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

Edizione di martedì 7 aprile 2020

Obbligazioni e contratti

Il trust interno - I Parte
di **Martina Mazzei**

Procedimenti di cognizione e ADR

Il termine breve a seguito di notifica della sentenza via pec in formato illeggibile
di **Marco Russo**

Procedimenti cautelari e monitori

L'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo è ammissibile quando è giustificata dall'impossibilità di prendere visione dei documenti contenuti nel fascicolo monitorio
di **Giuliano Stasio**

Obbligazioni e contratti

Revocabilità dell'atto costitutivo del vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c.: natura unilaterale e gratuita dell'atto di destinazione
di **Emanuela Ruffo**

Comunione – Condominio - Locazione

Il diritto all'uso dell'ascensore è annoverabile tra i diritti individuali inviolabili
di **Saverio Luppino**

Diritto e procedimento di famiglia

L'affido condiviso e la frequentazione dei figli durante l'emergenza sanitaria da Covid-19
di **Giuseppina Vassallo**

Diritto e reati societari

È costituzionalmente legittima l'informazione antimafia interdittiva, i cui effetti possono estendersi all'attività privata delle imprese
di **Dario Zanotti**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Solo al credito di rivalsa Iva vantato dai professionisti spetta il privilegio generale mobiliare ex art. 2751 bis n.2 c.c.
di **Silvia Zenati**

Diritto Bancario

Contratto autonomo di garanzia e vincolo di solidarietà
di **Fabio Fiorucci**

Soft Skills

Come la tecnologia sta cambiando la professione legale
di **Mario Alberto Catarozzo - Business Coach e Formatore**

Nuove tecnologie e Studio digitale

Rapporto tra acquisizione dei dati personali e gratuità dei servizi online
di **Avvocato Gabriele Borghi - Componente del D&L NET**

Obbligazioni e contratti

Il trust interno - I Parte

di **Martina Mazzei**

Il trust è un istituto di derivazione anglosassone, disciplinato dalla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, per mezzo del quale **un soggetto disponente (*settlor*) trasferisce uno o più beni ad un soggetto fiduciario (*trustee*) che si obbliga a gestirli nell'interesse di un terzo (*beneficiary*) o per il conseguimento di uno scopo determinato e ulteriore specificatamente espresso**.

Il trust si configura come una fattispecie negoziale complessa e unitaria all'interno della quale possono isolarsi due negozi: il primo attributivo/traslativo con cui il *settlor* (disponente) trasferisce i beni oggetto del trust al *trustee* oppure, trattenendo la titolarità dei beni, li vincola ad una destinazione specifica; il secondo istitutivo con il quale si designa il *trustee* quale amministratore e gestore del patrimonio a lui trasferito. Per effetto del trust, quindi, il *settlor* si spoglia della titolarità dei beni mentre il *trustee* si impegna ad amministrarli e a disporne a favore del beneficiario secondo le modalità previste dall'atto costitutivo e nei limiti imposti dalla legge.

Il trust dà luogo ad un fenomeno di **segregazione e destinazione patrimoniale** in forza del quali i beni oggetto del trust entrano a far parte del patrimonio del *trustee* costituendo una massa patrimoniale autonoma e separata. Ne consegue che **il patrimonio separato può essere aggredito solo dai creditori del trust** e non anche dai creditori del *trustee* e *settlor*.

Nonostante il recepimento della Convenzione dell'Aja con la L. n. 364/1989, non si è ancora provveduto alla regolamentazione diretta del trust, secondo i termini e i modi indicati nell'art. 8 della Convenzione, motivo per cui si discute, ancor oggi, della possibilità di riconoscere nel nostro ordinamento il c.d. **trust interno**.

Un primo orientamento dottrinale e giurisprudenziale, ritiene che non sia possibile riconoscere un trust privo di elementi di internazionalità.

Secondo questa ricostruzione, infatti, la Convenzione dell'Aja offrirebbe una copertura legislativa solo al trust c.d. internazionale e non anche al trust interno. Le ragioni dell'inammissibilità del trust interno risiedono, principalmente, nell'effetto di segregazione patrimoniale che si realizza per mezzo del trust, suscettibile di porsi in contrasto con il principio dell'unitarietà della responsabilità patrimoniale consacrato nell'art. 2740 c.c. La Convenzione dell'Aja, infatti, in quanto norma di diritto internazionale privato non sarebbe idonea a introdurre una nuova ipotesi di patrimonio separato rispetto a quelle previste dall'ordinamento nazionale e, quindi, sarebbe insuscettibile di derogare al divieto di cui all'art. 2740 co. 2 c.c., considerato di natura imperativa.

In secondo luogo, ammettere la possibilità di un trust interno implicherebbe la violazione del principio della tipicità dei diritti reali: dal momento che la proprietà del *trustee* è strumentale e temporanea perchè finalizzata a soddisfare i bisogni del beneficiario il trust configura un diritto reale non previsto, atipico e non riconducibile al diritto di proprietà che, invece, nel nostro ordinamento, per definizione è perpetua.

Da ultimo, verrebbe violato anche il principio di tipicità e tassatività degli atti soggetti a trascrizione di cui agli artt. 2643 e 2645 c.c. In assenza di un'apposita norma che ampli le fattispecie tipiche, quindi, non sarebbe possibile trascrivere il trust interno nei pubblici registri.

L'orientamento prevalente, invece, sostiene che il trust, a seguito della ratifica della Convenzione dell'Aja ad opera della L. 364/1989, trovi piena cittadinanza nel sistema giuridico italiano.

A sostegno dell'ammissibilità di tale istituto si adduce, replicando al contrapposto orientamento, che non sarebbe violato l'art. 2740 c.c. in quanto la sua deroga è giustificata proprio dalla legge di ratifica della Convenzione dell'Aja che ha riconosciuto il trust anche nell'ordinamento italiano. Dal riconoscimento del trust, infatti, ne deriva, quale suo effetto connaturale, la legittimità del fenomeno della separazione patrimoniale che, al pari delle altre ipotesi nominate di separazione patrimoniale, non può considerarsi in contrasto con i valori dell'ordinamento italiano.

Secondo l'orientamento prevalente, inoltre, non si pone un problema di tipicità dei diritti reali perché il trust rappresenta un diritto reale che, sebbene atipico, è previsto dalla legge. A maggior sostegno di tale statuizione, la dottrina sottolinea l'importanza dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja ai sensi del quale nessuno Stato è tenuto al riconoscimento del trust ben potendo introdurre delle norme volte ad escluderne l'ammissione. Ed allora fino a quando il legislatore nazionale non introdurrà una norma che espressamente esclude il trust interno si deve necessariamente ritenere che esso sia ammissibile in base alla Convenzione ratificata.

Per quanto riguarda, invece, la trascrizione – a differenza di quanto sostenuto dall'orientamento più restrittivo – la dottrina dominante ritiene che la possibilità di trascrivere il trust nei registri immobiliari si basi sull'art. 12 della Convenzione che, in forza della legge di attuazione (L. n. 364 del 1989), amplierebbe l'elenco degli atti trascrivibili ex art. 2643 c.c.

A seguito dell'approvazione della l. 22 giugno 2016 n. 112 (legge c.d. «sul Dopo di noi»), la quale ha annoverato il trust fra i rapporti giuridici cui si può fare ricorso per realizzare progetti di vita in favore di disabili gravi privi dell'aiuto della famiglia, parte della dottrina ha ritenuto che il legislatore abbia pienamente e definitivamente riconosciuto l'istituto del trust interno.

Occorre rilevare, inoltre, che con il d.lgs. n. 273 del 2005, convertito in L. n. 51 del 2006, è stato introdotto l'**art. 2645 ter c.c.** il quale disciplina la trascrizione degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'articolo 1322, co. 2 c.c., riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche.

L'orientamento dominante ritiene che tale disposizione abbia introdotto esplicitamente l'istituto del trust ancorandolo alla realizzazione di una funzione economico-sociale meritevole di tutela. La dottrina maggioritaria, infatti, sostiene che con l'introduzione di tale disposizione si sia data vita ad una nuova tipologia di atti ad effetti reali: gli atti di destinazione tra cui rientra anche il trust interno.

La norma, quindi, pur non menzionando espressamente l'istituto del trust, contiene la previsione dell'effetto segregativo e la trasrivibilità ai fini della loro opponibilità ai terzi. L'effetto segregativo comporta che i beni conferiti possano costituire oggetto di esecuzione ove i debiti siano contratti a tale scopo. Potranno, infatti, soddisfarsi sul patrimonio destinato ex art. 2645 ter c.c. soltanto i creditori il cui credito sia stato contratto per il perseguimento della destinazione, non potendo soddisfarsi, invece, i creditori che vantino sul bene un diritto di credito che esuli dalle finalità proprie del patrimonio destinato.

Procedimenti di cognizione e ADR

Il termine breve a seguito di notifica della sentenza via pec in formato illeggibile

di **Marco Russo**

Cass., sez. lav., 21 febbraio 2020, n. 4624 *Pres.* Nobile, *Rel.* Raimondo

Procedimento civile – Sentenza – Notifica a mezzo posta elettronica certificata – Termine di impugnazione c.d. breve (C.c. art. 1335; C.p.c. artt. 153, 285, 326, 360, 372; Legge 21 gennaio 1994, n. 53, art. 3 bis; D.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68)

In tema di notifica della sentenza via posta elettronica certificata e di decorso del termine c.d. breve di impugnazione, nel momento in cui il sistema genera la ricevuta di accettazione della p.e.c. e di consegna della stessa nella casella del destinatario si determina una presunzione di conoscenza della comunicazione da parte del destinatario: conseguentemente, spetta al destinatario, in un'ottica collaborativa, rendere edotto il mittente incolpevole delle difficoltà di cognizione del contenuto della comunicazione legate all'utilizzo dello strumento telematico.

