un convenuto residente in Italia in un giudizio di opposizione a d.i. in presenza di una clausola compromissoria di arbitrato estero

di **Giuliano Stasio**

Cass. civ. Sez. Unite, ord., 21 settembre 2018, n. 22433, Pres. Schirò, Rel. Cirillo

Regolamento preventivo di giurisdizione – Arbitrato estero – Clausola compromissoria – Opposizione a decreto ingiuntivo – art. 41 c.p.c. – 218/1995 –

MASSIME

1. Il regolamento preventivo di giurisdizione è ammissibile anche in pendenza del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, poiché l'adozione del provvedimento monitorio non costituisce decisione nel merito ai sensi dell'art. 41 c.p.c.
2. Nel vigente sistema di diritto internazionale privato disciplinato dalla l. n. 218 del 1995, l'istanza di regolamento preventivo di giurisdizione proposta dal convenuto residente o domiciliato in Italia è sempre ammissibile, purché l'istante dimostri l'esistenza di uno specifico interesse a ricorrere a questo specifico strumento al fine di escludere la giurisdizione nazionale davanti al quale sia stato convenuto.
3. In tema di opposizione a decreto ingiuntivo, quando all'esito del regolamento preventivo di giurisdizione sia stato dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice nazionale, si determina una improseguibilità del giudizio di merito, in quanto il giudice italiano, pur avendo avuto il potere di adottare il provvedimento poi opposto, non ha più quello di decidere la relativa controversia, se non limitandosi a dichiarare la nullità del ridetto decreto monitorio.

CASO

Una società italiana otteneva dal Tribunale di Patti un decreto ingiuntivo nei confronti di un'altra società italiana per un credito documentalmente provato, fondato su un rapporto di sub-appalto, nel quale era presente una clausola compromissoria in favore di un arbitrato in Germania.

Dopo essersi opposta al decreto, la società ingiunta, con ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, chiedeva di dichiarare il difetto di giurisdizione del Tribunale di Patti, in ragione dell'esistenza della clausola compromissoria per arbitrato estero e, di conseguenza, anche la revoca del decreto ingiuntivo.

SOLUZIONE

Le Sezioni Unite hanno accolto la richiesta della società ingiunta, confermando, innanzitutto, la proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo e la proponibilità dello stesso da parte di una società domiciliata in Italia, avendo quest'ultima allegato e dimostrato il suo interesse ad agire, cioè a vedere la controversia risolta nelle forme dell'arbitrato estero.

Una volta dichiarata l'ammissibilità del regolamento di giurisdizione, data la validità della clausola compromissoria, le Sezioni Unite hanno dichiarato il difetto di giurisdizione del Giudice italiano e, di conseguenza, hanno pronunciato la nullità del decreto ingiuntivo opposto, regolando le spese anche del giudizio di opposizione.

QUESTIONI

Le Sezioni Unite hanno, in primo luogo, confermato i numerosi precedenti (da ultimo, Cass. 12308/2015), che avevano già riconosciuto la proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione in un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, ritenendo che l'emissione di quest'ultimo nella fase monitoria (anche se successivamente dichiarato provvisoriamente esecutivo ex art. 648 c.p.c. – si veda Cass., S.U., 10132/2012), non costituisca una decisione nel merito, preclusiva del regolamento, ai sensi dell'art. 41 c.p.c.

Mentre quest'affermazione era piuttosto scontata, la pronuncia offre spunto per una veloce panoramica su altre tre tematiche, più dibattute e meno frequenti: (i) la proponibilità del regolamento di giurisdizione nei confronti di una clausola compromissoria per arbitrato estero; (ii) la proponibilità dello stesso da parte di persone residenti o domiciliate in Italia e (iii) il rapporto tra clausola compromissoria e procedimento monitorio.

Con riferimento al primo problema, la pronuncia in commento si inserisce nel solco dell'orientamento originato dalla sentenza Corte Cost. 223/2013, con la quale la Consulta ha riconosciuto natura giurisdizionale all'arbitrato rituale. A questa pronuncia è seguita, poco dopo, Cass. S.U. n. 24153/2013, che ha affermato la proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione per far valere l'eccezione di compromesso a favore di un arbitrato estero, a condizione che il convenuto non avesse espressamente o tacitamente accettato la giurisdizione italiana, come previsto dall'art. 11 della L 218/1995. Nonostante la questione in passato fosse stata oggetto di pronunce di segno opposto, si segnala che a partire dal 2013 l'orientamento citato è sempre stato ribadito dalla Corte con diverse altre pronunce, tra cui Cass., S.U., 10800/2015.

La seconda questione vede, invece, le Sezioni Unite distaccarsi – in maniera del tutto opportuna – da un precedente piuttosto equivoco. Con l'ordinanza n. 4807/2005, infatti, le stesse Sezioni Unite avevano affermato che, "nel vigente sistema di diritto internazionale privato, di cui alla L. 31 maggio 1995, n. 218, è inammissibile l'istanza di regolamento preventivo proposta dal convenuto residente in Italia", presupponendo implicitamente la

sussistenza della giurisdizione nei confronti del convenuto residente in Italia, in forza dell'art. 3 della L 218/1995 e dell'art. 2 del Regolamento CE n. 44/2001 (ora art. 4 del Regolamento UE n. 1215/2012). Sono ipotizzabili, però, diversi casi in cui una controversia nei confronti di un convenuto residente in Italia può essere decisa esclusivamente da un Giudice o arbitro non italiano: basti pensare alla presenza di una clausola di proroga della giurisdizione in favore di un giudice straniero o alla sussistenza di uno dei criteri di collegamento di giurisdizione esclusiva *ex* art. 24 del Regolamento UE n. 1215/2012. In tutti questi casi, come correttamente affermato nella pronuncia in commento, occorrerà verificare se il convenuto abbia allegato e dimostrato uno specifico interesse ad agire con il regolamento preventivo, ossia se abbia dimostrato di avere una concreta possibilità di escludere la giurisdizione italiana in forza di un criterio di collegamento esclusivo con un'altra giurisdizione. Quest'analisi dev'essere svolta indipendentemente dalla sua cittadinanza (criterio superato dalla L 218/1995) e dalla sua residenza in Italia, che – come esemplificato in precedenza – non sempre lo vincola alla giurisdizione italiana.

Alla luce di queste riflessioni – e si passa alla terza delle questioni che vengono in rilievo – la Corte ha dichiarato la nullità del decreto ingiuntivo, perché emesso da un giudice che, pur avendo il potere di emanare il provvedimento monitorio, non ha il potere di decidere la controversia. Come già ripetutamente affermato dalla Corte, siccome il procedimento arbitrale non contempla l'emissione di provvedimenti *inaudita altera parte*, l'esistenza di una clausola compromissoria non esclude la competenza del giudice ordinario ad emettere un decreto ingiuntivo, ma gli impone, nell'eventuale giudizio di opposizione, di riconoscere la propria carenza di *potestas iudicandi* e a fronte dell'*exceptio compromissi*, dichiarando la nullità del decreto opposto e rimettendo la controversia al giudizio degli arbitri, così come fatto dalle stesse Sezioni Unite nel provvedimento in commento.

