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

Edizione di martedì 18 ottobre 2016

BACHECA, Obbligazioni e contratti

L'iscrizione ai corsi sportivi e l'ammissione come associato
di **Guido Martinelli, Marilisa Rogolino**

GESTIONE DELLA PROFESSIONE E SOFTWARE, Nuove tecnologie e Studio digitale

Fattura Elettronica Avvocati
di **Redazione**

BACHECA, Obbligazioni e contratti

Organismo di vigilanza: ruolo centrale ai fini della "tenuta" del Modello
di **Antonio Candotti**

Comunione – Condominio - Locazione, DIRITTO D'IMPRESA

La forza "cogente" del regolamento di condominio
di **Saverio Luppino**

Procedimenti di cognizione e ADR

Azione contro compagnia aerea e giurisdizione italiana – I cinque criteri previsti dalla Convenzione di Montreal prevalgono sul Reg. UE Bruxelles I bis e possono consentire al passeggero di radicare l'azione nel proprio Stato di residenza
di **Giacomo Ubertalli**

Impugnazioni

Sul contrasto insanabile fra motivazione e dispositivo nel rito del lavoro
di **Michele Ciccarè**

Diritto Bancario

Contenzioso bancario: oneri probatori della banca
di **Fabio Fiorucci**

Procedimenti cautelari e monitori, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

Ancora sulla mediazione nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo: il Tribunale di Vasto si allinea alla Suprema Corte
di **Valeria Giugliano**

Procedimenti cautelari e monitori, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

Ancora sulla mediazione nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo: il Tribunale di Vasto si allinea alla Suprema Corte
di **Valeria Giugliano**

Impugnazioni

La costituzione in giudizio dell'appellante mediante deposito della c.d. velina: conseguenze ed effetti secondo la giurisprudenza di legittimità
di **Domenico Cacciatore**

Esecuzione forzata, ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORSUALI

Sospensione dell'esecuzione e querela di falso
di **Pasqualina Farina**

Esecuzione forzata, ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORSUALI

Sospensione dell'esecuzione e querela di falso
di **Pasqualina Farina**

BACHECA, Obbligazioni e contratti

L'iscrizione ai corsi sportivi e l'ammissione come associato

di **Guido Martinelli, Marilisa Rogolino**

GESTIONE DELLA PROFESSIONE E SOFTWARE, Nuove tecnologie e Studio digitale

Fattura Elettronica Avvocati

di **Redazione**

BACHECA, Obbligazioni e contratti

Organismo di vigilanza: ruolo centrale ai fini della "tenuta" del Modello

di **Antonio Candotti**

Comunione – Condominio - Locazione, DIRITTO D'IMPRESA

La forza "cogente" del regolamento di condominio

di **Saverio Luppino**

BACHECA, Obbligazioni e contratti

L'iscrizione ai corsi sportivi e l'ammissione come associato

di **Guido Martinelli, Marilisa Rogolino**

L'imprenditore (categoria all'interno della quale sono riconducibili la gran parte dei gestori dei centri di *fitness*) che offre un servizio o beni ad una generalità di destinatari nonché l'associazione sportiva che propone corsi, seminari di perfezionamento o di apprendimento teorico-pratico formulano una **dichiarazione** rivolta ad un numero imprecisato di soggetti e agli associati impersonalmente.

Il tema che ne consegue è quello di valutare se, ricorrendo le ipotesi descritte, residui l'obbligo a contrarre a carico del dichiarante, ossia se saremo costretti, sempre e comunque, a seguito delle nostre campagne pubblicitarie, ad accettare in palestra il soggetto interessato, anche se "non gradito". **Saremo comunque soggetti ad ammettere l'iscritto che non accetti di sottoscrivere una domanda di associazione o di tesseramento?**

La pubblicizzazione di servizi effettuata attraverso la diffusione di cataloghi o *depliant* o annunci attraverso i media radiotelevisivi, diretti ad una cerchia indistinta di soggetti, **formula una offerta al pubblico** che vale come proposta **(articolo 1336 cod. civ.).** L'associazione sportiva che con sistemi mediali intercetta il pubblico reclamizzando corsi o seminari, dettagliandone il programma ed il costo, formula una offerta al pubblico. La collocazione sistematica dell'articolo relativo all'offerta al pubblico, inserito fra le disposizioni relative alla formazione dell'accordo, e la lettera della norma rendono indubbio che l'offerta in parola, quando contiene tutte le condizioni del contratto, è una **proposta di contratto** o un elemento di un possibile contratto; la proposta ha una efficacia **preparatoria** (impegna l'offerente a contrattare nei termini ed alle condizioni proposte) ossia vincola l'offerente alla propria dichiarazione di volersi impegnare contrattualmente; **il dichiarante è vincolato dalla promessa non appena essa è resa pubblica**. L'offerente può revocare la proposta fino a quando non ha avuto conoscenza dell'accettazione (ossia fino all'iscrizione alla palestra); la revoca se è fatta nella stessa forma dell'offerta o in forma equipollente è efficace anche nei confronti di chi non ne ha avuto notizia; l'offerta al pubblico può dar luogo ad un contratto perfetto se è aderita da alcuno dei destinatari.

Ciò che desta **maggiore interesse** per gli operatori è **stabilire se l'offerta al pubblico è fonte dell'obbligazione a contrarre indipendentemente dalla volontà dell'offerente di rifiutare o di scegliere con chi contrattare. Pertanto, il centro di *fitness* avrà titolo, ad esempio, a rifiutare il rinnovo dell'abbonamento ad un soggetto che, per il comportamento adottato, non sia "gradito" all'interno del centro?** È indubbio che l'offerta al pubblico presuppone la volontà di impegnarsi contrattualmente e che essendo diretta ad una generalità indistinta di soggetti, ha efficacia "generalizzata" nei confronti di chiunque ne venga a conoscenza ed anche di coloro

che potrebbero essere considerati contraenti "non graditi". **Alcuna possibilità di scelta è rimessa al proponente allorché riscontri l'adesione alla proposta**: è obbligato a concludere il contratto a meno che non si deduca l'indisponibilità della merce o del servizio offerto.

La soluzione di obbligatorietà è, nella pratica, percepita come un limite alla libertà di scelta della controparte contrattuale di rifiutare di contrattare con l'accettante. Invero non esiste un obbligo generalizzato di contrattare tale da infirmare l'autonomia negoziale, ma si impone in **casi determinati** la cui verificazione pratica è proprio rimessa alla libera scelta di una parte che, come nel caso, ricorre all'offerta rivolta in *incertam personam ex*articolo 1336 cod. civ., per evidenti convenienze "aziendali": allargare la base della clientela raggiungendo con la pubblicizzazione della merce o dei servizi offerti il maggior numero di soggetti e così aumentare la possibilità di concludere contratti. La determinazione dell'obbligo non incide il consenso di una parte ma lo **presuppone**integro ritenendosi esso validamente prestato al momento della formulazione della proposta diretta ad una collettività indeterminata.

Logiche economiche di mercato, l'obiettivo del profitto o del maggior profitto nelle società lucrative e l'esigenza "istituzionale" di fornire servizi ed opportunità di aggregazione sociale coinvolgendo il maggior numero di aderenti nelle associazioni, costituiscono normalmente i **motivi** fondanti la scelta di effettuare una offerta diretta ad una **collettività indistinta** o ad una **cerchia di destinatari individuabili** sulla base della appartenenza alla associazione o all'impresa. Anche in tale ultima ipotesi trova applicazione la disciplina dell'offerta al pubblico nonostante il destinatario sia determinato o determinabile. Ma in tal caso ci si chiede se può l'associazione offerente rifiutare di contrarre assumendo il non gradimento dell'associato e l'incompatibilità delle sue qualità con lo scopo sociale.

Pertanto, **pubblicizzata la nostra attività in modo completo** (tipologia, costo, modalità di esecuzione), il gestore del centro **difficilmente potrà rifiutarsi di iscrivere un soggetto non gradito**, analogamente in caso di rinnovo. Parimenti **si potrà "espellere" dal centro un soggetto regolarmente ammesso solo se sussistono gli estremi per la risoluzione del contratto**, ad esempio per non aver rispettato il regolamento del centro debitamente sottoscritto o, per le associazioni, lo statuto. Al di fuori di queste ipotesi ben difficilmente si riuscirà, legittimamente, ad escludere un soggetto che voglia partecipare alle nostre attività per come le stesse sono state pubblicizzate.

GESTIONE DELLA PROFESSIONE E SOFTWARE, Nuove tecnologie e Studio digitale

Fattura Elettronica Avvocati

di **Redazione**

La Fatturazione Elettronica non è soltanto un obbligo: porta con sé una serie di vantaggi per tutti i soggetti coinvolti. E' un driver di innovazione importante in quanto accelera l'informatizzazione dei processi, consente di risparmiare costi operativi e di struttura e di lavorare in modo più rapido e produttivo.

Fattura Elettronica Avvocati di TeamSystem Legal permette di assolvere all'obbligo – introdotto dall'art. 1, commi da 209 a 214, della legge n.244 del 24 dicembre 2007 (legge finanziaria 2008) – della emissione, trasmissione, conservazione e archiviazione esclusivamente in forma elettronica delle fatture emesse nei rapporti con la Pubblica Amministrazione. L'obbligo è effettivo dal 6 giugno 2014 per Ministeri, Agenzie Fiscali, Tribunali ed Enti Nazionali di Previdenza e, dal 31 marzo 2015, è stato esteso ai restanti enti nazionali. Dal 2017 sarà inoltre possibile estendere la fatturazione elettronica anche nei rapporti tra privati, su base volontaria.

Fattura Elettronica Avvocati prevede uno specifico modulo software ed un servizio web dedicato alla conservazione sostitutiva (obbligatoria) delle fatture elettroniche.

Caratteristiche del servizio e modalità di adesione

- Applicazione specifica per avvocati per la generazione e trasmissione delle fatture elettroniche
- Gestione via WEB di tutte le informazioni riguardanti le fatture elettroniche emesse
- Canone FLAT di abbonamento al servizio, omni comprensivo per 50 fatture annuali
- Servizio di firma ed invio prestato dall'intermediario TS Service

Il **"Service Web Fatture PA"** è completamente WEB e la sua fruizione avviene tramite autenticazione al seguente indirizzo: https://fatturaelettronica.teamsystem.com

Il servizio permette di effettuare la conservazione sostitutiva a norma di legge ricorrendo, come previsto, ad un intermediario: TeamSystem Service. Attraverso la login e la password rilasciata il cliente accreditato può accedere alla sua area, dalla quale può inviare al servizio le fatture elettroniche generate con l'applicativo dedicato, fornito a corredo.

Dopo aver effettuato l'acquisto del modulo software Fattura Elettronica Avvocati verrà inviata tramite PEC login e password di accesso. Sarà inoltre necessario restituire tramite PEC a TeamSystem Service l'apposita delega compilato. Da quel momento avrete libero accesso alla

funzionalità sottoscritte.

Il nuovo servizio web "Service Web Fatture PA" viene proposto con la formula di pagamento "flat" per un massimo di 50 fatture. Il modulo software per la produzione delle fatture stesse è compreso nel canone. In caso di necessità, sarà possibile richiedere pacchetti aggiuntivi.

BACHECA, Obbligazioni e contratti

Organismo di vigilanza: ruolo centrale ai fini della "tenuta" del Modello

di **Antonio Candotti**

Premessa

L'art. 6 comma 1 del D.Lgs. 231/2001 ("Decreto"), stabilisce che "…l'ente non risponde del reato commesso se prova che:

1. l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
2. **il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli ed il compito di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo**;
3. le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;
4. **non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b**…"

Da quanto emerge dall'impianto normativo, il legislatore ha inteso assegnare all'OdV un ruolo fondamentale ai fini del riconoscimento del Modello di Organizzazione Gestione e Controllo ex D.Lgs. 231/01 ("Modello") quale "scriminante" della responsabilità amministrativa da reato e in tale ottica deve essere considerato dai vertici dell'impresa. L'OdV, con la sua azione, ha una finalità sia preventiva – limitare il rischio che siano commessi reati -, sia esimente – dimostrare che l'impresa abbia posto in essere le necessarie misure di controllo e che l'OdV abbia correttamente adempiuto al suo compito.