CASO

Ai fini che ci occupano rileva, della complessa vicenda sostanziale e processuale dedotta nei tre gradi di giudizio, quest'unica scansione:

- il 18 febbraio 2018 la sentenza d'appello è notificata dalla parte vittoriosa a mezzo posta elettronica certificata;
- la parte destinataria della notifica, constatata l'illeggibilità del *file* allegato alla p.e.c., si astiene sul momento da qualsiasi iniziativa e notifica ricorso per cassazione oltre il termine di sessanta giorni e, in particolare, il 10 agosto dello stesso anno;
- il controricorrente eccepisce l'inammissibilità dell'impugnazione per tardività;
- il ricorrente produceva quindi documentazione – legittima ai sensi dell'art. 372 c.p.c., trattandosi di elementi riguardanti l'ammissibilità del ricorso – dalla quale emergeva che la notifica a mezzo p.e.c. conteneva un "allegato illeggibile", che, dove "aperto", offriva la seguente dicitura: "*Acrobat Reader: errore durante l'apertura del documento. Il file è danneggiato e non può essere riparato*"; e aggiungeva di aver ricevuto nella stessa giornata altra comunicazione via p.e.c. dallo stesso difensore della parte vittoriosa, risultata leggibile e avente ad oggetto la richiesta di rimborso delle spese del giudizio d'appello.

Per tali ragioni, il ricorrente chiedeva dichiararsi l' "invalidità" della notifica della sentenza ai

fini del decorso del termine breve e, in subordine, la rimessione nel termine per la proposizione dell'impugnazione.

LA SOLUZIONE

La Cassazione accoglie l'eccezione di inammissibilità del ricorso, e dunque conferma la validità della notifica avente ad oggetto un *file* illeggibile, osservando che "nel momento in cui il sistema genera la ricevuta di accettazione della p.e.c. e di consegna della stessa nella casella del destinatario si determina una presunzione di conoscenza della comunicazione da parte del destinatario analoga a quella prevista, in tema di dichiarazioni negoziali, dall'art. 1335 c.c.. Spetta quindi al destinatario, in un'ottica collaborativa, rendere edotto il mittente incolpevole delle difficoltà di cognizione del contenuto della comunicazione legate all'utilizzo dello strumento telematico".

In concreto, dunque, il difensore avrebbe dovuto "informare il mittente della difficoltà nella presa visione degli allegati [...] onde fornirgli la possibilità di rimediare a tale inconveniente", e a causa di tale omissione la decadenza deve ritenersi non incolpevole, con conseguente insussistenza dei presupposti per la concessione della rimessione in termini ex art. 153, comma 2 c.p.c.

LA QUESTIONE

La Corte ribadisce il rigoroso orientamento per cui la semplice verifica dell'avvenuta accettazione dal sistema e della successiva consegna, ad una determinata data ed ora, del messaggio di posta elettronica certificato contenente l'allegato notificato è sufficiente a far ritenere perfezionata e pienamente valida la notifica, e a nulla rileva non soltanto, come affermato dalla Cassazione penale in materia di notificazioni, "l'eventuale mancata lettura dello stesso da parte del difensore per eventuale malfunzionamento del proprio computer", il ché deve essere "imputato a mancanza di diligenza del difensore che nell'adempimento del proprio mandato è tenuto a dotarsi dei necessari strumenti informatici e a controllarne l'efficienza" (Cass. pen., sent. 18.1.2017, n. 2431); ma anche – e ciò appare meno scontato, l'illeggibilità del *file* allegato alla p.e.c. (Cass., 31.10.17, n. 25819).

La giurisprudenza, nei casi in cui ha preso in esame la fattispecie, ha univocamente addossato al ricevente, rimasto colpevolmente inerte, i pregiudizi processuali derivanti dall'impossibilità di leggere l'atto allegato alla comunicazione inviata via posta elettronica certificata.

Anche nel citato precedente deciso dalla Cassazione civile nel 2017, infatti, la Corte aveva vagliato in via preliminare l'eccezione di inammissibilità di un ricorso proposta dal controricorrente che lamentava l'illeggibilità del *file* contenente l'atto introduttivo, ritenendone infine l'infondatezza atteso che la semplice verifica dell'avvenuta accettazione dal sistema e della successiva consegna, ad una determinata data ed ora, del messaggio di posta elettronica certificato contenente l'allegato notificato è sufficiente a far ritenere perfezionata e pienamente valida la notifica: "spetta quindi al destinatario, in un'ottica

collaborativa, rendere edotto il mittente incolpevole delle difficoltà di cognizione del contenuto della comunicazione legate all'utilizzo dello strumento telematico. Di conseguenza, nel caso di specie, sarebbe stato dovere del difensore dei controricorrenti informare il mittente della difficoltà nella presa visione degli allegati trasmessi via pec, onde fornirgli la possibilità di rimediare a tale inconveniente".

Appare condivisibile l'esito del ragionamento della Cassazione, che, al probabile scopo di impedire in radice opportunistici comportamenti dei soggetti destinatari delle notifiche, sanziona sostanzialmente la sola inerzia di questi ultimi nella segnalazione del problema al notificante, senza attribuire rilievo al tema dell'effettiva leggibilità o meno del *file*.

Risulta in parte convincente l'iter logico- giuridico adottato per giungere a tale conclusione.

La Corte fonda infatti il percorso argomentativo sull'affidabilità, prevista dalla legge, delle comunicazioni a mezzo posta elettronica certificata, e sull'analogia con l'art. 1335 c.c. in materia di presunzione di conoscenza della proposta, accettazione, revoca delle medesime ovvero "ogni altra dichiarazione diretta a una determinata persona".

Il primo argomento risulta poco persuasivo.

Il D.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68, citato anche dalla Cassazione, consente di inviare mail con valore legale equiparato ad una raccomandata con ricevuta di ritorno, "presentando rispetto alla posta elettronica ordinaria caratteristiche aggiuntive tali da fornire agli utenti la certezza dell'invio e della consegna (o della mancata consegna) delle e-mail al destinatario". Nulla dice tuttavia sul tema in esame ossia la presunta leggibilità dell'allegato informatico della p.e.c. e, dunque, non sembra offrire un fondamento sicuro per la scelta di far discendere dall'inerzia del destinatario la validità processuale di una notifica astrattamente inesistente.

E ciò anche alla luce della pur fortemente restrittiva interpretazione introdotta da Cass., S.U., 20 luglio 2016, n. 14916: la p.e.c. avente ad oggetto un atto illeggibile sembra davvero costituire quell'"attività priva degli elementi costituitivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione" nella quale le sezioni unite hanno sostanzialmente confinato la nozione di notifica inesistente.

Più convincente appare il riferimento di diritto sostanziale all'art. 1335 c.c.

La norma pone infatti una presunzione di conoscenza ("La proposta, l'accettazione, la loro revoca e ogni altra dichiarazione diretta a una determinata persona si reputano conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario"), espressamente superabile dalla dimostrazione da parte del destinatario di "essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia".

Tale prova appare effettivamente non raggiungibile dalla parte che tecnicamente ha avuto notizia dell'esistenza della comunicazione via p.e.c., e abbia volutamente atteso gli sviluppi

processuali – come nel caso esaminato dalla sentenza in commento, e dalla Cassazione nel citato precedente del 2017 – per sollevare la questione, senza avvisare il notificante della difficoltà di apertura del *file*.

Peraltro, la giurisprudenza più recente in materia di interpretazione dell'art. 1335 c.c. sembra offrire spunti di segno opposto, almeno relativamente alle spedizioni "cartacee": secondo App. Napoli 20.2.2018, in *www.dejure.it*, la lettera inviata via posta raccomandata costituisce sì "prova certa della spedizione attestata dall'ufficio postale attraverso la ricevuta di spedizione, da cui consegue la presunzione, fondata sulle univoche e concludenti circostanze della spedizione e dell'ordinaria regolarità del servizio postale e telegrafico, di arrivo dell'atto al destinatario e di conoscenza ex art. 1335 c.c. dello stesso", ma, in caso di contestazione circa il contenuto della spedizione (*mutatis mutandis*, nel nostro caso circa la leggibilità dell'allegato alla p.e.c.) "spetta al destinatario l'onere di dimostrare che il plico non contiene alcuna lettera al suo interno, ovvero che esso contiene una lettera di contenuto diverso da quello indicato dal mittente".

Un ammorbidimento dell'approccio sostenuto dalla Cassazione con la sentenza in esame potrebbe in realtà essere riservato ai soli casi nei quali circostanze concrete autorizzino a ipotizzare che il destinatario della notifica sia stato incolpevolmente indotto in errore circa il contenuto rilevante della notifica, come nel caso in cui siano state inoltrate, a stretto giro, più comunicazioni di cui una sola con contenuto illeggibile, nel qual caso non appare implausibile che la ricezione di più comunicazioni (delle quali una con allegato illeggibile e una con allegato leggibile) possa suggerire al destinatario della notifica che la seconda mail rappresenti il "reinoltro" della prima comunicazione, non andata a buon fine sotto lo specifico aspetto della leggibilità del *file*.

L'ipotesi non riguarda in ogni caso la fattispecie esaminata dalla Corte.

Nel caso di specie infatti il destinatario della notifica ha riferito di aver ricevuto due comunicazioni via p.e.c. nello stesso giorno dallo stesso notificante, una delle quali avente un allegato leggibile in ordine alla pretesa alla rifusione delle spese legali del giudizio d'appello.

