

Edizione di martedì 19 novembre 2019

Esecuzione forzata

[I limiti oggettivi dell'ordinanza anticipatoria di condanna ex art. 186 quater c.p.c. quale titolo esecutivo](#)

di Cecilia Vantaggiato

Impugnazioni

[La produzione di documenti nel giudizio di Cassazione: il punto sulla situazione](#)

di Valentina Baroncini

Esecuzione forzata

[L'efficacia dell'accertamento dell'obbligo del terzo prima e dopo la modifica dell'art. 549 c.p.c.](#)

di Maddalena De Leo

Obbligazioni e contratti

[Pegno su titoli: la banca è obbligata a vendere se il titolo azionario precipita](#)

di Alessandra Sorrentino

Comunione – Condominio - Locazione

[Annullabilità della delibera assembleare per omessa convocazione di uno dei comproprietari](#)

di Ilaria Ottolina

Diritto e procedimento di famiglia

[Affidamento esclusivo del minore al genitore che in passato ha svolto meglio il ruolo](#)

di Giuseppina Vassallo

Diritto e reati societari

Quando è necessario l'accertamento delle cause di decadenza del sindaco?
di **Virginie Lopes**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Legittimità del versamento post fallimento effettuato dal garante, o da suo delegato, sul conto corrente del fallito
di **Federico Callegaro**

Diritto Bancario

Tasso soglia usura dei mutui a stato avanzamento lavori
di **Fabio Fiorucci**

Diritto del Lavoro

Mutamento della sede di lavoro del lavoratore
di **Evangelista Basile**

Privacy

L'attività di profilazione all'interno del GDPR
di **Avvocato Gabriele Borghi**

Esecuzione forzata

I limiti oggettivi dell'ordinanza anticipatoria di condanna ex art. 186 quater c.p.c. quale titolo esecutivo

di Cecilia Vantaggiato

La L. 353/1990 e successivamente la L. 534/1995 hanno provveduto ad inserire nel codice di rito (artt. 186 *bis*, *ter* e *quater* c.p.c.) tre tipologie di provvedimenti, rientranti nella categoria delle condanne speciali, aventi la finalità di decongestionare la trattazione dei procedimenti civili di condanna e di formare immediatamente un titolo esecutivo.

Pur trattandosi di provvedimenti differenti, possono individuarsi alcuni tratti comuni tra cui la natura di condanna immediatamente esecutiva e il contenuto anticipatorio (sul punto, Mandrioli, *Le nuove ordinanze di "pagamento" e "ingiunzionale"*, in *Riv. Proc. Civ.*, 1991, 644 ss.).

In particolare, notevoli differenze presenta l'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione ai sensi dell'art. 186 *quater* c.p.c. rispetto alle tipologie previste dagli artt. 186 *bis* e *ter* c.p.c.

L'art. 186 *quater* c.p.c., infatti, prevede che una volta esaurita l'istruzione, il giudice istruttore, su istanza della parte che abbia proposto domanda di condanna al pagamento di somme ovvero alla consegna o al rilascio di beni, possa disporre con ordinanza il pagamento o la consegna o il rilascio, nei limiti per cui ritiene già raggiunta la prova. L'ordinanza, peraltro, nel caso di estinzione del processo, acquista l'efficacia della sentenza impugnabile sull'oggetto della istanza. Lo stesso avviene se la parte intimata non manifesta entro trenta giorni dalla sua pronuncia in udienza o dalla comunicazione, con ricorso notificato all'altra parte e depositato in cancelleria, la volontà che sia pronunciata la sentenza (commi 3 e 4).

L'ordinanza acquista l'efficacia della sentenza impugnabile sull'oggetto dell'istanza e non solo su quello del provvedimento. La combinazione di tali due aspetti conferma la natura dell'ordinanza quale prefigurazione dell'esito definitivo del giudizio di primo grado.

La pronuncia anticipatoria dovrà avere ad oggetto esclusivamente il *quid* ed il *quantum* indicato dall'attore, sulla base del *petitum* formale (statuizione di condanna) e sostanziale (pagamento somma di denaro; consegna cosa mobile; rilascio bene immobile) espressamente stabilito e ciò indipendentemente dall'esame di altre eventuali pretese fatte valere dalla stessa parte istante con l'atto di citazione introduttivo del giudizio di merito contro la stessa parte ovvero contro altre parti del processo o di altre domande eventualmente connesse a quella principale, proposte tra altre parti del processo, che con questa si relazionino secondo un rapporto di subordinazione o condizionamento (così, Cass. 31-10-2019, n. 27984).

Invero, il dettato normativo non pone limiti alla libertà dell'istante in ordine alla scelta di limitare l'istanza di condanna anticipata soltanto ad alcuni capi della domanda o soltanto ad alcune delle plurime domande di condanna eventualmente proposte, restando affidata alla prosecuzione del giudizio di merito – dopo l'emissione del provvedimento ex art. 186 *quater* c.p.c. ristretto ai soli capi oggetto di domanda – la pronuncia della sentenza definitiva sulle altre domande in ordine alle quali non è stata richiesta l'emissione della ordinanza anticipatoria (sul punto v. Cass. 13/02/2002, n. 2079, che ha esaminato il caso in cui con l'ordinanza anticipatoria era stata disposta la condanna per “alcune voci di danno” – biologico, morale, lucro cessante – con contestuale rinvio della causa per la decisione con sentenza in ordine alle “altre voci di danno”). All'epoca la S.C. ribadì il principio di diritto per cui l'ordinanza che pronuncia su alcuni dei danni richiesti con la domanda e rimette al collegio la decisione su altri, in mancanza di successiva sentenza, produce gli effetti di questa sull'intero oggetto della domanda e così è equiparata a una sentenza definitiva: le parti possono impugnarla in ragione del loro interesse ad una diversa decisione e, se è proposto appello, il giudice di secondo grado, che ne sia richiesto con impugnazione principale o incidentale, ha il dovere di pronunciare anche circa i danni sui quali sia mancata una pronuncia di merito nella ordinanza.

Sembra possibile, pertanto, che ove nel giudizio siano state proposte diverse domande autonome o anche cumulate, l'istante possa proporre istanza per l'ordinanza *de qua* anche solo su alcune delle domande di condanna.

È stato anche sostenuto, tuttavia, che l'oggetto dell'istanza ex art 186 *quater* debba coincidere con l'oggetto della domanda ex 163 n. 3 c.p.c. di modo da far coincidere l'efficacia dell'ordinanza con l'efficacia della sentenza definitiva. Invero, tale limitazione non si evince dalla norma, la quale anzi, proprio dai commi 3-4 lascerebbe intendere il contrario.

La stessa Suprema Corte ha esteso di recente (con sentenza del 31/10/2019, n. 27984) il principio della non necessaria compatibilità fra l'oggetto dell'ordinanza anticipatoria e l'oggetto del giudizio *tout court* anche in caso di giudizio con pluralità di cause o di parti, qualora l'istanza di emissione di provvedimento anticipatorio di condanna ex art. 186-*quater* c.p.c. non coincida con l'intero oggetto del giudizio, o perché formulata da uno solo degli attori o contro uno soltanto dei convenuti, ovvero perché concernente uno solo dei distinti rapporti giuridici in cui le domande hanno titolo, ribadendo che il giudice è tenuto a pronunciare, onde non incorrere nel vizio di ultrapetizione, nei limiti dell'“oggetto della istanza”, in quanto è tale l'ambito oggettivo della efficacia di giudicato che i commi 3 e 4 dell'art. 186-*quater* c.p.c. riconoscono al provvedimento di condanna, in caso di estinzione del giudizio o in caso di mancata dichiarazione della parte intimata di rinuncia alla pronuncia della sentenza e dopo la riforma del comma 4 disposta dall'art. 2, comma 1, lett. m), della l. n. 263/2005 – in caso di omessa manifestazione della volontà della parte intimata di vedere decisa la controversia con sentenza.

Master di specializzazione

PROCEDIMENTO E PROCESSO TRIBUTARIO: ATTI IMPOSITIVI E TUTELE DEL CONTRIBUENTE

Scopri le sedi in programmazione >

Impugnazioni

La produzione di documenti nel giudizio di Cassazione: il punto sulla situazione

di **Valentina Baroncini**

Cass., sez. VI, 9 ottobre 2019, n. 25393, Pres. D'Ascola – Est. Fortunato

[1] Cassazione – Ricorso – Produzione di nuovi documenti – Ammissibilità (Cod. proc. civ., artt. 366, 369, 372).

Nel giudizio innanzi alla Corte di cassazione, secondo quanto disposto dall'art. 372 c.p.c., se da un lato non è ammesso il deposito di atti e documenti non prodotti nei precedenti gradi del processo, salvo che non riguardino l'ammissibilità del ricorso e del controricorso o la nullità della sentenza impugnata, per altro verso, è sempre necessario che la parte ricorrente che allegghi atti e documenti a sostegno dell'impugnazione, specifichi in quale sede processuale il documento risulti prodotto.

CASO

[1] All'esito di due distinti giudizi e di un procedimento di sequestro, l'avvocato di una delle parti proponeva ricorso ai sensi dell'art. 14, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 (c.d. decreto di semplificazione dei riti), al fine di richiedere la liquidazione dei relativi onorari. L'adito tribunale, escluso che la misura dei compensi fosse stata concordata tra le parti, accoglieva solo in parte le pretese del legale, in particolare liquidando, in relazione a uno dei procedimenti coinvolti, una somma inferiore rispetto a quella richiesta. Avverso tale provvedimento, l'avvocato ricorrente proponeva ricorso per cassazione denunciando, per quanto qui interessa, la violazione delle regole di cui al d.m. 10 marzo 2014, n. 55 (Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense), in particolare per non avere, l'autorità giudiziaria adita, riconosciuto alcun compenso per la fase decisoria di uno dei giudizi, conseguentemente liquidando, come detto, onorari inferiori a quelli dovuti. A supporto di tale doglianza, il legale elencava, all'interno del ricorso presentato, alcune produzioni documentali, tra cui i verbali di causa da cui era possibile evincere la sua partecipazione alla fase decisoria predetta.