Gli ambiti d'intervento dell'OdV

Al momento del suo insediamento l'OdV, prendendo visione del Risk Assessment e del Modello adottato dall'impresa ha immediatamente un compito ed una conseguente responsabilità: confermare all'Organo Amministrativo che tali documenti sono stati correttamente costruiti e sono adeguati rispetto alle reali esigenze dell'impresa stessa.

Altro ruolo di grande rilevanza che il Decreto assegna all'OdV, affinché il Modello sia *efficacemente attuato* è il controllo sull'attività di formazione del personale e più in generale di comunicazione e diffusione del Modello e dei presidi di controllo ad esso collegati, ai diversi

destinatari.

Solo un'adeguata conoscenza da parte delle persone che operano nell'impresa o per conto dell'impresa – in generale dei destinatari del Modello, così come definiti all'Art. 5 del Decreto – del Modello, dei valori e dei principi che devono ispirare la corretta gestione dell'impresa, può consentire la riduzione del rischio di commissione dei reati. Alla formazione del personale si deve prestare quindi la massima attenzione. Responsabile della formazione è il vertice aziendale, ma l'OdV lo supporta, verificando che tale processo si svolga in modo adeguato, con riferimento ai contenuti, alla modalità ed alla frequenza.

Diverse sentenze e ordinanze giurisprudenziali, in questi anni, hanno correlato la "tenuta" del Modello proprio all'obbligatorietà dell'attività di formazione, alla qualità e alla periodicità della stessa, riconoscendo il ruolo centrale di tale attività ai fini della corretta applicazione del Modello da parte dei suoi destinatari.

L'esercizio dell'attività di vigilanza a cui è chiamato l'OdV si estrinseca quindi attraverso una serie di attività:

i controlli sulla coerenza tra il Modello e l'organizzazione aziendale, sull'effettività e sull'efficacia del Modello, cioè sull'idoneità dello stesso a prevenire i reati "presupposto". Qualora da tali attività emergano elementi di debolezza del Modello, l'OdV deve attivarsi immediatamente (Art. 6, comma 1 b. del Decreto: "*...compito di curare il loro aggiornamento* ...") nei confronti dell'Organo di gestione al fine di promuovere le iniziative per l'adattamento e l'aggiornamento del Modello, che è responsabilità dell'impresa.

L'Organismo ha poi un ruolo delicato nel caso di segnalazione di violazioni, anche solo presunte e ancor di più nel caso in cui venga avviato un procedimento per notizia di reato su persona una fisica e/o sulla Società. In tali circostanze l'OdV deve supportare l'Organo di gestione nel far emergere tutti gli elementi a sostegno della tenuta del Modello, inclusa l'evidenza di aver correttamente assolto al suo compito ("*...non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza...")* e in tal senso è quindi necessario che formalizzi i propri controlli, verbalizzi le proprie riunioni e riferisca periodicamente e/o quando necessario all'Organo di gestione.

Al fine di assolvere a tali compiti uno dei requisiti previsti per l'OdV è la continuità d'azione. Premesso che è impensabile e non sostenibile l'ipotesi che l'Organismo sia costantemente presente in azienda per esercitare la sua funzione di vigilanza, si tratta quindi di capire in che modo si possa concretamente applicare tale requisito. Le esperienze concrete, suffragate anche da alcune sentenze e pronunciamenti giurisprudenziali, hanno evidenziato in tale ambito il ruolo determinante dei cosiddetti flussi informativi verso l'OdV.

L'OdV, infatti, per poter tutelare al meglio la Società deve poter intervenire tempestivamente sugli aspetti di debolezza del Modello e sulle situazioni reali o presunte di violazione dello stesso. Non potendo, come già precisato, esercitare un costante presidio, occorre innanzi tutto che le persone che operano a tutti i livelli della struttura lo informino immediatamente di

qualsiasi situazione, evento, o cambiamento nell'organizzazione o nell'operatività dell'impresa, che possa avere implicazioni sul corretto funzionamento del Modello. Al personale aziendale di qualsiasi livello il Modello assegna infatti un dovere d'informativa nei confronti dell'OdV, che deve essere visto non come ad un organo "ispettivo" che opera al fine di trovare errori e manchevolezze, ma come un supporto operativo, al quale rivolgersi ogni qual volta ci siano dubbi con riferimento alla corretta applicazione del Modello o del Codice Etico, per lavorare meglio riducendo i rischi di commissione dei "reati presupposto".

La società si dovrebbe dotare di una procedura interna che riassuma le regole che disciplinano le modalità di generazione, accesso e reporting delle informazioni rilevanti, al fine di rendere disponibili in tempi ragionevoli all'OdV le informazioni necessarie per orientare l'attività di vigilanza. A supporto del flusso di informazioni e per una miglior conoscenza della Società, l'OdV potrà procedere con incontri periodici con i vertici aziendali ed i responsabili dei processi, avvalendosi anche di questionari informativi che consentano di acquisire informazioni utili e indicatori di rischio.

Incontri periodici saranno organizzati con le funzioni interne, se esistenti, responsabili della Compliance e del Risk Management, con gli organi di controllo – Collegio Sindacale e Società di Revisione – e con gli altri enti di certificazione – in materia di salute e sicurezza, ambiente e qualità – di cui si avvale l'impresa.

Le attività sopra sinteticamente descritte serviranno quindi all'OdV per meglio orientare le proprie decisioni in merito all'attività di vigilanza sulle procedure e sui presidi di controllo dell'impresa: gli "interventi di controllo" (l'audit). Il Modello dovrebbe assegnare all'OdV un budget da impiegare per tale attività, che potrà svolgere direttamente e/o avvalendosi del supporto di professionisti esterni indipendenti.

Il "Programma di vigilanza" che annualmente l'OdV redige e presenta all'Organo di gestione riassume tutte le attività che l'Organismo ha pianificato al fine di adempiere alla sua funzione e terrà conto di tutte le informazioni acquisite dei controlli precedentemente svolti e dai flussi informativi ottenuti dai diversi interlocutori, interni ed esterni all'impresa.

Comunione – Condominio - Locazione, DIRITTO D'IMPRESA

La forza "cogente" del regolamento di condominio

di **Saverio Luppino**

La recente pronuncia della Corte di Cassazione, Sezione 2^, numero 10272 del 18.5.2016, consente di affrontare un argomento che si presenta ancora "spinoso" nella materia condominiale riguardante la cogenza del regolamento di condominio.

La materia condominiale è governata da regole precise le cui fonti possono sinteticamente ricondursi a: la legge, il regolamento di condominio, le delibere dell'assemblea.

Secondo le previsioni di legge, articolo 1138 c.c., il regolamento di condominio risulta obbligatorio in presenza di un numero di condomini superiori a dieci.

La norma rappresenta anche quale debba essere il contenuto del regolamento, individuandolo: "norme circa l'uso delle cose comuni e la ripartizione delle spese..., nonché le norme per la tutela del decoro dell'edificio e quelle relative all'amministrazione".

Peraltro, la legge si preoccupa di determinare le modalità di formazione e revisione del regolamento, stabilendo che ciascun condomino prenda l'iniziativa di provvedervi, salva la successiva ratifica, attraverso l'approvazione assembleare.

Parimenti, ai sensi dell'articolo 1107 c.c., ciascun condomino "dissenziente" e/o assente può impugnare il regolamento, rispettivamente entro il rigoroso termine di trenta giorni dall'approvazione e/o dalla comunicazione della delibera.

In assenza di impugnazione, la norma sancisce l'efficacia vincolante del regolamento: "anche per gli eredi e gli aventi causa dai singoli partecipanti".

Infine, sempre l'articolo 1138, all'ultimo comma, chiarisce i limiti del regolamento, specificando che le norme in esso contenute non possono menomare in alcun modo i diritti di ciascun condomino, quali risultano dagli atti di acquisto e dalle convenzioni, e in nessun caso possono derogare alle disposizioni degli articoli 1118, secondo comma, 119, 1120, 1129, 1131,1132,1136 e 1137 (68,70,71,72 dips att. c.c.).

Il legislatore si preoccupa di garantire l'assoluta inviolabilità di alcune specifiche disposizioni, come sopra individuate, con un'espressione cogente: "in nessun caso si possono derogare...", dettando così, un limite per così dire "invalicabile.

Evidente l'esigenza di assicurare al condominio una trasparenza nella gestione dell'attività

organizzativa, attraverso la conoscibilità delle sue regole anche da parte di coloro che non hanno partecipato alla materiale approvazione del regolamento che, tuttavia, devono essere consapevoli delle regole che regolano il fabbricato, potendo veicolare le preferenze nell'acquisto di un bene immobile anche in ragione delle regole che governano il fabbricato.

Unitamente alla tipica formazione assembleare del regolamento, la dottrina di preoccupa di precisare che esiste un'altra tipologia regolamentare, costituita dal cosiddetto "regolamento contrattuale", la cui cogenza assume tipiche specificità, attesane la formazione dello stesso, a cura dello stesso unico originario proprietario dell'edificio e l'accettazione da parte dei singoli condomini nei rispettivi atti di acquisto.

Da sempre si è ritenuta la differente valenza delle due tipologie regolamentari, non già in ragione del contenuto, ma delle fattispecie che ne prevedono la modifica e /o revisione, ponendosi l'accento sull'immodificabilità del regolamento contrattuale, se non attraverso l'unanimità dei consensi e quello assembleare, attraverso le maggioranze, così come previste dall'articolo 1136 c.c.

La recente pronuncia della Cassazione del 2016 assume particolare rilievo in quanto consente di rilevare la forza espansiva cogente del regolamento, anche oltre le previsioni di cui all'articolo 1120 c.c. **in materia di innovazioni**, già di per sé pregnanti e definite dalla legge.

Infatti nella fattispecie che si commenta, il ricorrente lamentava la nullità del regolamento condominiale, nella parte in cui aggravava le previsioni regolamentari in materia di innovazione, stabilite dal codice civile all'articolo 1120 c.c., proibendo: "la realizzazione di lavori interessanti l'uniformità esteriore dei singoli fabbricati".

L'impugnante assumeva l'assoluta genericità della previsione regolamentare, rilevandone l'illiceità, senza tuttavia rimarcare alla Corte, almeno secondo l'analisi di chi scrive, se il regolamento avesse inficiato la previsione dell'ultimo comma dell'articolo 1138 c.c., sull'assoluta inderogabilità, anche in senso di renderla più gravosa, dell'articolo 1120 c.c..

La Suprema Corte di Cassazione, sulla base delle regole di autosufficienza del ricorso, esaminando le censure del ricorrente rimarca ancora una volta, l'insegnamento costante della propria giurisprudenza secondo la quale: "***il regolamento di condominio può legittimamente dare del limite del decoro architettonico una definizione più rigorosa di quella accolta dall'articolo 1120 c.c., estendendo il divieto di innovazioni sino ad imporre la conservazione degli elementi attinenti alla simmetria, all'estetica, all'aspetto generale dell'edificio, quali esistenti nel momento delle sua costruzione od in quello della manifestazione negoziale successiva*** *(tra le varie, Sez. 2^ n.1748/2013; Sez. 2^ n.11121/99; Sez. 2^ n.8883/05).*

Se ne deduce che la regola di assoluta immodificabilità dell'articolo 1120 c.c.,dettata dall'articolo 1138 c.c. ultimo comma, possa circoscriversi al contenuto minimo di inderogabilità e non al massimo, nel senso che, seguendo, l'insegnamento della Cassazione, il regolamento potrà dare dei limiti maggiori rispetto a quelli dettati dal legislatore in una sorta

di previsione standard.