Responsabilità civile

Vizi, mancanza di qualità, aliud pro alio: confini ancora (troppo) incerti

di **Sara Scola**

Cass. Civ., Sez. II, Sent., (ud. 18-12-2017) 24-04-2018, n. 10045 – Rel. Dott. L. Abete

Vizi, mancanza di qualità, *aliud pro alio*; risoluzione del contratto; inadempimento; risarcimento del danno

MASSIME

In tema di vendita, è configurabile la consegna di "aliud pro alio" non solo quando la cosa consegnata è completamente difforme da quella contrattata, appartenendo ad un genere del tutto diverso, ma anche quando è assolutamente priva delle caratteristiche funzionali necessarie a soddisfare i bisogni dell'acquirente, o abbia difetti che la rendano inservibile; in tale ultimo caso, è necessario che la particolare utilizzazione della cosa sia stata espressamente contemplata, da entrambe le parti, nella negoziazione.

La risoluzione del contratto di vendita è impedita soltanto dalla trasformazione, dall'alienazione o dal perimento per caso fortuito o forza maggiore del bene venduto e non anche dal suo uso anche prolungato da parte del compratore, salvo che da tale uso possa desumersi una tacita rinunzia all'azione.

CASO

Nel luglio del 2004, N.A., affetto da grave *deficit* deambulatorio, acquistava dalla C. S.p.A., titolare della concessionaria di un noto marchio automobilistico, un'autovettura nuova, chiedendo che venisse munita di un apposito sedile girevole, destinato a consentirgli, in ragione della sua disabilità, la fruizione del mezzo; il compratore provvedeva all'integrale pagamento del corrispettivo pattuito, comprensivo anche del costo di installazione del sedile girevole.

Tuttavia, nello stesso mese di luglio del 2004, N.A. denunciava alla società venditrice la difettosa installazione del sedile girevole e nel febbraio del 2008, dopo che la prima revisione del veicolo aveva dato esito negativo, conveniva in giudizio la società stessa, domandando la risoluzione del contratto per inadempimento, oltre al risarcimento dei danni patiti. In via subordinata, l'acquirente istava per l'annullamento del contratto per errore, con condanna alla restituzione del prezzo e al risarcimento del danno; in via ulteriormente subordinata, chiedeva

la risoluzione del contratto per mancanza delle qualità promesse nel bene venduto, sempre assieme al risarcimento del danno subìto.

Autorizzata la chiamata in causa (richiesta dalla convenuta) della società cui era stata commissionata l'installazione del sedile, il giudice di prime cure accoglieva parzialmente la domanda attorea, risolvendo il contratto per inadempimento della società venditrice, condannando quest'ultima alla restituzione del prezzo, oltre interessi legali. La domanda di manleva esperita nei confronti della terza chiamata veniva, invece, rigettata.

A seguito di impugnazione da parte della società venditrice, la Corte d'Appello di Roma, "ribaltava" la statuizione di primo grado, escludendo che, nel caso di specie, potesse configurarsi un'ipotesi di c.d. *aliud pro alio*; pertanto, veniva rigettata la domanda dell'acquirente di risoluzione per inadempimento, con condanna dello stesso alla restituzione degli importi ricevuti per effetto della sentenza di primo grado.

N.A. proponeva, quindi, ricorso in Cassazione sulla base di tre motivi.

Con il primo motivo, il ricorrente censurava la ricostruzione dei giudici di secondo grado, che, come detto, avevano escluso che il caso di specie potesse rientrare nell'ambito del c.d. *aliud pro alio*.

Con il secondo motivo e il terzo motivo di ricorso, venivano sollevate alcune questioni di carattere processuale. In particolare, il ricorrente lamentava il vizio di omessa pronuncia in ordine alle domande spiegate in primo grado in via subordinata (domande che il giudice di secondo grado, rigettata la domanda principale, non aveva preso in considerazione, nonostante fossero state riproposte nella comparsa in appello), nonché alla richiesta risarcitoria, la quale avrebbe dovuto essere vagliata a prescindere dalla decisione in merito alla ricostruzione della fattispecie in esame.

Con la pronuncia in commento, la S.C. riforma nuovamente la statuizione di merito, accogliendo i primi due motivi di ricorso e dichiarando assorbito il terzo.

SOLUZIONE

La sentenza in esame, pur senza essere rivoluzionaria, ribadisce rilevanti principi per la materia che qui occupa.

Così, volendo focalizzare l'attenzione sugli aspetti di ordine sostanziale, occorre soffermarsi sulla rilevanza del dedotto difetto del bene venduto in termini di c.d. *aliud pro alio*.

Come detto, secondo la ricostruzione prospettata dalla Corte d'Appello – almeno per quanto è possibile dedurre dalla motivazione della pronuncia in esame – non si poteva ritenere che la difformità riscontrata tra la cosa pattuita e quella consegnata fosse tale da integrare l'ipotesi della consegna di "una cosa per un'altra". Infatti, nel caso di specie, il bene concretamente

venduto doveva considerarsi appartenente al genere merceologico pattuito; inoltre, almeno fino alla revisione del veicolo con esito negativo, esso aveva perseguito la funzione economico-sociale cui era destinato, come dimostrato anche dal suo uso prolungato.

La Corte di Cassazione, invece, non condivide il ragionamento sviluppato dai giudici d'Appello e, muovendo dai precedenti richiamati (Cass. civ., 18.1.2007, n. 1092 e Cass. civ., 5.2.2016, n. 2313), ribadisce che la consegna di un *aliud pro alio* si verifica non solo quando vi sia una radicale difformità tra la cosa pattuita e quella consegnata, ma anche quando quest'ultima difetti delle caratteristiche atte a garantire (o presenti vizi che precludono) la funzionalità necessaria rispetto alle specifiche esigenze dell'acquirente, nella misura in cui la particolare utilizzazione sia stata presa in espressa considerazione, da parte di entrambe le parti, nella negoziazione.

Nel caso di specie, quindi, l'installazione del sedile difettoso sulla vettura, tale da renderlo inservibile, lungi dall'integrare un semplice accessorio dell'acquisto, rende il bene del tutto inidoneo ad assolvere la funzione concretamente assunta come essenziale dalle parti nella specifica pattuizione tra loro intercorsa.

