

Edizione di martedì 14 settembre 2021

Procedimenti cautelari e monitori

Compensi professionali: l'avvocato può agire in via monitoria

di Lucia Di Paolantonio, Avvocato

Obbligazioni e contratti

Mediatori immobiliari e agenzie di viaggio: un confine sempre più sfumato

di Donatella Marino, Avvocato

Esecuzione forzata

Le Sezioni Unite confermano che l'avvocato può sempre chiedere un decreto ingiuntivo per i propri compensi

di Stefania Volonterio, Avvocato

Responsabilità civile

Risarcimento del danno per violazione del diritto d'autore: la retroversione degli utili

di Martina Mazzei, Avvocato

Comunione – Condominio - Locazione

L'omessa verbalizzazione dell'assemblea è vizio procedimentale: il verbale deve essere redatto anche quando l'assemblea non delibera

di Saverio Luppino, Avvocato

Diritto successorio e donazioni

I patti successori e le pattuizioni nulle: i requisiti

di Corrado De Rosa, Notaio

Diritto e reati societari

La delibera che decide sull'azione sociale di responsabilità degli amministratori va interpretata secondo i canoni dell'ermeneutica contrattuale

di **Dario Zanotti, Avvocato**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Mancata ammissione al passivo del fallimento del credito dell'avvocato per inadempimento: tra parametri di diligenza e onere della prova

di **Giulia Ferrari, Avvocato**

Diritto Bancario

Il patrimonio separato della società veicolo (SPV)

di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

Processo civile telematico

Processo civile telematico e Giudice di Pace: lo stato dell'arte

di **Giuseppe Vitrani**

Procedimenti cautelari e monitori

Compensi professionali: l'avvocato può agire in via monitoria

di **Lucia Di Paolantonio, Avvocato**



Cass., Sez. Un., Sent., ud. 25 maggio 2021, 08.07.2021, n. 19427.

Recupero crediti – liquidazione del compenso – decreto ingiuntivo (artt 633 e 636 cod. proc. civ.)

[1] *L'avvocato che intende agire per la richiesta dei compensi per prestazioni professionali può avvalersi del procedimento per ingiunzione regolato dagli artt. 633 e 636 cod. proc. civ., ponendo a base del ricorso la parcella delle spese e prestazioni, munita della sottoscrizione del ricorrente e corredata dal parere della competente associazione professionale, il quale sarà rilasciato sulla base dei parametri per compensi professionali di cui alla L. 31 dicembre 2012, n. 247, e di cui ai relativi decreti ministeriali attuativi.*

CASO

Con ricorso ex art. 363 cod. proc. civ. il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione ha richiesto che la Suprema Corte enunciasse nell'interesse della legge i principi di diritto ai quali il Tribunale di Roma avrebbe dovuto attenersi nel procedimento monitorio azionato da un avvocato per ottenere il pagamento di compensi per prestazioni professionali. Invero, il Tribunale di Roma aveva rigettato la richiesta di emissione di decreto ingiuntivo in favore di un avvocato, richiesta sulla base della parcella da lui sottoscritta e corredata del parere favorevole dell'ordine di appartenenza del legale. Il Procuratore Generale, rilevato che esistevano orientamenti difformi da quello cui aveva aderito il Tribunale di Roma, ha ripercorso i motivi addotti dal Giudice Capitolino, osservando che gli stessi non potevano essere accolti e che, al contrario, anche in seguito all'abolizione delle tariffe per i professionisti, restava in ogni caso possibile per gli avvocati procedere in via monitoria al fine di recuperare i propri crediti. Sostanzialmente, la Procura Generale riteneva che l'abolizione delle tariffe non avesse inciso sugli strumenti processuali previsti per il recupero dei crediti professionali e ciò in quanto: a) quando tra le parti non è intervenuto l'accordo il compenso è determinato in forza dei parametri fissati con decreto; b) la l. n. 27 del 2012, non ha inciso

sugli strumenti processuali che l'ordinamento appresta per la tutela dell'avvocato né ha comportato l'eliminazione della possibilità di avvalersi del parere del consiglio dell'ordine, al fine di ottenere un decreto ingiuntivo; c) l'abrogazione delle tariffe non ha comportato la eliminazione di tutte le norme che, in modo diretto o indiretto, richiamano il sistema tariffario, ma ha solo determinato la sostituzione di un criterio per la determinazione dei compensi, quello appunto tariffario, con un altro, fondato sui parametri determinati con decreto ministeriale.

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione ha dichiarato ammissibile il ricorso ed ha enunciato il principio di diritto ex art. 363 cod. proc. civ.

QUESTIONI

[1] La Suprema Corte, su impulso della Procura Generale, è stata chiamata ad assolvere la sua funzione nomofilattica in merito all'ammissibilità del procedimento monitorio quale strumento per il recupero dei crediti professionali a seguito dell'abolizione delle tariffe professionali.

Nella sentenza in commento, la Corte ha ripercorso, dopo l'abrogazione delle tariffe professionali, il metodo di determinazione del compenso dell'Avvocato, sostanzialmente evidenziando che l'art. 636 cod. proc. civ. u.c., prescrive che il giudice, se non rigetta il ricorso a norma dell'art. 640 cod. proc. civ., deve attenersi al parere nei limiti della somma domandata, salva la correzione degli errori materiali. Il parere di congruità ha dunque un'efficacia vincolante in sede di emissione di decreto ingiuntivo e perde tale efficacia in sede di opposizione.

Invero, la norma sostanziale, mai abrogata, che permette l'esistenza di una tale efficacia vincolante ad un atto amministrativo (parere dell'Ordine di appartenenza) è l'art. 2233 cod. civ., secondo cui il compenso dovuto per le prestazioni d'opera intellettuale, se non è convenuto dalle parti e se non può essere stabilito secondo le tariffe o gli usi, è determinato dal giudice, sentito il parere dell'associazione professionale a cui il professionista appartiene, così creando una gerarchia di carattere preferenziale tra i vari criteri di determinazione del compenso.

La gerarchia summenzionata, secondo gli Ermellini, in ogni caso non è stata di fatto intaccata dall'abolizione delle tariffe prevista dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 11, convertito con modificazioni dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, in quanto l'articolo 9 della legge citata prevede che, ferma l'abrogazione delle tariffe e la necessità che misura del compenso sia pattuita con il cliente, nel caso di liquidazione del compenso del professionista da parte di un organo giurisdizionale, il giudice deve far riferimento a parametri stabiliti con decreto del Ministro vigilante, da adottare in un termine prefissato.

Invero, anche il d.m. n. 140 del 2012, art. 1, dispone che, in difetto di accordo tra le parti in ordine al compenso, l'organo giurisdizionale che deve liquidare il compenso dei professionisti di cui al regolamento è tenuto ad applicare le disposizioni ivi contenute; disposizione analoga è contenuta anche nella successiva l. 247/2012, che ha ribadito la regola che i parametri si applicano quando non vi è una pattuizione tra le parti: a differenza delle tariffe, i parametri non distinguono più tra diritti e onorari, ma accorpano in fasi distinte la molteplicità delle attività compiute dal professionista.

Ripercorso brevemente l'evoluzione del sistema che passa dalle le tariffe ai parametri, i Giudici del supremo consesso hanno evidenziato che, anche nel nuovo sistema, basato sull'accordo tra le parti e solo in via subordinata all'applicazione dei parametri, trova applicazione l'art. 636 cod. proc. civ., per cui nulla osta all'ottenimento del decreto ingiuntivo da parte dell'avvocato che, anche se non munito di un accordo scritto con il cliente, potrà ottenere il titolo sulla base della parcella sottoscritta e corredata del parere favorevole da parte del consiglio dell'Ordine di appartenenza.

In conclusione, dunque, la Corte ha enunciato il seguente principio di diritto « *In tema di liquidazione del compenso all'avvocato, l'abrogazione del sistema delle tariffe professionali per gli avvocati, disposta dal D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito dalla L. 27 marzo 2012, n. 27, non ha determinato, in base all'art. 9 D.L. n. cit., l'abrogazione dell'art. 636 c.p.c. Anche a seguito dell'entrata in vigore del D.L. n. 1 del 2012, convertito dalla L. n. 27 del 2012, l'avvocato che intende agire per la richiesta dei compensi per prestazioni professionali può avvalersi del procedimento per ingiunzione regolato dagli artt. 633 e 636 c.p.c., ponendo a base del ricorso la parcella delle spese e prestazioni, munita della sottoscrizione del ricorrente e corredata dal parere della competente associazione professionale, il quale sarà rilasciato sulla base dei parametri per compensi professionali di cui alla L. 31 dicembre 2012, n. 247, e di cui ai relativi decreti ministeriali attuativi*».

Seminario di specializzazione

TUTELA DEI CREDITI IN AMBITO SUCCESSORIO

 Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

accedi al sito >

Obbligazioni e contratti

Mediatori immobiliari e agenzie di viaggio: un confine sempre più sfumato

di **Donatella Marino, Avvocato**



Parole chiave

Turismo – agenzie di viaggio – O.T.A. – agenzie immobiliari – intermediazione immobiliare – mediatore – impresa turistica – servizi turistici – locazioni – locazioni turistiche – Regioni – incompatibilità – servizi della società dell'informazione – Property Manager

Sintesi

Con l' incisiva penetrazione nei mercati delle formule di intermediazione sempre più digitale anche l' offerta turistica di alloggi è cambiata. I nuovi *player* della Hospitality ormai offrono soluzioni eterogenee e diversificate, nel tentativo di soddisfare l' esigenza specifica di ogni tipo di turista. Così, le soluzioni proposte, pur rimanendo ingabbiate in una varietà di qualificazioni predeterminate e sottoposte a discipline giuridiche molto diverse, nella pratica tendono a sovrapporsi. Un problema di inquadramento giuridico articolato. Sono infatti sempre più sfumate le linee di confine tra *Online Travel Agencies*, piattaforme di intermediazione che operano come *market place* della *information society*, agenzie di viaggio che offrono alloggio sia in strutture ricettive sia in unità immobiliari private, oltre a servizi turistici ed esperienze di tipologie molto diverse, agenzie (mediatori) immobiliari tradizionali che offrono soluzioni in alloggi per brevi periodi, gestori di unità immobiliari di terzi che vengono offerte ad inquilini e viaggiatori con modalità fluide, intercambiabili e spesso esperienziali e gestori di strutture ricettive diverse da quelle più tradizionalmente alberghiere. Ci si interroga ormai sulla *ratio* stessa della distinzione giuridica tra categorie ontologicamente poco differenziabili, posto che nel settore del turismo sta ormai confluendo, inarrestabile, il Real Estate residenziale. Con quel che ne deriva per gli operatori che ne intermediano beni e servizi correlati.