L'errore non poteva dunque ritenersi incolpevole perché le due p.e.c., data la diversità di materia, non potevano avere lo stesso "oggetto" così come indicato dal notificante, atteso che le notifiche di atti giudiziari via p.e.c., permesse dall'art. 3 bis della legge 21 gennaio 1994, n. 53, devono contenere per legge la dicitura "*Notificazione ai sensi della legge n. 53/1994*" a pena di nullità della notifica, e, pertanto, non è ipotizzabile che nel caso concreto potesse generarsi confusione sul fatto che (entrambe le comunicazioni avessero contenuto rilevante, non trattandosi di un reinoltro ma di inoltro di mail distinta, e che) la p.e.c. con allegato illeggibile contenesse la notifica di un atto processuale.

Seminario di specializzazione
PROCESSO CIVILE TELEMATICO
Disponibile anche in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

Procedimenti cautelari e monitori

L'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo è ammissibile quando è giustificata dall'impossibilità di prendere visione dei documenti contenuti nel fascicolo monitorio

di **Giuliano Stasio**

Cass. civ. sez. II, 20 febbraio 2020, n.4448, Pres. Manna, Rel. Carrato

Decreto ingiuntivo – Opposizione a decreto ingiuntivo – 650 c.p.c. – Caso fortuito – Opposizione tardiva a decreto ingiuntivo

MASSIMA

Deve ritenersi ammissibile l'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo di cui all'art. 650 c.p.c., allorquando – per causa riconducibile ad un evento oggettivo e non prevedibile, successivo all'emissione del decreto monitorio, integrante un caso fortuito (nella fattispecie l'invio, per un mero disguido della cancelleria, del fascicolo monitorio ad un altro ufficio prima della scadenza del termine previsto dall'art. 641 c.p.c., comma 1, con la sua successiva restituzione oltre detto termine), secondo la portata assunta dalla citata norma a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 120 del 1976 – l'ingiunto non abbia potuto avere conoscenza, senza sua colpa, entro il citato termine di quaranta giorni dalla notificazione del decreto ingiuntivo dei documenti contenuti nel fascicolo monitorio (posti a fondamento del ricorso ex art. 633 c.p.c., e da restare depositati in cancelleria, unitamente all'originale del ricorso e dell'emesso decreto), così rimanendo impedita l'esercitabilità del suo pieno ed effettivo diritto di difesa, costituzionalmente garantito, ai fini della proposizione dell'opposizione al decreto ingiuntivo.

CASO

Una società notificava il 2 agosto 2010 ad una persona fisica un decreto ingiuntivo emesso dal Giudice di Pace di Strambino. A causa di un disguido della cancelleria, il fascicolo (contenente soltanto la fattura commerciale e la documentazione bancaria inerente all'assegno insoluto poste a fondamento del ricorso monitorio, già conosciute dall'ingiunto per effetto di una pregressa comunicazione stragiudiziale) poteva essere esaminato solo a partire dal 7 ottobre 2010, data in cui veniva restituito alla cancelleria del Giudice di Pace dall'Agenzia delle entrate, alla quale era stato trasmesso erroneamente.

L'ingiunto proponeva opposizione avverso il citato decreto monitorio con atto di citazione notificato il 18 novembre 2010, diversi giorni dopo il termine per la presentazione tempestiva dell'opposizione, anche calcolando la sospensione feriale dei termini.

Con sentenza del 2012 il Giudice di Pace di Strambino – dopo aver rigettato l'eccezione pregiudiziale di tardività – accoglieva l'opposizione a decreto ingiuntivo, ma la decisione veniva riformata dal Tribunale di Ivrea che, accogliendo il motivo di appello relativo alla prospettata tardività dell'opposizione a decreto ingiuntivo, dichiarava l'inammissibilità dell'opposizione stessa, regolando le spese del doppio grado di giudizio in base al principio della soccombenza finale.

Il giudice dell'appello, a sostegno della propria decisione, escludeva l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 650 c.p.c., asserendo che l'ingiunto aveva avuto piena conoscenza del decreto ingiuntivo in data 2 agosto 2010 e, pur potendo esaminare il fascicolo solo nella successiva data del 7 ottobre 2010, avrebbe comunque potuto proporre opposizione entro il prescritto termine di 40 giorni, senza che, nel caso di specie, potesse trovare applicazione l'istituto della rimessione in termini previsto dall'art. 153 c.p.c., comma 2, che, peraltro, l'ingiunto non aveva nemmeno invocato.

L'ingiunto proponeva allora ricorso per cassazione per due motivi: con il primo affermava la nullità della sentenza e del procedimento, nonché l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio e l'errata applicazione dell'art. 650 c.p.c.; con il secondo affermava la nullità della sentenza e del procedimento, nonché l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio e l'errata applicazione dell'art. 153 c.p.c., comma 2.

SOLUZIONE

La Corte, accogliendo il primo motivo e ritenendo assorbito il secondo, cassava la sentenza e rinviava la causa al Tribunale di Ivrea, per decidere sul merito della formulata opposizione, stante l'ammissibilità ai sensi dell'art. 650 c.p.c. dell'opposizione proposta dall'ingiunto, poiché quest'ultimo – per il verificarsi di un caso fortuito – non aveva potuto esercitare in modo pieno ed effettivo il proprio diritto di difesa.

QUESTIONI

La pronuncia della Corte ruota interamente attorno all'applicabilità dell'art. 650 c.p.c. al caso di specie.

Come noto, la norma in esame consente all'ingiunto di proporre opposizione anche oltre il termine di quaranta giorni dalla notifica indicato nel decreto (ma comunque entro dieci giorni dal primo atto di esecuzione), se prova di non averne avuto tempestiva conoscenza per irregolarità della notificazione, ovvero per caso fortuito o forza maggiore.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 120 del 1976, ha esteso la portata della norma, dichiarandone l'illegittimità del primo comma nella parte in cui non consente l'opposizione tardiva all'ingiunto che, pur avendo avuto conoscenza del decreto ingiuntivo, non abbia potuto proporre opposizione nel termine fissato per caso fortuito o forza maggiore.

A seguito di quest'intervento della Consulta, alle ipotesi testualmente previste dalla norma, se n'è aggiunta una ulteriore, quando l'ingiunto – pur avendo avuto tempestiva conoscenza del decreto ingiuntivo – non abbia potuto proporre tempestivamente opposizione per cause a lui non imputabili.

È proprio quest'ipotesi che, secondo la Suprema Corte, viene in rilievo nel caso di specie, in cui l'ingiunto ha sì avuto tempestiva conoscenza del decreto ingiuntivo, ma – a causa di un disguido della cancelleria – ha potuto accedere al fascicolo contenente la documentazione soltanto a ridosso della scadenza del termine per la presentazione dell'opposizione.

La Corte procede all'analisi della normativa e delle vicende processuali – pacifiche in fatto – al fine di verificare se il disguido di cancelleria configuri un "caso fortuito" e se la mancata tempestiva conoscibilità dei documenti (peraltro già inviati stragiudizialmente al debitore opponente) acquisiti al fascicolo possa considerarsi circostanza sufficiente a impedire la proposizione dell'opposizione.

Con riguardo al primo punto, la Corte afferma che l'invio per errore del fascicolo all'Agenzia delle entrate integra l'ipotesi del caso fortuito *ex* art. 650 c.p.c., comma 1, poiché l'evento era oggettivamente al di fuori dell'ordinaria prevedibilità e non era in alcun modo riconducibile all'opponente, il quale, invece, confidava correttamente nella disponibilità del fascicolo monitorio presso la cancelleria. La soluzione è in linea con la definizione di caso fortuito come "fatto di carattere oggettivo avulso dall'umana volontà e causativo dell'evento per forza propria", data dalla stessa Corte in altri precedenti (Cass. 17922/2019 e Cass. 25737/2008), nei quali, peraltro, era stato escluso che la mera assenza dalla propria residenza configurasse un caso fortuito, dal momento che l'allontanamento costituisce un fatto volontario, imputabile all'assente.

Con riguardo al secondo punto, la Cassazione sostiene che l'impossibilità di accedere alla documentazione presente nel fascicolo – nonostante la notificazione del decreto ingiuntivo – limiti il pieno esercizio del diritto di difesa dell'opponente, essendo a tal fine necessaria la conoscibilità della prova scritta posta a fondamento del ricorso monitorio, indipendentemente dal fatto che questa fosse già stata precedentemente inviata in via stragiudiziale. La Corte, quindi e giustamente, dà una lettura ampia e "ragionevole" dell'art. 643 c.pc., che nella sua lettera menziona solamente il deposito dell'originale del ricorso e del decreto in cancelleria, senza alcun riferimento ai documenti allegati.

La pronuncia della Corte interpreta l'art. 650 c.p.c. sull'opposizione tardiva, come integrato dalla pronuncia additiva della Corte costituzionale, in linea con il principio costituzionale del diritto alla difesa e con la *ratio* della stessa norma, che è quella di evitare che un provvedimento emesso *inaudita altera parte* esplichi i suoi effetti senza che il soggetto destinatario vi si possa opporre tempestivamente *tota re cognita et perspecta*, ivi inclusa la possibilità di esaminare le prove scritte poste a base del provvedimento monitorio, per l'intero termine previsto dalla legge *ad opponendum*.