Ne deriva la configurabilità di una consegna di *aliud pro alio*, con conseguente risolubilità del contratto di vendita per inadempimento secondo le regole ordinarie, *ex* artt. 1453 ss. cod. civ.

Nell'affermare quanto sopra, la S.C. chiarisce, altresì, che, nel caso di specie, nessuna rilevanza può avere il prolungato uso del bene da parte del compratore (per ben quattro anni) prima della proposizione della domanda giudiziale di risoluzione.

In tale modo, la S.C. ribadisce, così, un altro principio giuridico già espresso in epoche ormai remote, secondo il quale la risoluzione del contratto di vendita è impedita soltanto dalla trasformazione, dall'alienazione o dal perimento per caso fortuito o forza maggiore del bene venduto e non anche dal suo uso prolungato da parte del compratore, salvo che – e ciò viene espressamente escluso nel caso di specie – da tale uso possa desumersi una tacita rinunzia all'azione (così, Cass. Civ., 9.10.1976, n. 3362).

QUESTIONI

La pronuncia in commento risulta in linea con la tendenza, già avviata ormai da alcuni anni, a un progressivo allargamento della fattispecie del cd. *aliud pro alio*. Come noto, con tale espressione si fa riferimento a quella figura di creazione dottrinale e giurisprudenziale volta a ricomprendere una serie di ipotesi ove le "criticità" del bene venduto sono talmente gravi e rilevanti da non poter affermare che la cosa consegnata sia "semplicemente" viziata o priva delle qualità essenziali o promesse, trattandosi, invece, di consegna di un bene radicalmente diverso da quello oggetto del contratto di vendita. Si tratta così, di un vero e proprio inadempimento contrattuale, che legittima l'acquirente ad agire per l'esatto adempimento, oppure per la risoluzione del contratto *ex* art. 1453 c.c. Inutile evidenziare i numerosi vantaggi che conseguono da tale ultima ricostruzione: il compratore potrà "limitarsi" ad allegare

l'inadempimento del venditore, gravando su quest'ultimo l'onere di provare l'appartenenza del bene consegnato alla particolare *species* convenuta dalle parti (sul punto v., ad es, Cass. Civ., 23.3.2017, n. 7557). Inoltre, l'acquirente non sarà tenuto a rispettare i "diabolici" termini di decadenza e prescrizione previsti in materia di garanzia per vizi, potendo esperire l'azione nell'ordinario termine decennale.

Così, secondo la giurisprudenza, la garanzia per vizi riguarda le imperfezioni e i difetti inerenti al processo di produzione, fabbricazione, formazione e conservazione della cosa; la mancanza delle qualità essenziali o promesse si riferisce, invece, alla natura della merce e concerne tutti gli elementi essenziali e sostanziali che influiscono, nell'ambito di un medesimo genere, sull'appartenenza ad una specie piuttosto che a un'altra (*ex multis*, v. Cass. Civ., 5.4.2016, n. 6596); infine, nell'ampia categoria del c.d. *aliud pro alio* rientrano sia le ipotesi in cui la *res tradita* sia completamente diversa da quella pattuita, in quanto appartenente a un genere diverso (così, ad. es., Cass. Civ., 16.1.2006, n.686), sia tutti i casi in cui la cosa consegnata presenti difetti che le impediscono di assolvere alla sua funzione naturale o a quella concreta assunta come essenziale dalle parti (c.d. inidoneità ad assolvere la funzione economico-sociale), facendola degradare in una sottospecie del tutto diversa da quella dedotta in contratto (così, tra le tante, Cass. Civ., 29.4.2010, n. 10285). Come detto, proprio a tale ultima ipotesi si riferisce il caso di specie, ove il bene consegnato, pur appartenente al genere pattuito, non presenta quella caratteristica essenziale per il compratore (il sedile girevole con le particolari caratteristiche volute dall'acquirente), espressamente concordata tra le parti al momento della conclusione del contratto.

Giova, peraltro, evidenziare che in materia di vendita di autovetture, svariate sono le pronunce che hanno riscontrato una vendita di *aliud pro alio* in quest'ambito; tra queste, vi è il caso della consegna di un'autovettura con impianto a GPL non omologato (Cass. Civ., 13.9.2013, n. 20996), l'ipotesi della vendita di una vettura immatricolata con falsa documentazione e recante il numero di telaio contraffatto (Cass. Civ., 30.3.2006, n. 7561) o il caso del veicolo munito di un motore rubato (Cass. Civ., 11.11.2008, n. 26953).

Se il progressivo e incessante ampliamento del concetto di vendita di *aliud pro alio* può essere accolto con favore, laddove consente di apprestare un'adeguata tutela a fattispecie che, diversamente, ne rimarrebbero prive, non possono sottacersi i rischi di una tale ricostruzione.

I confini tra gli ambiti di applicazione delle diverse categorie (vizi, mancanza di qualità, *aliud pro alio*) sono quantomai labili e la materia sembra ormai interamente governata dalla giurisprudenza.

Ciò dovrebbe, forse, suggerire al legislatore di apprestare validi correttivi ai riferimenti normativi già esistenti, al fine di consentire all'interprete di muoversi con maggiore certezza all'interno di questo delicato settore, evitando di lasciare la materia integralmente nelle mani delle Corti.

Master di specializzazione
DIRITTO AGROALIMENTARE
Scopri le sedi in programmazione >

Comunione – Condominio - Locazione

Affitto d'azienda e pignoramento del terzo: nuova interpretazione sistematica dell'articolo 2643 c.c. n. 9

di **Saverio Luppino**

Corte di Cassazione – Terza sez. civile – Sentenza n.26701/ 2018

Comodato – gestione e godimento della cosa produttiva – art. 2643 c.c. – art. 2562 c.c.– art. 1615 c.c. – cessione del credito – pignoramento del

*"L'art. 2643 n.9 cod. civ., là dove dispone che sono soggetti all'onere della trascrizione 'gli atti e le sentenze da cui risulta liberazione o cessione di pigioni o di fitti non ancora scaduti, per un termine maggiore di tre anni'**, si riferisce anche ai corrispettivi per l'affitto di un'azienda, fra i cui beni sia compreso un immobile, in quanto la figura dell'affitto di azienda, di cui all'art. 2562 cod. civ. è riconducibile a quella fattispecie di locazione indicata dall'art. 1615 cod. civ.** con l'espressione 'gestione e godimento della cosa produttiva' e, pertanto, la nozione di 'fitto', di cui al detto n.9 è idonea a comprendere anche il corrispettivo dell'affitto di azienda."*

CASO

Il Tribunale di prime cure, in funzione di giudice dell'esecuzione veniva chiamato a decidere riguardo l'opposizione agli atti esecutivi in un procedimento di pignoramento presso terzi.