La nozione di turista nell'ordinamento di diritto pubblico e privato

Il nucleo della questione è la ricostruzione del fenomeno turistico calandolo nei principi presenti nel sistema italiano. Il concetto di turismo, sia nelle declinazioni pratiche che nei dibattiti giuridici non è una definizione univoca. *Nulla quaestio* sull'elemento caratterizzante il turista, lo **spostamento** temporaneo dell'individuo dalla sua sede abituale, con l'intenzione di rientrarvi. Ma qui si apre la forbice. Da una parte, la tradizionale nozione edonistica, in cui rileva il motivo dello **spostamento** dell'individuo, che dovrà essere caratterizzato dalla finalità di vacanza o villeggiatura, ad oggi privilegiata dalla giurisprudenza di legittimità in sede civile (si veda per tutte Cass. Civ., Sent. n. 7256/2012). Dall'altra parte esiste un concetto di turismo c.d. improprio, ricorrente nella normativa di diritto pubblico italiano ed europeo, che include un ampio spettro di motivi idonei a giustificare gli spostamenti turistici. Ragioni terapeutiche, "turismo d'affari" o congressuale, spostamenti per corsi di formazione o manifestazioni fieristiche specializzate, per periodi di *smart-working* o per eventi socio-culturali, sono solo alcune delle spinte idonee a muovere gli individui alle loro dimore abituali.

Le agenzie di viaggio nel Codice del Turismo

L'abrogato art.18 del Codice del Turismo (D. Lgs n. 79/2011) definiva le agenzie di viaggio e turismo come *"le imprese turistiche che esercitano congiuntamente o disgiuntamente attività di produzione, organizzazione ed intermediazione di viaggi e soggiorni e ogni altra forma di prestazione turistica a servizio dei clienti, siano essi di accoglienza che di assistenza, con o senza vendita diretta al pubblico, ivi compresi i compiti di assistenza e di accoglienza ai turisti..."*. La Corte Costituzionale con Sent. n. 80/2012 ha dichiarato incostituzionali, tra le altre, le norme che regolavano le agenzie di viaggio, in quanto con tali disposizioni venivano *"accentrati in capo allo Stato compiti e funzioni la cui disciplina era stata rimessa alle Regioni e alle Province autonome dall'art. 1 dell'accordo tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome, recepito dal D.P.C.M. 13 settembre 2002"*. Si tratta dell'accordo *"fra lo Stato, le regioni e le province autonome sui principi per l'armonizzazione, la valorizzazione e lo sviluppo del sistema turistico"*, recepito dal D.P.C.M. 13 settembre 2002 e concluso all'indomani della riforma del Titolo V della Costituzione (L. Cost. n. 3/2001), che ha attribuito alla competenza residuale delle Regioni la materia turistica. L'art. 1 lettera f) dell'accordo dichiara che *"... Le regioni...definiscono concordemente gli standard minimi comuni per l'esercizio delle agenzie di viaggio ... Le agenzie di viaggio svolgono attività di produzione, organizzazione ed intermediazione di viaggi, compresi i compiti di assistenza e di accoglienza ai turisti, nonché l'intermediazione del soggiorno all'interno di strutture ricettive, con esclusione della mera locazione immobiliare..."*. Questo è uno degli interventi normativi che ha supportato il progressivo affermarsi della differenziazione tra l'attività delle agenzie di viaggio di intermediazione per i soggiorni all'interno delle strutture ricettive e l'attività delle c.d. agenzie immobiliari destinate all'offerta della mera locazione immobiliare.

Le agenzie di viaggio oggi

La disciplina amministrativa delle agenzie di viaggio è dettata dunque dalle norme delle Regione di ubicazione dell'immobile e prevedono definizioni, regole per l'inizio dell'attività, requisiti richiesti per l'esercizio, obblighi del titolare e regole sull'apertura di altri punti

vendita. A volte indicano anche le attività che le agenzie di viaggio possono svolgere (es. art. 3 L. R. Liguria n. 7/2014). Restano fermi, tuttavia, alcuni generali obblighi di trasparenza e informazione imposti dalla disciplina europea a tutela del consumatore-viaggiatore. Ne consegue, per esempio, che le agenzie di viaggio che offrono la combinazione di più servizi turistici sottostanno alla disciplina dei pacchetti turistici, contenuta nel Codice del Turismo (come modificato dal D. Lgs 62/2018, in attuazione della direttiva UE 2015/2302 relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati) che impone loro particolari obblighi informativi e responsabilità specifiche a seconda che agiscano come “organizzatore” o come semplice “venditore”. In una tale declinazione è pacificamente ammessa quindi la combinazione, con altri servizi offerti, della prestazione di alloggio. Ai sensi dell’art. 33 del Codice del Turismo per “servizio turistico”, si intende, anche: *“l'alloggio che non costituisce parte integrante del trasporto di passeggeri e non è destinato a fini residenziali, o per corsi di lingua di lungo periodo”*. Per quanto riguarda la posizione del mero venditore, l’art. 50 prevede che *“Il venditore è responsabile dell'esecuzione del mandato conferitogli dal viaggiatore con il contratto di intermediazione di viaggio, indipendentemente dal fatto che la prestazione sia resa dal venditore stesso...o dai terzi della cui opera si avvalga, dovendo l'adempimento delle obbligazioni assunte essere valutato con riguardo alla diligenza richiesta per l'esercizio della corrispondente attività professionale”*. Con la riforma del 2018 quindi il Legislatore ha definitivamente ricondotto il rapporto tra viaggiatore ed agenzia di viaggio al contratto di mandato, soluzione prospettata da tempo dalla giurisprudenza (vedi Cass. Civ. Sez. III, Sent. 8 ottobre 2009, n. 21388). Ulteriori limiti alle attività esercitabili possono invece individuarsi nei requisiti richiesti per lo svolgimento delle specifiche attività di volta in volta coinvolte.

La diversa regolamentazione della mediazione immobiliare

L’attività di intermediazione immobiliare è tradizionalmente svolta dalla figura regolamentata del mediatore (art. 1754 c.c.). Ai sensi dell’art. 1754 c.c. *“E’ mediatore colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza”*. La L. 3 febbraio 1989, n. 39, all’art. 2 istituiva il ruolo degli *“agenti di affari in mediazione”*, nel quale dovevano iscriversi coloro che svolgevano o intendevano svolgere l’attività di mediazione *“anche se esercitata in modo discontinuo o occasionale.”* Si individuava così una specifica sezione per i c.d. agenti immobiliari con competenze esclusive in questo ambito. L’art. 73 del D.Lgs n. 59 del 26 marzo 2010 ha abrogato il ruolo agenti d’affari in mediazione previsto dalla legge dell’89 ed in suo luogo ha stabilito l’obbligo di segnalazione certificata di inizio attività (S.C.I.A) da presentare alla Camera di Commercio competente per territorio.

Le incompatibilità con l’attività di mediazione immobiliare

Prima delle modifiche apportate dalla L. 3 maggio 2019 n. 37 (c.d. L. europea 2018) l’attività di mediatore era sostanzialmente incompatibile con qualsiasi altra attività imprenditoriale. Da qui, la tendenziale esclusione di qualsiasi altra attività in contemporanea, compresa l’offerta di servizi turistici. Secondo l’attuale formulazione dell’art. 3 co.5 della L. 39/1989 invece *“l'esercizio dell'attività di mediazione è incompatibile con l'esercizio **di attività imprenditoriali di***

produzione, vendita, rappresentanza o promozione dei beni afferenti al medesimo settore merceologico per il quale si esercita l'attività di mediazione, nonché con l'attività svolta in qualità di dipendente di ente pubblico o privato, o di dipendente di istituto bancario, finanziario o assicurativo ad esclusione delle imprese di mediazione, o con l'esercizio di professioni intellettuali afferenti al medesimo settore merceologico per cui si esercita l'attività di mediazione e comunque in situazioni di conflitto di interessi. L'incompatibilità, si legge nella relazione illustrativa dell'art. 2 del disegno di legge europea 2018, *"diviene così relativa, e vieta di essere al contempo mediatore (che per definizione del codice civile è soggetto equidistante tra le parti) e parte (in senso sostanziale, in quanto produttore o commerciante di beni o servizi oggetto dell'attività di mediazione o in senso formale, in quanto agente o rappresentante dei detti beni)".* A più di due anni dalla modifica, tuttavia, l'interpretazione della norma non è del tutto pacifica. In concreto, ad oggi, sono le singole Camere di commercio ad individuare di volta in volta, quando e se le ulteriori attività svolte dagli agenti di affari in mediazione risultano incompatibili con l'attività prevalente.

I nuovi intermediari e gestori della Hospitality

La digitalizzazione ha esasperato la fluidità delle formule di intermediazione e gestione nel Real Estate proposto al turista introducendo sul mercato figure per ora prive di inquadramento giuridico univoco. Un esempio sono le piattaforme che, secondo la Corte di Giustizia europea (Sent. 19 dicembre 2019, Airbnb Ireland, C-390/18) sono operatori che offrono *information society services*. Categoria in cui rientra, secondo la definizione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, *"qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica... e a richiesta individuale di un destinatario di servizi"* (Considerando n.17), sempre che ricorrano altri requisiti. Altra tipologia di operatore è quella che viene gergalmente ricondotta al Property Manager, gestore di *asset* immobiliari di proprietà di soggetti terzi che in ambito residenziale tende recentemente ad ampliare l'offerta degli alloggi anche ai turisti. È una figura professionale non univoca, che opera utilizzando una varietà di modelli contrattuali solitamente misti che recepiscono elementi da diverse fattispecie tipiche in funzione dell'esigenza: dal contratto d'opera e dall'appalto di servizi, per esempio, ma anche dalle diverse tipologie di mandato, anche senza rappresentanza, dal procacciamento d'affari, dalla stessa mediazione nella sua declinazione "atipica", dalla locazione commerciale o dall'affitto di azienda.