Seminario di specializzazione
PROVE DIGITALI NEL PROCESSO CIVILE
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

Obbligazioni e contratti

Revocabilità dell'atto costitutivo del vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c.: natura unilaterale e gratuita dell'atto di destinazione

di **Emanuela Ruffo**

Cass. civ. Sez. Terza Sent., 13/02/2020, n. 3697, Pres. Vivaldi, Est. Tatangelo

Atto di destinazione di un bene ex art. 2645 ter c.c. – Natura, di regola, unilaterale e gratuita – Presupposti – Contestuale destinazione di propri beni per le esigenze altrui – Revocatoria -Pregiudizio per i creditori

[1] L'atto di semplice destinazione di un bene (senza il trasferimento della proprietà dello stesso) alla soddisfazione di determinate esigenze, ai sensi dell'art. 2645 ter c.c., costituisce, di regola, un negozio unilaterale – non perfezionandosi con l'incontro delle volontà di due o più soggetti, ma essendo sufficiente la sola dichiarazione di volontà del disponente – e a titolo gratuito, in quanto di per sé determina un sacrificio patrimoniale da parte del disponente, che non trova contropartita in una attribuzione in suo favore; esso resta tale anche se, nel contesto di un atto pubblico dal contenuto più ampio, ciascuno dei beneficiari del vincolo abbia a sua volta destinato propri beni in favore delle esigenze di tutti gli altri – risultando in tal caso i diversi negozi di destinazione solo occasionalmente contenuti nel medesimo atto pubblico notarile -, salvo che risulti diversamente, sulla base di una puntuale ricostruzione del contenuto effettivo della volontà delle parti e della causa concreta del complessivo negozio dalle stesse posto in essere.

Disposizioni applicate

Art. 2645 ter c.c., art. 2901 c.c.

CASO

La creditrice assoggettava a pignoramento un bene immobile, in danno della nuda proprietaria, che a sua volta proponeva opposizione all'esecuzione, ai sensi dell'art. 615 c.p.c., sostenendo l'impignorabilità del suddetto immobile, in quanto esso, unitamente ad altri, era oggetto di vincolo di destinazione ai sensi dell'art. 2645 ter c.c. per la soddisfazione di determinati bisogni dei suoi genitori e della figlia minore.

La creditrice pur contestando il fondamento dell'opposizione, in via riconvenzionale subordinata chiedeva la revoca, ai sensi dell'art. 2901 c.c., dell'atto di destinazione,

procedendo alla chiamata in causa degli indicati beneficiari del vincolo.

Il Tribunale di primo grado, considerato l'atto di destinazione valido ma pregiudizievole per le ragioni dei creditori, accoglieva sia l'opposizione della debitrice, sia l'azione revocatoria proposta in via riconvenzionale dall'opposta. Tale decisione veniva confermata anche dalla Corte di Appello competente.

La Suprema Corte, confermando la decisione impugnata, è intervenuta in particolare sulla natura unilaterale e gratuita del vincolo di destinazione.

SOLUZIONE

La Suprema Corte ha affermato, nella sentenza in commento, la revocabilità ex art. 2901 c.c. dell'atto costitutivo del vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c., riconoscendo la natura unilaterale e gratuita del vincolo stesso. Dalla natura gratuita dell'atto consegue l'irrilevanza della prova della *scientia damni* in capo ai terzi beneficiari del vincolo.

QUESTIONI

Il **vincolo di destinazione su beni immobili o beni mobili registrati per fini meritevoli di tutela** è stato introdotto con l'art. 39 *novies* D.L. 30.12.2005, n. 273, convertito in legge, con modificazioni, con la L. 23.2.2006, n. 51.

L'atto di destinazione si pone quale limitazione della garanzia patrimoniale del debitore sancita dall'art. 2740 c.c., salvo naturalmente l'esperibilità dell'*actio pauliana* qualora ne sussistano i presupposti di legge (sulla revocabilità dell'atto costitutivo del vincolo di destinazione per fini meritevoli di tutela, si veda Cass. 29727/2019).

La decisione in commento si è occupata di definire la **natura dell'atto di costituzione del vincolo** di destinazione ex art. 2645 ter c.c., ai fini dell'esperimento dell'azione revocatoria.

Com'è noto, ai fini della revocabilità dell'atto, è particolarmente rilevante la sussunzione dello stesso nell'ambito dell'onerosità o della gratuità. Nel primo caso, oltre alla conoscenza in capo al debitore del pregiudizio arrecato alle ragioni del creditore, è altresì necessario che tale conoscenza sia condivisa dal terzo acquirente; nel secondo, invece, è sufficiente il *consilium fraudis* del debitore.

Nel caso di specie, secondo le prospettazioni della ricorrente, l'atto di costituzione del vincolo ai sensi dell'art. 2645 ter c.c. sull'immobile pignorato sarebbe stato da qualificare come atto a titolo oneroso, in quanto ciascuno dei beneficiari del complessivo patrimonio destinato aveva costituito un vincolo su propri beni ed era quindi al tempo stesso costituente e beneficiario.

La Suprema Corte, confermando la pronuncia del giudice d'appello, ha invece riconosciuto la **natura gratuita** dell'atto costitutivo del vincolo di destinazione, trattandosi di un atto che

comporta un sacrificio per la parte che lo pone in essere, che non trova contropartita in una attribuzione in favore del disponente.

La circostanza che, nella specie, ciascuno dei beneficiari del vincolo abbia a sua volta destinato propri beni in favore delle esigenze di tutti gli altri, non modificherebbe la natura gratuita di ciascuno di tali atti, non comportando quindi di per sé l'onerosità dei singoli atti di destinazione, in quanto non risulterebbe sussistere, in concreto, corrispettività tra le reciproche destinazioni di beni operate da ciascun membro della famiglia.

Secondo la ricostruzione del giudice di legittimità, **l'atto di "destinazione semplice"**, cioè quello per cui un soggetto si limita a destinare un bene (senza trasferirne la proprietà o altri diritti reali limitati) alla realizzazione di determinate esigenze, non necessita e non determina di per sé alcun rapporto contrattuale tra tale soggetto ed i beneficiari (che possono essere anche non individuati) e, tanto meno, comporta attribuzioni corrispettive per il disponente, ma solo un sacrificio patrimoniale da parte sua.

Nel descritto contesto, dunque, l'atto che costituisce un vincolo ai sensi dell'art. 2645 ter c.c. resta strutturalmente un **atto negoziale unilaterale a titolo gratuito**, se operato nella semplice forma della mera "destinazione" del bene (che resta di proprietà del disponente) alla realizzazione di determinate esigenze, e ciò anche se esso sia posto in essere contestualmente ad analoghi atti di destinazione di altri soggetti, eventualmente coincidenti con i beneficiari, risultando in tal caso i diversi negozi di destinazione solo (occasionalmente) contenuti nel medesimo atto pubblico notarile.

In definitiva, il semplice atto di destinazione di un bene alla soddisfazione di determinate esigenze meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 2645 ter c.c., costituisce, di regola, un **negozio unilaterale** – in quanto esso non si perfeziona con l'incontro delle volontà di due o più soggetti, ma **è sufficiente la sola dichiarazione di volontà del disponente** – ed è a titolo **gratuito**, in quanto di per sé determina un **sacrificio patrimoniale da parte del disponente**, non trovando contropartita in una attribuzione in favore di quest'ultimo.

La sentenza in commento ha pertanto enunciato il seguente principio di diritto: "*l'atto di semplice destinazione di un bene (senza il trasferimento della proprietà dello stesso) alla soddisfazione di determinate esigenze, ai sensi dell'art. 2645 ter c.c., costituisce, di regola, un negozio unilaterale – in quanto esso non si perfeziona con l'incontro delle volontà di due o più soggetti, ma è sufficiente la sola dichiarazione di volontà del disponente – e a titolo gratuito, in quanto di per sé determina un sacrificio patrimoniale da parte del disponente, senza per quest'ultimo alcuna corrispettiva attribuzione; esso resta tale anche se operato nel medesimo contesto documentale da più soggetti, che ne traggono reciproco beneficio, salvo che risulti diversamente, sulla base della ricostruzione del contenuto effettivo della volontà delle parti e della causa concreta del negozio dalle stesse posto in essere*".

Dal riconoscimento della natura gratuita dell'atto costitutivo del vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c. consegue quindi l'**irrilevanza della cd. *scientia damni* da parte dei beneficiari**

del vincolo che, pertanto, non costituirà presupposto dell'azione revocatoria dell'atto costitutivo del vincolo di destinazione.

Comunione – Condominio - Locazione

Il diritto all'uso dell'ascensore è annoverabile tra i diritti individuali inviolabili

di **Saverio Luppino**

Corte di Cassazione – Seconda sez. civile – n. 219009-19, (relatore Dott. Correnti)

"*Sono nulle le delibere dell'assemblea condominiale prive degli elementi essenziali, con oggetto impossibile o illecito, con oggetto non ricompreso nelle competenze dell'assemblea, incidenti su diritti individuali o sulla proprieta? esclusiva di un condomino mentre sono annullabili quelle affette da vizi relativi alla regolare costituzione dell'assemblea, adottate con maggioranze inferiori a quelle prescritte, affette da vizi formali in ordine al procedimento di convocazione e/o informazione dell'assemblea, affette genericamente da irregolarita? nel procedimento di convocazione*".

"*Le delibere incidono sul diritto del singolo (proprietario dell'ultimo piano) rispetto all'utilizzo di un bene comune (ascensore) perché gli impediscono un uso pieno e incidono anche sul valore della proprietà esclusiva.*"

CASO

La controversia in questione attiene all'impugnazione di due successive delibere assembleari, riguardanti l'installazione di un ascensore nel vano scale di un condominio. Il condomino, venuto a conoscenza (soltanto con la seconda delibera, quella nella quale risultava presentato il progetto esecutivo) che l'ascensore in progetto non raggiungeva l'ultimo piano, ove insistevano due dei suoi appartamenti, ricorreva all'autorità giudiziaria competente, per avanzare azione di nullità e/o comunque invalidità delle delibere con le quali si approvavano i ridetti lavori. Il Tribunale aveva accolto la domanda del condomino, ritenendo le delibere impugnate invalide, in quanto preclusive del diritto all'suo del bene comune, mentre la Corte di Appello, richiamata la distinzione tra delibere nulle e annullabili, riformava la sentenza del giudice di prime cure, escludendo che il diritto all'uso dell'ascensore fosse annoverabile tra i diritti individuali inviolabili. Il condomino soccombente proponeva ricorso in cassazione, affidandosi a quattro capi di censura e coinvolgendo molteplici norme afferenti la normativa speciale L.69/09, la comunione ed il condominio.