Se applicata su larga scala, il principio della Corte, può paragonarsi analogicamente al contenuto della clausola risolutiva espressa per esempio nell'ambito della risoluzione dei contratti di locazione, in presenza della quale, il giudice non è tenuto a verificare il contenuto del "grave inadempimento" ai fine della pronuncia di risoluzione del contratto ipso iure, dovendosi solo limitare l'indagine alla sussistenza dell'esercizio e delle condizioni della clausola medesima 1456 c.c.

Operata la simmetria alla fattispecie in esame ed affermato il principio, secondo il quale: l'interpretazione del regolamento contrattuale di condominio da parte del giudice del merito è insindacabile in sede di legittimità quando non riveli violazione di canoni di ermeneutica o vizi logici (tra le tante Sez. 2^ n.17893/09; Sez. 2^ n.1406/07; Sez. 2^ n.9355/00), il giudice del merito, non sarà più tenuto a valutare concretamente se si sia verificata una vera e propria alterazione del decoro architettonico, nelle ipotesi in cui – come nella fattispecie esaminata – il regolamento avesse proibito a monte "la realizzazione di lavori interessanti l'uniformità esteriore dei singoli fabbricati".

Pertanto, risulta ipotizzabile che una migliore tutela del decoro architettonico del condominio – concetto in genere "sfumato" ed ancorato a valutazioni spesso soggettive e non concretamente obiettive – possa essere realizzata attraverso previsione di clausole ad hoc del regolamento medesimo, che limitino tout court le innovazioni, oltre le previsioni di cui all'articolo 1120 c.c., subordinando comunque l'opera all'eventuale autorizzazione dell'assemblea.

Sempre la medesima sentenza si rivela di interesse per il giurista, in quanto la Corte rimarca la "regola di diritto", seconda la quale: " le valutazioni espresse dal consulente tecnico d'ufficio non hanno efficacia vincolante per il giudice e, tuttavia, egli può legittimamente disattenderle soltanto attraverso una valutazione critica, che sia ancorata alle risultanze processuali e risulti congruamente motivata... (tra le tante: Sez. 1^ n.5148/11; Sez. 1^ n.19661/2006; Sez. 1^ n.13468/00; Sez. 1^ n.333/99)."

Procedimenti di cognizione e ADR

Azione contro compagnia aerea e giurisdizione italiana – I cinque criteri previsti dalla Convenzione di Montreal prevalgono sul Reg. UE Bruxelles I bis e possono consentire al passeggero di radicare l'azione nel proprio Stato di residenza

di **Giacomo Ubertalli**

Trib. Biella, 16 giugno 2016 – G.U. Silvia Vaghi

Giurisdizione – Trasporto aereo di persone – Convenzione di Montreal – Reg. UE 1215/2012 – prevalenza della norma convenzionale su quella comunitaria (art. 71, Reg. UE 1215/2012)

Giurisdizione – Trasporto aereo di persone – Convenzione di Montreal – sinistro occorso a passeggero residente in Italia – giurisdizione italiana – sussiste (art. 33, comma 2°, Conv. Montreal, art. 2059 c.c.)

[1] I criteri di cui all'art. 33 della Convenzione di Montreal prevalgono su quelli individuati dal Reg. UE 1215/2012 (c.d. Bruxelles I bis*) in forza del principio di specialità previsto* dall'*art. 71, comma 2°, lett. a) del predetto Regolamento.*

[2] In caso di controversia tra compagnia aerea straniera e passeggero relativa all'accertamento del diritto al risarcimento del danno non patrimoniale occorso a quest'ultimo, sussiste la giurisdizione del giudice italiano secondo quanto previsto dall'art. 33, comma 2° della Convenzione di Montreal allorquando il passeggero danneggiato risieda in Italia.

CASO

[1-2] Il Tribunale di Biella affronta la problematica della sussistenza della giurisdizione italiana nell'ambito di una controversia promossa da un passeggero, di nazionalità italiana, contro una compagnia aerea estera e relativa all'accertamento della responsabilità di quest'ultima per il sinistro, occorso in terra straniera, subito dal passeggero durante un viaggio aereo internazionale, con contestuale richiesta di risarcimento del danno, sia patrimoniale, sia non patrimoniale derivante dalla lesione della propria sfera psichica con riflessi anche sulla vita relazionale.

SOLUZIONE

[1-2] Il Tribunale di Biella afferma la giurisdizione italiana sulla base dei criteri previsti

dall'art. 33 della "Convenzione per l'unificazione di alcune regole relative al trasporto aereo internazionale" firmata a Montreal il 28 maggio 1999 (che sostituì la precedente Convenzione di Varsavia del 1929). In particolare, per quanto qui di interesse,

– il Tribunale non ha fatto applicazione dei criteri previsti dal Reg. UE 1215/2012, ritenendo prevalenti quelli previsti dalla Convenzione di Montreal in base al principio espresso dall'art. 71, comma 2°, lett. a) del predetto Regolamento;

– il Giudice di merito, (anche) in forza del criterio previsto dall'art. 33, comma 2°, Conv. Montreal, ha affermato la giurisdizione italiana in quanto il passeggero vittima del sinistro, a prescindere dalla tipologia di danno non patrimoniale lamentato, è residente in Italia.

QUESTIONI

[1] Il Tribunale di Biella, condivisibilmente, afferma la prevalenza dei criteri di individuazione della giurisdizione previsti dalla Convenzione di Montreal rispetto a quelli disciplinati dal Reg. UE 1215/2012 (c.d. *Bruxelles I bis*).

La norma comunitaria, infatti, pur astrattamente applicabile al caso di specie (trattandosi di controversia in materia civile rientrante nel perimetro di applicazione del Reg. UE 1215/2012), contiene una clausola (art. 71, comma 2°, lett. a) che fa salva l'applicazione di una convenzione internazionale che disciplina la competenza giurisdizionale in una specifica materia.

È questa un'applicazione del principio di specialità, previsto – oltre che dal nostro ordinamento interno – anche dal previgente Reg. CE 44/2001 nei medesimi termini sopra indicati (cfr. Corte di Giustiza UE, 4 settembre 2014, n. 157/2013, in *Dir. Comunitario on line*, 2014, secondo cui, però, l'applicazione delle regole previste dalla convenzione non può pregiudicare i principi sottesi alla cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale all'interno dell'Unione europea).

(2) il Tribunale ha quindi verificato se potesse sussistere la giurisdizione italiana sulla base dei cinque criteri previsti dall'art. 33 Conv. Montreal facendo, tra l'altro, applicazione del criterio speciale previsto dal secondo comma della citata norma che ammette la giurisdizione del Giudice del luogo ove il passeggero risiede o è domiciliato al momento del sinistro, a condizione che (i) da/verso tale Stato il vettore svolga il servizio di trasporto aereo di passeggeri, sia con propri aeromobili che con aeromobili di proprietà di un altro vettore in virtù di un accordo commerciale; (ii) in tale Stato il vettore eserciti la propria attività di trasporto aereo di passeggeri in edifici locati o di proprietà dello stesso vettore o di un altro vettore con il quale ha un accordo commerciale.

Tale criterio, disciplinato dall'art. 33, comma 2° è stato introdotto con la Convenzione di Montreal per il solo caso di "danno derivante dalla morte o dalla lesione del passeggero" (nel testo inglese: "*damage resulting from the death or injury of a passenger*") con l'obiettivo di

tutelare maggiormente il passeggero danneggiato consentendogli di radicare il giudizio contro la compagnia aerea nel proprio Stato di residenza (sul punto cfr. CARBONE, *Criteri di collegamento giurisdizionale e clausole arbitrali nel traporto aereo: la soluzione della convenzione di Montreal del 1999*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2000, 5).

In dottrina e giurisprudenza si discute sull'interpretazione del termine "*injury*" ("*lésion corporelle*" nel testo francese; per una panoramica su tale problematica interpretativa, cfr. BUSTI, *Contratto di trasporto aereo,* in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU e MESSINEO, XXVI, t. 3, Milano, 2001, 838).

In particolare, non è chiaro se con tale termine la Convenzione abbia voluto contemplare anche il danno c.d. morale, vale a dire il pregiudizio derivante da una sofferenza soggettiva in sé considerata che, tuttavia, non si è risolto in una degenerazione patologica (sull'evoluzione del concetto di danno morale, cfr. ASTONE, in *Comm. C.C.*, a cura di Schlesinger, Milano, 2012, art. 2054, 103 e s.).

Nel caso di specie, l'attore agiva, oltre che per il risarcimento del danno patrimoniale (che non consente l'utilizzo del citato criterio, ma in relazione al quale il Tribunale ha ritenuto di affermare la giurisdizione italiana in base al criterio del domicilio del vettore di cui all'art. 33, comma 1°, Conv. Montreal, avendo la compagnia aerea una rappresentanza generale in Italia), anche per il risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla lesione della propria sfera psichica, con riflessi anche sulla vita relazionale.

Il Tribunale di Biella, pur ritenendo applicabile il criterio di cui all'art. 33, comma 2°, Conv. Montreal, non ha fornito una motivazione soddisfacente sulla sussunzione di tale tipo di danno nella categoria di "injury".

Da ricordare che l'art. 17, comma 1°, Conv. Montreal, definendo il danno risarcibile secondo la Convenzione, prevede la responsabilità del vettore in caso di morte o lesioni personali del passeggero utilizzando il termine "*injury*" con l'aggiunta di "*bodily*", quasi a voler escludere quelle tipologie di danno non patrimoniale che non si risolvono in una lesione all'integrità fisica del danneggiato. Tuttavia, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, interpretando estensivamente il termine "*damage*" contenuto nell'art. 17, comma 2° della Convenzione (che disciplina il perimetro della responsabilità del vettore per la perdita o il deterioramento del bagaglio) ha espressamente riconosciuto la risarcibilità anche del danno morale (cfr. Corte di Giustizia U.E., 6 maggio 2010, in *Foro It.*, 2010, IV, 325).

Se, dunque, la giurisprudenza riconosce la risarcibilità del danno morale nell'ipotesi perdita del bagaglio, sarebbe del tutto irragionevole, oltre che in contrasto con la finalità di maggior tutela del passeggero esplicitata dalla Convenzione (che – si rammenti – costituisce anche la *ratio* dell'introduzione del criterio di cui all'art. 33, comma 2°, Conv. Montreal) non accordare questo tipo di danno nella più grave ipotesi di sinistro occorso direttamente alla persona del passeggero (in questi termini RUSSO, *Su alcune questioni di giurisdizione e competenza in materia di trasporto aereo*, in *Dir. Trasp.*, 2006, 767; *contra*, BUSTI, *op. cit.*, 839, n. 971; in

giurisprudenza cfr. Trib. Roma, 26 aprile 2011, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*; *contra* District Court for the Southern District of New York, 25 luglio 1996, Longo vs Air France, in 25 *Avi*, 17.629)

Impugnazioni

Sul contrasto insanabile fra motivazione e dispositivo nel rito del lavoro

di **Michele Ciccarè**

Cass., Sez. VI, 15 settembre 2016, n. 18134

Impugnazioni civili – condizioni dell'impugnazione – interesse ad impugnare – soccombenza sulla sola base del dispositivo in materia di lavoro – sussistenza (C.p.c.: art. 100; 429; 430)

Impugnazioni civili – ricorso per cassazione – contrasto insanabile fra motivazione e dispositivo – errore materiale sentenza – esclusione – nullità della sentenza *ex* art. 360 n. 4 c.p.c. – sussistenza (C.p.c.: art. 156, 161, 287, 360)

[1] *Il soggetto interessato ad impugnare la decisione è esclusivamente colui che, sulla base del dispositivo, risulta formalmente soccombente (fattispecie in cui si lamentava un contrasto insanabile fra motivazione e dispositivo).*

[2] *Il contrasto fra motivazione e dispositivo, quando è tale da non rendere identificabile la reale portata del provvedimento, costituisce causa di nullità della sentenza da farsi valere con gli ordinari mezzi d'impugnazione (nel caso di specie, ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c.).*

CASO

[1] [2] Veniva instaurata una controversia in materia di lavoro fra il DRAFD di Messina ed alcuni suoi dipendenti.