SOLUZIONE

[1] Ripetendo il principio già affermato da Cass., sez. un., 25 marzo 2010, n. 7161, la decisione in epigrafe afferma l'inammissibilità delle produzioni documentali elencate all'interno del ricorso per cassazione presentato, in particolare in quanto, laddove la parte intenda allegare a sostegno dell'impugnazione atti e documenti già prodotti nei precedenti gradi del giudizio è tenuta, appunto a pena di inammissibilità, a indicare in quale sede processuale tale documento era stato prodotto. Mancando, nel caso di specie, tale indicazione, la Cassazione è fatalmente pervenuta alla già menzionata declaratoria di rigetto in rito del motivo in discorso.

QUESTIONI

[1] La vicenda appena illustrata ruota, evidentemente, attorno al tema della produzione di (nuovi) documenti in sede di giudizio di cassazione. Peraltro, nonostante la decisione si soffermi esclusivamente su un'ipotesi peculiare, essa offre senz'altro l'occasione per compiere una ricognizione generale sui principi e sulle regole vigenti in materia.

Anzitutto, è senz'altro opportuno muovere dal dato normativo, ossia dall'art. 372 c.p.c. il quale, come noto, precisa che «non è ammesso il deposito di atti e documenti non prodotti nei precedenti gradi del processo, tranne di quelli che riguardano la nullità della sentenza impugnata e l'ammissibilità del ricorso e del controricorso».

Il testo normativo, dunque, pone la regola generale dell'inammissibilità della produzione di nuovi documenti nel giudizio di cassazione, esprimendo con tutta evidenza l'idea di un giudizio senza istruttoria. A tale regola sono espressamente poste alcune eccezioni. Si tratta, in particolare, della possibilità di produrre i documenti (pur nuovi) volti a dimostrare la nullità inficiante la sentenza impugnata, derivante da vizi propri dell'atto (così, Cass., sez. un., 27 luglio 2009, n. 17357, con la conseguenza per cui il divieto è destinato a permanere nell'ipotesi in cui si lamenti la nullità della sentenza per effetto di altre nullità verificatesi nel corso del procedimento e che sulla sentenza si ripercuotono solo per derivazione: Cass., 26 ottobre 2006, n. 23026), nonché quelli attinenti a ogni questione di rito attinente direttamente all'ammissibilità del giudizio di cassazione, quale la tempestività del ricorso (Cass., sez. un., 20 giugno 2007, n. 14294) o la tardività dello stesso (Cass., 28 marzo 2000, n. 3736), ovvero la sua inammissibilità per intervenuta acquiescenza (Cass., 29 febbraio 2016, n. 3934).

Tale regola, è opportuno chiarirlo ancora una volta, riguarda solo la possibilità di introdurre nel giudizio di legittimità documenti nuovi: pertanto, non è destinata a intervenire nella

fattispecie in esame, dove il ricorrente ha meramente fatto riferimento a documenti non nuovi, bensì già e precedentemente (e ritualmente) introdotti nei gradi di merito.

A tal riguardo, la norma destinata a venire in gioco è l'art. 366 c.p.c. che, in tema di contenuto del ricorso, richiede, al n. 6), «la specifica indicazione degli atti processuali, dei documenti e dei contratti o accordi collettivi sui quali il ricorso si fonda»: documenti, questi, che, ai sensi del successivo art. 369, devono essere depositati unitamente al ricorso a pena di improcedibilità. Un'efficace interpretazione delle modalità pratiche di assolvimento degli oneri appena illustrati, peraltro, è stata offerta dalla già citata pronuncia di Cass., sez. un., n. 7161/2010, che appare opportuno ripercorrere nelle parti di diretto interesse ai presenti fini. Lì, in particolare, si è precisato come: *a)* laddove il documento in questione sia stato prodotto nelle fasi di merito dallo stesso ricorrente e si trovi nel fascicolo di esse, la prescrizione legale è da ritenersi assolta mediante la produzione del fascicolo, purché nel ricorso si specifichi che il fascicolo è stato prodotto nonché la sede in cui il documento è rinvenibile; *b)* laddove il documento sia stato prodotto nelle fasi di merito da controparte, occorre invece indicare che il documento è prodotto nel fascicolo del giudizio di merito di controparte, pur se cautelativamente è opportuno produrre il documento, *ex art.* 369, secondo comma, n. 4, c.p.c., per il caso in cui la controparte non si costituisca in sede di legittimità o si costituisca senza produrre il fascicolo o lo produca senza il documento in questione.

Nel caso di specie, non avendo, la parte ricorrente, seguito le linee guida testé tracciate – in particolare, omettendo di produrre il fascicolo del grado di merito di riferimento e di indicare la sede in cui i verbali di causa fossero rinvenibili -, ne è conseguita la pronuncia di inammissibilità delle produzioni documentali elencate a supporto del ricorso per cassazione proposto.



Esecuzione forzata

L'efficacia dell'accertamento dell'obbligo del terzo prima e dopo la modifica dell'art. 549 c.p.c.

di Maddalena De Leo

[Cassazione civile, sez. III, 29/09/2019, n. 23644 – Pres. Vivaldi, Cons. Rel. Rossetti](#)

Pignoramento presso terzi – dichiarazione del terzo pignorato – contestazioni sulla dichiarazione del terzo pignorato – accertamento dell'obbligo del terzo pignorato

In tema di giudizio di cognizione instaurato ex artt. 548 e 549 c.p.c., nel testo anteriore alle modifiche introdotte dalla l. n. 228 del 2012, per l'accertamento dell'obbligo del terzo sottoposto a pignoramento, sussiste l'interesse del debitore esecutato, che è parte del detto giudizio, ad eccepire la non persistenza del credito nel suo patrimonio per la avvenuta cessione dello stesso e la prevalenza di tale cessione sul pignoramento, ai sensi dell'art. 2914, n. 2, c.c.

Dopo la riforma dell'art. 549 c.p.c. l'accertamento dell'obbligo del terzo è compiuto, incidenter tantum, dal giudice dell'esecuzione che decide con ordinanza suscettibile di opposizione ai sensi dell'art. 617 c.p.c.

FATTO

Ma.An., creditore di V.R., munito di titolo esecutivo, pignorava nelle forme del pignoramento presso terzi il credito vantato da V.R. nei confronti del Comune di Benevento. All'udienza fissata per rendere la dichiarazione di cui all'art. 547 c.p.c., il Comune dichiarava l'avvenuta cessione del credito da parte di V.R. in favore di una banca.

Il creditore procedente Ma.An. introduceva il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo dinanzi al Tribunale di Benevento.

In tale giudizio il Comune dichiarava di essere debitore di V.R., il quale si costituiva solo all'udienza di p.c., eccependo la nullità della notificazione dell'atto di citazione e, quindi, chiedendo la dichiarazione di nullità del giudizio o, in subordine, di essere rimesso nei termini. Il Tribunale dichiarava invece cessata la materia del contendere.

V.R. proponeva appello, chiedendo di dichiarare nulla la sentenza del Tribunale e di rimettere la causa al primo giudice o, in subordine, di essere rimesso nei termini ex art. 294 c.p.c. Nel merito V.R. chiedeva di dichiarare l'erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui aveva dichiarato la cessazione della materia del contendere, avendo egli chiesto

l'accertamento dell'inesistenza dei suoi crediti, in quanto ceduti; infine, chiedeva di dichiarare che il Comune non fosse suo debitore alla data del pignoramento.

La Corte d'appello rigettava il gravame, statuendo, per quanto qui d'interesse, che nel pignoramento presso terzi il debitore esecutato non è legittimato a contestare la dichiarazione del terzo.

Avverso la sentenza d'appello V.R. ricorreva in Cassazione. In particolare, per quanto rileva,, il ricorrente censurava la sentenza di secondo grado, evidenziando che davanti alla Corte d'appello, a fondamento della domanda di nullità della sentenza di primo grado, aveva sostenuto che nel giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, ex artt. 548 e 549 c.p.c., il debitore esecutato è legittimato a domandare che sia accertata, con efficacia di giudicato, l'inesistenza di propri crediti nei confronti del terzo pignorato.

SOLUZIONE

La Suprema Corte, rilevando che il giudizio, iniziato nel 2005, era soggetto alla disciplina degli artt. 548 e 549 c.p.c. nel testo anteriore alle modifiche introdotte dalla legge n. 228/2012, ha riconosciuto la legittimazione del debitore esecutato di chiedere, nel giudizio di cui all'art. 548 c.p.c., l'accertamento della insussistenza di debiti del terzo esecutato nei propri confronti.

QUESTIONI

La questione principale affrontata nel caso in esame è rappresentata dalla legittimazione del debitore esecutato a chiedere, nel giudizio ex artt. 548 e 549 c.p.c., l'accertamento della insussistenza di debiti del terzo esecutato nei propri confronti.

Occorre evidenziare che gli artt. 548 e 549 c.p.c. sono stati oggetti di importanti modifiche: prima, con la legge n. 228/2012, poi, con il d.l. 132/2014, convertito, con modificazioni, dalla L. 10 novembre 2014, n. 162 e, infine, con il d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, nella L. 6 agosto 2015, n.132.