Il credito vantato dal creditore procedente riguardava tributi locali non corrisposti, con conseguente pignoramento delle somme dovute dal terzo al debitore principale, nella fattispecie, riguardanti il canone di affitto di una azienda.

Tuttavia, nel procedimento presso terzi, il terzo pignorato dichiarava ai sensi dell'art. 547 cpc di non dover nulla a parte debitrice, in quanto il credito in oggetto era stato ceduto dalla debitrice a terzi, fino a concorrenza della somma e da quella data, aveva versato al cessionario le indicate somme oggetto del pignoramento in virtù di un atto di cessione del credito.

Il giudice dell'esecuzione assegnava comunque le somme pignorate, ritendendo si trattasse di cessione di crediti futuri, non opponibile al creditore pignorante.

Ne seguiva il giudizio di opposizione agli atti esecutivi, di cui alla sentenza poi opposta con ricorso straordinario, avanti alla Suprema Corte di Cassazione, da parte del terzo e così riassunte:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 1418 c.c., violazione e falsa applicazione dell'articolo 1343 c.c.;
- violazione e falsa applicazione dell'art. 115 c.p.c.;
- violazione e falsa applicazione dell'art. 2918 c.c. e dell'art. 2643, n.9, c.c..

SOLUZIONE

Secondo la Corte, la censura di cui primo motivo di ricorso non affronta il reale tema trattato nella motivazione dal Tribunale e la cessione del credito tra debitore e terzo risulterebbe **un negozio assente di "causa concreta**" in violazione degli articoli 1418 c.c. e 1325 c.c. n.2, diretto esclusivamente ad eludere le ragioni del creditore pignorante.

La soluzione che la Corte offre alla censura di cui al primo motivo risulta tanto dirimente da non rendersi necessario, neppure, la disamina del controricorso proposto da parte resistente, non replicata nella memoria difensiva di controparte. **Pertanto, il ricorso viene dichiarato conclusivamente inammissibile, ma offre alla Corte l'opportunità di coniare un nuovo principio di diritto.**

È plausibile l'applicazione dell'articolo 2643, n.9 c.c., anche alla *gestione e godimento della cosa produttiva* ex art. 1615 c.c., e, pertanto, la nozione di fitto di cui al detto n.9 **è idonea a ricomprendere anche il corrispettivo di affitto di azienda, fra i cui beni sia compreso un immobile,** non riferendosi a stretto rigore soltanto alle locazioni e non costituendo interpretazione analogica della norma, né interpretazione estensiva, bensì interpretazione sistematica.

QUESTIONI

La cessione di credito

Relativamente alle ragioni che hanno condotto la Corte al rigetto dell'impugnazione ed in particolare del primo motivo, vi è la ricostruzione fornita dal giudice di prime cure.

Il contratto di comodato gratuito in ragione del quale sarebbe stata originariamente ceduta l'azienda, senza nulla dire riguardo la sorte dell'immobile, nel quale l'attività risultava essere svolta, nonché la circostanza che solo successivamente al pignoramento, il debitore abbia poi pianificato l'operazione di cessione del credito e stipulazione di un successivo contratto di locazione del bene immobile, lascerebbe intendere che entrambi quei negozi, avrebbero rappresentato lo strumento per eludere le ragioni del creditore pignorante.

Quindi il Tribunale nel dare corso all'ordinanza di assegnazione ha ritenuto correttamente, che lo scopo paratico della cessione del credito tra debitore e terzo, consistente nell'estinguere l'obbligo di pagamento del canone oggetto del pignoramento, risultava essere **inesistente**, poiché il godimento dell'immobile, costituiva sin dall'origine, parte integrante del comodato d'azienda ed in esso rientrante ad ogni effetto, senza necessità di ulteriori negozi ad

esso correlati.

La Corte di Cassazione, rigettando la censura, sottolinea che l'impugnazione è da respingere in quanto la causa del negozio di cessione del credito è inesistente e non nulla e/o in frode alla legge.

La questione primaria, di cui al primo motivo di ricorso, mira quindi a censurare la presunta illegittima assegnazione del credito, poiché la cessione di questo veniva considerata seguente all'inizio della fase esecutiva e dunque non opponibile al creditore. L'argomentazione di parte ricorrente si focalizza sull'applicazione da parte del giudice dell'esecuzione **dell'istituto del contratto in frode ai creditori ex art. 1343 cc**. Tale assunto non è condiviso dalla Suprema Corte. Un contratto, perché possa dirsi in frode ai creditori deve, non solo avere come risultato la lesione degli interessi di questi, ma deve anche avere una motivazione illecita. Il contratto in oggetto, tuttalpiù poteva essere considerato simulato. La strada del contratto simulato non è stata quella seguita dal Tribunale nella sentenza impugnata. La Corte, chiarendo le reali intenzioni del Tribunale, suggerisce tale motivo: poiché nessun'altro contratto è stato prodotto, al di fuori di quello di comodato dell'azienda, – *per tale da considerarsi ex art. 2555 c.c. il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore nell'esercizio dell'attività commerciale* – è da ritenersi che anche il bene oggetto dei presunti canoni di locazione (costituenti il credito ceduto), rientri nell'ambito di applicazione dell'unico contratto prodotto, per l'appunto il comodato. Fatto che avvalora la tesi della mancanza di causa del contratto di cessione del credito, risulta la sua stipula a ridosso (otto giorni dopo) della notifica dell'atto di pignoramento presso terzi. Non solo, anche il contratto di locazione dell'immobile è stato concluso solo un mese dopo l'ordinanza di assegnazione.

Estensione dell'interpretazione sistematica del n.9 dell'articolo 2643 c.c., *anche ai corrispettivi per l'affitto di un'azienda, fra i cui beni sia compreso un immobile*

Riguardo le ulteriori censure dedotte dal ricorrente, la Corte ha avvisato la necessità, data la mancanza di precedenti, di trattare il tema ed interpretare sistematicamente l'articolo 2643 c.c. n.9

Tale norma al n.9 si occupa degli atti soggetti a trascrizione, con specifico riferimento ad *"atti e sentenze da cui risulta liberazione o cessione di **pigioni o di fitti** non ancora scaduti, per un termine maggiore di tre anni"*.