L'Ente, rimasto soccombente in primo grado, proponeva appello; ad ogni modo, quest'ultimo veniva rigettato sulla base del dispositivo.

Veniva dunque avanzato dal DRAFD un motivo di ricorso per cassazione *ex* art. 360, n. 4, c.p.c., sostenendo la nullità della sentenza d'appello per contrasto insanabile fra motivazione e dispositivo. Nello specifico, il ricorrente affermava che, nonostante il dispositivo formalmente sfavorevole, la motivazione dei giudici di gravame accoglieva interamente le ragioni dell'appellante.

SOLUZIONE

[1] Innanzitutto, i giudici di legittimità chiariscono che, nei casi in cui venga censurato un

contrasto insanabile fra motivazione e dispositivo nel rito del lavoro, l'impugnazione principale può essere proposta soltanto dal soggetto formalmente soccombente sulla base della statuizione, a prescindere dal tenore delle argomentazioni utilizzate nella motivazione successivamente depositata dal giudice.

[2] Ciò chiarito, la Suprema Corte accoglie per manifesta fondatezza il suddetto motivo di ricorso, rinviando la causa alla Corte di appello di Messina, in diversa composizione.

Rilevano i giudici di legittimità che dalla lettura della sentenza oggetto di impugnazione, non è consentito individuare l'effettiva portata della statuizione del giudice, in quanto il contrasto fra motivazione e dispositivo può definirsi irriducibile alla luce della complessiva interpretazione del provvedimento.

QUESTIONI

[1] La posizione della Suprema Corte su tale questione preliminare è espressione dell'orientamento assolutamente dominante in materia di lavoro.

Infatti, è stato chiarito come nei casi di contrasto fra motivazione e dispositivo, la mancata impugnazione della sentenza nei termini comporta il passaggio in giudicato delle statuizioni contenute nel dispositivo, il quale, acquistando pubblicità con la lettura in udienza *ex* art. 429 c.p.c., cristallizza la tutela giurisdizionale esercitata ed è idoneo a prevalere sulle motivazioni depositate in seguito *ex* art. 430 c.p.c.

Da tali rilievi, discende dunque che l'interesse ad impugnare la decisione spetta unicamente alla parte la cui domanda risulta formalmente rigettata in dispositivo, in quanto solo in capo ad essa conseguirebbero gli effetti pregiudizievoli del passaggio in giudicato della sentenza (così, *ex multis*, Cass., 20 maggio 2016, n. 10453; Cass., 16 luglio 2015, n. 14899; Cass., 12 febbraio 2015, n. 2818; Cass., 27 giugno 2012, n. 10747; Cass., 3 giugno 2010, n. 13484; Cass., 21 giugno 2005, n. 13325; Cass., 8 novembre 2001 n. 13839; Cass., 14 giugno 1990, n. 5794).

[2] Il *dictum* della Suprema Corte su tale seconda questione si pone in armonia con l'orientamento giurisprudenziale dominante, stando al quale il vizio è integrato quando risulta oggettivamente impossibile individuare il concreto comando giudiziale, per assoluto contrasto fra parte motiva e dispositiva del provvedimento (così Cass., 11 luglio 2014, n. 15990; Cass., 23 maggio 2011, n. 11299; Cass., 23 maggio 2011, n. 11299; Cass., 17 dicembre 2008, n. 29490; Cass., 2 luglio 2007 n. 14966).

Nello specifico, tali ipotesi non costituiscono né causa d'inesistenza della decisione emanata, né errori soggetti a correzione *ex* art. 287 c.p.c., bensì fattispecie di nullità *ex* art. 156, co. 2, c.p.c. (recentemente Cass., 12 febbraio 2015, n. 2818; già in passato, Cass., 6 novembre 2002, n. 15586; Cass., 6 aprile 2000, n. 4304; Cass., 18 febbraio 1998, n. 1733). per cui tale vizio di nullità

Viceversa, qualora sussista una sostanziale coerenza fra motivazione e dispositivo, risultando evidente la presenza di discrasie dovute ad errore meramente materiale (ad esempio, sul *quantum* liquidato o sull'intestazione delle parti), il procedimento d'impugnazione diviene inammissibile, dovendo la parte interessata richiedere la correzione dell'errore *ex* art. 287 c.p.c. (così Cass., 4 febbraio 2000, n. 1255).

Diritto Bancario

Contenzioso bancario: oneri probatori della banca

di **Fabio Fiorucci**

La produzione del saldaconto e di parte degli estratti conto da parte della banca non consente l'integrale ricostruzione delle movimentazioni dei conti bancari e, quindi, la corretta determinazione del dovuto dal correntista.

Secondo il costante insegnamento della Cassazione (Cass. nn. 10692/2007; 23794/2010; 21597/2013; 10696/2014; 7972/2016; 16829/2016) nei rapporti bancari in conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità, per mancanza dei requisiti di legge, della pattuizione di interessi non dovuti (ultralegali o anatocistici) a carico del correntista, la banca non può dimostrare l'entità del proprio credito mediante la produzione, ai sensi dell'art. 2710 c.c., di estratto notarile delle sue scritture contabili o di estratto di saldaconto, dai quali risulti il mero saldo del conto.

Soltanto la produzione degli estratti a partire dall'apertura del conto stesso consente, attraverso l'integrale ricostruzione del dare e dell'avere con applicazione del tasso legale, di determinare il credito della banca, sempre che la stessa non risulti addirittura debitrice, una volta depurato il conto dagli interessi non dovuti.

La banca può sottrarsi all'onere di provare il proprio credito invocando l'insussistenza dell'obbligo di conservare le scritture contabili oltre dieci anni dalla data dell'ultima registrazione, ai sensi dell'art. 119, comma 4, del d.lgs. n. 385 del 1993 (Testo unico bancario), in quanto tale obbligo, volto ad assicurare una più penetrante tutela dei terzi estranei all'attività imprenditoriale, non può sollevarla dall'onere della prova piena del credito vantato anche per il periodo ulteriore: "*superata la fase monitoria, in cui è possibile produrre solo gli estratti conto relativi all'ultima fase di movimentazione del conto ai sensi dell'art. 50 TUB, nel successivo giudizio a cognizione piena – ove sia contestata per mancanza di requisiti di legge la pattuizione degli interessi legali – la banca è tenuta a produrre gli estratti conto a partire dall'apertura del conto anche oltre il decennio, perché non si può confondere l'obbligo di conservazione della documentazione contabile con l'onere di fornire prova in giudizio del proprio credito. La produzione di estratti conto per una frazione temporale unilateralmente individuata dalla banca è radicalmente inidonea ad assolvere l'onere probatorio che sta a suo carico*" (Cass. 2.8.2013, n. 18541).

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

Procedimenti cautelari e monitori, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

Ancora sulla mediazione nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo: il Tribunale di Vasto si allinea alla Suprema Corte

di **Valeria Giugliano**

Trib Vasto, sent. 30 maggio 2016, est. Pasquale

Conciliazione in genere – Mediazione obbligatoria – Opposizione a decreto ingiuntivo – Onere di instaurazione del procedimento di mediazione – Debitore opponente (Cod. proc. civ., art. 645; art. 5, d.leg. 4 marzo 2010, n. 28)

[1] *L'onere di attivare la procedura di mediazione, sanzionato a pena di improcedibilità, deve gravare sulla parte processuale che con la propria iniziativa ha provocato l'instaurazione del processo assoggettato alle regole del rito ordinario di cognizione, dunque sulla parte opponente.*

CASO

[1] Il Tribunale di Vasto torna, con una sentenza ricca di riferimenti, sulla dibattuta questione della individuazione della parte tenuta ad avviare il procedimento di mediazione nella fase di opposizione a decreto ingiuntivo. Sul punto era intervenuta, in senso conforme alla pronuncia in commento, Cass. 3 dicembre 2015, n. 24629, alla quale, tuttavia, non era seguita un'adesione compatta delle corti di merito (sull'argomento in questa rivista cfr. il *focus* di C. Cipriani, *Il procedimento di mediazione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo* e la nota a commento di F. Ferrari, *Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione: l'ultima parola della Suprema Corte*, nonché, da ultimo, *Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione: caos giurisprudenziale, urge un intervento del legislatore* di M. Brunialti e *Ultimissime sulla mediazione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo all'indomani dell'intervento della Suprema Corte* di C. Cipriani).

SOLUZIONE

[1] Dopo aver riportato i due orientamenti giurisprudenziali sul punto (e sui cui v. *infra*), il Tribunale di Vasto propende per l'indirizzo che ha avuto l'avallo della Corte di cassazione. La condivisione dell'orientamento secondo il quale l'onere di avviare la procedura di mediazione delegata ai sensi dell'art. 5, comma 4, d. leg. n. 28/2010 grava sulla parte opponente, con la conseguenza che la mancata attivazione comporta la declaratoria di improcedibilità della opposizione e la definitività del decreto ingiuntivo opposto poggia sulle seguenti considerazioni:

la logica sottesa alla scelta legislativa di escludere dall'art. 5 d. leg. n. 28/2010 le ipotesi in cui la domanda venga introdotta nelle forme del procedimento monitorio si trova nella volontà di introdurre una condizione di procedibilità per le domande sui crediti che non possano essere tutelati in via monitoria. L'iniziativa processuale del debitore, tesa ad ottenere la caducazione del titolo, non può far scattare a posteriori una condizione di procedibilità cui la domanda monitoria non era inizialmente assoggettata: è più logico mantenere la scelta legislativa anche in fase di opposizione. Apporre la condizione di procedibilità all'azione del debitore ingiunto, ponendo a carico di questi l'ulteriore onere di tentare l'esperimento della mediazione, assolve anche ad una funzione dissuasiva di opposizioni pretestuose. Infine, il principio posto alla base della decisione della Suprema Corte, secondo cui l'onere di attivare la procedura di mediazione deve gravare sulla parte che con la propria iniziativa ha instaurato il processo con il rito ordinario di cognizione impone di individuare il debitore opponente quale parte gravata, poiché è lo stesso che ha interesse alla prosecuzione del giudizio e dunque dovrà subire le conseguenze della declaratoria di improcedibilità

QUESTIONI

[1] Nel senso che l'onere di mediazione grava sul debitore opponente, *ex plurimis* si richiamano: Trib. Cosenza 5 maggio 2016, in *Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione: caos giurisprudenziale, urge un intervento del legislatore/*; Trib. Milano 9 dicembre 2015, cit.; Trib. Reggio Emilia 21 gennaio 2016, *www.mondoadr.it*; Trib. Nola 3 marzo 2016, *www.expartecreditoris.it*; Trib. Verbania 22 marzo 2016, *www.mondoadr.it* in dottrina, oltre ai contributi su questa rivista cit., si segnalano Lupoi, *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile*, in *www.judicium.it*; Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Bari, 2015, 28.

Nel senso invece che è il creditore opposto a dover avviare la mediazione, atteso che quest'ultimo riveste il ruolo di attore sostanziale, con la conseguenza la dichiarazione di improcedibilità colpirebbe la domanda monitoria e si dovrebbe disporre la revoca del decreto ingiuntivo, da ultimo: Trib. Milano 13 giugno 2016, peraltro in senso contrario al precedente orientamento del 9 dicembre 2015, *cit.*; Trib. Grosseto 7 giugno 2016; Trib. Firenze, sez. II, ord. 15 febbraio 2016 e Trib. Firenze, sez. III, ord. 17 gennaio 2016 in *Ultimissime sulla mediazione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo all'indomani dell'intervento della Suprema Corte*; Trib. Benevento 23 gennaio 2016, est. Galasso, in Ilcaso.it, 2016 e dal Trib. Busto Arsizio 3 febbraio 2016, n. 199; Trib. Pavia 18 gennaio 2016, *www.101mediatori.it*. In dottrina, v. Tedoldi, *Mediazione obbligatoria e opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Giur. it.*, 2012, 2620.