Prima della modifica della legge n. 228/2012, le Sezioni Unite, superando un precedente orientamento che si era affermato tra i giudici di legittimità, con sentenza n. 3773 del 18/02/2014 avevano statuito che il giudizio di cui all'art. 548 c.p.c., per ragioni di economia e celerità processuale, avesse un duplice oggetto: l'accertamento destinato a valere con effetto di giudicato, da un lato, nei rapporti tra creditore procedente e terzo pignorato e, dall'altro, nei rapporti tra debitore esecutato e terzo pignorato.

Recitava infatti l'art. 548 c.p.c.: *“Se il terzo non compare all'udienza stabilita o, comparendo, rifiuta di fare la dichiarazione, o se intorno a questa sorgono contestazioni, il giudice, su istanza di parte, provvede all'istruzione della causa a norma del libro secondo.”*

Di conseguenza, doveva riconoscersi l'interesse del debitore esecutato a chiedere

l'accertamento dell'insussistenza del debito del terzo pignorato nei propri confronti anche nel giudizio di cui all'art. 548 c.p.c.

Dopo la riforma del 2012, tuttavia, la ricostruzione delle Sezioni Unite è superata dal nuovo testo degli artt. 548 e 549 c.p.c. L'art. 548 c.p.c. ora prevede che, nel caso in cui il terzo non renda la dichiarazione, sia per mancata comparizione all'udienza sia per rifiuto di renderla, il credito pignorato nei termini indicati dallo stesso creditore si considera non contestato ai fini del procedimento in corso e dell'esecuzione fondata sul provvedimento di assegnazione. Invece, nel caso in cui vi siano contestazioni sulla dichiarazione del terzo, ovvero non sia possibile l'esatta identificazione del credito a causa della mancata dichiarazione, l'art. 549 c.p.c. ora stabilisce che il giudice dell'esecuzione, su istanza di parte, compiuti i necessari accertamenti nel contraddittorio tra le parti e con il terzo, provvede con ordinanza. L'ordinanza produce effetti ai fini del procedimento in corso e dell'esecuzione fondata sul provvedimento di assegnazione ed è impugnabile nelle forme e nei termini di cui all'articolo 617 c.p.c.

L'accertamento dell'obbligo del terzo è compiuto da giudice dell'esecuzione *incidenter tantum*, con ordinanza impugnabile nei termini di cui all'art. 617 c.p.c. Viene meno, quindi, l'efficacia di giudicato dell'accertamento dell'obbligo del terzo nei rapporti tra debitore esecutato e terzo pignorato e, di conseguenza, la legittimazione del debitore ad agire per l'accertamento della insussistenza dell'obbligo del terzo.

Inoltre, in seguito alla riforma dell'art. 549 c.p.c., il giudice dell'esecuzione decide le questioni relative all'esistenza della posizione debitoria del terzo in forme sommarie. L'ordinanza, con la quale decide, è impugnabile mediante l'opposizione agli atti esecutivi *ex art.* 617 c.p.c. e non con l'appello (così Cass. civ. n. 26702/2018).



Master di specializzazione

DELEGATO NELLE VENDITE IMMOBILIARI

Scopri le sedi in programmazione >

Obbligazioni e contratti

Pegno su titoli: la banca è obbligata a vendere se il titolo azionario precipita

di **Alessandra Sorrentino**

[Cass. civ., Sez. I, 14 maggio 2019, n. 12863, sent. – Pres. Didone – Rel. Dolmetta](#)

(art. 1375 c.c.; art. 1176, co. 2°, c.c.; art. 2790 c.c.; art. 2795 c.c.)

Pegno – Pegno di titoli quotati – Custodia effettuata da soggetti qualificati da particolari qualità soggettive – Banche e intermediari finanziari – Doveri di conservazione del valore della cosa data in pegno – Diligenza professionale di cui all'art. 1176 c.c.

[1] La vendita anticipata di cosa data in pegno, di cui all'art. 2795 c.c., è strumento conservativo del valore economico del bene in garanzia che sottende, per sua natura, la cooperazione tra datore del bene e creditore garantito, sicché viola l'obbligo di buona fede oggettiva nell'esecuzione del contratto e di conservazione della cosa ricevuta ex art. 2790 c.c. il creditore garantito che, a fronte di un rischio oggettivo e sensibile di deterioramento del bene in garanzia, non si attiva per procedere all'eventuale liquidazione del medesimo ovvero non dà tempestivo e motivato riscontro alle sollecitazioni di liquidazione provenienti dal datore, che paventi il rischio concreto di deterioramento del bene in garanzia.

CASO

[1] Un correntista citava, avanti al Tribunale di Milano, una Banca, onde ottenerne la condanna al risarcimento dei danni per la mancata vendita di Azioni, di cui la Banca era creditore pignoratizio, *“nonostante il progressivo e forte deterioramento di valore sui mercati regolamentati e nonostante egli avesse più volte sollecitato la relativa monetizzazione”*. L'attore lamentava che, stante il comportamento omissivo della Banca, prolungatosi per circa due anni, i titoli dati in pegno avevano perso gran parte del loro valore

Il Tribunale, accertata la violazione dell'art. 1375 c.c., accoglieva la domanda dell'attore, condannando la Banca al risarcimento del danno dalla stessa cagionato.

I Giudici di seconde cure riformavano integralmente la sentenza, ritenendo che *“non viola il canone di buona fede oggettivo il comportamento del creditore garantito che rimane inerte di fronte al delinarsi di un rischio sensibile di deterioramento del bene preso in garanzia”*. Secondo la Corte d'appello milanese, posto che il debitore non aveva né offerto alla banca di sostituire i titoli che si stavano deteriorando con altre garanzie, né aveva assunto egli stesso l'iniziativa

della vendita anticipata di cui all'art. 2795 c.c., di conseguenza nessuna violazione del precetto del comportamento secondo buona fede sussisteva nel caso di specie.

La Corte di Cassazione, riformava l'impugnata sentenza, confermando le argomentazioni che hanno condotto il Tribunale ad accogliere la domanda in primo grado.

SOLUZIONE

[1] La Suprema Corte con la sentenza in commento ha affermato i seguenti principi:

– *“In tema di pegno, la custodia del creditore, prescritta dall'art. 2790 c.c., si sostanzia nell'obbligo di mantenere la cosa nel medesimo stato e modo di essere in cui si trovava al momento costitutivo dell'obbligo, con la conseguente necessità di adottare tutte le misure al riguardo idonee; in relazione alle circostanze concrete del caso e della relativa perdita e deterioramento il creditore pignoratizio risponde secondo le regole generali. In tale ottica, laddove oggetto della garanzia pignoratizia siano titoli azionari quotati in borsa, la banca ha il dovere di monitorare gli andamenti borsistici e, in caso di consistente deprezzamento, ha l'obbligo di venderli per non intaccare il valore della garanzia offerta”;*

– *“Nel caso in cui la garanzia pignoratizia sia costituita da strumenti finanziari quotati nel mercato regolamentato e la custodia del bene dato in garanzia sia effettuata da soggetti qualificati da particolari qualità soggettive (banche, intermediari finanziari ecc.), è a alla diligenza professionale di cui all'art. 1176 c.c. che si deve far riferimento per valutare il rispetto da parte del creditore del canone di buona fede oggettiva”.*

QUESTIONI

[1] Con il primo motivo di ricorso, il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 1375 c.c., avendo la Corte territoriale individuato il metro di valutazione della condotta delle parti esclusivamente nelle “opzioni di condotta” previste dall'art. 2975 c.c., mentre l'obbligo di comportarsi secondo buona fede doveva considerarsi come un dovere giuridico di carattere generale.

La norma in questione – rubricata “vendita anticipata” – al primo comma prevede che *“se la cosa data in pegno si deteriora in modo da far temere che essa divenga insufficiente alla sicurezza del creditore, questi, previo avviso a colui che ha costituito il pegno, può chiedere al giudice l'autorizzazione a vendere la cosa”.* Analogamente, il terzo comma prevede invece che *“il costituente può del pari, in caso di deterioramento o di diminuzione di valore della cosa data in pegno, domandare al giudice l'autorizzazione a venderla oppure chiedere la restituzione del pegno, offrendo altra garanzia reale che il giudice riconosca idonea”.*

La Suprema Corte, nell'esaminare il primo motivo di ricorso, s'interroga su quale sia la reale portata del principio sancito dall'art. 1375 c.c., ovvero quale sia il **ruolo della buona fede oggettiva nella disciplina riguardante la vendita della cosa data in pegno.**

Secondo la Corte **la vendita del bene in garanzia** non ha come finalità quella satisfattiva del relativo diritto di credito, come sembrerebbe emergere dal dettato dell'art. 2796 c.c., rubricato "vendita della cosa", bensì una funzione di garanzia, una **funzione conservativa del valore economico del bene**, così da evitarne il decremento o quanto meno contenerlo. In tal senso, infatti, l'art. 2795 c.c. è definito nei termini di "vendita anticipata".

La vendita con funzione conservativa – secondo la pronuncia che si annota – per sua natura *“ si atteggia come fenomeno di potenziale **cooperazione tra datore del bene e creditore garantito**”*. La cooperazione in parola è, dunque, ad avviso della Corte, la via da percorrere dinnanzi al rischio del deterioramento del bene dato in pegno.

In via correlata, la disposizione dell'art. 2795 c.c. là dove prevede il potere del creditore e del datore di ottenere l'autorizzazione del giudice a vendere la cosa, viene a configurarsi, sempre secondo gli Ermellini, come *“strumento di conservazione del valore del bene strutturato propriamente per il caso di conflitto, o anche, e più semplicemente, per il caso di effettiva divergenza di opinioni tra creditore e datore”*.

Pertanto, la Corte milanese, erroneamente, avrebbe interpretato la norma dell'art. 2795 c.c. a prescindere dal canone della buona fede oggettiva, non considerando che la portata generale propria dell'art. 1375 c.c. contraddice la pretesa di sottrarre alla sua applicazione le fattispecie disciplinate dall'art. 2795 c.c.