Seminario di specializzazione

MEDIATORE IMMOBILIARE

 Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

accedi al sito >

Esecuzione forzata

Le Sezioni Unite confermano che l'avvocato può sempre chiedere un decreto ingiuntivo per i propri compensi

di **Stefania Volonterio, Avvocato**



Cassazione civile, Sezioni Unite, sent. 8 luglio 2021, n. 19427, Pres. Curzio, Est. Doronzo

Decreto ingiuntivo per compensi professionali – abrogazione delle tariffe professionali – introduzione dei parametri per i compensi professionali (Cod. Proc. Civ. artt. 633 e 636; Cod. Civ. art. 2233; D.Lgs. 150/2011; D.L. 1/2012 convertito con L. 27/2012; D.M. 140/2012; L. 247/2012)

“In tema di liquidazione del compenso all'avvocato, l'abrogazione del sistema delle tariffe professionali per gli avvocati, disposta dal DL 24 gennaio 2012, n. 1, convertito dalla L. 27 marzo 2012, n. 27, non ha determinato, in base all'art. 9 DL cit., l'abrogazione dell'art. 636 cod. proc. civ. Anche a seguito dell'entrata in vigore del DL n. 1/2012, convertito dalla L. n. 27/2012, l'avvocato che intende agire per la richiesta dei compensi per prestazioni professionali può avvalersi del procedimento per ingiunzione regolato dagli artt. 633 e 636 cod. proc. civ., ponendo a base del ricorso la parcella delle spese e prestazioni, munita della sottoscrizione del ricorrente e corredata dal parere della competente associazione professionale, il quale sarà rilasciato sulla base dei parametri per compensi professionali di cui alla L. 31 dicembre 2012, n. 247 e di cui ai relativi decreti ministeriali attuativi” [massima redazionale]

CASO

Con ricorso nell'interesse della legge ex art. 363, comma primo, c.p.c., il Procuratore generale presso la Corte di cassazione si rivolge alle Sezioni Unite per ottenere l'affermazione del principio di diritto, per il quale l'abrogazione del sistema delle tariffe professionali avvenuto in forza del D.L. 1/2012 non ha determinato l'abrogazione dell'art. 636 c.p.c. e, quindi, non ha fatto venire meno la possibilità per l'avvocato di richiedere ed ottenere un decreto ingiuntivo per il recupero dei compensi non pagatigli dal cliente.

L'interesse del Procuratore Generale nasce dall'esistenza di un orientamento del Tribunale di Roma – peraltro contraddetto da altri grandi tribunali italiani – secondo il quale l'abrogazione del sistema tariffario ad opera del citato D.L. 1/2012 (convertito con L. 27/2012) avrebbe comportato anche l'abrogazione dell'art. 636 c.p.c., lasciando così all'avvocato la possibilità di agire in via ingiuntiva solo se in possesso di una pattuizione dei compensi sottoscritta dal cliente. Da qui, il sistematico rigetto da parte del Tribunale di Roma di tutti i ricorsi per decreto ingiuntivo proposti dagli avvocati ai sensi e nelle forme del predetto art. 636 c.p.c.

Come riporta il Procuratore generale, infatti, il Tribunale di Roma ritiene che l'art. 636 c.p.c., nella sua formulazione, sia inscindibilmente legato al sistema delle tariffe professionali, la cui abrogazione con D.L. 1/2012, convertito con L. 27/2012, avrebbe comportato, sempre ai sensi della medesima legge, l'abrogazione di tutte le norme che rinviano alle tariffe professionali, compresa, quindi, quella di cui all'articolo in parola. Inoltre, sempre secondo il Tribunale di Roma, l'introduzione dell'obbligo per il professionista di sottoporre al cliente un preventivo dei compensi, *"impone che il decreto ingiuntivo possa essere richiesto dal professionista solo se corredato da tale documento, comprovante la pattuizione del compenso; in mancanza di tale pattuizione, il professionista può solo avvalersi del procedimento di cui all'art. 28 L. 13 giugno 1942, n. 794, come modificato dal D.Lgs. 1 settembre 2011, n. 150"*.

La Procura Generale sostiene, invece, che il procedimento monitorio possa ancora essere praticato dal professionista anche qualora non vi sia stata pattuizione dei compensi con il cliente, potendo allora essere posta a base della richiesta di ingiunzione, come sempre avvenuto, la parcella predisposta dallo stesso professionista corredata dal parere dell'Ordine di appartenenza.

La Suprema Corte ritiene la richiesta della Procura generale ammissibile – sia perché vertente su un provvedimento, quello di rigetto del ricorso per decreto ingiuntivo, non ricorribile per cassazione, sia perché formulata nell'apprezzabile generale interesse a vedere stabilizzata la giurisprudenza sul tema sottoposto – e fondata.

SOLUZIONE

La Suprema Corte richiama, innanzitutto, alcuni propri recenti arresti con i quali ha già chiaramente affermato che gli avvocati possono ottenere il pagamento dei propri compensi professionali tramite il procedimento ingiuntivo ex artt. 633 ss. c.p.c. o tramite lo speciale procedimento di cui all'art. 28 della L. 794/1942, come modificato dal D.Lgs. 150/2011, restando escluso che la richiesta possa invece assumere le forme del rito ordinario o del rito sommario codicistico di cui agli artt. 702 *bis* ss. c.p.c..

La Corte richiama poi altri suoi precedenti nei quali è stato affermato che il parere dell'associazione professionale di cui all'art. 636 c.p.c. non è richiesto nei casi in cui il compenso *"è determinato in un importo fisso"* e in quelli nei quali, *"prevedendo le tariffe importi variabili tra un massimo e un minimo, il compenso sia stato richiesto nella misura minima"*.

Al di fuori di queste ipotesi, è necessario che il professionista ponga alla base della sua richiesta di ingiunzione la parcella da lui stesso sottoscritta, che è *“dichiarazione unilaterale assistita da una presunzione di veridicità, in quanto l’iscrizione all’albo del professionista è una garanzia della sua personalità”*, e il parere dell’organo professionale di appartenenza, che la Corte ha già avuto modo di affermare essere *“non una mera certificazione della rispondenza del credito alla tariffa professionale”* ma anche una *“valutazione di congruità del ‘quantum’, attraverso un motivato giudizio critico”* (sicché esso *“ha dunque un’efficacia vincolante in sede di emissione del decreto ingiuntivo”*).

Ora, è già il disposto dell’art. 2233 c.c. (che la Corte definisce *“norma architrave”*) a prevedere, in una sorta di ordine gerarchico, che solo in mancanza di uno specifico accordo tra le parti il compenso debba essere determinato in base alle tariffe professionali e gli usi, o, infine, dal giudice in mancanza anche di queste ultime. *“Non è quindi dubitabile”*, prosegue la Corte, *“che le tariffe svolgano una funzione integrativa della norma e suppletiva per il giudice”*.

È ben vero che il D.L. 1/2012, convertito con L. 27/2012, ha abrogato il previgente sistema tariffario, ma esso, precisa la Corte, ha nel contempo previsto che *“nel caso di liquidazione del compenso del professionista da parte di un organo giudiziale, il giudice deve fare riferimento a parametri stabiliti con decreto del Ministero vigilante”*. Sono stati quindi adottati i nuovi parametri con D.M. 140/2012 ed anche la successiva L. 247/2012, contenente la nuova disciplina dell’ordinamento della professione forense, ha ribadito, in continuità con la sopra citata L. 27/2012, *“la regola che i parametri forensi si applicano quando non vi è pattuizione tra la parti”*.

L’accordo tra cliente e professionista, quindi, *“mantiene la priorità su ogni altro criterio di determinazione della remunerazione del professionista”*, ma, prosegue la Corte, questa affermazione va temperata anche con le norme, introdotte con D.L. 148/2017, convertito con L. 172/2017, sull’equo compenso, le quali prevedono che, qualora il giudice accerti la non equità del compenso pattuito tra le parti, lo ridetermini sulla base dei parametri adottati dall’Autorità vigilante.

Si ritorna quindi all’applicazione dei parametri di compenso qualora l’accordo tra le parti non ci sia stato o sia stato accertato siccome iniquo, *“e se la determinazione giudiziale deve tener conto dei parametri ministeriali, essi entrano nella struttura delle norme relative alla liquidazione dei compensi dei professionisti e le completano”*, sicché, *“appare dunque evidente come tra le tariffe abrogate e i nuovi parametri corra una forte analogia se non una sostanziale omogeneità”*.

Esaminato, quindi, il complesso apparato normativo vigente in materia, la Corte afferma che *“anche i parametri, non diversamente dalle tariffe, operano come fonte sussidiaria e suppletiva, alla quale è dato ricorrere, in forza delle disposizioni speciali, nonché dell’art. 2233 c.c., nella liquidazione giudiziale dei compensi al professionista nel caso in cui non risulti stipulato con il cliente un accordo sul compenso medesimo”*.

Del resto, conclude la Corte, negli artt. 633 e 636 c.p.c. non vi è alcun cenno esplicito alle

tariffe, sicché, anche da un punto di vista strettamente letterale, su queste norme non potrebbe essere giunta alcuna abrogazione ad opera della L. 1/2012, le cui disposizioni non si porrebbero neppure in una condizione di incompatibilità abrogate con le altre norme del sistema.

Non vi è pertanto ragione, in esito, per avallare l'orientamento romano, mentre viene accolta la richiesta del Procuratore generale.

QUESTIONI

La Suprema Corte è stata nuovamente chiamata a mettere ordine in una materia, quella del recupero da parte del professionista delle somme non pagate dal cliente, che, dopo l'abrogazione del sistema tariffario e, soprattutto, dopo l'avvento della semplificazione dei riti ad opera del D.Lgs. 150/2011, ha visto più di un'incertezza in dottrina e in giurisprudenza, nonché l'adozione delle più diverse soluzioni da parte dei giudici di merito.

Volendo tentare qui di tirare le somme, almeno su alcune questioni rilevanti nella materia *de qua*, si può dire che, grazie ai plurimi arresti della Cassazione, l'avvocato che non veda onorati i compensi chiesti al cliente per la propria assistenza giudiziale potrà agire seguendo due vie: potrà richiedere un decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 633 ss. c.p.c., come chiaramente affermato dalla sentenza qui in commento, producendo la propria parcella e il relativo parere dell'Ordine degli Avvocati di appartenenza (parere non necessario laddove per la prestazione siano previsti importi fissi oppure nel caso in cui, in presenza di parametri massimi e minimi, l'avvocato abbia applicato i minimi); in alternativa, l'avvocato potrà agire nelle forme del rito sommario speciale di cui all'art. 14 del più volte citato D.Lgs.150/2011.

E ciò potrà fare, come pure chiarito più volte dalla Suprema Corte (da ultimo con sentenza n. 4247/2020), anche qualora il cliente metta in dubbio non solo il *quantum* della richiesta giuntagli dall'avvocato, ma anche l'*an* della medesima pretesa (possibilità che era stata peraltro messa in dubbio, nel 2016, dallo stesso Tribunale di Roma che ha provocato l'intervento delle Sezioni Unite del quale abbiamo dato conto).

Per completezza, si ricorda, in tema di competenza, che la Suprema Corte ha anche chiarito che *“ove l'avvocato, per ottenere il pagamento delle competenze professionali da un proprio cliente, si sia avvalso del foro speciale di cui all'art. 14, comma 2, d.lgs. 150/2011, il rapporto tra quest'ultimo ed il foro speciale della residenza o del domicilio del consumatore, previsto dall'art. 33, comma 2, lett. u), d.lgs. n. 206/2005, va risolto a favore del secondo, in quanto di competenza esclusiva, che prevale su ogni altra, in virtù delle esigenze di tutela, anche sul terreno processuale, che sono alla base dello statuto del consumatore”* (Cass. n. 5703/2014), ferma restando, in caso di diverso, la competenza dell'ufficio giudiziario davanti al quale l'avvocato ha prestato la propria opera. Inoltre, si ricorda che *“nel caso in cui un avvocato abbia scelto di agire ex art. 28 L. n. 794/1942, come modificato dall'art. 34 comma 16 lett. a) D.Lgs. n. 150/2011, nei confronti del proprio cliente, proponendo l'azione prevista dall'art. 14 del medesimo decreto e chiedendo la condanna del cliente al pagamento dei compensi per l'opera prestata in più gradi e/o fasi di*

giudizio, la competenza è dell'ufficio giudiziario di merito che ha deciso per ultimo la causa" (così Cass. n. 4247/2020).