Per una comparazione delle diverse posizioni, v. D. Dalfino, *Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. Mediazione civile e commerciale*, Bologna, 2016, 260 ss.

Procedimenti cautelari e monitori, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

Ancora sulla mediazione nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo: il Tribunale di Vasto si allinea alla Suprema Corte

di **Valeria Giugliano**

Trib Vasto, sent. 30 maggio 2016, est. Pasquale

Conciliazione in genere – Mediazione obbligatoria – Opposizione a decreto ingiuntivo – Onere di instaurazione del procedimento di mediazione – Debitore opponente (Cod. proc. civ., art. 645; art. 5, d.leg. 4 marzo 2010, n. 28)

[1] *L'onere di attivare la procedura di mediazione, sanzionato a pena di improcedibilità, deve gravare sulla parte processuale che con la propria iniziativa ha provocato l'instaurazione del processo assoggettato alle regole del rito ordinario di cognizione, dunque sulla parte opponente.*

CASO

[1] Il Tribunale di Vasto torna, con una sentenza ricca di riferimenti, sulla dibattuta questione della individuazione della parte tenuta ad avviare il procedimento di mediazione nella fase di opposizione a decreto ingiuntivo. Sul punto era intervenuta, in senso conforme alla pronuncia in commento, Cass. 3 dicembre 2015, n. 24629, alla quale, tuttavia, non era seguita un'adesione compatta delle corti di merito (sull'argomento in questa rivista cfr. il *focus* di C. Cipriani, *Il procedimento di mediazione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo* e la nota a commento di F. Ferrari, *Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione: l'ultima parola della Suprema Corte*, nonché, da ultimo, *Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione: caos giurisprudenziale, urge un intervento del legislatore* di M. Brunialti e *Ultimissime sulla mediazione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo all'indomani dell'intervento della Suprema Corte* di C. Cipriani).

SOLUZIONE

[1] Dopo aver riportato i due orientamenti giurisprudenziali sul punto (e sui cui v. *infra*), il Tribunale di Vasto propende per l'indirizzo che ha avuto l'avallo della Corte di cassazione. La condivisione dell'orientamento secondo il quale l'onere di avviare la procedura di mediazione delegata ai sensi dell'art. 5, comma 4, d. leg. n. 28/2010 grava sulla parte opponente, con la conseguenza che la mancata attivazione comporta la declaratoria di improcedibilità della opposizione e la definitività del decreto ingiuntivo opposto poggia sulle seguenti considerazioni:

la logica sottesa alla scelta legislativa di escludere dall'art. 5 d. leg. n. 28/2010 le ipotesi in cui la domanda venga introdotta nelle forme del procedimento monitorio si trova nella volontà di introdurre una condizione di procedibilità per le domande sui crediti che non possano essere tutelati in via monitoria. L'iniziativa processuale del debitore, tesa ad ottenere la caducazione del titolo, non può far scattare a posteriori una condizione di procedibilità cui la domanda monitoria non era inizialmente assoggettata: è più logico mantenere la scelta legislativa anche in fase di opposizione. Apporre la condizione di procedibilità all'azione del debitore ingiunto, ponendo a carico di questi l'ulteriore onere di tentare l'esperimento della mediazione, assolve anche ad una funzione dissuasiva di opposizioni pretestuose. Infine, il principio posto alla base della decisione della Suprema Corte, secondo cui l'onere di attivare la procedura di mediazione deve gravare sulla parte che con la propria iniziativa ha instaurato il processo con il rito ordinario di cognizione impone di individuare il debitore opponente quale parte gravata, poiché è lo stesso che ha interesse alla prosecuzione del giudizio e dunque dovrà subire le conseguenze della declaratoria di improcedibilità

QUESTIONI

[1] Nel senso che l'onere di mediazione grava sul debitore opponente, *ex plurimis* si richiamano: Trib. Cosenza 5 maggio 2016, in *Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione: caos giurisprudenziale, urge un intervento del legislatore/*; Trib. Milano 9 dicembre 2015, cit.; Trib. Reggio Emilia 21 gennaio 2016, *www.mondoadr.it*; Trib. Nola 3 marzo 2016, *www.expartecreditoris.it*; Trib. Verbania 22 marzo 2016, *www.mondoadr.it* in dottrina, oltre ai contributi su questa rivista cit., si segnalano Lupoi, *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile*, in *www.judicium.it*; Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Bari, 2015, 28.

Nel senso invece che è il creditore opposto a dover avviare la mediazione, atteso che quest'ultimo riveste il ruolo di attore sostanziale, con la conseguenza la dichiarazione di improcedibilità colpirebbe la domanda monitoria e si dovrebbe disporre la revoca del decreto ingiuntivo, da ultimo: Trib. Milano 13 giugno 2016, peraltro in senso contrario al precedente orientamento del 9 dicembre 2015, *cit.*; Trib. Grosseto 7 giugno 2016; Trib. Firenze, sez. II, ord. 15 febbraio 2016 e Trib. Firenze, sez. III, ord. 17 gennaio 2016 in *Ultimissime sulla mediazione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo all'indomani dell'intervento della Suprema Corte*; Trib. Benevento 23 gennaio 2016, est. Galasso, in Ilcaso.it, 2016 e dal Trib. Busto Arsizio 3 febbraio 2016, n. 199; Trib. Pavia 18 gennaio 2016, *www.101mediatori.it*. In dottrina, v. Tedoldi, *Mediazione obbligatoria e opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Giur. it.*, 2012, 2620.

Per una comparazione delle diverse posizioni, v. D. Dalfino, *Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. Mediazione civile e commerciale*, Bologna, 2016, 260 ss.

Impugnazioni

La costituzione in giudizio dell'appellante mediante deposito della c.d. velina: conseguenze ed effetti secondo la giurisprudenza di legittimità

di **Domenico Cacciatore**

Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione (Cass., sez. un., 5 agosto 2016, 16598), in seguito all'ordinanza di remissione delle sezioni semplici (Cass., ord. 18 dicembre 2015, n. 25529), prendendo in esame i profili problematici relativi alla costituzione in giudizio dell'appellante con la cd. velina, hanno sanato il contrasto giurisprudenziale esistente in proposito.

Il presente commento intende prendere in esame i limiti delle conseguenze delle irregolarità e/o nullità della costituzione dell'appellante, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali formatisi sul punto ed, in particolare, del *decisum* della Suprema Corte di Cassazione.

1. La costituzione in giudizio dell'appellante: inquadramento normativo e la prassi della costituzione con la cd. velina

Come è noto, la costituzione in giudizio dell'appellante (art. 347 c.p.c.) deve avvenire nelle forme e nei termini previsti per il procedimento di primo grado (art. 165 c.p.c.), depositando in cancelleria l'originale dell'atto di citazione entro dieci giorni dal *"giorno della notificazione"*.

Il *"giorno della notificazione"* che, ai sensi degli artt. 165 e 347 c.p.c., costituisce il *dies a quo* ai fini della decorrenza del termine per la costituzione in giudizio dell'appellante, non coincide, secondo la giurisprudenza, con il giorno di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario da parte del notificante – momento in cui si realizza l'effetto anticipato e provvisorio a vantaggio dello stesso, che rileva ai soli fini della tempestività dell'impugnazione – ma, piuttosto, con il giorno di perfezionamento del processo notificatorio nei confronti del destinatario (Cfr. Cass., 29 gennaio 2016, n. 1662; in senso conf. Cass., 20 aprile 2010, n. 9329; App. Lecce Sez. II, 20 aprile 2015). Nell'ipotesi di notifica dell'atto a più destinatari il termine per la costituzione dell'appellante (e/o, in generale, dell'attore) decorre da perfezionamento della prima notificazione (v. Cass., 20 luglio 2012, n. 12724; Cass., 5 giugno 2007, n. 13163).

Al fine di ovviare agli inconvenienti, derivanti da eventuali ritardi nella restituzione dell'originale dell'atto notificato da parte degli ufficiali giudiziari entro i dieci giorni dalla notificazione, è stata ormai da tempo avallata la prassi secondo la quale la costituzione in giudizio dell'appellante può essere effettuata depositando una semplice copia dell'atto notificato, *id est* la cd. velina (cfr., *ex multis*, Cass., sez. un., 18 maggio 2011, n. 10864).

Tuttavia, tale prassi dell'iscrizione a ruolo con la cd. velina, non potendo ritenersi scevra da profili problematici, ha indotto la dottrina e la giurisprudenza ad interrogarsi sulla validità e sui limiti degli effetti delle anzidette modalità di costituzione in giudizio, con il conseguente delinearsi di due diversi orientamenti tra di essi contrastati.

2. Gli orientamenti della giurisprudenza

2.1. Orientamento favorevole all'ammissibilità della costituzione con la c.d. velina

Un primo orientamento della giurisprudenza ha ritenuto che la costituzione dell'appellante, avvenuta mediante il deposito della cd. velina (seguito dal deposito, avente effetti sananti, dell'originale notificato entro la prima udienza), integra una mera irregolarità della costituzione in giudizio (cfr. Cass., 9 dicembre 2004, n. 23027; Cass., 13 agosto 2004, n. 15777; Cass., 29 marzo 2007, n. 7776; Cass., 30 aprile 2008, n. 10903).

Tale orientamento, infatti, muovendo dal rilievo meramente formale dell'irregolarità di tale forma di costituzione, pone in evidenza l'assoluta mancanza di pregiudizi connessi all'instaurazione del contraddittorio ed all'esercizio del diritto di difesa della controparte (Cass., 20 luglio 2015, n. 15130; Cass., 8 marzo 2016, n. 4525), salvo che non venga rilevata una difformità tra la cd. velina e l'atto notificato (cfr. Cass. Civ., 8 maggio 2012, n. 6912).

La mancanza di una previsione che, al mancato deposito dell'originale dell'atto notificato ricolleghi la sanzione dell'improcedibilità, consente di ricondurre la costituzione mediante il deposito di una mera copia dell'atto nell'alveo del regime delle nullità sanabili in conseguenza del raggiungimento dello scopo (art. 156 c.p.c.), per il quale rilevano ai fini della sanatoria, con effetti *ex tunc*, anche i comportamenti successivi come il deposito dell'originale entro la prima udienza di trattazione (v. Cass., 16 dicembre 2014, n. 26437; Cass., 8 maggio 2012, n. 6912; Cass., 20 luglio 2015, n. 15130), che consente l'esercizio del potere-dovere di verifica del giudice in relazione alla ritualità ed all'effettività della notifica del gravame, e ciò soprattutto nell'ipotesi di mancata costituzione dell'appellato.

2.2. Orientamento formalista e rigoroso: inammissibilità della costituzione con la c.d. velina

Altra parte della giurisprudenza, tuttavia, ha escluso l'ammissibilità della costituzione in appello mediante il deposito della cd. velina (cfr. Cass., 24 agosto 2007, n. 17958; Cass., 1 luglio 2008, n. 18009; Cass., 4 gennaio 2010, n. 10).

Tale orientamento, ispirato ad un particolare rigore formale ed alla *ratio* dell'art. 348 c.p.c., diretta a favorire il celere passaggio in giudicato della sentenza di primo grado, ricollega alla violazione delle forme previste dagli artt. 165 e 347 c.p.c. la stessa sanzione prevista per l'inosservanza del termine per la costituzione in giudizio. Invero, la costituzione in giudizio viene considerata uno specifico adempimento da effettuare necessariamente nelle forme di legge, entro un termine ben definito, ritenendo non suscettibili di sanatoria le irregolarità e/o i vizi tali da impedire l'immediato accertamento dell'avvenuta valida proposizione del gravame

e l'eventuale declaratoria d'ufficio di improcedibilità. Tale orientamento, peraltro, si pone in linea con quella parte della dottrina che, ritenendo il deposito di una mera copia dell'atto introduttivo una formalità priva di significato, ammetteva la costituzione in giudizio solo mediante il deposito dell'originale dell'atto di citazione (v. Saletti, *Costituzione in giudizio*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1993, 2).