Orbene, **il canone generale della buona fede oggettiva non può non imporre al creditore garantito** – come pure al datore della garanzia (nonché al debitore, ove diverso da questi) – **di prendere in considerazione un'eventuale vendita anticipata del bene preso in garanzia, laddove il rischio di un suo deterioramento venga sensibilmente ed oggettivamente a manifestarsi.**

L'anzidetto canone comporta poi il dovere del creditore di fornire una risposta adeguata e tempestiva al datore, che lo solleciti a procedere alla liquidazione del bene, allegando una concreta sussistenza del rischio di deterioramento, nonché di motivare in modo chiaro e preciso un eventuale dissenso alla vendita, onde consentire, in tale ipotesi, l'effettiva applicazione della norma di cui all'art. 2795, co. 3, c.c.

Nella sentenza in commento, la Corte traduce la clausola generale della buona fede oggettiva in un **dovere di protezione in capo al creditore nei confronti del datore di pegno in merito alla liquidazione del bene in garanzia**. In quanto possessore, e a seguito del progressivo deterioramento del bene e della conseguente perdita di valore, il creditore garantito dovrebbe proteggere il datore secondo il meccanismo della salvaguardia dell'interesse altrui *“nel limite in cui non venga a pregiudicare il proprio interesse oggettivo”* (cfr. anche Cass. civ., 31.05.2010, n. 13202; Cass. civ., 10.11.2011, n. 22819).

Questo, secondo i Giudici di legittimità, almeno quando il datore solleciti la liquidazione del bene.

Stanti tali premesse, gli Ermellini non condividono l'impostazione della Corte milanese, secondo cui non viola il canone di buona fede oggettivo il comportamento del creditore garantito che rimane inerte di fronte al profilarsi di un rischio sensibile di deterioramento del bene preso in garanzia, giacché se così fosse la garanzia pignoratizia sarebbe sottratta ai dettami della buona fede oggettiva.

Né, secondo la Suprema Corte, può condividersi l'ulteriore affermazione della Corte milanese, secondo cui – nel caso di rischio oggettivo di deterioramento del bene in garanzia – il sistema comunque non prevede un “*ruolo attivo*” del creditore garantito.

Ad avviso dei Giudici di legittimità, il dovere di custodia, posto a carico del creditore garantito ex art. 2790 c.c., integra un obbligo di protezione della posizione del datore, che – in caso di sensibile rischio di deterioramento del bene – risulta funzionale al mantenimento di un valore economico corrispondente a quello originario.

Nella fattispecie in commento, non può prescindersi, poi, dalla circostanza che il creditore è una banca che, in considerazione del grado di professionalità che le è proprio, ha l'obbligo di custodire la cosa ricevuta in pegno non solo “*secondo le regole generali della perdita e del deterioramento di essa*” ma, tenuto conto della propria qualifica soggettiva, anche nell'osservanza di un **alto grado di diligenza** rapportato all'attività svolta.

Ne consegue che la banca, da un lato, è gravata da un obbligo di custodia basato sul criterio della diligenza del buon padre di famiglia, con la conseguenza che deve porre in essere tutti gli atti di conservazione, materiali e giuridici, in forza della materiale disponibilità della cosa in garanzia.

D'altra parte, non può trascurarsi che a disporre del bene oggetto di pegno è una banca, vale a dire un soggetto che, per sua natura, non può non sapere che il valore delle azioni varia contestualmente all'andamento del mercato.

Poiché, quindi, **l'istituto di credito è un operatore professionale**, il relativo grado di diligenza, nel preservare il valore del bene dato in garanzia, non può essere quello di cui al primo comma dell'art. 1176 c.c. (Cass. civ., 30.10.2007, n. 22860).

In conclusione, dunque, non può non condividersi la pronuncia in commento, che coglie l'occasione per ribadire l'obbligo delle parti di comportarsi con correttezza e buona fede, mettendo in rilievo la **portata integrativa della buona fede**, posto che la sola disciplina della vendita anticipata di cui all'art. 2795 c.c. non può esaurire l'insieme dei doveri che gravano sul creditore pignoratizio.



Comunione – Condominio - Locazione

Annulabilità della delibera assembleare per omessa convocazione di uno dei comproprietari

di Ilaria Ottolina

[Corte d'Appello di Catania – Seconda Sezione Civile – Sentenza 23 aprile 2019.](#)

Comunione e condominio – annullabilità della deliberazione assembleare per omessa convocazione di uno dei comproprietari – legittimazione attiva all'impugnazione, non rilevanza d'ufficio del vizio e nullità della sentenza *in parte qua* – irrilevanza della regolare convocazione nei confronti del coniuge convivente e comproprietario del bene in comunione – irrilevanza della partecipazione all'assemblea del coniuge convivente e comproprietario del bene in comunione – unico effetto “sanante”: intervento a mezzo di rappresentante munito di delega.

Riferimenti normativi: art. 1441 c.c. – art. 1137 c.c. – art. 112 c.p.c. – art. 1136 c.c. – art. 1106 c.c. – artt. 66-67 disp. att. c.c.

*“... coerentemente sia con l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale (v. anche Cass. n. 17486/2006; Cass. n. 10338/2014) affermativo della mera annullabilità delle deliberazioni assembleari condominiali viziata da omessa convocazione di un condòmino, sia con la citata disposizione normativa dell'art. 66 disp. att. c.c., **la Suprema Corte ha ritenuto che, in tema di impugnazione delle deliberazioni delle assemblee condominiali, costituendo appunto l'omessa convocazione di un condòmino motivo di annullamento, e non già di nullità, delle deliberazioni assunte dall'assemblea, trova applicazione l'art. 1441 c.c., secondo il quale l'annullamento può essere domandato solo dalla parte nel cui interesse esso è stabilito dalla legge e, di conseguenza, il condòmino convocato non è legittimato ad impugnare la delibera per l'omessa convocazione di altri condòmini** (Cass. n. 8520/2017)”.*

*“... In considerazione della sopra evidenziata sussistenza del vizio di extrapetizione (dedotto dall'appellante) dell'impugnata sentenza di primo grado, **va quindi dichiarata la nullità – ex art. 112 c.p.c. – del capo della stessa sentenza relativo all'annullamento dell'opposta delibera ...**”.*

*“... c) **non rilevano in contrario – nel senso, cioè, di precludere l'effettiva configurabilità del detto motivo di annullabilità della deliberazione assembleare – né l'effettuazione dell'avviso di convocazione nei confronti del coniuge convivente (G.M.) della P. e la concreta ricezione di tale avviso da parte del primo** (in quanto, a norma degli artt. 1136, comma sesto, c.c. e 66, comma terzo, prima parte, disp. att. c.c., “l'assemblea non può deliberare, se non consta che tutti gli aventi diritto sono stati regolarmente convocati”, e l'avviso di comunicazione deve essere comunicato “a mezzo di*

posta raccomandata, posta elettronica certificata, fax o tramite consegna a mano”), né l'avvenuta partecipazione del predetto G.M. all'assemblea condominiale ... (in quanto egli non ha manifestato, in quella sede, la sua eventuale qualità di rappresentante della moglie e, inoltre, non risultava provvisto della delega scritta, al riguardo necessaria ex art. 67, comma primo, [disp. att.] c.c.). Alla stregua di quanto sopra esposto, va quindi annullata l'impugnata deliberazione dell'assemblea dei condòmini del 30 giugno 2017”.

IL CASO

La sentenza in commento, pregevole per chiarezza espositiva, richiama con metodo quasi didascalico una serie di principi consolidati, fino ad arrivare ad una conclusione che, “combinando” in modo decisamente rigoroso alcune norme di più recente introduzione (specialmente se rapportate al caso specifico), assicura il risultato sostanziale già conseguito in primo grado – l'annullamento della deliberazione assembleare – ma con diverso iter argomentativo (tant'è che riforma parzialmente la sentenza del primo Giudice *in parte qua*, siccome nulla ex art. 112 c.p.c. per vizio di *extrapetizione*).

La vicenda prende infatti le mosse dall'impugnazione, dinanzi al Tribunale di Siracusa, di una deliberazione assembleare, da parte di una condòmina regolarmente convocata, la quale ne deduceva la nullità o l'annullabilità, per ragioni non meglio richiamate dalla sentenza della Corte territoriale.

Il Tribunale, rilevata d'ufficio la mancata convocazione di un'altra condòmina, annullava effettivamente la deliberazione assembleare.

Il condominio, con unico motivo, impugnava la sentenza dinanzi alla Corte d'Appello di Catania, deducendo violazione degli articoli 1441 c.c., 1137 c.c., 66 comma terzo, disp. att. c.c., 112 c.p.c., in quanto il vizio formale della deliberazione assembleare – comportando un motivo di annullamento (e non di nullità), come del resto precisato anche dal primo Giudice – poteva essere domandato “solo dalla parte nel cui interesse esso è stabilito dalla legge”, non essendo il condòmino regolarmente convocato legittimato ad impugnare la delibera per omessa convocazione di altri condòmini, né tantomeno essendo vizio rilevabile d'ufficio da parte del Giudice.

D'altra parte – proseguiva il condominio appellante – la condòmina attrice in primo grado (regolarmente convocata) non aveva nemmeno richiesto specificamente l'annullamento della deliberazione per omessa convocazione di altro comproprietario.

Al contrario, il condominio deduceva “... che la stessa Pr., comproprietaria (in regime di comunione legale dei beni), insieme con il marito (...), del garage in questione e dell'appartamento al quarto piano ..., doveva essere considerata a conoscenza della convocazione e presente all'assemblea condominiale (in quanto rappresentata **come sempre** dal marito comproprietario regolarmente convocato) ...”.