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione, prendendo le mosse da una oramai radicata distinzione tra delibere nulle ed annullabili, richiamando suoi specifici precedenti, tra i quali, l'insegnamento granitico di Sezioni Unite n. 4806/2005**, accoglieva il ricorso del condomino**, riconosceva l'incidenza

delle delibere rispetto al diritto del condomino su un bene comune ed il pregiudizio derivante al diritto individuale di quest'ultimo e cassava la sentenza della Corte d'Appello.

QUESTIONI

L'installazione di un ascensore condominiale rientra nell'alveo delle c.d. "innovazioni", ovverosia quelle opere che, come autorevolmente affermato da dottrina e giurisprudenza[1] importano **un'alterazione** nell'entità sostanziale o un **mutamento** nella destinazione della cosa comune.

E' noto che la normativa codicistica (articoli 1102 c.c., 1120, comma 2^ c.c.) è affiancata dalla legge speciale art. 2, comma 2 l.13/1989, la quale riconosce il diritto all'esecuzione delle opere di installazione dell'ascensore, SEMPRE E COMUNQUE, a prescindere dall'approvazione delle opere per effetto delle maggioranze codicistiche, allorchè esse possano essere eseguite senza che ciò comporti violazione alcuna del diritto degli altri condomini né tanto meno pregiudizio per il fabbricato e se le medesime trovino **piena giustificazione nei primari e superiori interessi diritti primari della persona di rango costituzionale**, con ciò intendendosi il diretto e stretto collegamento delle norme rivolte **all'eliminazione delle barriere architettoniche,** al più ampio e diffuso interesso protetto a che tutti coloro che entrino in contatto con il fabbricato in generale, non ricevano discriminazioni di sorta all'utilizzo del bene, consentendosi la realizzazione, senza pregiudizio di altri diritti all'eliminazione di ogni ostacolo, che favorisca lo sviluppo della persona umana.

Di tali principi, ha fatto applicazione nel panorama giurisprudenziale recente, il Tribunale di Firenze, Sez. II, sentenza 19 gennaio 2016, n. 174 – Giudice M.T. Paternostro, opportunamente individuata dai commentatori come l'affermazione in materia di condominio del concetto di **«solidarietà condominiale»**, attraverso una rilettura delle norme codicistiche e delle leggi speciali in linea con il dettato di cui all'art.2 Cost, e quindi come si suole affermare, costituzionalmente orientata, ed in cui nei principi generali, che sono stati ispirazione per il legislatore del 1989, devono essere risolti i conflitti fra i diversi interessi in ambito condominiale, pur se facenti capo a situazioni non necessariamente proprietarie.

La *ratio* della disciplina è proprio quella di consentire la c.d. «visitabilità» degli edifici da parte di tutti coloro che hanno occasione di accedervi. Deve quindi prescindersi dalla titolarità di un diritto personale di godimento o di un diritto reale da parte del portatore di handicap, in quanto il presupposto richiesto dalla norma è piuttosto il fatto **che l'edificio sia accessibile da chiunque.**

Nella fattispecie in commento, l'interesse degli ermellini si concentra sulla seconda e terza censura, involgenti rispettivamente le circostanze che soltanto con la seconda delibera impugnata il ricorrente constatava che il progetto di esecuzione dell'ascensore approvato escludeva l'ultimo piano (ove per l'appunto insistevano, due appartamenti di sua proprietà) e che sussisteva la violazione dello specifico diritto di godere di un bene comune.

Difatti, la Corte di Cassazione richiama espressamente la storica sentenza delle S.U. n. 4806/2005[2], la quale detta apoditticamente, con approccio chiaro ed analitico, il differente regime delle invalidità delle delibere assembleari: "*Le cause di nullità, afferendo all'oggetto, raffigurano le uniche cause di invalidità riconducibili alla "sostanza" degli atti*" ed essendo rilevanti per l'ordinamento, non sono soggette a termine per l'impugnazione. "*Sono inficiate da un vizio di forma le deliberazioni quando l'assemblea decide senza l'osservanza delle forme procedimentali stabilite dalla legge per assicurare la partecipazione di tutti i condomini alla formazione della volontà collettiva per gestire le cose comuni*». In tali circostanze la delibera è annullabile e non producendo un vizio "grave", se ne prescrive il termine decadenziale di trenta giorni, per l'impugnazione.

"Le diverse cause di invalidità sono state, quindi, ricondotte al tipo di interesse leso: interessi sostanziali inerenti all'oggetto delle delibere, per la nullità; strumentali, in quanto connessi con le regole procedimentali relative alla formazione degli atti, per l'annullabilità".

Nel caso di specie, la Cassazione riforma la sentenza della Corte d'Appello giacché il relativo provvedimento presentava un "*contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili*"[3]; ed invero, la Corte d'Appello da un lato escludeva l'interesse ad impugnare del condomino, negando la violazione di un diritto, e dall'altro affermava la decadenza dall'impugnazione, ritenendo la delibera annullabile e dunque impugnabile nel termine di trenta giorni.

Peraltro, criticamente, la Cassazione rileva come il giudice d'appello avesse escluso apoditticamente che un diritto all'utilizzo dell'ascensore possa essere annoverato tra i diritti individuali inviolabili, ritenendo invece che le delibere impugnate pregiudicano proprio il diritto del singolo (condomino proprietario dell'ultimo piano), riguardo all'utilizzo di un bene comune (ascensore), in quanto gli impediscono un uso pieno dello stesso e, concretamente, incidono peggiorativamente sul valore venale della proprietà esclusiva, con ciò determinando l'assoluta nullità delle delibere, impugnabili in ogni tempo e senza il rispetto del termine decadenziale per l'impugnazione.

[1] Cass. Civ. Sez. II n. 14384 del 29 luglio 2004; Cass. Civ.,Sez.II, n.11936 del 23.10.1999.

[2] Cass, civ, 5814/16; Cass. civ. 11034/16

[3] Cass. civ. 14324/15; SU 8053/14

Diritto e procedimento di famiglia

L'affido condiviso e la frequentazione dei figli durante l'emergenza sanitaria da Covid-19

di **Giuseppina Vassallo**

Corte d'appello di Bari 26 marzo 2020

Lo scopo primario delle norme poste dai DPCM emanati è una rigorosa e universale limitazione dei movimenti sul territorio diretta al contenimento del contagio, con conseguente sacrificio di tutti i cittadini anche dei minori. Il diritto/dovere di visita dei genitori è da considerarsi recessivo rispetto alle limitazioni poste alla circolazione delle persone, legalmente stabilite a norma degli artt. 16 e 32 Cost.

Affidamento condiviso e frequentazione genitori/figli – sospensione – diversa modalità

Art. 337 ter c.c. – DPCM 22 marzo 2020

IL QUADRO ATTUALE DELLA NORMATIVA

Il DPCM del 22 marzo 2020, che ha previsto ulteriori restrizioni alla circolazione per contrastare il contagio da Covid-19, ha imposto il *divieto a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati,* ***in un Comune diverso*** *rispetto a quello in cui attualmente si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute.*

Rispetto a quanto disposto dall'art. 1, lett. a, del DPCM 8 marzo 2020, risultano soppresse "le situazioni di necessità" e non sono più consentiti gli spostamenti per rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza.

In questo quadro normativo si pone il problema di come gestire la frequentazione tra i genitori separati e i figli, in relazione alle visite con il genitore non convivente.

In un primo momento, sembravano essere consentiti gli spostamenti dei genitori che si recavano a prendere i figli in ottemperanza di un provvedimento dell'autorità giudiziaria, che aveva precedentemente disposto modalità di affidamento e frequentazione.

Le disposizioni erano state interpretante nel senso che *"gli spostamenti per raggiungere i figli minorenni presso l'altro genitore o comunque presso l'affidatario, oppure per condurli presso di sé, sono consentiti, in ogni caso secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di*

separazione o divorzio" (FAQ sito web del Governo).

La Circolare del Ministro dell'interno del 23 marzo 2020 ha tentato di fare chiarezza sulle nuove misure limitative degli spostamenti.

La previsione introdotta dal nuovo D.P.C.M. appare destinata a impedire gli spostamenti in Comuni diversi da quello in cui la persona si trova, laddove non caratterizzati dalle esigenze previste dalla norma stessa.

Nel modello di autocertificazione rilasciato il 26 marzo 2020, sono stati inseriti tra i "motivi di necessità" da dichiarare gli "obblighi di affidamento di minori".

I PRIMI PROVVEDIMENTI DEI TRIBUNALI

Un recentissimo provvedimento è stato adottato dal Presidente della Corte di Appello di Bari Sezione Famiglia, con ordinanza del 26 marzo 2020.

La madre aveva presentato istanza urgente di sospensione delle visite dei figli con il padre, residente in un altro Comune.

Il giudice, accogliendo l'istanza, ha disposto la sospensione delle visite del padre e indicato quale modalità di esercizio di frequentazione, lo strumento della videochiamata o Skype, mettendo un termine temporale (fino al 3 aprile 2020).

Nella motivazione si legge che lo scopo primario delle norme poste dai DPCM emanati è una rigorosa e universale limitazione dei movimenti sul territorio diretta al contenimento del contagio, con conseguente sacrificio di tutti i cittadini anche dei minori. Il diritto/dovere di visita dei genitori è da considerarsi recessivo rispetto alle limitazioni poste alla circolazione delle persone, legalmente stabilite a norma degli artt. 16 e 32 Cost.