L'anzidetta tesi rigorosa e formalista è stata oggetto di critiche da parte della dottrina che, condividendo l'orientamento di quella parte della giurisprudenza che ammette la prassi della costituzione dell'appellante mediante il deposito della cd. velina, ha osservato che, alla luce dell'attuale testo dell'art. 348 c.p.c., non possono ritenersi rilevanti eventi diversi da quelli espressamente previsti dalla norma citata (v. Sassani, Giordano, in AA.VV. *Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di Comoglio, Consolo, Sassani, Vaccarella, *sub* art. 348 c.p.c., 398).

Peraltro, in proposito, è stato osservato che collegare l'improcedibilità alla costituzione mediante deposito della cd. velina, implica un giudizio sulla validità o tempestività di una costituzione che è già stata eseguita nei termini, nonché l'applicazione, a tale fattispecie, di una sanzione – l'improcedibilità – relativa alla violazione dei termini e non all'inosservanza delle forme (cfr. Benni de Sena, *Procedimento in appello e costituzione dell'attore con copia dell'atto di impugnazione tra formalismo e ragionevolezza*, in *Giur. mer.*, 2010, 646). Tali rilievi, peraltro, si pongono in linea l'orientamento di altra dottrina che, in proposito, ha osservato come *"La più recente giurisprudenza (Cass., Sez. II, 21 giugno 2013, n. 15715; Cass. n. 6912/12 cit.) ha invece sottolineato, sul piano letterale che «l'improcedibilità dell'appello è comminata dall'art. 348 c.p.c., comma 1, per l'inosservanza del termine di costituzione dell'appellante, ma non anche per il mancato rispetto delle forme di costituzione»..."* (così, Nicotra, Improcedibile l'atto iscritto con velina: la questione alle Sezioni unite, in *www.eclegal.it*).

3. La decisione delle Sezioni Unite e la composizione del contrasto

Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, intervenute a comporre il contrasto, con la sentenza del 5 agosto 2016, n. 16598, hanno avallato l'orientamento meno rigoroso, che ammette la costituzione dell'appellante mediante il deposito di una semplice copia del gravame, precisando che la sanzione dell'improcedibilità è comminata dall'art. 348 c.p.c. nell'ipotesi in cui *"l'appellante non si costituisce nei termini"*, locuzione da intendersi come riferita esclusivamente all'inosservanza dell'art. 165 c.p.c.

Le Sezioni Unite, inoltre, hanno escluso che la sanzione dell'improcedibilità possa essere comminata qualora la costituzione avvenga entro i termini previsti dall'art. 165 c.p.c. ma senza l'osservanza delle forme ivi previste.

Con l'anzidetta pronuncia è stato ribadito che la costituzione avvenuta senza osservare le forme previste dall'art. 165 c.p.c., pur non determinando di per sé l'improcedibilità del gravame, è nulla e che tale nullità può essere superata mediante il deposito dell'originale dell'atto di citazione (anche da parte dell'appellato), purché tale deposito avvenga entro

l'udienza di comparizione di cui all'art. 350, comma 2, c.p.c.

La mancanza del deposito dell'originale entro tale udienza ovvero la mancata richiesta o concessione di un termine per il compimento di tale attività, conseguente all'inattività della parte e/o all'omissione da parte del giudice dell'attività di controllo della regolarità della costituzione, determina il consolidarsi della nullità e la preclusione di ogni forma di sanatoria dei vizi della costituzione stessa, che, in quanto priva di effetti, determina l'improcedibilità dell'appello.

4. Considerazioni conclusive

In definitiva, il condivisibile orientamento delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, dando definitiva conferma del superamento dell'approccio eccessivamente rigoroso e formale, oltre ad inquadrare sul piano sistematico la violazione delle forme previste della costituzione in giudizio nell'alveo delle nullità sanabili, sancisce principi che offrono un corretto contemperamento tra l'esigenza di carattere pratico connesse alla costituzione dell'appellante, come il deposito di una copia dell'atto notificato per non incorrere nella violazione dei termini di cui all'art. 165 c.p.c., e le esigenze processuali riconducibili all'esercizio del potere-dovere del giudice di verificare la rituale proposizione del gravame.

Esecuzione forzata, ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORSUALI

Sospensione dell'esecuzione e querela di falso

di **Pasqualina Farina**

Trib. Benevento, 22 giugno 2016

Querela di falso – nullità della notifica del precetto – verbale di pignoramento – sospensione dell'esecuzione – inammissibilità

Il debitore deve contestare le asserte nullità della notifica del precetto nelle forme e nei termini di cui all'art. 617 c.p.c. Pertanto, davanti al giudice dell'esecuzione è inammissibile – e non dà luogo a sospensione ex art. 624 c.p.c. – la querela di falso proposta dal debitore per impugnare l'atto di precetto ed il verbale di pignoramento.

Scarica il provvedimento

CASO

Il debitore propone reclamo avverso l'ordinanza di rigetto, per insussistenza dei gravi motivi di cui all'art. 624 c.p.c., dell'istanza di sospensione formulata all'atto di proposizione della querela di falso, chiedendo al Collegio la revoca della suddetta ordinanza, previo esperimento dell'eventuale istruttoria necessaria, ivi compresa consulenza tecnica d'ufficio.

La querela di falso era tesa ad impugnare sia l'atto di precetto, sia il pignoramento, sull'assunto che nel verbale di pignoramento l'ufficiale giudiziario aveva dichiarato che il precetto era stato notificato, pur mancando – sulla relata di notifica – la firma dell'avvenuta ricezione del destinatario. Dopo aver disposto la sospensione *inaudita altera parte*, il giudice dell'esecuzione aveva ritenuto insussistenti i motivi per disporre la sospensione *ex* art. 624 c.p.c. del processo esecutivo, con fissazione di nuova udienza per la prosecuzione del giudizio.

SOLUZIONE

Il collegio ha dichiarato inammissibile il reclamo sia per la mancata sospensione del processo esecutivo *ex* art. 295 c.p.c., sia per le doglianze relative alla proposizione di querela di falso; lo ha invece essere rigettato quanto al motivo della mancata sospensione *ex* art. 624 c.p.c. Il reclamante, rimasto soccombente, è stato condannato a rifondere al reclamato le spese di lite.

QUESTIONI

La decisione va condivisa. Il Collegio muove, difatti, dal presupposto che le cause di

sospensione del processo esecutivo sono tipiche, disciplinate dagli art. 623 ss. c.p.c., escludendo che il giudice dell'esecuzione possa sospendere ai sensi dell'art. 295 c.p.c. Parimenti viene escluso, al di fuori dei casi normativamente previsti, l'attribuzione di un potere cognitivo in capo al giudice dell'esecuzione. Con la conseguenza che la parte può proporre la querela solo nella fase di merito dell'opposizione (all'esecuzione o agli atti esecutivi) fondata sulla falsità di un documento.

Dopo aver riqualificato il reclamo come opposizione agli atti esecutivi, in quanto l'esecutato si doleva della falsità della dichiarazione contenuta nell'atto di pignoramento (attinente alla notifica del precetto), il Collegio ha escluso la sussistenza dei gravi motivi di cui all'art. 624 c.p.c.

Sul punto i Giudici hanno in primo luogo precisato che l'opposizione è tardiva: il debitore avrebbe dovuto contestare l'asserta nullità della notifica del precetto nelle forme di cui all'art. 617 c.p.c. Quanto al merito dell'opposizione, il Collegio ha affermato che il precetto risulta regolarmente notificato nelle forme dell'art. 140 c.p.c., come emerge dalla documentazione versata in atti.

Con particolare riferimento alla querela, il Collegio ha da ultimo rilevato che la dichiarazione dell'ufficiale giudiziario, riportata nel verbale di pignoramento non vada censurato con lo strumento di cui all'art. 221 c.p.c., trattandosi di circostanza oggetto di percezione sensoriale, suscettibile di errore di fatto (sulla non necessità di proposizione della querela di falso in caso di errore di percezione del verbalizzante cfr.: Cass. 4 dicembre 2009, n. 25676; Cass. 24 novembre 2008 n. 24937).

Esecuzione forzata, ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORSUALI

Sospensione dell'esecuzione e querela di falso

di **Pasqualina Farina**

Trib. Benevento, 22 giugno 2016

Querela di falso – nullità della notifica del precetto – verbale di pignoramento – sospensione dell'esecuzione – inammissibilità

Il debitore deve contestare le asserte nullità della notifica del precetto nelle forme e nei termini di cui all'art. 617 c.p.c. Pertanto, davanti al giudice dell'esecuzione è inammissibile – e non dà luogo a sospensione ex art. 624 c.p.c. – la querela di falso proposta dal debitore per impugnare l'atto di precetto ed il verbale di pignoramento.

Scarica il provvedimento

CASO

Il debitore propone reclamo avverso l'ordinanza di rigetto, per insussistenza dei gravi motivi di cui all'art. 624 c.p.c., dell'istanza di sospensione formulata all'atto di proposizione della querela di falso, chiedendo al Collegio la revoca della suddetta ordinanza, previo esperimento dell'eventuale istruttoria necessaria, ivi compresa consulenza tecnica d'ufficio.

La querela di falso era tesa ad impugnare sia l'atto di precetto, sia il pignoramento, sull'assunto che nel verbale di pignoramento l'ufficiale giudiziario aveva dichiarato che il precetto era stato notificato, pur mancando – sulla relata di notifica – la firma dell'avvenuta ricezione del destinatario. Dopo aver disposto la sospensione *inaudita altera parte*, il giudice dell'esecuzione aveva ritenuto insussistenti i motivi per disporre la sospensione *ex* art. 624 c.p.c. del processo esecutivo, con fissazione di nuova udienza per la prosecuzione del giudizio.

SOLUZIONE

Il collegio ha dichiarato inammissibile il reclamo sia per la mancata sospensione del processo esecutivo *ex* art. 295 c.p.c., sia per le doglianze relative alla proposizione di querela di falso; lo ha invece essere rigettato quanto al motivo della mancata sospensione *ex* art. 624 c.p.c. Il reclamante, rimasto soccombente, è stato condannato a rifondere al reclamato le spese di lite.

QUESTIONI

La decisione va condivisa. Il Collegio muove, difatti, dal presupposto che le cause di

sospensione del processo esecutivo sono tipiche, disciplinate dagli art. 623 ss. c.p.c., escludendo che il giudice dell'esecuzione possa sospendere ai sensi dell'art. 295 c.p.c. Parimenti viene escluso, al di fuori dei casi normativamente previsti, l'attribuzione di un potere cognitivo in capo al giudice dell'esecuzione. Con la conseguenza che la parte può proporre la querela solo nella fase di merito dell'opposizione (all'esecuzione o agli atti esecutivi) fondata sulla falsità di un documento.

Dopo aver riqualificato il reclamo come opposizione agli atti esecutivi, in quanto l'esecutato si doleva della falsità della dichiarazione contenuta nell'atto di pignoramento (attinente alla notifica del precetto), il Collegio ha escluso la sussistenza dei gravi motivi di cui all'art. 624 c.p.c.

Sul punto i Giudici hanno in primo luogo precisato che l'opposizione è tardiva: il debitore avrebbe dovuto contestare l'asserta nullità della notifica del precetto nelle forme di cui all'art. 617 c.p.c. Quanto al merito dell'opposizione, il Collegio ha affermato che il precetto risulta regolarmente notificato nelle forme dell'art. 140 c.p.c., come emerge dalla documentazione versata in atti.