LA SOLUZIONE

La Corte Territoriale, ritenuto fondato il motivo prospettato dalla difesa appellante, dichiarava la nullità *ex art. 112 c.p.c* della sentenza di primo grado, nella parte relativa all'annullamento della delibera assembleare; tuttavia, decidendo nel merito sulla questione dell'omessa convocazione nei confronti di un comproprietario, giungeva comunque ad annullare la deliberazione assembleare.

LE QUESTIONI GIURIDICHE

La Corte d'Appello di Catania si sofferma ad analizzare due questioni, una prima – favorita ormai da circa un ventennio di giurisprudenza costante – relativa alle ricadute sulla deliberazione assembleare dei vizi formali di convocazione all'assemblea stessa, nonché sulla legittimazione attiva a far valere i profili di illegittimità della delibera; la seconda questione invece – la quale segna un punto di rottura con una precedente “generazione giurisprudenziale” e vale piuttosto a corroborare un nuovo orientamento, emblema dei nostri tempi – secondo la quale sarebbe irrilevante, ai fini della sanatoria del vizio dell'omessa convocazione all'assemblea nei confronti della moglie, anche la presenza del coniuge convivente e comproprietario dell'immobile, in regime di comunione dei beni, regolarmente convocato.

La prima questione, prendendo le mosse dalla nota sentenza delle Sezioni Unite 7 marzo 2005 n. 4806, rammenta che **la violazione delle regole sul procedimento di convocazione dell'assemblea condominiale determina l'annullabilità (e non la nullità) della deliberazione stessa.**

Del resto – prosegue la Corte d'Appello di Catania – anche la riforma del 2012, introducendo il nuovo testo dell'art. 66, comma 3, parte seconda, disp. att. c.c., ha espressamente codificato l'**annullabilità** della deliberazione assembleare (ai sensi dell'art. 1137 c.c.) in caso di **“omessa, tardiva o incompleta convocazione degli aventi diritto”.**

Pare opportuno sottolineare come l'ormai consolidato principio in parola^[1], superando il precedente orientamento giurisprudenziale che comminava la nullità alle deliberazioni assembleari viziate per violazione di norme procedurali, abbia risolto brillantemente le implicazioni giuridiche connesse ad un'azione – quella di nullità – non soggetta a termini di decadenza e proponibile da parte di qualunque condòmino (attualmente sono da considerarsi radicalmente nulle solo le delibere contrarie a norme di ordine pubblico, non rientranti nella competenza dell'assemblea perché non afferenti le parti comuni o lesive dei diritti dei singoli condòmini rispetto alle parti comuni).

Senza contare che, come qualcuno ha rilevato^[2], già prima della sentenza delle Sezioni Unite, alcune pronunce della Corte di Cassazione avevano coerentemente ricondotto il tema della mancata convocazione di un condòmino nell'alveo dell'annullabilità, mutuando le norme già esistenti in materia di comunione (combinato disposto artt. 1105, co. 3, c.c./1109 c.c.)

e di deliberazioni assembleari nelle società di capitali (art. 2379 c.c.), proprio in relazione alla mancata convocazione (rispettivamente, dei comunisti e dei soci)^[3], temi tutti in seguito richiamati anche dalle Sezioni Unite.

Quale corollario del principio enunciato, la Corte d'Appello di Catania deduce che **l'annullamento della deliberazione assembleare poteva essere richiesto solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge (art. 1441 c.c.), vale a dire da parte della stessa condòmina assente perché non regolarmente convocata** (anziché da parte di un condòmino regolarmente convocato e presente all'assemblea), come del resto enuncia anche l'art. 66, co. 3, parte seconda, disp. att. c.c., laddove precisa la proponibilità della censura "... *su istanza dei dissenzienti o **assenti perché non ritualmente convocati***".

Né, a maggior ragione, la questione poteva essere rilevata d'ufficio dal Giudice, ciò che ha determinato, sul punto, la nullità della sentenza per vizio di *extrapetizione* (posto che, come detto, la condòmina attrice aveva semplicemente allegato il vizio della mancata convocazione di altra condòmina, senza richiedere espressamente l'annullamento della deliberazione per quel motivo).

La Corte d'Appello di Catania, di conseguenza, chiamata a dirimere la controversia anche nel merito, offre un'interpretazione della seconda questione giuridica sottesa al caso – il possibile "effetto sanante", rispetto al vizio formale della convocazione, dell'effettiva partecipazione all'assemblea da parte del coniuge convivente, comproprietario pro indiviso della medesima unità immobiliare, in regime di comunione dei beni – decisamente più rigorosa rispetto al passato ma, a parere di chi scrive, meno condivisibile del *revirement* operato dalla giurisprudenza in punto di qualificazione giuridica dei vizi formali di convocazione (costituzione e funzionamento) dell'assemblea.

Ebbene, **il secondo Giudice esclude che possa ritenersi superata (e sanata per raggiungimento dello scopo) l'omessa convocazione del coniuge/comproprietario** – tant'è che annulla l'impugnata deliberazione, comminandole il definitivo "colpo di grazia" – **in assenza di intervento dell'altro coniuge, regolarmente convocato, in qualità di rappresentante munito di delega scritta**.

In altri termini, solo integrandosi la prova dell'effettiva conoscenza della convocazione all'assemblea – mediante il conferimento espresso (*rectius*: scritto) del potere di rappresentanza – sarebbe stato possibile regolarizzare la procedura.

La decisione in parola poggia sul combinato disposto di una serie di norme, introdotte nella nuova versione con la legge di riforma n. 220/2012: l'art. 1136, co. sesto, c.c. ("*L'assemblea non può deliberare, se non consta che tutti gli aventi diritto sono stati regolarmente convocati*"), l'art. 66, co. 3, parte seconda, c.c. (in merito alla legittimazione del condòmino assente perché non convocato a far valere l'annullabilità, di cui si è già detto), l'art. 66, co. 3, parte prima, disp. att. c.c. (convocazione all'assemblea, a tutti gli aventi diritto, "... *a mezzo di posta raccomandata, posta elettronica certificata, fax o tramite consegna a mano* ..."), l'art. 67, co. 1, disp. att. c.c. ("*Ogni*

condomino può intervenire all'assemblea anche a mezzo di rappresentante, munito di delega scritta").

Come noto, prima della riforma del 2012, la convocazione all'assemblea non era soggetta a particolari formalità, essendo sufficiente che "... *consta(ss)e che tutti i condomini [fossero] stati invitati*" (art. 1136, co. 6, c.c. *ante* riforma), a tal fine essendo valida anche la comunicazione verbale^[4]: quindi, obbligo di comunicare a tutti i condòmini ma assoluta libertà della forma.

Anche l'intervento all'assemblea del condomino, a mezzo del rappresentante, non richiedeva la delega scritta (art. 67, co. 1, disp. att. c.c. *ante* riforma).

A maggior ragione, tali principi erano applicati ai comproprietari della medesima unità immobiliare (fattispecie che riguarda, non solo ma principalmente, il caso dei coniugi comproprietari), dove cioè la presunzione di conoscenza effettiva della convocazione d'assemblea e il relativo conferimento al coniuge presente in assemblea del potere di rappresentanza (anche solo verbale) erano impliciti nel fatto stesso della convivenza e della prassi consolidata in tal senso^[5] (addirittura, l'assenza di forme particolari e la prova per presunzioni valevano persino nel caso di convocazione "*destinata ad uno dei condòmini non abitanti nell'edificio condominiale*" e "*consegnata ad altro condomino, suo congiunto*"^[6]).

Oggi non sembra essere più così.

Con una sentenza che il Consigliere della Corte di Cassazione Dott. Antonio Scarpa ha ritenuto meritevole di essere condivisa^[7], l'interprete vede applicate (anche) alla fattispecie dei coniugi conviventi e comproprietari, in regime di comunione dei beni, le norme di maggior rigore formale, esito della riforma del 2012, che escludono la prova presuntiva e impongono la regolare convocazione di entrambi i comproprietari, tramite raccomandata o mezzi equipollenti (in luogo del semplice "invito") e la rappresentanza, conferita mediante delega scritta, da parte del coniuge assente al coniuge presente (sembra sopravvivere un timido sussulto "conservatore" nelle parole della Corte Territoriale, laddove – prima di marcare il fatto che fosse comunque sprovvisto di delega scritta – evidenzia che il coniuge presente in assemblea e regolarmente convocato "... *non ha manifestato, in quella sede, la sua eventuale qualità di rappresentante della moglie*").

E' dunque forse inevitabile concludere che anche la comunione – che, almeno in linea di principio, può essere rappresentata da ogni singolo comunista (si pensi, per esempio, all'art. 180 c.c. proprio in materia di comunione tra coniugi) – soffre dell' "individualismo" della nostra epoca storica e che la sentenza in commento rappresenta uno dei tanti prodotti di una forma evidente di disgregazione sociale.

^[1] Si vedano, *ex multis*, Cass. civ., II sez., 20.07.2010 n. 17014; Cass. civ., sez. VI, 2 ord., 25.06.2018 n. 16675.

^[2] Rodolfo Cusano, "*Il Nuovo Condominio*", Napoli, 2013, pagg. 344 e ss.

[3] Cass. civ., sez. II, 05.01.2000 n. 31; Cass. civ., sez. II, 05.02.2000 n. 1292.

[4] Cass. civ., sez. II, 01.04.2008 n. 8449.

[5] Cass. civ., sez. II, 27.07.1999 n. 8116.

[6] Cass. n. 8449/2008, *cit.*

[7] Antonio Scarpa, *“Tra moglie e marito non mettere l’avviso di convocazione all’assemblea di condominio”*, su www.ilquotidianogiuridico.it.