Dal punto di vista procedurale, si è fatta applicazione dell'art. 2, co. 2, lett. g, n. 1) del DL. n. 11/2020 (disposizione riprodotta, con alcuni emendamenti, nel D.L. n. 18/2020, art. 83, co. 3, lett. a, in G.U. 17.03.2020), nella parte in cui non è prevista la sospensione dei termini per "procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona".

Si rilevano altre due pronunce sul tema. Il Tribunale di Milano, con provvedimento reso in via d'urgenza l'11 marzo 2020, ha respinto l'istanza di un genitore che aveva chiesto l'emissione di un ordine d'immediato rientro dei minori (che si trovavano con il padre fuori Milano) presso l'abitazione materna e la limitazione del diritto di visita dell'altro genitore, a causa della situazione derivante dalla pandemia di Covid-19 e del rischio di contagio.

Il Tribunale, rilevato come il DPCM dell'8 marzo 2020 non precludesse il rientro presso la residenza o domicilio, e che comunque che lo stesso Governo nelle proprie FAQ aveva chiarito essere autorizzati gli spostamenti per permettere a ciascun genitore di esercitare il diritto di

visita e frequentazione dei figli, ha respinto la richiesta e imposto il rispetto dell'accordo già raggiunto.

Un altro provvedimento è stato emesso dalla Corte d'appello di Lecce il 20 marzo 2020. Nel caso in esame i due figli minori erano stati collocati presso l'abitazione del padre al quale era anche stata attribuita la responsabilità genitoriale in via esclusiva.

In base ai provvedimenti esistenti, la madre avrebbe potuto vedere i figli presso una struttura protetta, ma la situazione di emergenza aveva reso impossibile gli incontri.

Il giudice, rilevando la necessità di garantire la relazione tra i minori e la madre con le modalità che consentano la tutela della salute di ciascuno, ha disposto in via d'urgenza che il padre consentisse ai minori collegamenti con la madre via Skype o con videochiamata.

IL BILANCIAMENTO DEI DIVERSI DIRITTI IN GIOCO

All'attualità, questi ultimi provvedimenti contrastano con le linee guida indicate dal Governo sul proprio sito delle FAQ, dove nella sezione Spostamenti, è specificato che *gli spostamenti per raggiungere i figli minorenni presso l'altro genitore o comunque presso l'affidatario, oppure per condurli presso di sé, sono consentiti, in ogni caso secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio.*

Diversi sono i diritti coinvolti, il diritto alla bigenitorialità del figlio *in primis*, e dell'altro genitore alla sua frequentazione (come stabilito da un provvedimento dell'autorità giudiziaria), ma è pur vero che rientra nei doveri di un genitore quello di tutelare la salute fisica del figlio. A ciò si aggiunga il diritto alla salute pubblica, riconosciuto dall'art. 32 della Costituzione e sulla cui base sono state emanate le misure limitative nell'abito del contenimento della pandemia.

Nell'ambito del bilanciamento, ciò che da più parti si auspica, è quello di evitare decisioni unilaterali, e giungere piuttosto a soluzioni concordate tra i genitori, tenuto conto delle singole e particolari situazioni in cui si viene a trovare ogni famiglia.

Diritto e reati societari

È costituzionalmente legittima l'informazione antimafia interdittiva, i cui effetti possono estendersi all'attività privata delle imprese

di **Dario Zanotti**

Corte Costituzionale, sentenza n. 57 del 2020

Parole chiave: informazione antimafia interdittiva – attività privata – impresa – cancellazione dall'albo – legittimità costituzionale

Massima: "*L'informazione antimafia interdittiva adottata dal Prefetto nei confronti dell'attività privata delle imprese oggetto di tentativi di infiltrazione mafiosa non viola il principio costituzionale della libertà di iniziativa economica privata perché, pur comportandone un grave sacrificio (nella specie era in gioco l'iscrizione all'albo delle imprese artigiane), è giustificata dall'estrema pericolosità del fenomeno mafioso e dal rischio di una lesione della concorrenza e della stessa dignità e libertà umana*".

Disposizioni applicate: artt. 67, 83, 84, commi 3 e 4, 89 *bis* e 92, commi 3 e 4, d.lgs 159/2011; artt. 3 e 41 Cost..

Nel caso in analisi, la Corte costituzionale si è trovata ad analizzare, in seguito a questione sollevata dal Tribunale di Palermo, la legittimità costituzionale degli articoli 89 *bis* e 92, commi 3 e 4, del decreto legislativo 6 settembre 2011 n. 159 – il cosiddetto Codice antimafia – in riferimento agli artt. 3 e 41 della Costituzione.

Nella specie, il titolare di una ditta artigiana ha impugnato di fronte al Tribunale di Palermo un provvedimento di cancellazione dall'albo delle imprese artigiane, che era fondato su una nota della Prefettura di Palermo con la quale era stata comunicata l'adozione di informazione antimafia interdittiva nei confronti della suddetta impresa artigiana. Il provvedimento è stato così impugnato di fronte al giudice ordinario con riferimento alle sue conseguenze, ma non ai suoi presupposti (l'analisi dei quali spetta alla giurisdizione amministrativa).

L'informazione antimafia e? un provvedimento amministrativo che, fondandosi su una serie di elementi sintomatici, esprime un motivato giudizio, in chiave preventiva, circa il pericolo di infiltrazione mafiosa all'interno di un'impresa, interdicendole l'inizio o la prosecuzione di attività con l'amministrazione pubblica, o l'ottenimento di qualsiasi sussidio, beneficio economico o sovvenzione, e determinando la revoca di quelli già eventualmente in essere (cfr. quanto disposto dagli artt. 67, 84, commi 3 e 4, e 91, comma 6, Codice antimafia). Tale

attestazione viene rilasciata dal prefetto competente territorialmente (v. art. 90 del Codice antimafia) ed i suoi effetti sono immediati.

Nel caso di specie, il giudice *a quo* ha ritenuto che la risposta sanzionatoria dell'informazione antimafia interdittiva, per la sua natura di provvedimento amministrativo, ponesse dubbi di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 41 Cost., in quanto assumerebbe gli effetti di un provvedimento giurisdizionale definitivo. Il Tribunale di Palermo, inoltre, ha posto dubbi circa la legittimità costituzionale sul potere dell'informazione antimafia di impedire lo svolgimento non solo dell'attività d'impresa con la pubblica amministrazione, ma anche dell'attività contrattuale privata nei casi indicati dall'art. 67 del Codice antimafia.

La Corte costituzionale ha anzitutto difeso la misura dell'informazione antimafia interdittiva sul profilo della legittimità sostanziale, anche perché gli interessi che tutela sono bilanciati dalla gravità del fenomeno mafioso, secondo quanto è emerso nella relazione conclusiva del 7 febbraio 2018 della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie, con la quale è stata evidenziata la vulnerabilità dei mercati privati e in particolare di quei "*settori connotati da elevato numero di piccole imprese, basso sviluppo tecnologico, lavoro non qualificato e basso livello di sindacalizzazione, dove il ricorso a pratiche non propriamente conformi con la legalità formale diviene prassi diffusa*" (v. pag. 22 della citata relazione), a cui appartiene l'impresa nel caso di specie.

La Corte costituzionale ha poi sottolineato come l'informativa antimafia interdittiva (i) sia una misura dal carattere temporaneo (limitata a dodici mesi, ai sensi dell'art. 86, comma 2, Codice antimafia); (ii) sia suscettibile di impugnazione, quanto alla sussistenza dei presupposti, davanti al giudice amministrativo, al quale può essere peraltro richiesta la sospensione di tale misura in via cautelare; (iii) non possono esservi effetti sull'attività privata dell'impresa nei casi di cui all'art. 67, comma 5, Codice antimafia, ossia qualora per effetto delle misure interdittive verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia.

In conclusione, quindi, la Corte costituzionale non ha ravvisato profili di incostituzionalità nella scelta di affidare l'adozione della misura interdittiva in oggetto all'autorità amministrativa (in luogo di quella giurisdizionale).

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Solo al credito di rivalsa Iva vantato dai professionisti spetta il privilegio generale mobiliare ex art. 2751 bis n.2 c.c.

di **Silvia Zenati**

Sentenza Corte Costituzionale, n. 1/2020, depositata il 3 gennaio 2020

Parole chiave Credito di rivalsa Iva dei professionisti – spettanza del privilegio generale mobiliare – questione di legittimità costituzionale
Massima l'art. 2751 bis n.2 c.c. è costituzionalmente legittimo nella parte in cui estende anche al credito per rivalsa Iva il privilegio generale mobiliare ivi attribuito al credito per le retribuzioni dei professionisti

Disposizioni applicate art. 2751 bis n.2 c.c. (come modificato dall'art. 1 comma 474 Legge 27/12/2017 n.205), art. 3 Cost.