Con particolare riferimento alla querela, il Collegio ha da ultimo rilevato che la dichiarazione dell'ufficiale giudiziario, riportata nel verbale di pignoramento non vada censurato con lo strumento di cui all'art. 221 c.p.c., trattandosi di circostanza oggetto di percezione sensoriale, suscettibile di errore di fatto (sulla non necessità di proposizione della querela di falso in caso di errore di percezione del verbalizzante cfr.: Cass. 4 dicembre 2009, n. 25676; Cass. 24 novembre 2008 n. 24937).

BACHECA, Obbligazioni e contratti

L'iscrizione ai corsi sportivi e l'ammissione come associato

di **Guido Martinelli, Marilisa Rogolino**

L'imprenditore (categoria all'interno della quale sono riconducibili la gran parte dei gestori dei centri di *fitness*) che offre un servizio o beni ad una generalità di destinatari nonché l'associazione sportiva che propone corsi, seminari di perfezionamento o di apprendimento teorico-pratico formulano una **dichiarazione** rivolta ad un numero imprecisato di soggetti e agli associati impersonalmente.

Il tema che ne consegue è quello di valutare se, ricorrendo le ipotesi descritte, residui l'obbligo a contrarre a carico del dichiarante, ossia se saremo costretti, sempre e comunque, a seguito delle nostre campagne pubblicitarie, ad accettare in palestra il soggetto interessato, anche se "non gradito". **Saremo comunque soggetti ad ammettere l'iscritto che non accetti di sottoscrivere una domanda di associazione o di tesseramento?**

La pubblicizzazione di servizi effettuata attraverso la diffusione di cataloghi o *depliant* o annunci attraverso i media radiotelevisivi, diretti ad una cerchia indistinta di soggetti, **formula una offerta al pubblico** che vale come proposta **(articolo 1336 cod. civ.).** L'associazione sportiva che con sistemi mediali intercetta il pubblico reclamizzando corsi o seminari, dettagliandone il programma ed il costo, formula una offerta al pubblico. La collocazione sistematica dell'articolo relativo all'offerta al pubblico, inserito fra le disposizioni relative alla formazione dell'accordo, e la lettera della norma rendono indubbio che l'offerta in parola, quando contiene tutte le condizioni del contratto, è una **proposta di contratto** o un elemento di un possibile contratto; la proposta ha una efficacia **preparatoria** (impegna l'offerente a contrattare nei termini ed alle condizioni proposte) ossia vincola l'offerente alla propria dichiarazione di volersi impegnare contrattualmente; **il dichiarante è vincolato dalla promessa non appena essa è resa pubblica**. L'offerente può revocare la proposta fino a quando non ha avuto conoscenza dell'accettazione (ossia fino all'iscrizione alla palestra); la revoca se è fatta nella stessa forma dell'offerta o in forma equipollente è efficace anche nei confronti di chi non ne ha avuto notizia; l'offerta al pubblico può dar luogo ad un contratto perfetto se è aderita da alcuno dei destinatari.

Ciò che desta **maggiore interesse** per gli operatori è **stabilire se l'offerta al pubblico è fonte dell'obbligazione a contrarre indipendentemente dalla volontà dell'offerente di rifiutare o di scegliere con chi contrattare. Pertanto, il centro di *fitness* avrà titolo, ad esempio, a rifiutare il rinnovo dell'abbonamento ad un soggetto che, per il comportamento adottato, non sia "gradito" all'interno del centro?** È indubbio che l'offerta al pubblico presuppone la volontà di impegnarsi contrattualmente e che essendo diretta ad una generalità indistinta di soggetti, ha efficacia "generalizzata" nei confronti di chiunque ne venga a conoscenza ed anche di coloro

che potrebbero essere considerati contraenti "non graditi". **Alcuna possibilità di scelta è rimessa al proponente allorché riscontri l'adesione alla proposta**: è obbligato a concludere il contratto a meno che non si deduca l'indisponibilità della merce o del servizio offerto.

La soluzione di obbligatorietà è, nella pratica, percepita come un limite alla libertà di scelta della controparte contrattuale di rifiutare di contrattare con l'accettante. Invero non esiste un obbligo generalizzato di contrattare tale da infirmare l'autonomia negoziale, ma si impone in **casi determinati** la cui verificazione pratica è proprio rimessa alla libera scelta di una parte che, come nel caso, ricorre all'offerta rivolta in *incertam personam ex*articolo 1336 cod. civ., per evidenti convenienze "aziendali": allargare la base della clientela raggiungendo con la pubblicizzazione della merce o dei servizi offerti il maggior numero di soggetti e così aumentare la possibilità di concludere contratti. La determinazione dell'obbligo non incide il consenso di una parte ma lo **presuppone**integro ritenendosi esso validamente prestato al momento della formulazione della proposta diretta ad una collettività indeterminata.

Logiche economiche di mercato, l'obiettivo del profitto o del maggior profitto nelle società lucrative e l'esigenza "istituzionale" di fornire servizi ed opportunità di aggregazione sociale coinvolgendo il maggior numero di aderenti nelle associazioni, costituiscono normalmente i **motivi** fondanti la scelta di effettuare una offerta diretta ad una **collettività indistinta** o ad una **cerchia di destinatari individuabili** sulla base della appartenenza alla associazione o all'impresa. Anche in tale ultima ipotesi trova applicazione la disciplina dell'offerta al pubblico nonostante il destinatario sia determinato o determinabile. Ma in tal caso ci si chiede se può l'associazione offerente rifiutare di contrarre assumendo il non gradimento dell'associato e l'incompatibilità delle sue qualità con lo scopo sociale.

Pertanto, **pubblicizzata la nostra attività in modo completo** (tipologia, costo, modalità di esecuzione), il gestore del centro **difficilmente potrà rifiutarsi di iscrivere un soggetto non gradito**, analogamente in caso di rinnovo. Parimenti **si potrà "espellere" dal centro un soggetto regolarmente ammesso solo se sussistono gli estremi per la risoluzione del contratto**, ad esempio per non aver rispettato il regolamento del centro debitamente sottoscritto o, per le associazioni, lo statuto. Al di fuori di queste ipotesi ben difficilmente si riuscirà, legittimamente, ad escludere un soggetto che voglia partecipare alle nostre attività per come le stesse sono state pubblicizzate.

GESTIONE DELLA PROFESSIONE E SOFTWARE, Nuove tecnologie e Studio digitale

Fattura Elettronica Avvocati

di **Redazione**

La Fatturazione Elettronica non è soltanto un obbligo: porta con sé una serie di vantaggi per tutti i soggetti coinvolti. E' un driver di innovazione importante in quanto accelera l'informatizzazione dei processi, consente di risparmiare costi operativi e di struttura e di lavorare in modo più rapido e produttivo.

Fattura Elettronica Avvocati di TeamSystem Legal permette di assolvere all'obbligo – introdotto dall'art. 1, commi da 209 a 214, della legge n.244 del 24 dicembre 2007 (legge finanziaria 2008) – della emissione, trasmissione, conservazione e archiviazione esclusivamente in forma elettronica delle fatture emesse nei rapporti con la Pubblica Amministrazione. L'obbligo è effettivo dal 6 giugno 2014 per Ministeri, Agenzie Fiscali, Tribunali ed Enti Nazionali di Previdenza e, dal 31 marzo 2015, è stato esteso ai restanti enti nazionali. Dal 2017 sarà inoltre possibile estendere la fatturazione elettronica anche nei rapporti tra privati, su base volontaria.

Fattura Elettronica Avvocati prevede uno specifico modulo software ed un servizio web dedicato alla conservazione sostitutiva (obbligatoria) delle fatture elettroniche.

Caratteristiche del servizio e modalità di adesione

- Applicazione specifica per avvocati per la generazione e trasmissione delle fatture elettroniche
- Gestione via WEB di tutte le informazioni riguardanti le fatture elettroniche emesse
- Canone FLAT di abbonamento al servizio, omni comprensivo per 50 fatture annuali
- Servizio di firma ed invio prestato dall'intermediario TS Service

Il **"Service Web Fatture PA"** è completamente WEB e la sua fruizione avviene tramite autenticazione al seguente indirizzo: https://fatturaelettronica.teamsystem.com

Il servizio permette di effettuare la conservazione sostitutiva a norma di legge ricorrendo, come previsto, ad un intermediario: TeamSystem Service. Attraverso la login e la password rilasciata il cliente accreditato può accedere alla sua area, dalla quale può inviare al servizio le fatture elettroniche generate con l'applicativo dedicato, fornito a corredo.

Dopo aver effettuato l'acquisto del modulo software Fattura Elettronica Avvocati verrà inviata tramite PEC login e password di accesso. Sarà inoltre necessario restituire tramite PEC a TeamSystem Service l'apposita delega compilato. Da quel momento avrete libero accesso alla

funzionalità sottoscritte.

Il nuovo servizio web "Service Web Fatture PA" viene proposto con la formula di pagamento "flat" per un massimo di 50 fatture. Il modulo software per la produzione delle fatture stesse è compreso nel canone. In caso di necessità, sarà possibile richiedere pacchetti aggiuntivi.

BACHECA, Obbligazioni e contratti

Organismo di vigilanza: ruolo centrale ai fini della "tenuta" del Modello

di **Antonio Candotti**

Premessa

L'art. 6 comma 1 del D.Lgs. 231/2001 ("Decreto"), stabilisce che "…l'ente non risponde del reato commesso se prova che:

1. l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
2. **il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli ed il compito di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo**;
3. le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;
4. **non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b**…"

Da quanto emerge dall'impianto normativo, il legislatore ha inteso assegnare all'OdV un ruolo fondamentale ai fini del riconoscimento del Modello di Organizzazione Gestione e Controllo ex D.Lgs. 231/01 ("Modello") quale "scriminante" della responsabilità amministrativa da reato e in tale ottica deve essere considerato dai vertici dell'impresa. L'OdV, con la sua azione, ha una finalità sia preventiva – limitare il rischio che siano commessi reati -, sia esimente – dimostrare che l'impresa abbia posto in essere le necessarie misure di controllo e che l'OdV abbia correttamente adempiuto al suo compito.

Gli ambiti d'intervento dell'OdV

Al momento del suo insediamento l'OdV, prendendo visione del Risk Assessment e del Modello adottato dall'impresa ha immediatamente un compito ed una conseguente responsabilità: confermare all'Organo Amministrativo che tali documenti sono stati correttamente costruiti e sono adeguati rispetto alle reali esigenze dell'impresa stessa.

Altro ruolo di grande rilevanza che il Decreto assegna all'OdV, affinché il Modello sia *efficacemente attuato* è il controllo sull'attività di formazione del personale e più in generale di comunicazione e diffusione del Modello e dei presidi di controllo ad esso collegati, ai diversi

destinatari.

Solo un'adeguata conoscenza da parte delle persone che operano nell'impresa o per conto dell'impresa – in generale dei destinatari del Modello, così come definiti all'Art. 5 del Decreto – del Modello, dei valori e dei principi che devono ispirare la corretta gestione dell'impresa, può consentire la riduzione del rischio di commissione dei reati. Alla formazione del personale si deve prestare quindi la massima attenzione. Responsabile della formazione è il vertice aziendale, ma l'OdV lo supporta, verificando che tale processo si svolga in modo adeguato, con riferimento ai contenuti, alla modalità ed alla frequenza.

Diverse sentenze e ordinanze giurisprudenziali, in questi anni, hanno correlato la "tenuta" del Modello proprio all'obbligatorietà dell'attività di formazione, alla qualità e alla periodicità della stessa, riconoscendo il ruolo centrale di tale attività ai fini della corretta applicazione del Modello da parte dei suoi destinatari.