Infine, per quanto riguarda la richiesta di compensi per attività stragiudiziale, non si ritiene praticabile la via di cui all'art. 14 della L. 150/2011. In questo caso, l'avvocato dovrà far valere le proprie ragioni seguendo i riti codicistici, ordinario o sommario, ivi compreso quello monitorio di cui all'art. 633 ss. c.p.c.

Seminario di specializzazione

RIFORMA DEL SOVRAINDEBITAMENTO

 **Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!**

[accedi al sito >](#)

Responsabilità civile

Risarcimento del danno per violazione del diritto d'autore: la retroversione degli utili

di **Martina Mazzei, Avvocato**

Seminario di specializzazione

IMPOSTAZIONE DEL MODELLO 231 PER LA GESTIONE DEI RISCHI "SICUREZZA SUL LAVORO"

 Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

[accedi al sito >](#)

Cass. civ., sez. I, 29 luglio 2021 n. 21833 – Pres. Genovese – Rel. Nazzicone

[1] Retroversione degli utili – Diritto d'autore – Risarcimento del danno – Danno non patrimoniale – Liquidazione del danno

(Cod. civ. artt. 1223, 1226, 1227, 2056, 2059; L. n. 633/1941 art 158).

[1] *“Il criterio della retroversione degli utili in tema di diritto d'autore, anche ove più favorevole al danneggiato, resta nondimeno ancorato alla regola della necessaria derivazione causale ex art. 1223 c.c. dal fatto illecito: pertanto la somma, così come accertata quale ricavo per lo sfruttamento dell'opera realizzato dal responsabile, deve essere depurata, da un lato, dei costi sopportati dal medesimo, e, dall'altro lato, dell'autonomo contributo al successo dell'opera, così come realizzata e diffusa sul mercato dall'autore dell'illecito, per quanto tale successo dipenda dal lancio, propiziato dalla notorietà dell'interprete e dalle concrete capacità esecutive ed evocative del medesimo, tali da suscitare l'interesse del pubblico.”*

CASO

[1] Il caso origina da una sentenza non definitiva del Tribunale di Milano con cui veniva accertato il plagio del ritornello di un brano musicale oggetto e venivano condannati in solido, con riferimento allo sfruttamento dell'opera, i titolari dei diritti patrimoniali di utilizzazione economica, l'autore e il compositore.

La Corte territoriale riduceva l'importo risarcitorio sostenendo che il Tribunale avesse errato nell'applicazione del criterio della retroversione degli utili di cui all'art. 158 della legge sul diritto d'autore in quanto ometteva di calcolare i costi sostenuti dagli appellanti per la promozione dell'opera musicale, dovendo il suddetto criterio trovare applicazione attraverso

l'utilizzo dell'art. 1226 c.c.

SOLUZIONE

[1] La Suprema Corte, dopo un'accurata disamina dei criteri di risarcimento del danno per violazione del diritto d'autore ai sensi dell'art. 158 della L. n. 633/1941, ha cassato la sentenza impugnata, con rinvio alla Corte d'appello in diversa composizione, affinché, valutato il materiale istruttorio, essa possa procedere ad nuova liquidazione del danno tenuto conto dei principi di diritto in epigrafe.

QUESTIONI

[1] La Corte di Cassazione, con la decisione in epigrafe, ha colto l'occasione per fare il punto in tema di **risarcimento del danno per violazione del diritto d'autore**.

In via preliminare la Corte rammenta che l'**art. 158 L. n. 633/1941** pone le seguenti **regole speciali**:

1. il **risarcimento del danno** è liquidato nel rispetto degli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c.: la disposizione è pleonastica, servendo solo a manifestare espressamente l'esigenza del rispetto delle regole comuni di liquidazione del danno, quanto a nesso causale, potere di liquidazione equitativa e, ancora in tema di nesso causale, concorso del fatto dello stesso debitore;
2. il **lucro cessante** è valutato dal giudice ai sensi dell'art. 2056, comma 2, c.c., ossia «con equo apprezzamento delle circostanze del caso», dunque ancora una volta ex art. 1226 c.c., cui si aggiunge però l'indicazione dei parametri espliciti, relativi agli «utili realizzati in violazione del diritto» ed alla liquidazione «in via forfettaria sulla base quanto meno dell'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti, qualora l'autore della violazione avesse chiesto al titolare l'autorizzazione per l'utilizzazione del diritto»;
3. sono dovuti anche i **danni non patrimoniali** ai sensi dell'art. 2059 c.c.

Nucleo precettivo della disposizione sta soprattutto nel punto b). La norma, in particolare, prevede il duplice criterio della c.d. **retroversione degli utili** conseguiti e del c.d. **prezzo del consenso**, sempre nella cornice di una liquidazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c. La legge non esprime un precetto rigido di preferenza per i due criteri suggeriti; sebbene l'espressione utilizzata («quanto meno») lasci, in verità, intendere che quello del c.d. prezzo del consenso costituisce l'indicativa liquidazione di una soglia solo minima della liquidazione. I due criteri, dunque, si pongono come cerchi concentrici, avendo il legislatore indicato come il secondo sia quello che permette una liquidazione c.d. minimale, mentre il primo, dall'intrinseco significato anche sanzionatorio, permette di attribuire al danneggiato i vantaggi economici che l'autore del plagio abbia in concreto conseguito, certamente ricomprendenti anche l'eventuale «costo» riferibile all'acquisto dei diritti di sfruttamento economico dell'opera, ma ulteriormente implementati dai ricavi conseguiti dal plagio sul mercato.

Il primo criterio della c.d. retroversione, o reversione, degli utili, non estraneo ad altri settori dell'ordinamento (cfr. art. 125 d.lgs. n. 30 del 2005 e art. 2391, ult. co., c.c), consiste nell'uso, in sede di liquidazione giudiziale del danno, del parametro dei profitti che l'autore della violazione al diritto d'autore abbia conseguito, come immediata e diretta conseguenza dello sfruttamento economico dell'opera dell'ingegno altrui. Esso non era ignoto al diritto vivente in epoca anteriore al d.lgs. n. 30 del 2005 e al d.lgs. n. 140 del 2006, quando si era affermato il principio che valesse considerare, in tema di valutazione del danno subito dal titolare del diritto di utilizzazione economica di un'opera dell'ingegno, il beneficio tratto dall'attività vietata (Cass. civ. 10 marzo 2016, n. 4048).

La *ratio* della norma indica che il **profitto conseguito dal danneggiante** è un **indice presuntivo delle potenzialità di sfruttamento dell'opera sottratte all'autore e del cui depauperamento questi deve essere ristorato**. Pertanto, nella liquidazione del danno ex art. 158 l. aut., il **lucro cessante va valutato** – come espressamente previsto dalla norma – ai sensi dell'art. 2056, comma 2, c.c., anche **tenuto conto degli utili illegittimamente realizzati**: il c.d. criterio della retroversione degli utili costituisce, quindi, uno dei parametri che il giudice del merito utilizza nella liquidazione del danno, che rimane equitativa.

Nel contempo, la norma esprime la necessità di calcolare i soli profitti che siano conseguenza immediata e diretta dell'illecito, come si desume dall'espresso richiamo all'art. 1223 c.c., contenuto in esordio dell'art. 158, comma 2, l. aut. è il principio dei "fattori di moderazione" dei profitti restituibili calcolati secondo il criterio della retroversione degli utili, riguardato in funzione risarcitoria ai sensi dell'art. 158 l. aut., il quale richiede di "disaggregare" i ricavi conseguiti dall'autore dell'illecito, al fine di separare, al loro interno, sia i costi sostenuti, sia la frazione di utile derivante da fattori estranei.

A tal riguardo, la giurisprudenza di legittimità ha osservato che il giudice può utilizzare il metodo del beneficio ritratto dall'attività vietata *«assumendolo come utile criterio di riferimento del lucro cessante»*, perché *«correlato al profitto del danneggiante, nel senso che questi abbia sfruttato a proprio favore occasioni di guadagno di pertinenza del danneggiato, sottraendole al medesimo»*, pur sempre *«nell'apprezzamento delle circostanze del caso concreto»* (Cass. civ. 29 maggio 2015, n. 11225).

Onde è vero che va applicato il più vasto criterio della determinazione del danno, tenuto conto della lesione alle potenzialità di sfruttamento dell'opera che sarebbe potuto avvenire ed, in particolare, dei proventi che la stessa avrebbe prodotto, se sfruttata e diffusa dai suoi autori legittimi: e, tuttavia, occorre appunto individuare, con la migliore approssimazione possibile, tali proventi, in quanto il principio della retroversione degli utili è un mero strumento per pervenire alla determinazione equitativa del danno, non per attribuire in modo acritico e matematico tutti i proventi riscossi.

Ai sensi dell'art. 158, comma 2, l. aut., invero, la considerazione degli utili realizzati in violazione del diritto deve fermarsi al **limite** dato, il quale è costituito dalla percentuale dei **guadagni eziologicamente derivata dall'operata contraffazione**. Si tratta, cioè, di depurare il

totale dei proventi riscossi, tenendo conto, da un lato, dei costi sopportati direttamente ricollegati allo sfruttamento illecito e, dall'altro lato, dei proventi esclusivamente dipendenti dall'autonomo contributo del plagiario. Si ricorda come, in particolare, sotto il secondo profilo, la necessità di depurare dal totale dei proventi riscossi quelli dipendenti dai fattori riconducibili al contributo reso dall'autore dell'illecito è già stata evidenziata da questa Corte (Cass. civ. 3 giugno 2015, n. 11464), condivisibilmente sottolineandosi, nel confermare ivi l'opinamento del giudice del merito, che il danno patito non può essere rapportato all'intero utile percepito, ma i proventi debbano essere depurati dalla quota percentuale dipendente da fattori riconducibili allo stesso utilizzatore terzo, per evitare di determinare, nel giudizio equitativo, un'attribuzione patrimoniale eccedente la correlazione causale con la ritenuta responsabilità.