Diritto e procedimento di famiglia

Affidamento esclusivo del minore al genitore che in passato ha svolto meglio il ruolo

di **Giuseppina Vassallo**

[Cassazione civile sez. VI, ordinanza del 4 novembre 2019 n. 28244](#)

Affidamento esclusivo – giudizio sull'idoneità genitoriale

(Art. 337 quater c.c.)

In tema di affidamento esclusivo del figlio minore, il giudice deve formulare un giudizio prognostico circa la capacità del padre o della madre di crescere e educare il figlio nella nuova situazione di genitore singolo, anche basandosi sulle modalità con cui in passato è stato svolto il ruolo.

Caso

Nel giudizio di separazione dei coniugi, il tribunale disponeva l'affidamento esclusivo delle minori alla madre. La Corte territoriale confermava la statuizione.

Secondo i giudici di merito, il padre non aveva assolto agli obblighi educativi, affettivi e di sostegno nei confronti dei figli, disinteressandosi di loro.

Egli, infatti, si era trasferito in una regione diversa e distante da quella di residenza delle figlie, non aveva corrisposto l'assegno di mantenimento, non era stato partecipe riguardo alle loro scelte di vita, trascurando così i propri doveri genitoriali.

L'uomo ricorre in Cassazione, con tre motivi di ricorso.

Con il primo motivo, deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 337-quater c.c. comma 1, poiché il giudice di secondo grado avrebbe disposto un affidamento esclusivo delle minori operando un giudizio prognostico sul suo comportamento, non fondandolo su basi solide.

Con il secondo motivo lamenta l'assenza di motivazione sulle ragioni che hanno condotto la Corte d'Appello a ritenere che le minori non avrebbero tratto beneficio dal mantenere la relazione con il padre.

Infine, il ricorrente denuncia l'omesso esame di un fatto decisivo, non avendo il giudice di secondo grado preso in considerazione le dichiarazioni delle figlie minori, dalle quali era

emersa l'importanza della figura paterna nelle scelte relative la loro vita.

La Corte dichiara inammissibili i motivi di ricorso.

Percorso argomentativo e soluzione seguita dalla Cassazione

Secondo i principi consolidati della Cassazione, ai fini dell'affidamento esclusivo, deve essere privilegiato il genitore che appare più idoneo a ridurre al massimo i danni derivati dalla disgregazione del nucleo familiare e ad assicurare il migliore sviluppo della personalità dei figli.

L'individuazione di tale genitore deve essere fatta sulla base di **un giudizio prognostico** circa la capacità del padre o della madre di crescere e educare il figlio nella nuova situazione di genitore singolo.

La valutazione potrà fondarsi sulle modalità con cui il genitore ha svolto in passato il proprio ruolo, con particolare riguardo alla sua capacità di relazione affettiva, di attenzione, di comprensione, di educazione, di disponibilità ad un assiduo rapporto, nonché sulla valutazione della personalità del genitore, delle sue consuetudini di vita e dell'ambiente che è in grado di offrire al minore.

Nell'accertamento del tipo di affidamento da adottare, il giudice di merito ha potere discrezionale se fornisce le ragioni della decisione adottata, tenuto conto dell'interesse superiore del minore.

Nel caso di specie, contrariamente a quanto ritenuto dal ricorrente, dalla motivazione della sentenza emergevano agevolmente le ragioni che avevano indotto il giudice di merito a scegliere l'affido esclusivo delle minori alla madre (l'aver trascurato i doveri genitoriali).

Il ricorso è stato dichiarato, pertanto, inammissibile poiché volto a ottenere una rivalutazione degli elementi su cui il giudice di merito ha potere discrezionale, il quale non è censurabile in sede di legittimità (cfr. Cass. Civ. n. 18039/2012).

Questioni

La sentenza è in linea con i principi statuiti dalla Cassazione, secondo cui la pronuncia di affidamento esclusivo deve essere sorretta da una puntuale motivazione in ordine, da una parte all'idoneità del genitore affidatario e dall'altra all'inidoneità educativa e alla manifesta carenza dell'altro genitore.

Rilevano, quindi, fattori quali il contributo economico e di impegno personale dato dal genitore affidatario – come la cura e l'onere esclusivo dell'educazione del minore – e per altro verso, la mancata corresponsione del contributo al mantenimento e il disinteresse nei confronti dei figli riguardo alle loro scelte di vita, di istruzione e di studio, da parte dell'altro

genitore (Cass. Civ. n. 19344/2016).



Seminari di specializzazione

GESTIONE DEL CONTENZIOSO EREDITARIO

Scopri le sedi in programmazione >

Diritto e reati societari

Quando è necessario l'accertamento delle cause di decadenza del sindaco?

di Virginie Lopes

[Corte d'Appello di Catania, Sez. I, Sentenza n. 2175 del 30 settembre 2019](#)

Parole chiave: Società di capitali – Amministratori di società e organi di controllo – Collegio Sindacale

Massima: *Nei casi di decadenza cd. sanzionatoria ex artt. 2404 e 2405 c.c. per mancata partecipazione del sindaco, senza giustificato motivo, a due riunioni del collegio, alle assemblee, a due adunanze consecutive del consiglio di amministrazione o del comitato esecutivo, l'operatività della decadenza non può essere automatica, ma deve sussistere un accertamento della decadenza che diventa requisito indispensabile per la sua operatività (sulla base dell'argomentazione che nella specie sussistono ineludibili esigenze garantiste che impongono l'attivazione di un procedimento formale volto alla comminatoria della decadenza).*

Disposizioni applicate: artt. 2404 c.c., 2405 c.c..

Nella Sentenza in esame, la Prima Sezione Civile della Corte d'Appello di Catania si è pronunciata su una fattispecie nella quale la curatela di una società di capitali aveva proposto azione di responsabilità ex art. 146 L. Fall. nei confronti, in particolare, di un sindaco. In primo grado, il Tribunale di Catania aveva condannato il sindaco al risarcimento dei danni in favore della curatela e quest'ultimo aveva proposto appello della decisione di primo grado, argomentando che i fatti posti alla base della sua responsabilità erano intervenuti in un momento in cui sosteneva di essere già decaduto dalla propria carica, per la mancata partecipazione a due riunioni consecutive del collegio sindacale.

Il tema di cui si tratta è quindi quello della c.d. **decadenza sanzionatoria** di cui agli artt. 2404, comma 2 e 2405, comma 2 c.c.. In particolare, si rammenta che, da una parte, l'art. 2404, comma 2 c.c. dispone che *"il sindaco che, senza giustificato motivo, non partecipa durante un esercizio sociale a due riunioni del collegio decade dall'ufficio"* e, dall'altra, l'art. 2405, comma 2 c.c. prevede che *"i sindaci, che non assistono senza giustificato motivo alle assemblee o, durante un esercizio sociale, a due adunanze consecutive del consiglio d'amministrazione o del comitato esecutivo, decadono dall'ufficio"*.

Sul punto, **risulta prevalente, in giurisprudenza, un orientamento secondo il quale la suddetta decadenza opererebbe automaticamente**, non risultando pertanto necessario alcun tipo di

procedimento accertativo in relazione alla decadenza del sindaco, giacché sarebbe direttamente ed esclusivamente collegata alla sussistenza di una situazione di incompatibilità oggettivamente riscontrabile.

In tal senso, la Corte di Cassazione nella sentenza 2009/1982 aveva considerato che “*la decadenza dall’ufficio di sindaco di società per azioni per una delle cause previste dagli art. 2404 e 2405 c.c. (...) si verifica in modo automatico, come conseguenza dell’assenza ingiustificata del sindaco dalle riunioni del collegio sindacale, dalle adunanze del consiglio di amministrazione o dalle assemblee, senza che a tal fine sia necessaria alcuna deliberazione assembleare che, se intervenuta, assume valore di accertamento dichiarativo, e non costitutivo, della avvenuta decadenza.*” (Cass. Civ., Sez. I, 1° aprile 1982, n. 2009, cfr. Cass. Civ., 11 maggio 1957, n. 1676, Cass. Civ. 24 febbraio 1972, n. 530, Trib. Milano 19 gennaio 2000, App. Trento 17 luglio 2003 e Cass. Civ., Sez. I, 9 maggio 2008, n. 11554).

La Corte d’Appello di Catania (e, come detto, prima di essa, il Tribunale di Catania), discostandosi dall’orientamento della Suprema Corte, ha ritenuto che sussistesse **l’esigenza di accertare l’esistenza delle cause di decadenza per le ipotesi di c.d. decadenza sanzionatoria** ex artt. 2404 e 2405 c.c. (ma altresì in caso di decadenza ordinaria ex art. 2399, comma 1, lett. c) c.c.).

In particolare, ciò che, nel caso di specie, ha decisamente fatto pendere l’ago della bilancia in favore della necessità di un accertamento della decadenza sanzionatoria è stata **la condotta del sindaco negligente che ha eccepito la decadenza** (mai resa nota nel corso della vita della società, posto che non si era neppure provveduto alla sostituzione dei sindaci negligenti) nei confronti dei creditori sociali **per eludere una propria responsabilità** per l’aggravamento del *deficit* conseguente alla prosecuzione dell’attività d’impresa per i due anni successivi alla perdita di capitale sociale verificatasi nel periodo in cui aveva omesso di partecipare a due riunioni consecutive del collegio sindacale.