L'esercizio dell'attività di vigilanza a cui è chiamato l'OdV si estrinseca quindi attraverso una serie di attività:

i controlli sulla coerenza tra il Modello e l'organizzazione aziendale, sull'effettività e sull'efficacia del Modello, cioè sull'idoneità dello stesso a prevenire i reati "presupposto". Qualora da tali attività emergano elementi di debolezza del Modello, l'OdV deve attivarsi immediatamente (Art. 6, comma 1 b. del Decreto: "*...compito di curare il loro aggiornamento* ...") nei confronti dell'Organo di gestione al fine di promuovere le iniziative per l'adattamento e l'aggiornamento del Modello, che è responsabilità dell'impresa.

L'Organismo ha poi un ruolo delicato nel caso di segnalazione di violazioni, anche solo presunte e ancor di più nel caso in cui venga avviato un procedimento per notizia di reato su persona una fisica e/o sulla Società. In tali circostanze l'OdV deve supportare l'Organo di gestione nel far emergere tutti gli elementi a sostegno della tenuta del Modello, inclusa l'evidenza di aver correttamente assolto al suo compito ("*...non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza...")* e in tal senso è quindi necessario che formalizzi i propri controlli, verbalizzi le proprie riunioni e riferisca periodicamente e/o quando necessario all'Organo di gestione.

Al fine di assolvere a tali compiti uno dei requisiti previsti per l'OdV è la continuità d'azione. Premesso che è impensabile e non sostenibile l'ipotesi che l'Organismo sia costantemente presente in azienda per esercitare la sua funzione di vigilanza, si tratta quindi di capire in che modo si possa concretamente applicare tale requisito. Le esperienze concrete, suffragate anche da alcune sentenze e pronunciamenti giurisprudenziali, hanno evidenziato in tale ambito il ruolo determinante dei cosiddetti flussi informativi verso l'OdV.

L'OdV, infatti, per poter tutelare al meglio la Società deve poter intervenire tempestivamente sugli aspetti di debolezza del Modello e sulle situazioni reali o presunte di violazione dello stesso. Non potendo, come già precisato, esercitare un costante presidio, occorre innanzi tutto che le persone che operano a tutti i livelli della struttura lo informino immediatamente di

qualsiasi situazione, evento, o cambiamento nell'organizzazione o nell'operatività dell'impresa, che possa avere implicazioni sul corretto funzionamento del Modello. Al personale aziendale di qualsiasi livello il Modello assegna infatti un dovere d'informativa nei confronti dell'OdV, che deve essere visto non come ad un organo "ispettivo" che opera al fine di trovare errori e manchevolezze, ma come un supporto operativo, al quale rivolgersi ogni qual volta ci siano dubbi con riferimento alla corretta applicazione del Modello o del Codice Etico, per lavorare meglio riducendo i rischi di commissione dei "reati presupposto".

La società si dovrebbe dotare di una procedura interna che riassuma le regole che disciplinano le modalità di generazione, accesso e reporting delle informazioni rilevanti, al fine di rendere disponibili in tempi ragionevoli all'OdV le informazioni necessarie per orientare l'attività di vigilanza. A supporto del flusso di informazioni e per una miglior conoscenza della Società, l'OdV potrà procedere con incontri periodici con i vertici aziendali ed i responsabili dei processi, avvalendosi anche di questionari informativi che consentano di acquisire informazioni utili e indicatori di rischio.

Incontri periodici saranno organizzati con le funzioni interne, se esistenti, responsabili della Compliance e del Risk Management, con gli organi di controllo – Collegio Sindacale e Società di Revisione – e con gli altri enti di certificazione – in materia di salute e sicurezza, ambiente e qualità – di cui si avvale l'impresa.

Le attività sopra sinteticamente descritte serviranno quindi all'OdV per meglio orientare le proprie decisioni in merito all'attività di vigilanza sulle procedure e sui presidi di controllo dell'impresa: gli "interventi di controllo" (l'audit). Il Modello dovrebbe assegnare all'OdV un budget da impiegare per tale attività, che potrà svolgere direttamente e/o avvalendosi del supporto di professionisti esterni indipendenti.

Il "Programma di vigilanza" che annualmente l'OdV redige e presenta all'Organo di gestione riassume tutte le attività che l'Organismo ha pianificato al fine di adempiere alla sua funzione e terrà conto di tutte le informazioni acquisite dei controlli precedentemente svolti e dai flussi informativi ottenuti dai diversi interlocutori, interni ed esterni all'impresa.

Comunione – Condominio - Locazione, DIRITTO D'IMPRESA

La forza "cogente" del regolamento di condominio

di **Saverio Luppino**

La recente pronuncia della Corte di Cassazione, Sezione 2^, numero 10272 del 18.5.2016, consente di affrontare un argomento che si presenta ancora "spinoso" nella materia condominiale riguardante la cogenza del regolamento di condominio.

La materia condominiale è governata da regole precise le cui fonti possono sinteticamente ricondursi a: la legge, il regolamento di condominio, le delibere dell'assemblea.

Secondo le previsioni di legge, articolo 1138 c.c., il regolamento di condominio risulta obbligatorio in presenza di un numero di condomini superiori a dieci.

La norma rappresenta anche quale debba essere il contenuto del regolamento, individuandolo: "norme circa l'uso delle cose comuni e la ripartizione delle spese..., nonché le norme per la tutela del decoro dell'edificio e quelle relative all'amministrazione".

Peraltro, la legge si preoccupa di determinare le modalità di formazione e revisione del regolamento, stabilendo che ciascun condomino prenda l'iniziativa di provvedervi, salva la successiva ratifica, attraverso l'approvazione assembleare.

Parimenti, ai sensi dell'articolo 1107 c.c., ciascun condomino "dissenziente" e/o assente può impugnare il regolamento, rispettivamente entro il rigoroso termine di trenta giorni dall'approvazione e/o dalla comunicazione della delibera.

In assenza di impugnazione, la norma sancisce l'efficacia vincolante del regolamento: "anche per gli eredi e gli aventi causa dai singoli partecipanti".

Infine, sempre l'articolo 1138, all'ultimo comma, chiarisce i limiti del regolamento, specificando che le norme in esso contenute non possono menomare in alcun modo i diritti di ciascun condomino, quali risultano dagli atti di acquisto e dalle convenzioni, e in nessun caso possono derogare alle disposizioni degli articoli 1118, secondo comma, 119, 1120, 1129, 1131,1132,1136 e 1137 (68,70,71,72 dips att. c.c.).

Il legislatore si preoccupa di garantire l'assoluta inviolabilità di alcune specifiche disposizioni, come sopra individuate, con un'espressione cogente: "in nessun caso si possono derogare...", dettando così, un limite per così dire "invalicabile.

Evidente l'esigenza di assicurare al condominio una trasparenza nella gestione dell'attività

organizzativa, attraverso la conoscibilità delle sue regole anche da parte di coloro che non hanno partecipato alla materiale approvazione del regolamento che, tuttavia, devono essere consapevoli delle regole che regolano il fabbricato, potendo veicolare le preferenze nell'acquisto di un bene immobile anche in ragione delle regole che governano il fabbricato.

Unitamente alla tipica formazione assembleare del regolamento, la dottrina di preoccupa di precisare che esiste un'altra tipologia regolamentare, costituita dal cosiddetto "regolamento contrattuale", la cui cogenza assume tipiche specificità, attesane la formazione dello stesso, a cura dello stesso unico originario proprietario dell'edificio e l'accettazione da parte dei singoli condomini nei rispettivi atti di acquisto.

Da sempre si è ritenuta la differente valenza delle due tipologie regolamentari, non già in ragione del contenuto, ma delle fattispecie che ne prevedono la modifica e /o revisione, ponendosi l'accento sull'immodificabilità del regolamento contrattuale, se non attraverso l'unanimità dei consensi e quello assembleare, attraverso le maggioranze, così come previste dall'articolo 1136 c.c.

La recente pronuncia della Cassazione del 2016 assume particolare rilievo in quanto consente di rilevare la forza espansiva cogente del regolamento, anche oltre le previsioni di cui all'articolo 1120 c.c. **in materia di innovazioni**, già di per sé pregnanti e definite dalla legge.

Infatti nella fattispecie che si commenta, il ricorrente lamentava la nullità del regolamento condominiale, nella parte in cui aggravava le previsioni regolamentari in materia di innovazione, stabilite dal codice civile all'articolo 1120 c.c., proibendo: "la realizzazione di lavori interessanti l'uniformità esteriore dei singoli fabbricati".

L'impugnante assumeva l'assoluta genericità della previsione regolamentare, rilevandone l'illiceità, senza tuttavia rimarcare alla Corte, almeno secondo l'analisi di chi scrive, se il regolamento avesse inficiato la previsione dell'ultimo comma dell'articolo 1138 c.c., sull'assoluta inderogabilità, anche in senso di renderla più gravosa, dell'articolo 1120 c.c..

La Suprema Corte di Cassazione, sulla base delle regole di autosufficienza del ricorso, esaminando le censure del ricorrente rimarca ancora una volta, l'insegnamento costante della propria giurisprudenza secondo la quale: "***il regolamento di condominio può legittimamente dare del limite del decoro architettonico una definizione più rigorosa di quella accolta dall'articolo 1120 c.c., estendendo il divieto di innovazioni sino ad imporre la conservazione degli elementi attinenti alla simmetria, all'estetica, all'aspetto generale dell'edificio, quali esistenti nel momento delle sua costruzione od in quello della manifestazione negoziale successiva*** *(tra le varie, Sez. 2^ n.1748/2013; Sez. 2^ n.11121/99; Sez. 2^ n.8883/05).*

Se ne deduce che la regola di assoluta immodificabilità dell'articolo 1120 c.c.,dettata dall'articolo 1138 c.c. ultimo comma, possa circoscriversi al contenuto minimo di inderogabilità e non al massimo, nel senso che, seguendo, l'insegnamento della Cassazione, il regolamento potrà dare dei limiti maggiori rispetto a quelli dettati dal legislatore in una sorta

di previsione standard.

Se applicata su larga scala, il principio della Corte, può paragonarsi analogicamente al contenuto della clausola risolutiva espressa per esempio nell'ambito della risoluzione dei contratti di locazione, in presenza della quale, il giudice non è tenuto a verificare il contenuto del "grave inadempimento" ai fine della pronuncia di risoluzione del contratto ipso iure, dovendosi solo limitare l'indagine alla sussistenza dell'esercizio e delle condizioni della clausola medesima 1456 c.c.

Operata la simmetria alla fattispecie in esame ed affermato il principio, secondo il quale: l'interpretazione del regolamento contrattuale di condominio da parte del giudice del merito è insindacabile in sede di legittimità quando non riveli violazione di canoni di ermeneutica o vizi logici (tra le tante Sez. 2^ n.17893/09; Sez. 2^ n.1406/07; Sez. 2^ n.9355/00), il giudice del merito, non sarà più tenuto a valutare concretamente se si sia verificata una vera e propria alterazione del decoro architettonico, nelle ipotesi in cui – come nella fattispecie esaminata – il regolamento avesse proibito a monte "la realizzazione di lavori interessanti l'uniformità esteriore dei singoli fabbricati".

Pertanto, risulta ipotizzabile che una migliore tutela del decoro architettonico del condominio – concetto in genere "sfumato" ed ancorato a valutazioni spesso soggettive e non concretamente obiettive – possa essere realizzata attraverso previsione di clausole ad hoc del regolamento medesimo, che limitino tout court le innovazioni, oltre le previsioni di cui all'articolo 1120 c.c., subordinando comunque l'opera all'eventuale autorizzazione dell'assemblea.

Sempre la medesima sentenza si rivela di interesse per il giurista, in quanto la Corte rimarca la "regola di diritto", seconda la quale: " le valutazioni espresse dal consulente tecnico d'ufficio non hanno efficacia vincolante per il giudice e, tuttavia, egli può legittimamente disattenderle soltanto attraverso una valutazione critica, che sia ancorata alle risultanze processuali e risulti congruamente motivata... (tra le tante: Sez. 1^ n.5148/11; Sez. 1^ n.19661/2006; Sez. 1^ n.13468/00; Sez. 1^ n.333/99)."