Non sarebbe correttamente determinato, così, il *quantum* risarcitorio ex art. 158 l. aut., laddove fossero automaticamente attribuiti e riversati in favore del soggetto leso tutti i ricavi conseguiti, e ciò sotto un duplice profilo: perché dai ricavi devono essere detratti i costi, al fine di individuare ciò che costituisca il profitto o guadagno; perché dai ricavi va scomputato quanto non sia attribuibile tanto al valore dell'opera plagiata in sé, quanto, invece, alla autonoma capacità dei soggetti responsabili del plagio di condurla al successo, la quale non è un frutto dell'illecito. Una liquidazione che, al contrario, non tenesse conto di tali elementi violerebbe il disposto dell'art. 158 l. aut., il quale mira ad attribuire *unicuique suum*, non ad arricchire chi, per sorte, si trovi ad aver subito un plagio; fermo restando che, sotto il profilo del danno morale d'autore, esso sarà autonomamente risarcito, indipendentemente dall'esistenza e dall'entità di un danno patrimoniale da sfruttamento dell'altrui opera dell'ingegno.

Occorre, dunque, ribadire come quello della retroversione degli utili in tema di diritto d'autore resti nondimeno criterio ancorato alla regola della necessaria derivazione causale ex art. 1223 c.c. dal fatto illecito: ciò vuol dire che **la somma**, così come accertata quale ricavo per le vendite dell'opera realizzato dal responsabile, **deve essere depurata**, da un lato, **dei costi sopportati dal medesimo ai fini di quelle vendite**, e, dall'altro lato, **dell'autonomo contributo al successo dell'opera**, così come realizzata e diffusa sul mercato dall'autore o dagli autori dell'illecito, per quanto tale successo dipenda dal lancio, propiziato dalla notorietà dell'interprete e dalle concrete capacità esecutive ed evocative del medesimo, tali da suscitare l'interesse del pubblico. In entrambi i casi, sono accertamenti e valutazioni in fatto, rimessi al prudente apprezzamento del giudice del merito, che devono, però, agganciarsi a criteri quanto più oggettivi ed alle prove offerte dalle parti.

Seminario di specializzazione

IMPOSTAZIONE DEL MODELLO 231 PER LA GESTIONE DEI RISCHI "SICUREZZA SUL LAVORO"

 Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

[accedi al sito >](#)

Comunione – Condominio - Locazione

L'omessa verbalizzazione dell'assemblea è vizio procedimentale: il verbale deve essere redatto anche quando l'assemblea non delibera

di **Saverio Luppino, Avvocato**



[Tribunale Civile di Modena, dott. Di Pasquale, sentenza del 2 aprile 2021, n. 570](#)

La redazione del verbale costituisce una delle prescrizioni di forma che devono essere imprescindibilmente osservate dall'assemblea, sicché il verbale deve essere redatto anche quando l'assemblea non delibera, in modo da consentire il controllo di ogni fase procedimentale per la validità assembleare.

L'omessa verbalizzazione dell'assemblea costituisce un vizio procedimentale, come tale denunciabile nel termine di decadenza di trenta giorni previsto dall'art. 1137 co. 3 c.c..

Inoltre, nel verbale devono essere inderogabilmente indicati sia i condòmini sia le rispettive quote millesimali, ai sensi dell'art. 1136 c.c. La mancata indicazione delle quote millesimali dei condòmini presenti all'assemblea non consente di verificare la validità sia della costituzione della stessa che delle relative deliberazioni.

Peraltro, lo scioglimento di un condominio può essere disposto solo quando il complesso immobiliare sia suscettibile di divisione, senza che si debba attuare una diversa ristrutturazione in parti distinte, aventi ciascuna una propria autonomia strutturale, mentre, laddove la divisione non sia possibile senza previa modifica dello stato delle cose mediante ristrutturazione, lo scioglimento e la costituzione di più condòmini separati possono essere approvati soltanto dall'assemblea con un numero di voti che sia espressione di due terzi del valore dell'edificio e rappresenti la maggioranza dei partecipanti al condominio.

CASO

Alfa S.r.l., condomina, acquistava in data 12.11.2012 un'unità immobiliare ubicata nel

Condominio BETA, insistente in Sassuolo. Attesa la mancanza di un amministratore, proponeva ricorso per la nomina dello stesso ex art. 1129 c.c., all'esito del quale il Tribunale di Modena con provvedimento del 15.10.2014 nominava un amministratore condominiale. La prima assemblea del condominio veniva indetta dal predetto amministratore – in prima convocazione – il giorno 13.11.2015, e in seconda convocazione il giorno 16.11.2015. In tale seconda assemblea veniva deliberato lo scioglimento del condominio, votato all'unanimità da 10 partecipanti presenti, su un totale di 14, ai sensi dell'art. 61 disp. att. c.c. (espressamente richiamato nel verbale) prevedendo la creazione di tre condomini separati, in cui si regolavano anche i rapporti tra i tre nuovi condomini con riferimento ad alcuni beni di uso comune.

Alfa s.r.l. agiva quindi in giudizio innanzi al Tribunale di Modena nei confronti del Condominio BETA e di tutti i costituenti condòmini, impugnando le deliberazioni assunte dall'assemblea del Condominio BETA in data 16.11.2015 e chiedendo contestualmente al Giudice di accertarne e dichiararne la nullità o l'annullamento della delibera.

Secondo l'attrice Alfa s.r.l. la delibera di tale assemblea era invalida (nulla o annullabile) in ragione dell'insussistenza dei presupposti per lo scioglimento del condominio ex art. 61 disp. att. c.c.; della mancata votazione alcuni punti del verbale; nonché a causa di vizi del verbale relativi alla mancata verbalizzazione dell'assemblea in prima convocazione; alla imprecisa elencazione dei proprietari e delle singole unità abitative, e alla mancanza di indicazione delle relative quote millesimali.

SOLUZIONE

Il giudice preliminarmente rilevava la regolarità della proposizione del giudizio con atto di citazione tempestivamente e regolarmente notificato in seguito all'espletazione della procedura di mediazione obbligatoria. Riteneva fondati tutti i motivi d'impugnazione proposti da Alfa s.r.l. e dichiarava nulla la delibera assembleare *de qua*.

QUESTIONI

La pronuncia del Tribunale di Modena pone rilevanza su alcune questioni di interesse, relative a vizi sostanziali e procedurali che possono affliggere la delibera assembleare con cui si dispone lo scioglimento del condominio.

In primo luogo, si osserva nella sentenza come le controversie riguardanti la materia condominiale siano assoggettate alla speciale disciplina della mediazione obbligatoria; pertanto, nel caso di impugnazione di delibere assembleari, occorre primariamente proporre la mediazione obbligatoria ex art. 5 D.Lgs 28/10. Ciò inevitabilmente interferisce con la disciplina del termine perentorio previsto per l'impugnazione della delibera assembleare: infatti il termine di trenta giorni, di cui all'art. 1137, comma 2, c.c., interrotto a seguito della comunicazione di convocazione innanzi all'organismo di mediazione, riprende nuovamente a decorrere, per un ulteriore ed ultimo termine decadenziale di trenta giorni, a far data dal deposito del verbale di mediazione presso la segreteria dell'organismo.

Nel caso di specie la mediazione e l'impugnazione erano state tempestivamente proposte con riferimento all'azione di annullamento esperibile nel termine di decadenza di 30 giorni previsto dall'art. 1137 co. 3 c.c..

Relativamente ai motivi d'impugnazione, il giudice riteneva fondata l'impugnazione della delibera assembleare che censurava la mancanza del verbale dell'assemblea condominiale in prima convocazione. Agli atti non risultava infatti il verbale dell'assemblea in prima convocazione.

Si affermava in tal senso che **la redazione del verbale costituisce una delle prescrizioni di forma che devono essere comunque osservate dall'assemblea, sicché il verbale deve essere redatto anche quando l'assemblea non delibera, in modo da consentire il controllo di ogni fase procedimentale per la validità dell'assemblea.**

L'omessa verbalizzazione dell'assemblea in prima convocazione, costituisce un vizio procedimentale, come tale denunciabile nel termine di decadenza di 30 giorni previsto dall'art. 1137 co. 3 c.c..

Il Tribunale riteneva altresì fondato il motivo d'impugnazione relativo alla mancata indicazione dei millesimi di proprietà nel verbale.

Invero, nel verbale dell'assemblea in seconda convocazione, sebbene venissero indicati i nomi dei soli condomini presenti (10 su 14) nonché i nomi dei delegati, non erano indicati i relativi millesimi di proprietà.

È tuttavia pacifico che nel verbale debbano essere indicati nominativamente sia i condòmini che le rispettive quote millesimali. Invero, le tabelle millesimali attengono da un lato alla ripartizione delle spese e, dall'altro, appunto al funzionamento dell'assemblea, ai sensi dell'art. 1136 c.c., individuando i valori della proprietà di ogni condomino.

Nel caso di specie la mancata indicazione delle quote millesimali dei condomini presenti all'assemblea non consente di verificare la validità sia della costituzione della stessa che delle relative deliberazioni.

Nella fattispecie trova applicazione l'art. 62 disp. att. c.c., secondo cui **lo scioglimento del condominio deve essere deliberato dall'assemblea con la maggioranza prescritta dall'art. 1136 comma 5 c.c., ovvero la maggioranza degli intervenuti ed almeno due terzi del valore dell'edificio.**

Ed è evidente che, senza l'indicazione nel verbale delle quote millesimali dei condomini presenti e in mancanza di altri elementi allegati dai convenuti, l'approvazione all'unanimità dei 10 su 14 condomini presenti costituisce prova del requisito della maggioranza degli intervenuti ma non anche di quella dei due terzi del valore dell'edificio.

Il Tribunale riteneva poi opportuno esaminare anche il motivo di merito dell'impugnazione relativo all'insussistenza dei presupposti per lo scioglimento del condominio ex art. 61 disp. att. c.c., ritenendolo anch'esso fondato.

Premetteva che per quanto nel verbale di assemblea *de quo* veniva richiamato il solo art. 61 disp. att. c.c., in realtà alla fattispecie si applicavano le norme di cui agli art. 61 e anche 62 disp. att. c.c.