La Corte d’Appello di Catania ha quindi ritenuto che sussistessero **esigenze garantiste ineludibili** che imponevano l’attivazione di un procedimento formale volto alla comminatoria della decadenza, posto che: ***(i)*** la mancanza della prescritta pubblicità circa la cessazione della carica da sindaco non poteva arrecare danno ai creditori sociali, intenzionati a proporre un’azione di responsabilità anche nei confronti dei sindaci; e ***(ii)*** **L’intervenuta decadenza dalla carica di sindaco non poteva essere fatta valere e recare vantaggio al sindaco negligente**, che, proprio per la sua condotta omissiva, aveva contribuito a determinare/incrementare il danno che, se avesse correttamente adempiuto agli obblighi di vigilanza derivanti dalla sua carica di sindaco, non si sarebbe prodotto.



Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Legittimità del versamento post fallimento effettuato dal garante, o da suo delegato, sul conto corrente del fallito

di **Federico Callegaro**

[Cass. civ. Sez. VI, Sent. 12 marzo 2019, n. 13458, Pres. Di Virgilio – Est. Pazzi](#)

Parole chiave: Effetti del fallimento sui rapporti giuridici – Adempimento del Garante del Fallito – Modalità di adempimento diretta e indiretta.

Massima: Non viola il principio di cristallizzazione dei rapporti facenti capo al fallito, il versamento effettuato dal garante su un rapporto di conto corrente del garantito dichiarato fallito in essere presso la banca creditrice, anche se effettuato in maniera indiretta per il tramite di terzo, perché la creditrice medesima se ne giovi.

Riferimenti normativi: artt. 44 secondo comma, 67 Legge Fallimentare ed art. 1180 cod. civ.

Caso: Successivamente alla dichiarazione di fallimento di un imprenditore, il genitore del fideiussore provvedeva a versare, in nome e per conto del figlio a titolo di adempimento degli obblighi di garanzia, la somma pattuita con la Banca direttamente sul conto corrente intrattenuto presso quest'ultima dal fallito.

Soluzione

La questione riguarda l'opponibilità alla massa fallimentare del versamento effettuato dal garante di una Banca creditrice verso il fallimento, mediante versamento sul conto corrente intestato al fallito presso a Banca stessa non personalmente bensì per il tramite di terzo incaricato – nel caso di specie il padre -. Nel merito era stata ritenuta la non opponibilità alla massa fallimentare di tale versamento con diritto, della Curatela, ad ottenere la revoca, ex art. 67 della Legge Fallimentare, del versamento stesso. La Suprema Corte ha ritenuto – partendo dall'assunto se la dichiarazione di fallimento provoca la cristallizzazione dei rapporti facenti capo al fallito sia dal lato attivo che dal lato passivo, sicché nessun pagamento del fallito può avere efficacia nei confronti dei creditori così come nessun

pagamento dei creditori effettuato a mani del fallito può avere effetto liberatorio per la parte obbligata – che non rimane regolato dalla disciplina dell'art. 44 1. fall. il pagamento che esuli da queste finalità e sia volto invece, secondo il principio di autonomia contrattuale, a estinguere un debito verso un soggetto diverso dal fallito, seppur in maniera indiretta, vale a dire mediante accredito della somma sul conto del garantito dichiarato fallito perché la

banca se ne giovi. A ciò, la stessa Suprema Corte ha aggiunto come ai fini dell'applicazione dell'art. 44, comma 2, 1. fall. il pagamento di cui è chiesta la declaratoria di inefficacia debba essere indagato, quanto a titolo e causa, allo scopo di verificare se esso sia volto all'estinzione di un debito verso il fallito, e dunque violi il principio di cristallizzazione dei rapporti facenti capo al fallito, oppure intenda estinguere un debito verso un soggetto diverso, anche se in maniera indiretta, mediante accreditamento della somma sul conto del garantito dichiarato fallito.

La pronuncia, inoltre, richiama come non solo l'adempimento del terzo ex art. 1180 cod. civ. costituisca una modalità di adempimento dell'obbligazione del debitore equivalente all'adempimento diretto non snaturando, di per sé, l'obbligazione che intende soddisfare, ma soprattutto perché ai fini dell'applicazione dell'art. 44, comma 2, 1. fall. *“il pagamento di cui è chiesta la declaratoria di inefficacia deve essere indagato”*.

Doveroso richiamo, in una visione prospettica della tematica, va fatto all'evoluzione lessical-normativa che deriverà – rebus sic stantibus – dalla prossima entrata in vigore del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 “Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza”. Il contenuto dell'attuale definizione dell'art. 44, secondo comma, secondo la quale sono inefficaci [rispetto ai creditori]^[1] i pagamenti ricevuti dal fallito dopo la sentenza dichiarativa di fallimento, risulta sostanzialmente ripreso dalla formulazione dell'art. 144, primo comma, del CCI viene ad unificare i due commi in un unicum che, non da ultimo, viene a ridurre rischi interpretativi derivabili dall'attuale differenziazione.

Questioni applicate nella pratica

La pronuncia in esame offre l'occasione di considerare analizzare, traslati nell'operatività, alcuni aspetti non secondari di interesse sostanzialmente comune sia del garante che del garantito oltre che, non da ultimo, delineare i contorni di legittimità applicativa dell'istituto dell'adempimento esdebitatorio del garante, nei confronti del creditore, in caso di fallimento.

Dal testo della Pronuncia, in sede di commento della pronuncia di primo gravame, si rileva come venga dato atto di un accordo – presupposto della Corte d'Appello -, sui termini o modalità di adempimento dell'obbligo di garanzia, direttamente tra il genitore del garante e la banca, non poteva estinguere riconoscendosi, quindi, come il terzo possa svolgere non una mera attività tecnico – operativa di versamento ma, più complessivamente e comunque in nome e per conto del Garante, della stessa strutturazione dell'accordo alla base dell'adempimento esaustivo degli obblighi di garanzia in capo al rappresentato. Legittimo corollario dell'elaborazione della Corte di Legittimità apparirebbe, sempre ricorrendo la condizione *“in nome e per conto”*, il “mero” adempimento del terzo in termini come richiesti al garante dal Creditore assente, quindi, un suo intervento nella trattativa. Si osservi, inoltre, come la Pronuncia non consideri la provenienza dei fondi utilizzati dal terzo stesso non venendo a costituire elemento dell'indagine che, in sede di rinvio, la Corte d'Appello è chiamata a svolgere in quanto ininfluyente ai fini dell'applicazione dell'art. 44 della legge fallimentare.

Non vi è chi non possa rilevare come la scelta, operata [*in modo indiretto*] dal fideiussore, di versare sul rapporto di conte corrente presso la Banca creditrice – a debito per effetto dell'inadempimento dell'obbligazione garantita -, il controvalore previsto per l'adempimento della propria obbligazione di garanzia, viene a costituire la manifestazione effettiva e formale diretta dell'Adempimento di pagamento stesso, in grado di spiegare effetti anche sul rapporto Banca Creditrice / Fallimento e, di conseguenza, Garante adempiente / Fallimento (quest'ultimo una volta perfezionati i necessari formali incombenti).

Un cenno, non secondario, merita il rilievo che assume la presenza di data certa della garanzia prestata dal garante atteso come, l'adempimento del primo, in quanto opponibile alla procedura e, quindi, non riconducibile ad un "mero" terzo necessiti di adeguata prova in termini sostanziali – contenuto impegnativo di garanzia e sua riconducibilità all'obbligazione oggetto di adempimento – e formali – forma scritta, data certa, validità del relativo strumento giuridico -. [2]

Da parte della Curatela, in simili casi, deve provvedersi quindi ad un'indagine "*quanto a titolo e causa*" – secondo quanto chiarito dalla Suprema Corte, citando i propri precedenti Cass. 10004/2011 e Cass. 7695/1998) – in applicazione del disposto dell'art. 44, comma 2, 1. fall. – non limitandosi ad una interpretazione prettamente letterale di precedenti di Legittimità (Cass. 10004/2011, Cass. 7695/1998).

[1] Secondo un doveroso coordinamento tra il primo ed il secondo comma della previsione.

A tale proposito merita menzione quanto espresso nella Relazione Illustrativa della Proposta Legislativa con riferimento all'art. 144 "Conseguenza della perdita dell'amministrazione e della disponibilità del patrimonio da parte del debitore è l'insensibilità del patrimonio stesso ad ogni azione del suo titolare il quale dunque non ne può disporre con atti aventi efficacia nei confronti dei creditori nemmeno effettuando pagamenti, che possono quindi essere ripetuti, o incassando crediti dei quali il curatore può comunque richiedere nuovamente il pagamento".

[2] Si riporta quanto espresso in sede di Legittimità in materia di cosiddetta *marcatura digitale*, (d.lgs. n. 82 del 2005, cd. Codice dell'Amministrazione Digitale) definita "*un servizio specificamente volto ad associare data e ora certe e legalmente valide ad un documento informatico, consentendo, quindi, di attribuirgli una validazione temporale opponibile a terzi (cfr. art. 20, comma 3 del d.lgs. n. 82 del 2005 ...) ... può essere utilizzato anche su files non firmati digitalmente, parimenti garantendone una collocazione temporale certa e legalmente valida. La marca temporale, dunque, attesta il preciso momento in cui il documento è stato creato, trasmesso o archiviato. Infatti, quando l'utente, con il proprio software, avvia il processo di apposizione della marca temporale sul documento (informatico, digitale o elettronico), automaticamente viene inviata una richiesta contenente una serie di informazioni all'Ente Certificatore Accreditato (qui, come si è detto, individuato in Aruba), che verifica in maniera simultanea la correttezza della richiesta delle informazioni, genera la marca temporale e la restituisce all'utente. Questo processo automatico ed immediato garantisce la sicurezza e la validità del processo di marcatura*" (Cass., Sez. I, 4 dicembre

2018, n. 4251).