Premesso che relativamente alla fattispecie in esame, la Corte ha rimarcato che la censura non coglieva nel segno, in quanto la cessione del credito risultava inopponibile al creditore procedente perché non debitamente trascritta ex art. 2918 e 2643 c.c. n.9, facendo richiamo alla nozione di affitto di azienda, ha affermato che in essa, si può ricondurre agevolmente la locazione ex art. 1615 c.c. della "cosa produttiva", mobile o immobile che sia, con il che la Corte ha fornito il seguente nuovo principio di diritto:

"L'art. 2643 n.9 cod. civ., là dove dispone che sono soggetti all'onere della trascrizione 'gli atti e le

*sentenze da cui risulta liberazione o cessione di pigioni o di fitti non ancora scaduti, per un termine maggiore di tre anni', **si riferisce anche ai corrispettivi per l'affitto di un'azienda, fra i cui beni sia compreso un immobile**, in quanto la figura dell'affitto di azienda, di cui all'art. 2562 cod. civ. è riconducibile a quella fattispecie di locazione indicata dall'art. 1615 cod. civ. **con l'espressione 'gestione e godimento della cosa produttiva' e, pertanto, la nozione di 'fitto', di cui al detto n.9 è idonea a comprendere anche il corrispettivo dell'affitto di azienda."***

La necessità di operare il ridetto chiarimento in via sistematica, da parte della Corte, nasceva dalla circostanza che strettamente interpretata la parola "fitto", nel contesto del n.9 ove viene altresì fatto riferimento a "pigioni", portava ad escludere dall'applicazione della norma e quindi dall'obbligo della trascrizione la figura dell'affitto di azienda, fra i cui beni era ricompreso un immobile.

Diritto e procedimento di famiglia

Assegno di mantenimento per moglie e figlio aumentato se muore il suocero che contribuiva

di **Giuseppina Vassallo**

Cass. Civ. sez. VI ordinanza n. 3206 del 4 febbraio 2019

Assegno di mantenimento coniuge e figlio minore – affidamento esclusivo – modifica condizioni separazione

(artt. 156 c.c. – 337 *quater e quinquies* c.c. – art. 710 c.p.c.)

Ai fini della modifica delle condizioni economiche della separazione, il decesso del suocero del coniuge obbligato al mantenimento della moglie e dei minori, costituisce una circostanza sopravvenuta, per il venir meno dell'importante contributo economico destinato al mantenimento della figlia e della nipote.

Il mantenimento nei confronti dei figli minori può essere aumentato dal giudice anche in assenza di specifica domanda di parte in relazione al suo ammontare.

CASO

Una donna ricorre al Tribunale di Cagliari chiedendo la modifica delle condizioni della separazione consensuale avvenuta nel 2010, in relazione al mantenimento suo e della figlia, a causa degli intervenuti cambiamenti delle circostanze risalenti alla sottoscrizione dell'accordo separativo. Il provvedimento del Tribunale stabilisce un incremento del mantenimento mensile per la figlia e per l'assegno di mantenimento del coniuge.

Nella suddetta sede viene modificato anche il regime di affidamento della figlia, da un affido condiviso a un affido esclusivo alla madre, con ordine di intervento da parte dei Servizi sociali per supporto psicologico al nucleo familiare e alla minore.

La Corte d'appello territoriale confermava la decisione del tribunale sulla base di tre punti.

- La morte del padre della donna aveva determinato un rilevante mutamento delle sue condizioni economiche, facendo venir meno il consistente aiuto economico in favore della figlia e della nipote, a fronte dei modesti importi versati in base all'accordo di separazione.
- La mancanza, in concreto, della capacità di produrre reddito della moglie, la quale

anche se in possesso di titoli professionali (laurea triennale e abilitazione all'attività di giornalista), all'età di cinquanta anni, non aveva alcuna esperienza lavorativa.
- Le mutate esigenze della figlia, desunte in via presuntiva, ritenute aumentate in considerazione dell'età attuale (dodici anni), rispetto a quella di sei anni, all'epoca della separazione.

L'affidamento esclusivo veniva confermato perché ritenuto corrispondente all'interesse della minore, data la situazione in atto di forte conflitto con il padre.

Contro il decreto ricorreva in Cassazione il marito affidandosi a due motivi di ricorso per violazione di legge.

La Corte d'appello avrebbe sbagliato nel ritenere la morte del suocero, un cambiamento tale da giustificare una modifica delle condizioni economiche concordate in sede di separazione consensuale, trattandosi di un evento non eccezionale né imprevedibile.

Secondo il ricorrente, la Corte d'appello avrebbe violato il principio dispositivo, nel confermare la sentenza di primo grado, attribuendo una somma superiore a quella richiesta dalla moglie per il contributo al mantenimento della figlia, senza specifica motivazione sull'importo domandato per soddisfare i bisogni della figlia.

Con il secondo motivo il ricorrente ha dedotto la violazione degli artt. 112 e 116 c.p.c. La Corte d'appello non avrebbe illustrato i motivi che impedivano un affidamento condiviso. In particolare la Corte non avrebbe tenuto conto dei profili d'inidoneità educativa della madre e la sua responsabilità nell'alimentare il conflitto della figlia con il padre, e nel porre in essere le condizioni per il consolidarsi di una situazione di alienazione parentale.

SOLUZIONE E PERCORSO ARGOMENTATIVO SEGUITO DALLA CASSAZIONE

La Corte ha ritenuto entrambi i motivi infondati. L'aggravarsi delle condizioni di salute del padre del coniuge e il suo decesso costituiscono una circostanza sopravvenuta e rilevante ai fini della modifica delle condizioni economiche della separazione, per il venir meno dell'importante contributo economico elargito per il mantenimento della figlia e della nipote.

L'evento della morte del suocero, all'età di settantuno anni, non era certamente stato previsto e valutato al momento della separazione consensuale e comunque costituisce una circostanza sopravvenuta.

Quanto alla dedotta violazione del principio di corrispondenza fra domanda di parte e la statuizione del giudice, la Corte osserva che la somma di 1.800 Euro mensili, complessivamente richiesta dalla moglie con il ricorso introduttivo del procedimento ex art. 710 c.p.c., rispetto a quella di Euro 2.000 statuita con il provvedimento del Tribunale, confermato in sede di reclamo, ha comportato un aumento solo per la misura del contributo riconosciuto al mantenimento della figlia.

Inoltre, in sede di precisazione delle conclusioni, il difensore aveva già modificato la richiesta originaria.

La Cassazione riafferma, comunque, il principio secondo cui per la determinazione degli obblighi di mantenimento dei figli minorenni, il giudice non è soggetto al principio della domanda (cfr. Cass. Civ. n. del 3908/2009).

Anche il secondo motivo di ricorso è stato ritenuto infondato.

La Corte di appello ha esaustivamente motivato le ragioni della conferma dell'affido esclusivo della figlia alla madre.

Sono state esaminate le inadeguatezze e responsabilità di entrambi i genitori nell'esporre la figlia al conflitto genitoriale, ma non sono stati rilevati comportamenti della madre che realizzassero le condizioni di un'alienazione parentale ai danni del padre.

Nel decidere per un affidamento di tipo esclusivo è stato correttamente valutato l'interesse della figlia a causa del vissuto molto traumatico derivato dal comportamento aggressivo del padre di fronte alle difficoltà incontrate nell'esercizio del suo ruolo genitoriale.