Il giudice di merito faceva riferimento alla più consolidata giurisprudenza di legittimità^[1] la quale ha statuito che *“a norma degli artt. 61 e 62 disp. att. c.c., lo scioglimento del condominio di un edificio o di un gruppo di edifici, appartenenti per piani o porzioni di piano a proprietari diversi, in tanto può dare luogo alla costituzione di condomini separati, in quanto l'immobile o gli immobili oggetto del condominio originario, possano dividersi in parti che abbiano le caratteristiche di edifici autonomi, quand'anche restino in comune con gli originari partecipanti alcune delle cose indicate dall'art. 1117 c.c.. Il tenore della norma, riferito all'espressione “edifici autonomi” esclude di per sé che il risultato della separazione si concreti in un'autonomia meramente amministrativa, giacché, più che ad un concetto di gestione, il termine “edificio” va riferito ad una costruzione, la quale, per dare luogo alla costituzione di più condomini, dev'essere suscettibile di divisione in parti distinte, aventi ciascuna una propria autonomia strutturale, indipendentemente dalle semplici esigenze di carattere amministrativo. La sola estensione che può consentirsi a tale interpretazione è quella prevista dall'art. 62 citato, il quale fa riferimento all'art. 1117 c.c. (parti comuni dell'edificio in quanto destinate in modo permanente al servizio generale e alla conservazione dell'immobile, riguardato sia nel suo complesso unitario che nella separazione di edifici autonomi). In questo ultimo caso, l'istituzione di nuovi condomini non è impedita dalla permanenza in comune delle cose indicate dall'art. 1117, la cui disciplina d'uso potrà formare oggetto di particolare regolamentazione riferita alle spese e agli oneri relativi. Al di fuori di tali interferenze di carattere amministrativo espressamente previste dalla legge, se la separazione del complesso immobiliare non può attuarsi se non mediante interferenze ben più gravi, interessanti la sfera giuridica propria di altri condomini, alla cui proprietà verrebbero ad imporsi limitazioni, servitù o altri oneri di carattere reale, è da escludere, in tale ipotesi che l'edificio scorporando possa avere una propria autonomia strutturale, pur essendo eventualmente autonoma la funzionalità di esso riferita alla sua destinazione e gestione amministrativa.*

Questi principi sono stati ripresi anche dalla più recente giurisprudenza^[2] che ha ribadito che *“lo scioglimento di un condominio può essere disposto solo quando il complesso immobiliare sia suscettibile di divisione, senza che si debba attuare una diversa ristrutturazione in parti distinte, aventi ciascuna una propria autonomia strutturale, mentre, laddove la divisione non sia possibile senza previa modifica dello stato delle cose mediante ristrutturazione, lo scioglimento e la costituzione di più condomini separati possono essere approvati soltanto dall'assemblea con un numero di voti che sia espressione di due terzi del valore dell'edificio e rappresenti la maggioranza dei partecipanti al condominio.”*

Resta quindi preclusa la possibilità di attuare la separazione in caso di interferenze gravi, interessanti la sfera giuridica propria di altri condomini, alla cui proprietà verrebbero ad

imporsi limitazioni, servitù o altri oneri di carattere reale, in quanto ciò porta ad escludere che l'edificio scorporando possa avere una propria autonomia strutturale, pur essendo eventualmente autonoma la funzionalità di esso riferita alla sua destinazione e gestione amministrativa.

Poste tali premesse in diritto, il giudice riteneva che la delibera impugnata non rispettasse i principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità.

Invero, in tale delibera si affermava che i tre edifici erano strutturalmente del tutto autonomi, realizzati in epoche diverse e con tecniche costruttive differenti, condividendo unicamente alcuni spazi comuni.

I dieci condomini presenti all'assemblea votavano quindi, all'unanimità, lo scioglimento del condominio prevedendo la creazione di tre condomini separati. Nel verbale, anche se in modo non chiaro, sia perché lo stesso è manoscritto che per il contenuto delle previsioni, venivano regolati anche i rapporti tra i tre nuovi condomini con riferimento a taluni beni di uso comune (ingresso, ballatoi, scale e cortile comuni nonché unità immobiliari con vani posti in condomini diversi).

Disposta la consulenza tecnica d'ufficio, il consulente individuava le parti comuni quali scale, strutture, parti in elevazione portanti, coperture, precisando e indicando **le opere di suddivisione necessarie per la divisione delle unità e per renderle inequivocabilmente e del tutto autonome**. Verificato che lo scioglimento del condominio non era realizzabile se non nei termini e con le modalità indicate dal c.t.u., **il giudice dichiarava la nullità della deliberazione assembleare perché fondata sull'erroneo presupposto tecnico dalla possibilità di divisione in tre edifici strutturalmente autonomi**.

[1] Cass. Civ. sent. n. 1964/1963; in senso conforme cfr. Cass. Civ. sent. n. 21686/2014; Cass. Civ. sent. n. 22041/2019.

[2] Cass. Civ. sent. n. 27507/2011.



Seminario di specializzazione

COMPRAVENDITE IMMOBILIARI

Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

accedi al sito >

Diritto successorio e donazioni

I patti successori e le pattuizioni nulle: i requisiti

di **Corrado De Rosa, Notaio**

Seminario di specializzazione

PIANIFICAZIONE SUCCESSORIA E PROTEZIONE DEL PATRIMONIO ATTRAVERSO IL TRUST

Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

accedi al sito >

Cassazione civile sez. II, 24 maggio 2021, n. 14110 – DI VIRGILIO– Presidente – BELLINI– Relatore

“In tema di patti successori, per stabilire se una determinata pattuizione ricada sotto la comminatoria di nullità di cui all'[art. 458 c.c.](#) occorre accertare: 1) se il vincolo giuridico con essa creato abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se la cosa o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione o debbano comunque essere compresi nella stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte della propria successione, privandosi, così dello “jus poenitendi”; 4) se l’acquirente abbia contrattato o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il convenuto trasferimento, dal promittente al promissario, debba aver luogo “mortis causa”, ossia a titolo di eredità o di legato.”

CASO

G.G. otteneva dal Tribunale di Milano due decreti ingiuntivi nei confronti dei figli B. e M. per il pagamento di complessivi Euro 90.000,00, deducendo che costoro, in forza di scrittura privata del 25.11.2009, si erano impegnati a corrispondergli una rendita vitalizia per la quale si erano resi inadempienti. B. e M. proponevano opposizione, deducendo che la rendita era stata costituita sulla scorta di scrittura privata che prevedeva l’obbligo in capo al padre di custodire e gestire, possibilmente incrementandone il valore, una collezione di opere d’arte di sua proprietà, con obbligo di non compiere operazioni che ne diminuissero il valore e di non spossessarsene. Gli opposenti sostenevano che il padre si era reso, ancor prima, inadempiente all’obbligazione di non spossessarsi della collezione e di non diminuirne il valore della suddetta collezione. Sulla base di tale considerazione, essi avevano interrotto i pagamenti della rendita. Il breve, il Tribunale riteneva che la scrittura privata *de qua* integrasse patto successorio e fosse quindi affetta da nullità [ex art. 458 c.c.](#) ed accoglieva pertanto l’opposizione. Avverso detta sentenza proponeva appello G.G., deducendo: (i) erronea

statuizione circa la nullità della scrittura privata per contrasto con l'[art. 458 c.c.](#); (ii) erronea statuizione circa l'insussistente collegamento funzionale tra tutti gli accordi conclusi alla fine del 2009, che quindi andrebbero tutti travolti se si configurasse un patto successorio. La Corte d'Appello di Milano accoglieva l'appello e, in riforma della sentenza impugnata, respingeva l'opposizione, confermando l'efficacia dei decreti ingiuntivi. Avverso detta sentenza propongono ricorso per cassazione B. e M..

SOLUZIONE

Con il primo motivo, i ricorrenti lamentano la violazione e/o falsa applicazione dell'[art. 458 c.c.](#).,. In particolare, secondo la loro tesi, la scrittura privata ricadeva sotto la comminatoria della nullità [ex art. 458 c.c.](#), in quanto tra le parti esisterebbe un'aspettativa di carattere successorio dato il rapporto sussistente. Infatti, la scrittura privata era stata strutturata in termini tali da costituire un vincolo giuridico sul patrimonio di opere d'arte allo scopo di evitare la dispersione dello stesso e garantire la trasmissione ai figli al momento dell'apertura della successione. Secondo la Corte di Cassazione il motivo non è fondato. Infatti, la Corte D'Appello aveva correttamente rilevato che la scrittura *de qua* non integrasse il patto successorio in quanto non ricorrevano i requisiti richiesti e fatti propri dalla giurisprudenza. In altre parole, la pattuizione in commento non poteva considerarsi al pari delle convenzioni che hanno per oggetto la costituzione, trasmissione o estinzione di diritti relativi ad una successione non ancora aperta e facciano, così, sorgere un *vinculum iuris*, di cui la disposizione ereditaria rappresenti l'adempimento. Pertanto, secondo i giudici di legittimità, la Corte di merito – dimostrato che, nel caso di specie, non sussistesse nessuno dei presupposti costitutivi di un patto successorio- correttamente, riteneva l'assenza delle convenzioni previste dall'[art. 458 c.c.](#) e richieste per legittimare la declaratoria di nullità del patto successorio. Pertanto, la Suprema Corte, nel confermare la sentenza di merito, ha escluso la violazione di detto divieto nella predisposizione di una scrittura privata con cui il padre si era impegnato a custodire e gestire, possibilmente incrementandone il valore, una collezione di opere d'arte con l'obbligo di non farne subire un decremento e di non spossessarsene, a fronte della contestuale assunzione dell'obbligo, da parte dei figli, di corrispondergli una rendita vitalizia.

QUESTIONI

La sentenza in commento permette di delineare i requisiti richiesti dalla giurisprudenza affinché una convenzione possa essere considerata un patto successorio. In primo luogo, l'[art. 458 c.c.](#) disciplina tre tipologie di patti: istitutivi, dispositivi, rinunziativi. In particolare, è sanzionata con la nullità ogni convenzione con cui si dispone della propria successione e ogni atto di disposizione o di rinunzia sull'altrui successione. In tali patti rientrano atti strutturalmente e causalmente eterogenei: insieme atti tra vivi e a causa di morte. Il fondamento del divieto, si rintraccerebbe nell'inaffidabilità nel nostro ordinamento di una terza causa di delazione, che sarebbe il contratto successorio. In altri termini, la delazione contrattuale è vietata in quanto l'eredità può essere devoluta solo per legge o testamento (G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, Giuffrè, 2015, p. 40). La logica sottesa al divieto secondo certa parte della dottrina (Bianca, *Diritto Civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, p. 414; Cecere, *Patto*