Per completezza si richiama anche una precedente pronuncia, sempre di legittimità, relativa ai termini di opponibilità della *marcatatura digitale* e limiti all'obbligo probatorio in capo al creditore, nella parte in cui – cassando l'impugnata pronuncia di merito -, ha chiarito “*se è vero che l'art. 20, comma 3, cod. amm. digitale prevede che la data e l'ora del documento informatico sono opponibili ai terzi solo “se apposte in conformità alle regole tecniche sulla validazione temporale”, è anche vero che l'accreditamento e la conseguente iscrizione della società certificatrice nell'apposito elenco pubblico tenuto dal CNIPA, ai sensi dell'art. 29 cod. cit. ... comporta necessariamente una presunzione di conformità della sua attività a dette regole qui l'atto attributivo di certezza alla data non difetta: esso esiste, mentre è in discussione la sua veridicità, sulla quale incide la presunzione di cui si è detto sopra*” (Cass., Sez. I, sentenza 24 marzo, n. 12939).



Diritto Bancario

Tasso soglia usura dei mutui a stato avanzamento lavori

di **Fabio Fiorucci**

In giurisprudenza è dibattuta l'individuazione del tasso soglia ai fini della normativa antiusura dei mutui ipotecari a stato di avanzamento lavori (c.d. SAL), poiché da alcuni sono ricondotti nella categoria dei "Mutui con garanzia ipotecaria" e da altri in quella (residuale) denominata "Altri finanziamenti" di cui al decreto trimestrale di rilevazione del tasso soglia usurario.

Come già evidenziato in altra occasione, coloro che ritengono che i mutui a SAL debbano essere ricondotti nel perimetro degli "Altri finanziamenti" sostengono che il più elevato tasso soglia previsto da tale categoria sia giustificato dal maggior rischio assunto dall'intermediario, poiché la prima erogazione avviene quando la costruzione edilizia non è ancora iniziata o quasi (Trib. Cagliari 24.4.2018; ABF Napoli n. 4456/2015). A sostegno di tale tesi è altresì rilevato che le Istruzioni per la rilevazione dei TEGM ai sensi della legge sull'usura della Banca d'Italia riconducono i mutui a SAL nella categoria "Altri finanziamenti".

Secondo altri, invece, non appare decisivo il riferimento alla maggiore rischiosità sottesa ad una erogazione frazionata, poiché l'istituto di credito acconsente alla erogazione solo dopo aver verificato il regolare avanzamento dei lavori e quindi il proporzionale incremento di valore del bene oggetto di garanzia reale (Trib. Brindisi 2.2.2018; ABF Milano n. 5265/2014). Non è neppure pertinente il richiamo alle citate Istruzioni della Banca d'Italia, poiché, ad una più attenta lettura, si evidenzia che nella categoria "Altri finanziamenti" sono collocati i mutui che prevedono l'erogazione a stato di avanzamento lavori, senza specificazione dell'ulteriore connotato costituito dalla effettiva garanzia ipotecaria. L'allineamento ai mutui chirografari, contenuto nella definizione della stessa categoria "Altri finanziamenti", lascerebbe dunque intendere che siano stati considerati come "Altri finanziamenti" i mutui a SAL non adeguatamente garantiti da ipoteca su beni già esistenti, il cui valore è in grado di supportare la prima erogazione (Trib. Cosenza, GIP, 21.12.2018). Secondo quest'ultimo indirizzo, dunque, il tasso soglia dei mutui a SAL è quello dei "Mutui con garanzia ipotecaria" (e non quello della categoria residuale "Altri finanziamenti").

A chiarire il quadro operativo è intervenuta di recente la Cassazione, secondo cui, in riferimento al grado di rischio dell'operazione e alla garanzia ad esso correlata, il finanziamento a stato di avanzamento dei lavori assistito da ipoteca presenta evidenti elementi di omogeneità col mutuo con garanzia reale e ad esso va perciò assimilato. Di conseguenza, *« in tema di interessi usurari, in caso di dubbio circa la riconducibilità dell'operazione all'una o all'altra delle categorie, identificate con decreto ministeriale, cui si riferisce la rilevazione dei tassi effettivi globali medi, si devono individuare i profili di omogeneità che l'operazione stessa presenti rispetto alle diverse tipologie prese in considerazione dai detti*

decreti, attribuendo rilievo ai parametri normativi individuati dall'art. 2, comma 2, L. n. 108/1996 e apprezzando, in particolare, quelli, tra essi, che, sul piano logico, meglio connotino il finanziamento preso in esame ai fini della sua inclusione nell'una o nell'altra classe di operazioni; in conseguenza, tenuto conto dei rischi e della garanzia prestata, deve ritenersi che il tasso soglia fissato per il finanziamento a stato di avanzamento assistito da ipoteca sia quello previsto ratione temporis per i mutui con garanzia reale » (Cass. n. 22380/2019).

5^a EDIZIONE

Master di specializzazione

DIRITTO E CONTENZIOSO BANCARIO

Scopri le sedi in programmazione >

Diritto del Lavoro

Mutamento della sede di lavoro del lavoratore

di Evangelista Basile

Cassazione Civile, Sezione Lavoro, 4 settembre 2019, n. 22100

Trasferimento del dipendente ad altra sede – assenza dal servizio – licenziamento – legittimità – cambio delle ragioni del trasferimento

MASSIMA

È ritenuto legittimo il licenziamento del lavoratore assente dal servizio nella nuova sede anche se il datore di lavoro cambia le ragioni del trasferimento; per l'imprenditore è sufficiente dimostrare in giudizio le reali cause organizzative e produttive che hanno giustificato il provvedimento.

COMMENTO

Nel caso in commento il lavoratore impugnava il licenziamento intimatogli dalla Società per assenza ingiustificata. Il Tribunale rigettava la domanda del lavoratore e la Corte di Appello, a sua volta, confermava la sentenza di primo grado. Quest'ultima, a sostegno delle proprie tesi, affermava che il lavoratore non potesse legittimamente invocare l'inadempimento del datore di lavoro ex art. 1460c.c., posto che Società aveva dimostrato la sussistenza delle ragioni che avevano reso necessario trasferire il dipendente ad altro ufficio, senza che potesse rilevare il fatto che nella comunicazione di trasferimento tali ragioni fossero state diversamente indicate. Di qui il ricorso in Cassazione, con il cui il lavoratore ha contestato la mancanza di corrispondenze dei motivi addotti dall'azienda tra la lettera di trasferimento e la memoria difensiva. I Giudici di legittimità hanno preliminarmente sottolineato che in tema di mutamento della sede di lavoro del lavoratore, sebbene il provvedimento di trasferimento non sia soggetto ad alcun onere di forma e non debba necessariamente contenere l'indicazione dei motivi, ove sia contestata la legittimità del trasferimento, il datore di lavoro ha l'onere di allegare e provare in giudizio le fondate ragioni che lo hanno determinato. Inoltre l'azienda deve dimostrare se può integrare o modificare la motivazione enunciata nel provvedimento, non limitandosi a negare la sussistenza dei motivi di illegittimità, ma dimostrando le reali ragioni tecniche, organizzative e produttive che giustificano il provvedimento. In secondo luogo, richiamando il principio di diritto già noto, la Corte di Cassazione ha sottolineato che la censura di violazione dell'art. 2697 c.c., è configurabile soltanto nell'ipotesi in cui il giudice abbia attribuito l'onere della prova ad una parte diversa da quella che ne era onerata secondo le regole di scomposizione delle fattispecie basate sulla differenza tra fatti costitutivi ed eccezioni e non invece laddove oggetto di censura sia la valutazione che il giudice abbia svolto delle prove proposte dalle parti. Inoltre, il libero convincimento del giudice opera

interamente sul piano dell'apprezzamento di merito, insindacabile in sede di legittimità, sicché la denuncia della violazione delle predette regole da parte del giudice del merito non configura un vizio di violazione o falsa applicazione di norme di diritto ma un errore di fatto.



Privacy

L'attività di profilazione all'interno del GDPR

di **Avvocato Gabriele Borghi**

Con il termine “profilazione” si fa riferimento, in via generale, a quell'attività mediante la quale, a partire da informazioni relative ad un determinato soggetto, si elabora un profilo di un individuo al fine di venire a conoscenza dei suoi particolari interessi ovvero delle sue personali caratteristiche: a tal riguardo, si precisa che si tratta di un'attività la cui rilevanza (e potenziale invasività) è emersa, in particolar modo, di recente in ragione dell'avvento di sofisticate tecnologie di analisi (idonee alla raccolta ed elaborazione di un enorme quantitativo di informazioni neppure paragonabile a quello eseguibile per mezzo di modalità cd. manuali), al punto che è emersa la necessità di considerare la profilazione (ed i relativi effetti) dal punto di vista della tutela dei dati personali delle persone fisiche.

La definizione di “profilazione”, nell'ambito della normativa sulla *privacy*, ha subito una forte e significativa evoluzione: infatti, se all'interno del precedente (oggi novellato ad opera del D.Lgs. n. 101/2018) Codice della Privacy non era dato rinvenirne una specifica definizione seppur si faceva riferimento, in taluni passaggi, a tale attività in relazione alle ipotesi in cui era necessaria, da parte del Titolare del trattamento, la notifica al Garante della Privacy (cfr. art. 37 comma 1 lettera d) del Codice della Privacy), una prima compiuta (e formale) definizione si è rinvenuta soltanto con l'entrata in vigore del Regolamento UE n. 679/2016 (cd. GDPR), il quale – ispirandosi alla definizione fornita, in tal senso, dalla Raccomandazione CM/Rec (2010)13 del Consiglio d'Europa sulla protezione delle persone fisiche (dalla quale, tuttavia, si discostala definizione rilasciata dal Garante della Privacy nelle “Linee guida in materia di trattamento di dati personali per profilazione online” del 19.3.2015) – definisce, all'art. 4 n. 4), la “profilazione” come *“qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica”*.

[CONTINUA A LEGGERE](#)