QUESTIONI

I fatti che possono portare alla richiesta di modifica delle condizioni raggiunte in separazione possono riguardare mutamenti soggettivi della persona obbligata al mantenimento o della persona beneficiaria del mantenimento, oppure il cambiamento di circostanze esterne, purché siano sopravvenute rispetto all'epoca dell'assunzione della decisione.

La casistica è piuttosto varia ma deve trattarsi di un fatto nuovo sopravvenuto che abbia alterato la situazione preesistente, modificando i presupposti in base ai quali il giudice o le parti avevano stabilito le condizioni della separazione. Il giudizio di revisione non può avere ad oggetto fatti preesistenti alla separazione, ancorché non valutati in quella sede per qualsiasi motivo.

Con l'ordinanza in esame, la Cassazione ha precisato che anche un evento sopravvenuto non riferito alle condizioni personali dei coniugi, come la morte del suocero, ma legato da un nesso di dipendenza con le clausole concordate in separazione, costituisce legittimo motivo di modifica dei patti. La giurisprudenza prevalente di legittimità è orientata nel senso di ritenere influenti ai fini della determinazione del mantenimento, le elargizioni costanti fatte al coniuge separato dalla famiglia di origine, quando tale aiuto si sia reso necessario a causa dell'esiguità del reddito del beneficiario (Cass. Civ. n. 12218/2016; Cass. Civ. n. 14365/2013).

Seminari di specializzazione
AFFIDAMENTO CONDIVISO DEI FIGLI
Scopri le sedi in programmazione >

Diritto e reati societari

La start up innovativa e il beneficio dell'esenzione dall'applicazione delle procedure concorsuali

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

Corte di Appello di Bologna, I Sez. Civile, sentenza n. 2686 pubblicata il 24 ottobre 2018

Parole chiave: società di capitali – *start-up* innovativa – fallimento – dichiarazione di fallimento – procedure concorsuali – beneficio dell'esenzione dalle procedure concorsuali – cancellazione – estinzione

Massima: *"è pacificamente applicabile la modifica del termine introdotta con il D.L. 50/2017 convertito dalla L. 26/2017 con il quale veniva ampliato l'ambito di applicazione temporale dell'esenzione dalle procedure concorsuali da quattro a cinque anni dalla data di costituzione della società, con la sola esclusione alle start up innovative già costituite alla data del 19 dicembre 2012 (data di entrata in vigore della L. 221/2012). Inoltre, la perdita del beneficio è collegata non alla cancellazione tout court, bensì alla cancellazione dalla sezione speciale delle start up innovative con decorrenza dall'iscrizione alla sezione ordinaria del registro delle imprese".*

Disposizioni applicate: artt. 10 e 18 L.F., artt. 25 e 31 D.L. n. 179/2012 (convertito con modifiche dalla L. 221/2012) e art. 57 L. 26/2017 (di conversione del D.L. 50/2017);

Con la sentenza in commento, la Corte d'Appello di Bologna, si è espressa sul tema della fallibilità o meno delle *start-up* innovative.

Le *start-up* innovative rappresentano nel tessuto imprenditoriale italiano, un tassello di strategica importanza tanto da indurre il Legislatore a dedicare loro una specifica disciplina al di fuori del codice civile, costituita dal D.L. n. 179/2012, successivamente convertito dalla Legge 17 dicembre 2012, n. 221 che le distingue dalle altre società, anche con riferimento alle procedure concorsuali.

Per poter beneficiare di tale disciplina, le società di capitali, devono possedere determinati requisiti sostanziali previsti all'art. 25 del D.L. n. 179/2012 e il requisito formale dell'iscrizione in una apposita sezione speciale del Registro delle Imprese.

In particolare, le *start-up* possono assumere la forma di società di capitali, costituite anche in forma cooperativa, di diritto italiano o di *Societas Europaea*, residente in Italia ai sensi dell'art. 73, D.P.R. 22.12.1986, n. 917, purché le azioni o le quote rappresentative del capitale sociale

non siano quotate su un mercato regolamentato o su un sistema multilaterale di negoziazione.

Inoltre, per essere qualificate come *start-up* è necessario il rispetto dei requisiti generali, di ordine strutturale e organizzativo, in relazione alla costituzione ed alla vita dell'ente societario; tra i quali, a titolo esemplificativo, il non essere state costituite da più di sessanta mesi ed **avere come oggetto sociale, esclusivo o prevalente**, **lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico.**

La *ratio* di tale nuova tipologia societaria è rinvenibile nell'art. 25 del D.L. n. 179/2012, il quale evidenzia come lo scopo perseguito dal Legislatore sia stato quello di favorire "*la crescita sostenibile, lo sviluppo tecnologico, la nuova imprenditorialità e l'occupazione, in particolare giovanile*" nonché contribuire "*allo sviluppo di nuova cultura imprenditoriale, alla creazione di un contesto maggiormente favorevole all'innovazione, così come a promuovere maggiore mobilità sociale e ad attrarre in Italia talenti, imprese innovative e capitali dall'estero*".

Di qui, la disciplina "di favore", con ampie deroghe ai principi endo-societari anche con riferimento alla gestione della crisi di impresa, con l'obiettivo, da un lato, di diminuire i tempi della liquidazione giudiziale delle *start up* innovative in crisi con un procedimento semplificato rispetto agli istituti disciplinati dalla Legge Fallimentare e, dall'altro, di consentire allo stesso "*startupper*" di ripartire con un nuovo progetto imprenditoriale, anche considerando l'elevato rischio economico assunto dai soggetti che decidono di intraprendere un'attività economica ad alto livello di innovazione.

Nel caso di specie, il Collegio Giudicante era stato chiamato a pronunciarsi sul reclamo proposto dalla società Alfa S.r.l., ai sensi dell'art. 18 della Legge Fallimentare – finalizzato alla revoca della sentenza dichiarativa di fallimento pronunciata dal Tribunale fallimentare.

La reclamante osservava infatti di essere stata ininterrottamente iscritta in qualità di *start-up* innovativa nell'apposita sezione del registro delle imprese sino alla cancellazione, e che pertanto non avrebbe potuto essere assoggettata a fallimento.

Il Collegio adito da subito rileva la fondatezza del reclamo, in quanto, come era possibile evincere dalla visura camerale la società era stata costituita solamente in data 6 agosto 2013 e dal febbraio 2014 sino alla data di cancellazione (dicembre 2017) era stata iscritta nella sezione speciale del Registro dedicato alle *start-up* innovative.