successorio, in Dig, Cod. Civ., II, Torino, 2004, p. 1101; L. Cariota-Ferrara, *Le successioni per causa di morte*, I, Napoli, 1961, p. 145;) è quella di garantire la libertà testamentaria e assicurare la libertà di disporre fino all'estremo limite della vita del *de cuius*. Tale libertà è infatti garantita dallo strumento testamentario stante la sua revocabilità incondizionata, mentre sarebbe compromessa dal patto successorio che, proprio a causa della sua natura contrattuale, comporterebbe l'irrevocabilità del consenso e vincolerebbe il *de cuius*. In altri termini, il divieto di patti successori (istitutivi) è ricondotto al ruolo centrale che, nel fenomeno successorio, assume la volontà del testatore, con esclusione di ogni rilevanza della volontà di terzi soggetti. Tuttavia, la Cassazione si è occupata del divieto di patti successori, tema sul quale ha avuto modo di intervenire con un orientamento per lo più teso a ridurre l'operatività del divieto stesso. In tal senso, è da ricordare la sentenza del 18 dicembre 1995 n. 12906, nella quale la Suprema Corte definisce il divieto come *“un limite eccezionale all'autonomia privata non suscettibile di applicazione analogica piuttosto che come un principio generale”*. Configurano un patto successorio – per definizione non suscettibile di conversione in un testamento, ai sensi dell'art. 1424 c.c., in quanto in contrasto col principio del nostro ordinamento secondo cui il testatore è libero di disporre dei propri beni fino al momento della morte – *“sia le convenzioni aventi ad oggetto una vera istituzione di erede rivestita della forma contrattuale, sia quelle che abbiano ad oggetto la costituzione, trasmissione o estinzione di diritti relativi ad una successione non ancora aperta, tali da far sorgere un vinculum iuris di cui la disposizione ereditaria rappresenti l'adempimento”* (Cassazione civile sez. II, 06 gennaio 1981, n.63; Cassazione civile sez. II, 19 novembre 2009, n.24450). Nel caso in esame, i ricorrenti affermavano il carattere di patto successorio della scrittura privata sottoscritta con il loro padre. Per stabilire se una determinata pattuizione ricada sotto la comminatoria di nullità di cui all'[art. 458 c.c.](#), la giurisprudenza ha più volte affermato che occorre accertare: (i) se il vincolo giuridico creato con la convenzione ha avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; (ii) se la cosa o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità comprese nella futura successione debbano comunque essere compresi nella stessa; (iii) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte della propria successione, così privandosi del potere di revocare la propria volontà; (iv) se l'acquirente abbia contratto o stipulato come avente diritto alla successione stessa; (v) se il convenuto trasferimento, del promittente al promissario, debba avere luogo *mortis causa* ossia a titolo di eredità o di legato (Cassazione civile sez. II, 16 febbraio 1995, n.1683). In epoca recente, si è discusso di un fenomeno di erosione del divieto di patti successori (Gazzoni, *Patti successori: conferma di una erosione*, in Riv. not., 2001, p. 232) che oggi trova conferma, oltre che nella clausola di salvezza del patto di famiglia, nel [Regolamento \(UE\) n. 650/2012](#), che, all'art. 25, prevede che, nel caso in cui il patto sia concluso per regolare la successione di più di una persona, esso possa essere disciplinato secondo la legge scelta tra quelle che avrebbero potuto essere scelte anche da uno solo degli interessati. Ciò permette che, se uno solo di coloro che partecipa al patto successorio può scegliere una legge che consente tale patto, esso sarà valido anche per gli altri. Già in precedenza si affermava che i patti successori potessero avere attuazione in Italia se validi secondo la legge straniera applicabile, non essendo contrari all'ordine pubblico (Liserre, in Tratt. Res., V, 1997, p. 4).

Seminario di specializzazione

PIANIFICAZIONE SUCCESSORIA E PROTEZIONE DEL PATRIMONIO ATTRAVERSO IL TRUST

 Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

[accedi al sito >](#)

Diritto e reati societari

La delibera che decide sull'azione sociale di responsabilità degli amministratori va interpretata secondo i canoni dell'ermeneutica contrattuale

di **Dario Zanotti, Avvocato**

Master di specializzazione

DIRITTO E CONTENZIOSO SOCIETARIO

 Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

[accedi al sito >](#)

[Cass. civ., Sez. I, 12 maggio 2021, ordinanza n. 12568](#)

Parole chiave: Società di capitali – Interpretazione – Delibera

Massima: *“In materia di società di capitali, l'interpretazione delle deliberazioni assembleari soggiace alle regole dell'ermeneutica contrattuale, ove il richiamo alla comune intenzione delle parti impone di estendere l'indagine ai criteri logici, teleologici e sistematici anche quando il senso letterale non è oscuro o incerto, ma risulta incoerente con indici esterni che rivelano una diversa volontà dei contraenti. (Nella specie, la S.C. ha respinto l'eccezione secondo la quale doveva ritenersi autorizzata l'azione di responsabilità ex art. 2393 c.c. solo per le condotte espressamente menzionate in assemblea, rilevando che era stata approvata la proposta di esercizio di tale azione per i danni ‘a qualunque titolo causati’, senza che, nel corso della discussione, fosse emersa la volontà di ridurne la portata).”*

Disposizioni applicate: Artt. 2393, 2393 bis c.c.

È noto che l'azione di responsabilità verso gli amministratori di una società di capitali, promossa dalla stessa società, necessita di essere sostenuta da una delibera approvata dall'assemblea dei soci o del collegio sindacale ai sensi dell'art. 2393 c.c., oppure che possa essere esercitata direttamente da tanti soci che rappresentino le quote di capitale sociale indicate all'art. 2393 bis c.c..

Quanto ai requisiti di contenuto e specificità della deliberazione, l'art. 2393 c.c. tuttavia non fornisce dettagli. La Cassazione ha quindi recentemente avuto occasione di fornire alcuni criteri guida che consentano di determinare eventuali confini di una delibera con la quale si decide di avviare un'azione di responsabilità verso gli amministratori.

Nel caso che qui si analizza, si è discusso se la delibera circa l'azione sociale di responsabilità nei confronti dell'amministratore riguardasse solo alcune tipologie di danno (in particolare, danni causati dall'amministratore per spese non riconducibili a finalità aziendali in un determinato arco temporale) o se invece potesse contenere domande di risarcimento per danni ulteriori. Inoltre, stante il silenzio della delibera di specie sul punto, è stata anche messa in discussione la validità della delibera anche per il successivo grado di appello.

La presenza di una delibera circa l'azione sociale di responsabilità, infatti, non è elemento di poco conto, giacché è indispensabile presupposto per valutare la sussistenza della legittimazione processuale del legale rappresentante della società (sul punto, la Cassazione cita propri precedenti provvedimenti – Cass. 10 settembre 2007, n. 18939; e Cass. 6 giugno 2003, n. 9090 – secondo i quali la deliberazione assembleare richiesta dell'art. 2393, comma 1, c.c. per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità è un elemento indispensabile al promovimento dell'azione di responsabilità e al fine di integrare la legittimazione di colui che, in qualità di legale rappresentante della società, agisce nel processo).

Quanto alla necessità di individuare precisamente oggetto e confini dell'azione di responsabilità, la Cassazione ha rilevato come non manchino, in dottrina e in giurisprudenza, affermazioni nel senso dell'ammissibilità di un'azione di responsabilità incentrata su fatti diversi da quelli che l'assemblea abbia preso in considerazione. Tuttavia, prosegue la Cassazione, sarebbe difficile negare che l'organo amministrativo della società sia tenuto conformarsi ad una deliberazione che abbia eventualmente fissato i precisi limiti entro i quali è stato deciso di modulare un'azione di responsabilità.

Ciò non significa, sempre secondo la Cassazione, che se una delibera reca menzione di alcuni comportamenti oggetto dell'azione di responsabilità, sia precluso prospettarne in giudizio di ulteriori. L'identificazione in delibera di alcuni fatti non sarebbe un elemento rappresentativo della volontà dell'assemblea di basarsi su di essi soltanto; la menzione di determinati addebiti verso l'amministratore potrebbe infatti avere valore esemplificativo, o potrebbe essere finalizzata a precisare che la domanda giudiziale da proporsi non possa prescindere, o potrebbe indicare, più semplicemente, il rilievo che l'assemblea assegna a quella condotta sul piano delle motivazioni che l'hanno spinta a deliberare l'azione di responsabilità (senza tuttavia escludere che questa possa avere ad oggetto anche altri comportamenti).

A sostegno di tale tesi, la Cassazione ha evidenziato che le delibere soggiacciono alle regole ermeneutiche dettate per i contratti quando se ne deve interpretare il contenuto dispositivo (rifacendosi sul punto a propri orientamenti: Cass. 10 gennaio 2018, n. 375; e Cass. 12 dicembre 2005, n. 27387); perciò, oltre al dato letterale, la delibera va interpretata anche tenendo conto anche della comune intenzione delle parti, e di criteri logici, teleologici e sistematici.

Nel caso di specie, nella delibera dell'assemblea non è stata espressa alcuna volontà di restringere l'azione di responsabilità a particolari e circoscritte tipologie di danni (ossia solo a quelli derivanti dall'uso per scopi personali delle carte di credito della società in un certo lasso

temporale), né è stata espressa alcuna limitazione circa il potere di proporre impugnazioni – del resto si è escluso che l'assemblea fosse tenuta a pronunciarsi sul punto, visto che l'intervento dell'organo assembleare è previsto, oltre che per la proposizione dell'azione di responsabilità, per i soli casi di rinuncia all'esercizio della detta azione e di transazione (cfr. art. 2393 c.c., comma 6). Pertanto, per concludere, la Cassazione ha ritenuto possibile affermare che la volontà assembleare non fosse nel senso di circoscrivere rigidamente l'iniziativa giudiziale contro l'amministratore quanto ad oggetto e impugnazione.

Master di specializzazione

DIRITTO E CONTENZIOSO SOCIETARIO

 **Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!**

[accedi al sito >](#)

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Mancata ammissione al passivo del fallimento del credito dell'avvocato per inadempimento: tra parametri di diligenza e onere della prova

di **Giulia Ferrari, Avvocato**



[Cass. Civ., sez. VI, 10.06.2021 n. 16324 – Pres. Ferro – Rel. Campese](#)

Parole chiave: fallimento, ammissione al passivo, onere della prova, eccezione di inadempimento, adempimento prestazione professionale, compenso del professionista, diligenza professionale, *ius novorum*.

Massime:

Il giudizio di opposizione allo stato passivo malgrado la sua natura impugnatoria non è caratterizzato dalla preclusione di cui all'articolo 345 c.p.c. in materia di *ius novorum*.

In tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisce per l'adempimento deve soltanto provare la fonte negoziale o legale del suo diritto e relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo della sua pretesa costituito dall'avvenuto adempimento.

Nel caso in cui nell'atto costitutivo del giudizio di opposizione allo stato passivo vengano formulate eccezioni nuove o vengano precisate eccezioni già sollevate in sede di verifica, il rispetto del principio del contraddittorio esige che sia concesso un termine all'opponente per spiegare le proprie difese e produrre la documentazione.

Disposizioni applicate: art. 360 c.p.c., artt. 1176, 1460 e 2697 c.c.; artt. 98 e 99 R.D. 16 marzo 1942, n. 267.

CASO

In sede di formazione dello stato passivo del fallimento della società Alfa la Curatela aveva reso parere negativo all'ammissione del credito dell'avvocato Tizio inerente alle competenze dello stesso maturate per aver assistito la società Alfa nella predisposizione di una domanda di concordato preventivo presentata dalla stessa società, in pendenza dell'istruttoria prefallimentare.

Le motivazioni della mancata ammissione espresse dalla Curatela e riprese dal Giudice Delegato nel provvedimento di approvazione dello stato passivo erano così formulate *“esclusa prededuzione comunque escluso il compenso per l'attività di assistenza nell'attività di presentazione della domanda di concordato in quanto il ricorso alla procedura di concordato è stato configurato come abuso del processo e quindi in pregiudizio dei creditori inoltre è configurabile l'inadempimento del professionista incaricato della risoluzione della crisi d'impresa”*.