La Corte Costituzionale è stata investita di questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Udine in relazione alla previsione, introdotta nell'art. 2751 bis n.2 c.c. dalla Legge 205/2017, dell'estensione ai soli crediti di rivalsa Iva dei professionisti la causa di prelazione prevista per il credito da retribuzione dei professionisti stessi, tenuto conto del fatto che restano esclusi da tale beneficio gli altri soggetti destinatari dell'art. 2751 bis, cioè ogni altro prestatore d'opera (n.2), gli agenti (n.3), i coltivatori diretti, gli artigiani e le cooperative (n.5), le cooperative agricole (n.5-bis).
Il Tribunale rimettente sostiene che in tal modo la disposizione, oggetto di censura sotto il profilo della violazione dell'art. 3 Cost., determinerebbe senza motivo un'ingiustificata disparità di trattamento tra i professionisti e le altre categorie di lavoratori per i quali il privilegio riconosciuto alle retribuzioni non si estende al credito per rivalsa Iva.
Va ricordato che la Legge 205/2017 ha introdotto nel testo previgente dell'art.2751 bis n.2 c.c. le parole "compresi il contributo integrativo da versare alla rispettiva cassa di previdenza ed assistenza ed il credito di rivalsa per l'imposta sul valore aggiunto".
Nella disciplina dei privilegi, alle retribuzioni professionali dovute per gli ultimi due anni di prestazione è riconosciuto il privilegio generale mobiliare che spetta ai prestatori di lavoro subordinato; poiché dette retribuzioni professionali sono generalmente assoggettate ad Iva, l'art. 2758 c.c. attribuisce anche ai crediti di rivalsa Iva verso il cessionario e il committente il grado di privilegio, ma con riferimento ai beni che hanno formato oggetto di cessione o ai quali si riferiva il servizio. Analoga disposizione è contenuta nell'art. 2772 c. 3 c.c. con riferimento agli immobili che hanno formato oggetto della cessione o ai quali si riferisce il servizio.
Considerato che solitamente la prestazione del professionista non riguarda un bene, mobile o

immobile, oggetto di cessione o dell'attività di servizio, si veniva a creare, nel sistema anteriore alla modifica introdotta dalla Legge 205/2017, una situazione di disparità tra il credito per rivalsa Iva, destinato ad essere soddisfatto quale credito chirografario (stante la mancanza dei suddetti beni, sui quali soddisfarsi), ed il credito per retribuzione, assistito dal privilegio generale sui mobili.
D'altra parte, ai crediti di rivalsa Iva non poteva essere riconosciuta la qualifica di debiti di massa ex art. 111 comma 2 l.f., argomentando ex art. 6 comma 3 Dpr 633/1972, e cioè ritenendo le prestazioni dei servizi come effettuate all'atto del pagamento del corrispettivo, e quindi in costanza di fallimento: poiché infatti la causa ontologica del credito di rivalsa Iva risale alla prestazione posta in essere ante fallimento, il credito stesso non può essere considerato come sorto in occasione o in funzione delle procedure concorsuali, e quindi allo stesso non spetta il regime di prededuzione (Corte di Cassazione, 14/03/2018, sentenza n. 6245). Proprio per riallineare il credito per retribuzione del professionista, assistito dal privilegio generale sui mobili, al meno favorevole privilegio di cui all'art. 2758 comma 2 e 2772 comma 3 c.c., la L.205/2017 ha inserito nell'art. 2751 bis n.2 c.c. la citata modifica, all'esito della quale il credito avente ad oggetto il corrispettivo del professionista ed il credito per rivalsa Iva sono assistiti dall'identico privilegio generale sui mobili.
Quanto alla sollevata eccezione di legittimità costituzionale per disparità di trattamento, avendo la modifica allineato il privilegio solo con riferimento ai professionisti e non ad ogni altro prestatore d'opera, di cui al n.2 dell'art.2751 bis c.c., la Corte, richiamando la propria sentenza n. 1/1998, afferma che sia i professionisti che ogni altro prestatore d'opera, intellettuale o no, possano godere della stessa estensione del privilegio mobiliare al credito per rivalsa Iva.
Con riferimento alle altre categorie previste dall'art. 2751 bis c.c. (agenti, coltivatori diretti, artigiani, cooperative e cooperative agricole), i cui corrispettivi e proventi sono comunque assoggettati ad Iva, la Corte osserva, invece, che la ragione ispiratrice dell'estensione del privilegio mobiliare è quello di salvaguardare il compenso dei prestatori di lavoro autonomo, considerato che lo stesso ricade nella generale tutela del lavoro, costituzionalmente tutelato dall'art.35 Cost., in tutte le sue forme ed applicazioni. (cfr Corte Cost. sentenza n.1/2000): tale caratteristica non si riscontra nei crediti dei soggetti sopracitati, per i quali, quindi, è corretto mantenere il privilegio di cui agli art. 2558 e 2772 c.c. per il credito di rivalsa Iva, non sussistendo alcuna disparità di trattamento, restando rimessa al legislatore la possibilità di estendere la disciplina di maggior tutela del credito di rivalsa iva alle suddette categorie.
La Corte infine risolve positivamente il problema dell'applicabilità retroattiva, quindi anche ai crediti sorti prima dell'introduzione della norma censurata, del privilegio generale mobiliare: conseguentemente, anche al credito di rivalsa Iva che venga fatto oggetto di ammissione nello stato passivo fallimentare in un momento successivo all'entrata in vigore della modifica, spetta il privilegio generale mobiliare ex art.2751 bis n.2 c.c. come novellato dalla L.205/2017 (cfr. Corte Cost. 167/2017 che ha affermato "il privilegio introdotto ex novo dal legislatore è destinato a ricevere immediata applicazione da parte del giudice procedente, anche con riguardo a crediti che, ancorché sorti anteriormente alla legge istitutiva di quel privilegio, vengano, comunque, fatti valere, in concorso con altri, in un momento successivo". In senso conforme, Corte Cost. 170/2013).

Master di specializzazione
AVVOCATO NELLA CRISI D'IMPRESA
Disponibile anche in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

Diritto Bancario

Contratto autonomo di garanzia e vincolo di solidarietà

di **Fabio Fiorucci**

Secondo un orientamento della giurisprudenza di merito, l'interruzione della prescrizione del credito estende i suoi effetti anche alla garanzia autonoma prestata in forza del combinato disposto degli artt. 1310, 2943 e 2945 c.c., essendo da escludersi che la garanzia autonoma, in quanto obbligazione indipendente e non accessoria, non sia solidale rispetto al credito garantito.

La garanzia autonoma, come noto, si caratterizza per l'assenza dell'accessorietà tipica della fideiussione: ciò comporta l'impossibilità per il garante di opporre al beneficiario eccezioni attinenti al rapporto garantito; la causa concreta della garanzia autonoma è, infatti, proprio quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione dell'obbligazione principale.

Da tali caratteristiche non può automaticamente discendere la natura non solidale della garanzia autonoma e lo conferma l'art. 1293 c.c., secondo cui « la solidarietà non è esclusa dal fatto che i singoli debitori siano tenuti ciascuno con modalità diverse, o il debitore comune sia tenuto con modalità diverse di fronte ai singoli creditori ». Orbene, il carattere di solidarietà tra il credito del garante e il credito del debitore principale non può ritenersi escluso *ex se* dalla natura autonoma della garanzia, soprattutto se il garante e il garantito non vi hanno espressamente derogato (nei termini Trib. Milano 23.3.2018).

Sul presupposto che la solidarietà è l'identità della prestazione (*eadem res debita*), « essendo essenziale che tutti i debitori siano obbligati non già a più prestazioni identiche, ma ad un'unica prestazione » (Cass. n. 2120/1996; Cass. n. 32402/2019), la Cassazione esclude, invece, il vincolo di solidarietà nel caso del contratto autonomo di garanzia.

Nel contratto autonomo di garanzia, è osservato, non può ravvisarsi una prestazione omogenea rispetto a quella del debitore principale atteso la natura indennitaria della relativa obbligazione: l'obbligo del garante non è quello di adempiere la medesima prestazione dell'obbligato principale, ma di tenere indenne il creditore dall'inadempimento del debitore principale (resta inteso che le parti potrebbero, nella loro autonomia, prevedere un diverso contenuto dell'obbligazione di garanzia) (Cass. n. 32402/2019).

Dunque, tra contratto autonomo di garanzia e obbligazione garantita si configura non già un vincolo di solidarietà ma un (mero) collegamento negoziale ed un cumulo di prestazioni. Da ciò discende che al contratto autonomo di garanzia non è applicabile il regime sull'apponibilità delle eccezioni previsto dall'art. 1297 c.c., né la disciplina della prescrizione,

quale stabilita in materia di fideiussione dall'art. 1957, comma 4, c.c. e dall'art. 1310 c.c., per le obbligazioni solidali in generale, con la conseguenza che l'atto con il quale il creditore ha interrotto la prescrizione contro il debitore non ha effetto nei confronti del garante autonomo (Cass. n. 32402/2019).

Soft Skills

Come la tecnologia sta cambiando la professione legale

di **Mario Alberto Catarozzo - Business Coach e Formatore**

Il 2020 aveva preso inizio parlando di Intelligenza Artificiale (AI), Blockchain, 5G e cobot (collaboratori robot), i nuovi trend del decennio, mercato legale compreso. Il brusco stop di questi mesi di emergenza sanitaria ha spostato l'attenzione dei media verso altre tematiche non rallentando certo i trend dell'innovazione tecnologica. Dal 2008, anno in cui Internet è diventato "portabile" tramite i device mobili, la tecnologia ha pervaso tutti i settori professionali e quello legale non ha fatto eccezione. Certo, rispetto ai colleghi anglosassoni, in Italia c'è un ritardo tecnologico di un decennio, ma questo gap si sta colmando con sempre maggior velocità. La questione dell'impatto che avrà la tecnologia sulla professione legale va prima di tutto affrontata su un piano di mentalità e cultura e solo dopo su un piano di strumenti e infrastrutture.