Infatti, ricorda la Corte "secondo il testo originario dell'articolo 31 del D.L. n. 179/2012 ***la start-up innovativa non è soggetta a procedure concorsuali diverse da quelle previste dal capo II della legge 27 gennaio 2012, n. 3*** (ossia le procedure da sovra-indebitamento) ... ***e in ogni caso, una volta decorsi quattro anni dalla data di costituzione, cessa l'applicazione della disciplina prevista nella presente sezione*** [...]". L'esenzione, quindi, ai sensi della disciplina del 2012 era stata riconosciuta dal Legislatore per un periodo massimo pari a quattro anni durante il quale sarebbero state applicate solamente le norme in materia di composizione della crisi da sovra-indebitamento.

L'originario beneficio di quattro anni, giova ricordarlo, è stato tuttavia successivamente modificato dal D.L. n. 50/2017 (convertito dalla L. 26/2017) il quale ha esteso da quattro a **cinque anni la esenzione dalle procedure**, **salvo per le *start up* già costituite alla data del 19 dicembre 2012 (le quali restano invece soggette al limite quadriennale).**

Coerentemente alla citata modifica, prosegue la Corte d'Appello, "*Nel caso di specie, dunque, alla società costituitasi successivamente alla data del 19.12.2012, andava applicato il termine di esenzione dalle procedure concorsuali di cinque anni e non di quattro, e quindi al momento della cancellazione in data 27.12.2017, si rientrava nell'ambito del quinquennio*".

Conformemente ai principi generali in tema di onere probatorio la Corte osserva inoltre come "*la reclamante ha allegato sin dal procedimento di prime cure la sussistenza di tutti i requisiti richiesti dalla legge per il riconoscimento della qualifica di start-up innovativa, mai contestati*".

Alla luce di ciò, afferma la Corte territoriale, la società "*non avrebbe potuto essere assoggettata a fallimento*": conseguentemente, ha accolto il ricorso, revocando la dichiarazione di fallimento.

Diritto Bancario

Sulla produzione in giudizio dei decreti ministeriali di rilevazione del tasso soglia antiusura

di **Fabio Fiorucci**

I comunicati stampa della Banca d'Italia sono equipollenti ai decreti ministeriali, ai fini della prova del tasso di usura? I suddetti decreti, in quanto richiamati dalla L. n. 108/1996, sono atti integrativi della legge che il giudice è tenuto a conoscere? Ed ancora, è proficuamente invocabile il fatto notorio, atteso che la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto che i tassi di interesse bancario in un dato periodo costituiscono un fatto notorio cui il giudice può fare legittimo ricorso *ex* art. 115 c.p.c.?

A tali quesiti, di evidente impatto operativo, ha risposto la recente Cass. n. 2543/2019. I giudici hanno in primo luogo richiamato l'orientamento espresso dalle Sezioni unite (Cass., Sez. un., 29/04/2009, n. 9441), e più volte ribadito, secondo cui «la natura di atti meramente amministrativi dei decreti ministeriali ... rende ad essi inapplicabile il principio "*iura novit curia*" di cui all'art. 113 c.p.c., da coordinarsi, sul piano ermeneutico, con il disposto dell'art. 1 delle preleggi (che non comprende, appunto, i detti decreti tra le fonti del diritto)». Tale principio di carattere generale è stato concretamente applicato ai decreti ministeriali di cui alla L. 108/1996 da Cass. 26/06/2001, n. 8742 e Cass. 31/01/2002, n. 11706.

In sostanza, per giurisprudenza costante, il principio *iura novit curia* va coordinato con l'art. 1 preleggi il quale indica le fonti del diritto: laddove il primo eleva a dovere del Giudice la ricerca del "diritto", non può non fare esclusivo riferimento alle vere e proprie fonti del diritto oggettivo, ossia ai precetti che sono caratterizzati dal duplice connotato della normatività e della giuridicità, sicché vanno esclusi dall'ambito d'operatività del richiamato principio sia i precetti aventi carattere normativo ma non giuridico (come le regole della morale o del costume), sia quelli aventi carattere giuridico ma non normativo (come gli atti di autonomia privata o gli atti amministrativi) estranei alla previsione del menzionato art. 1 preleggi, sia quelli aventi forza normativa puramente interna, come gli statuti degli enti e i regolamenti interni.

La mancata produzione della copia dei decreti ministeriali che stabiliscono la soglia antiusura non può essere superata con la produzione di equipollenti. Con la produzione in giudizio dei comunicati stampa della Banca d'Italia non può ritenersi soddisfatto l'onere probatorio gravante sulla ricorrente. La copia dei suddetti decreti ministeriali costituisce, infatti, elemento di prova essenziale della fattispecie, non altrimenti surrogabile.

Riguardo, infine, alla possibilità di considerare il tasso degli interessi bancari applicato in un

certo momento storico un fatto notorio facente parte del patrimonio di comune esperienza, i giudici osservano che, in effetti, in talune occasioni la Cassazione ha ritenuto, sia per la natura del dato sia per la sua facile accessibilità, il tasso di interesse applicato come fatto notorio e, dunque non necessariamente da provarsi da parte dell'onerato (così Cass. 18/03/2018, n. 6684). Sul punto, però, in assenza di una espressa censura della motivazione della sentenza impugnata su questo aspetto, i giudici non si sono pronunciati.

Diritto del Lavoro

Il reclamo nel rito lavoro

di **Evangelista Basile**

Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, 4 gennaio 2019, n. 83

Rito lavoro – rito Fornero – reclamo – impugnazione – termini – comunicazione – posta elettronica certificata

MASSIMA

La L. n. 92 del 2012, art. 1, comma 58, prevede espressamente che, contro la sentenza che decide sul ricorso in opposizione è ammesso reclamo davanti alla corte d'appello, "da depositare, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla comunicazione, o dalla notificazione se anteriore". La comunicazione menzionata nella disposizione è quella effettuata dalla cancelleria a mente dell'art. 133 c.p.c., comma 2, mediante biglietto contenente il testo integrale della sentenza che può essere, ai sensi dell'art. 136 c.p.c., comma 2, consegnato dal cancelliere al destinatario, che ne rilascia ricevuta, ovvero trasmesso a mezzo posta elettronica certificata, nel rispetto della normativa anche regolamentare concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici.

COMMENTO

Il Ricorrente adiva la Corte di Cassazione impugnando la sentenza della Corte territoriale la quale aveva dichiarato inammissibile il reclamo avverso ex L. 92/2012 avente ad oggetto l'impugnativa del licenziamento. Nello specifico, la Corte d'Appello di Milano aveva ritenuto che il reclamo era stato depositato presso la cancelleria oltre il termine previsto dall'art. 1 comma 58, L. n. 92/2012, decorrente dalla data di comunicazione da parte della cancelleria ai procuratori costituiti, presso l'indirizzo Pec comunicato ai rispettivi albi di appartenenza. La Suprema Corte adita, confermando la sentenza gravata, ha avuto dunque modo di affermare una serie di principi validi nel processo civile avente ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti sottostanti alla c.d. normativa Fornero. Nello specifico, la Suprema corte ha statuito che (i) l'art. 1, comma 58, L. n. 92/2012, prevede espressamente che, contro la sentenza che decide sul ricorso in opposizione è ammesso reclamo davanti alla corte d'appello, da depositare, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla comunicazione o dalla notificazione; invero non è mai stato posto in dubbio che la comunicazione menzionata nella disposizione è quella effettuata dalla cancelleria a mente dell'art. 133, comma 2, c.p.c. – rubricato pubblicazione e comunicazione della sentenza mediante biglietto contenente il testo integrale della sentenza che può essere trasmesso a mezzo posta elettronica certificata. Nel caso di impugnativa ex L. n. 92/2012, alla comunicazione da parte della cancelleria della

sentenza, quindi, segue pacificamente il decorso del termine breve per impugnare. Inoltre (ii) la prescrizione di cui all'art. 16-sexies d.l. n. 179/2012 prescinde dalla stessa indicazione dell'indirizzo di posta elettronica ad opera del difensore, trovando direttamente applicazione in forza dell'indicazione normativa degli elenchi/registri da cui è dato attingere l'indirizzo PEC del difensore, stante l'obbligo in capo ad esso di comunicarlo al proprio ordine e dell'ordine di inserirlo sia nei registri INI-PEC e ReGIndE. In sostanza, a prescindere dall'indirizzo Pec indicato dal difensore nell'atto, la notifica e/o la comunicazione sono valide dall'agosto 2014 se effettuate all'indirizzo Pec presente nei pubblici registri. Da ultimo la Corte ha ribadito che (iii) la comunicazione integrale del provvedimento da parte della cancelleria, anche quando effettuata telematicamente, deve ritenersi regola che può essere vinta solo da prova contraria. Richiamando alcuni propri precedenti, la Corte di Cassazione ha ribadito che la disciplina dettata ex art 45, comma 2, disp. att. c.p.c., come modificato dal d.l. n. 179/2012, stabilisce che il biglietto contiene il testo integrale del provvedimento comunicato. Laddove non venga rispettata la regola, sarà onere del ricevente darne la prova.

Privacy

Privacy: quando i professionisti sono responsabili del trattamento?

di **Redazione**

Lo scorso 7 febbraio il Garante Privacy ha fornito alcune precisazioni in merito al ruolo e alle responsabilità dei Consulenti del lavoro nel trattamento dei dati dei dipendenti dei loro clienti, tenendo conto delle novità introdotte con il GDPR.

I chiarimenti forniti assumono estrema rilevanza, soprattutto in considerazione della possibilità di estendere gli stessi ad altri professionisti ai fini della loro corretta qualificazione.

Giova a tal proposito ricordare che il Consiglio Nazionale dei Consulenti del lavoro si era pronunciato sul punto con circolare n. 1150 del 23 luglio 2018, escludendo l'obbligo, in capo ai Consulenti del lavoro, di essere nominati responsabili del trattamento.

Nell'ambito della richiamata circolare il Consiglio Nazionale dei Consulenti del lavoro si è infatti soffermato sul ruolo del responsabile del trattamento, ricordando che, ai sensi dell'articolo 28 Regolamento Ue 679/2016, "I trattamenti da parte di un responsabile del trattamento sono disciplinati da un contratto o da altro atto giuridico a norma del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che vincoli il responsabile del trattamento al titolare del trattamento e che stipuli la materia disciplinata e la durata del trattamento, la natura e la finalità del trattamento, il tipo di dati personali e le categorie di interessati, gli obblighi e i diritti del titolare del trattamento".

Sempre l'articolo 28, par. 3, Regolamento Ue 679/2016, al successivo lett. a), chiarisce altresì che il trattamento, da parte del responsabile, deve avvenire soltanto "su istruzione documentata del titolare del trattamento", mentre la lett. h) prevede che il responsabile "metta a disposizione del titolare del trattamento tutte le informazioni necessarie per dimostrare il rispetto degli obblighi di cui al presente articolo e consenta e contribuisca alle attività di revisione, comprese le ispezioni, realizzati dal titolare del trattamento o da un altro soggetto da questi incaricato".

In considerazione di quanto appena esposto, nonché di quanto ulteriormente previsto dal Regolamento UE 679/2016, i Consulenti del lavoro, nella loro circolare n. 1150 del 23 luglio 2018, hanno quindi ritenuto che "il Responsabile del Trattamento appare così come un vero e proprio preposto del titolare, che ne segue pedissequamente le istruzioni... La sfera di autonomia del Responsabile risulta quindi fortemente compressa non solo dalla specificazione dei compiti a lui affidati, ma anche da un penetrante potere-dovere di direzione e vigilanza del

Titolare nei suoi confronti che si esplica nella successiva fase di trattamento dei dati".

La conclusione raggiunta nel suddetto documento (pienamente condivisibile) è quindi che la figura del responsabile del trattamento sia incompatibile con il ruolo del professionista, al quale deve essere riconosciuta indipendenza nello svolgimento dell'attività; più correttamente, quindi, il Consulente del lavoro potrebbe essere qualificato come un contitolare del trattamento.

Secondo la richiamata interpretazione, non è tuttavia preclusa al Consulente del lavoro la possibilità di rivestire il ruolo di responsabile del trattamento, previo specifico incarico professionale e con previsione di un separato compenso a fronte dell'impegno al trattamento.

Di diverso avviso si è mostrato invece il Garante privacy, il quale ha distinto:

il trattamento dei dati dei propri clienti, persone fisiche, da parte del Consulente del lavoro (il quale ricopre quindi, in tali ambiti, il ruolo di titolare del trattamento)

il trattamento dei dati dei dipendenti del cliente.

In questo secondo caso, infatti "occorre fare riferimento alla figura del responsabile, che, anche in base alla nuova disciplina pienamente in vigore nel nostro ordinamento a far data dal 25 maggio 2018 rimane connotata dallo svolgimento di attività delegate dal titolare il quale all'esito di proprie scelte organizzative può individuare un soggetto particolarmente qualificato allo svolgimento delle stesse... delimitando l'ambito delle rispettive attribuzioni e fornendo specifiche istruzioni sui trattamenti da effettuare".

Qualora, poi, il professionista volesse avvalersi di collaboratori dovrebbe nominarli quali designati al trattamento se operano sotto la sua autorità; trova invece applicazione la disciplina in materia di subresponsabili se ai collaboratori stessi sono affidate specifiche attività di trattamento. Si ricorda, a tal proposito, che la nomina del subresponsabile deve essere autorizzata dal titolare.

Articolo tratto da "Euroconferencenews"