BOUTIQUE DEL DIRITTO E AVVOCATI D'AFFARI

Il settore legale italiano oggi appare alquanto disomogeno sia da un punto di vista geografico, sia da un punto di vista organizzativo. Dei 244mila avvocati ufficialmente iscritti all'Albo, solo una piccola parte oggi risulta organizzata in forma associativa e societaria (stp, sta), mentre la maggioranza degli studi risulta ancora strutturato in forma individuale, con il dominus a capo, qualche professionista collaboratore o praticante e la segretaria. Dal dopo guerra fino ad oggi la cultura forense è rimasta pressochè invariata dal punto di vista dell'interpretazione e conseguente organizzazione della professione e solo nell'ultimo periodo si vede un'apertura verso una nuova visione della professione. Professione intellettuale, svolta in forma individuale, con clientela prossimale e competenze generaliste. Questa potrebbe essere la sintesi estrema della professione per circa 70 anni. Va considerato che tra il 1985 e il 2015 il numero degli avvocati è aumentati di 5 volte. A questo aumento esponenziale degli avvocati non è corrispoto una crescita organizzativa o un cambio di mentalità: lo studio risulta ancora poco strutturato, centrato sulla figura del titolare-dominus, di cui portava il nome. Negli ultimi 20 anni tuttavia una nuova cultura organizzativa è arrivata nel nostro Paese: quella degli studi internazionali. Parliamo degli studi legali d'affari, associazioni professionali con partner a capo, diverse figure professionali all'interno, spesso definite in base alla seniority (equity partner, salary partner, associate, of counsel, trainee) e uno staff di supporto (personal assistant, receptionist, IT manager, marketing manager, HR manager). Lo studio legale diventa azienda in queste strutture e come le aziende si organizza in reparti, settori, dipartimenti, aree. Come le aziende si dota di una organizzazione tecnologica di tutto rispetto, per poter lavorare con sedi in tutto il mondo, con clienti di ogni dove e in mobilità per i suoi componenti (smart workers). Non è un caso che in questo momento storico caratterizzato dall'emergenza sanitaria, i grandi studi legali d'affari non hanno avuto alcun problema ad attuare lo smart

working, avendo già dotato tutti i professionisti di studio di computer portatili, cellulari e sistemi di videoconference. Tutti questi studi da tempo utilizzano il cloud, quindi una modalità di archiviazione smart dei materiali di lavoro, in modo che siano accessibili in qualunque momento dovunque.

TECNOLOGIA E PROFESSIONE

Vediamo allora di cosa parliamo in concreto quando parliamo di tecnologia nella professione forense. Innanzitutto come hardware lo studio tecnologico utilizza computer portatili, tablet e smartphone per i collaboratori e sistemi di videoconference professionali. A ciò si aggiunge poi la dotazione software, quindi gestionali di studio per l'organizzazione delle pratiche e delle attività, software per la produzione di documenti e atti, per le ricerche giurisprudenziali, per il deposito e lo scambio documentale con Tribunali e uffici giudiziari.

Questo momento storico ha inoltre rotto le abitudini decennali dell'avvocato, tutto studio e udienze, portandolo a riflettere sulla dotazione tecnologica che gli permette di essere flessibile e lavorare a distanza anche con i propri collaboratori. Ecco che le piattaforme di meeting on line, di videoconference sono diventate di uso comune e i webinar il nuovo modo per formarsi e per mantenere il rapporto con i clienti. L'uso della tecnologia non solo richiede investimento di soldi per attrezzarsi, ma anche investimento di tempo ed energie per formarsi. È la mentalità la prima cosa da cambiare per poi poter utilizzare la tecnologia di cui ci si è dotati.

COMUNICARE A DISTANZA

La tecnologia, a partire dalla Rete permette di comunicare a distanza, che è una sfida per l'avvocato, abituato al rapporto *de visu*. Vuol dire il deposito di atti a distanza, la richiesta di copie, delegare i collaboratori in videoconference, gestire la redazione di un atto con piattaforme di condivisione, accedere ai fascicoli in cloud, coordinare le attività con il timesheet per la rilevazione dei tempi, utili per la fatturazione. Non solo: vuol dire saper motivare i collaboratori a distanza, saper condividere una vision, saper condividere tempi e valori a distanza.

Verso i clienti significa poi saper valorizzare il proprio brand, sapersi far sentire vicini, saper costruire la relazione e creare uno stile. Ecco che la comunicazione via Internet mediante il sito di studio diventa fondamentale, così come l'uso dei social, l'uso dei motori di ricerca, la collaborazione con riviste on line, la formazione a distanza per i clienti, lo sviluppo di clip video per spiegare le novità normative, lo sviluppo di podcast per instaurare un filo comunicativo audio costante con i prospect e con i clienti su novità giurisprudenziali, normative, commenti di fatti di cronaca, approfondimenti.

Insomma, la tecnologia sta già permeando ogni area organizzativa della professione e resistere – come molti stanno cercando di fare – non solo non serve a molto, ma è deleterio. La tecnologia, ricordiamolo, cambiando il modo di organizzare il tempo e le attività, cambia la

forma mentis delle persone, avvocati e clienti. Cambiano di conseguenza le relazioni nei tempi, luoghi e modalità di svolgimento. Cambia il modo di formarsi e informarsi. Cambia il modo di fare squadra e i luoghi e tempi del lavoro. Cambiano i servizi offerti, prezzi, modalità con cui vengono proposti.

Le esigenze dei clienti sono oggi diverse rispetto a soli 10 anni fa: sono diversi i tempi delle risposte, sono diversi i contenuti, che oggi devono essere multidisciplinari. Gli avvocati che prestano consulenza per le aziende devono entrare nelle dinamiche dell'azienda, nel suo tessuto organizzativo, nei suoi tempi e diventare non un soggetto esterno, bensì essere percepiti come un partner del business aziendale.

Possiamo solo immaginare cosa accadrà usciti da questa fase di stallo che ci sta facendo riflettere e che rappresenta un catalizzatore del cambiamento. Immaginiamo con l'introduzione del 5G cosa accadrà quando la banda di trasmissione sarà talmente potente da permettere collegamenti stabili e perfetti in videoconferenza. Immaginiamo cosa accadrà quando il cliente si abituerà a dialogare in videoconference e chiederà continuità nella relazione e non solo di fronte al caso patologico.

Insomma, il futuro è tutto da costruire e sarà molto, molto diverso dal passato. La tecnologia sarà parte integrante di questo futuro e la professione del futuro è ancora tutta da costruire.

Nuove tecnologie e Studio digitale

Rapporto tra acquisizione dei dati personali e gratuità dei servizi online

di **Avvocato Gabriele Borghi - Componente del D&L NET**

Negli ultimi anni i dati hanno assunto un'importanza via via crescente nell'organizzazione delle attività di produzione e di scambio, al punto da poter essere considerati una risorsa economica a tutti gli effetti, anzi la risorsa più importante in molti settori; infatti, grazie agli avanzamenti nell'ambito dell'Information e Communication Technology (ICT), le organizzazioni tendono a raccogliere dati di qualsiasi tipo (personali e non personali), ad elaborarli in tempo reale per migliorare i propri processi decisionali ed, infine, a memorizzarli in maniera permanente al fine di poterli riutilizzare in futuro od al fine di estrarne nuova conoscenza. La creazione dei dati sta seguendo un processo esponenziale: infatti, nell'anno 2018, il volume totale dei dati creati nel mondo è stato di 28 zettabyte (ZB), registrando un aumento di più di dieci volte rispetto al 2011; il motore primario di questo processo di generazione è indubbiamente internet: attraverso la rete in un minuto sono inviati 44 milioni di messaggi, sono effettuate 2,3 milioni di ricerche su Google, sono generati 3 milioni di "mi piace" e di condivisioni su Facebook.

Fatta questa doverosa premessa, occorre ora analizzare la **sentenza n. 261 del 10.1.2020** con cui il **T.A.R. del Lazio** ha, di recente, fornito una serie di utili indicazioni per le imprese che intendono implementare delle iniziative di business basate, in sostanza, sullo sfruttamento dei dati personali degli utenti iscritti.

Nello specifico, il T.A.R. – nello smentire le censure di Facebook, la quale aveva eccepito la carenza di potere dell'AGCM che – nell'emanare il provvedimento sanzionatorio (poi impugnato con il ricorso al tribunale amministrativo laziale, riguardo al quale quest'ultimo ha emanato la sentenza qui in commento) per violazione del D.Lgs. n. 206 del 6.9.2005 (cd. Codice del Consumo) con riferimento all'attività di acquisizione dei dati degli utenti iscritti al suo social network – avrebbe, a suo dire, invaso un campo di esclusiva competenza dell'Autorità Garante per la Protezione dei dati personali – ha affermato che, invero, lo sfruttamento dei dati personali può costituire un asset disponibile in senso negoziale suscettibile di sfruttamento economico e, quindi, idoneo ad assurgere alla funzione di controprestazione (in senso tecnico) di un contratto.

Oltre a ciò, il T.A.R. ha altresì precisato che, a fronte della tutela del dato personale quale espressione di un diritto della personalità dell'individuo e come tale soggetto a specifiche e non rinunciabili forme di protezione (es. diritto di revoca, di accesso, di rettifica etc.), sussiste, pure, un differente campo di protezione del dato personale medesimo, inteso quale possibile

oggetto di compravendita posta in essere tra gli operatori del mercato ovvero tra questi ultimi ed i relativi soggetti interessati.

Dunque, il fenomeno della cd. patrimonializzazione del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali, impone agli operatori di rispettare, nelle relative transazioni commerciali, quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previste dalla legislazione a protezione del consumatore, il quale deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso alla adesione ad un contratto per la fruizione di un servizio, qual è quello di utilizzo di un social network (n.d.r.: dall'esame dei bilanci di Facebook è, infatti, emerso che i ricavi provenienti dalla pubblicità online basata sulla profilazione degli utenti a partire dai loro dati costituiscono l'intero fatturato di Facebook Ireland Ltd ed il 98% di quello della capogruppo Facebook Inc.: in sostanza, si tratta di una dinamica tipica dei cd. "two sided markets", ovvero quei mercati in cui l'impresa, da un lato, offre un servizio senza richiedere un corrispettivo in denaro e, dall'altro, ne ottiene un ritorno economico connesso al numero di utenti che aderiscono al servizio, derivante, ad esempio, dalla vendita di spazi pubblicitari mirati ovvero dalla cessione a terzi dei dati dei propri utenti).

CONTINUA A LEGGERE