L'avvocato Tizio formulava opposizione allo stato passivo ex art. 98 L.F. e solamente in sede di costituzione in tale giudizio di opposizione, la curatela aveva concretamente esplicitato in cosa fosse concretamente consistito l'inadempimento ascritto a Tizio, prima contestato solo genericamente, ossia la violazione del canone di diligenza prescritto nell'esecuzione dell'attività professionale.

L'avvocato Tizio formulava opposizione allo stato passivo ex articolo 98 L. F., opposizione che veniva rigettata dal Tribunale competente con decreto avverso il quale l'avvocato Tizio proponeva ricorso per Cassazione censurando lo stesso (i) per aver erroneamente posto a Carico di Tizio piuttosto che della curatela, l'onere della prova circa l'inadempimento (ii) in quanto la motivazione espressa dal Curatore in sede di redazione del progetto di stato passivo, poi ripresa in modo sostanzialmente identico dal Giudice delegato, doveva considerarsi assolutamente insufficiente a fondare il rigetto dell'istanza di insinuazione perché priva dell'indicazione seppur sommaria dei profili di inadempimento asseritamente imputabili allo stesso Tizio, tale circostanza poi aveva impedito all'opponente di formulare già con il proprio ricorso ex articolo 98 L.F. le necessarie istanze istruttorie e di indicare in modo specifico i mezzi di prova di cui intendeva avvalersi per dimostrare la correttezza della sua condotta professionale (iii) per la mancata concessione di un termine di difesa per la formulazione delle medesime istanze istruttorie.

SOLUZIONE

Il Giudice di legittimità ha solo parzialmente accolto il ricorso. Ha infatti ritenuto che le precisazioni circa le motivazioni dell'eccezione di inadempimento, rese nell'atto costitutivo del giudizio di opposizione, fossero “mere allegazioni difensive” e comunque non integrassero una nuova eccezione di inadempimento; ha ritenuto altresì che il decreto impugnato abbia fatto corretta applicazione della regola di ripartizione dell'onere probatorio ma ha invece censurato il tribunale di prime cure affermando che avrebbe dovuto concedere nel procedimento ex art. 98 L.F. all'opponente un adeguato termine di difesa.

La Corte di Cassazione ha quindi cassato il decreto impugnato con rinvio al tribunale in diversa

composizione per il corrispondente nuovo esame.

QUESTIONI

La sentenza in esame offre l'opportunità per una riflessione relativa alla natura del giudizio di opposizione allo stato passivo e alle conseguenti regole processuali ad esso applicate. Risulta poi particolarmente interessante per il contesto di fatto in cui si inserisce la vicenda dell'esclusione relativa all'inadempimento del proprio mandato da parte dell'avvocato che ha prestato la propria attività professionale in favore della società poi fallita per la redazione della domanda di concordato preventivo.

La pronuncia specifica che l'inadempimento sarebbe stato giustificato dalla violazione di doveri accessori espressivi dell'obbligo di diligenza come quello di informazione, di avviso e protezione della cliente alla quale l'avvocato non aveva fornito tutte le informazioni necessarie al fine di consentire di valutare i rischi insiti nella procedura concordataria.

Inizieremo questo breve commento partendo da questo secondo aspetto e da un inquadramento circa i profili generali relativi alla responsabilità professionale dell'avvocato che opera nell'interesse della società poi fallita nella fase prefallimentare.

La responsabilità professionale dell'avvocato è disciplinata dall'art. 1218 c.c. e presuppone la violazione del dovere di diligenza, parametrata, in luogo del criterio generale della diligenza del buon padre di famiglia, in base alla diligenza professionale media esigibile, ai sensi dell'articolo 1176 comma 2 c.c., da commisurare alla natura dell'attività esercitata con attenuazione ove ricorra l'ipotesi di cui all'art. 2236 c.c.

L'obbligo di diligenza imposto all'avvocato, sia al momento del conferimento dell'incarico che durante tutto il corso del rapporto contrattuale, dal combinato disposto degli artt. 1176, comma 2, e 1218 c.c., include anche: *“doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente, essendo tenuto a rappresentare a quest'ultimo tutte le questioni di fatto e di diritto, comunque insorgenti, ostative al raggiungimento del risultato, o comunque produttive del rischio di effetti dannosi; di richiedergli gli elementi necessari o utili in suo possesso; di sconsigliarlo dall'intraprendere o proseguire un giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole”* (cfr. Cas. Civ., 19.07.2019, n. 19520) proprio tali doveri sono stati violati dall'avvocato Tizio nel caso in esame, integrando l'inadempimento e giustificando l'esclusione.

Con riferimento specifico alla condotta che deve tenere il professionista che (come nel caso che ci occupa) assume l'incarico di assistere la società nell'ammissione alla procedura di concordato preventivo, esso è tenuto ad *“utilizzare tutte le cognizioni tecniche a propria disposizione per presentare una domanda completa, esaustiva e ineccepibile, conforme al tipo legale o “in alternativa, dopo aver raccolto dalla propria cliente tutta la documentazione e le informazioni necessarie per poter accedere al beneficio”, informarla delle criticità connesse alla soluzione scelta, rappresentandole tutti i rischi e/o eventualmente dissuadendola dal presentare la domanda al fine di evitare la dilatazione dei tempi della procedura con aggravio*

di costi (Tribunale di Monza 20.6.2019, conf. Tribunale di Padova 1.6.2018) oltre che a verificare la fattibilità giuridica della proposta, ossia la sua non incompatibilità con norme inderogabili (cfr. da ultimo Cass. 1.2.2018 n. 4790).

La particolarità del caso giunto allo scrutinio della Suprema Corte riguarda il fatto che l'ammissione del credito del professionista al passivo del fallimento è stata dapprima esclusa sulla base di una "generica" motivazione di inadempimento. Solamente nell'atto di costituzione nell'ambito del giudizio di opposizione allo stato passivo la Curatela aveva dato concretezza al motivo di esclusione, qualificando l'inadempimento dell'avvocato nella violazione di doveri accessori espressione dell'obbligo di diligenza, come quello di informazione, di avviso e protezione della cliente alla quale non aveva fornito tutte le informazioni necessarie al fine di consentire di valutare i rischi insiti nella procedura concordataria. Conseguentemente, l'avvocato Tizio, per la prima volta nell'ambito di tale procedimento, veniva a conoscenza nel dettaglio dei comportamenti che secondo la valutazione della Curatela avrebbero determinato l'inadempimento. Nonostante questo, nell'ambito del citato procedimento, nessun termine di difesa era stato concesso all'opponente per replicare alle difese contenute nell'atto di costituzione della parte opposta.

Le questioni sollevate dalla fattispecie sono diverse e corrispondono ai motivi di ricorso. Una prima riguarda il fatto se l'eccezione di inadempimento svolta compiutamente solo in fase di costituzione della Curatela nel procedimento di opposizione allo stato passivo possa considerarsi *ius novum* e se la risposta fosse affermativa che rilievo esso abbia nel procedimento di opposizione; una seconda è relativa al fatto se la medesima contestazione sia sufficiente ad integrare i requisiti dell'onere della prova; una terza è relativa al fatto se la mancata concessione di un termine di difesa a favore dell'avvocato Tizio nel medesimo giudizio di opposizione non abbia violato il suo diritto ad una difesa piena.

Per inquadrare correttamente la vicenda è necessario ricordare che, secondo l'orientamento dominante della giurisprudenza, il giudizio di opposizione allo stato passivo ha natura impugnatoria benché non possa configurarsi come un vero e proprio appello (cfr. da ultimo Cass. n. 17293/2016 e Cass. n. 9617/2016), da cui discende come corollario l'inoperatività del divieto dei nova ex art. 345 c.p.c., con conseguente ammissibilità delle eccezioni proposte dal Curatore per la prima volta nel giudizio di opposizione *"in quanto il riesame, a cognizione piena, del risultato della cognizione sommaria proprio della verifica, demandato al giudice dell'opposizione, se esclude l'immutazione del "thema disputandum" e non ammette l'introduzione di domande riconvenzionali della curatela, non ne comprime tuttavia il diritto di difesa, consentendo, quindi, la formulazione di eccezioni non sottoposte all'esame del giudice delegato"* (Cass. n. 19003/2017; Cass. Civ. 6.8.2019 n. 22386 e recentemente Cass. Civ. 21490/2020). Lo stesso vale anche, "posto che il più contiene il meno", quanto alle specificazioni di eccezioni già solo genericamente proposte.

Con riferimento all'onere della prova nel giudizio di opposizione, in applicazione dei principi generali in tema di responsabilità contrattuale ed eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., incombe sul Curatore l'onere di allegare l'inadempimento e sul professionista quello di

provare di aver diligentemente e peritamente adempiuto all'obbligazione assunta (cfr. Cass. Civ. 18.2.2020 n. 3996; Cassazione Civ. sez. unite n. 13533/2001). L'eccezione di inadempimento invocabile anche nell'ipotesi di prestazioni professionali (cfr. Cass. 5.7.2012 n. 11304), se è fondata, elide il diritto al compenso (cfr. Cass. Civ. 16.7.2018 n. 18858; Cass. 2.2.2007 n. 2257; Cass. Civ. 5928/2002).

Sulla scorta di tali principi, la Cassazione ha affermato che il decreto impugnato ha fatto corretta applicazione della regola della ripartizione dell'onere probatorio ed ha altresì affermato la natura di mera allegazione difensiva rispetto alle precisazioni sull'eccezione di inadempimento esplicitata dalla curatela solo costituendosi nel giudizio di opposizione ma già contenuta quale eccezione nel provvedimento di definitività dello stato passivo.

Gli Ermellini, nella sentenza in esame, hanno tuttavia censurato il giudice di prime cure che, essendone anche stato richiesto, non aveva concesso all'opponente termine di difesa dopo il deposito dell'atto costitutivo della curatela contenente le precisazioni inerenti l'eccezione di inadempimento, violando il principio del contraddittorio e il diritto ad una piena difesa. Così si sono espressi i Giudici di Legittimità *"In queste ipotesi e solo in relazione ai contenuti e termini dell'eccezione nuova o come nella concreta fattispecie di quella (originariamente generica e solo dopo adeguatamente specificata) il rispetto del principio del contraddittorio esige che sia concesso termine all'opponente per dispiegare le proprie difese e produrre la documentazione probatoria idonea supportarle Cass. Civ. 22386/2019"*. È stato altresì precisato che tale concessione si deve riferire solamente ai contenuti e termini dell'eccezione nuova proposta o specificata in sede di memoria di costituzione, poiché allargare ad altro orizzonte la difesa significherebbe in realtà eliminare dal tessuto normativo vigente la preclusione prevista dalla disciplina dell'art. 99 L.F. comma due numero 4, secondo la quale a pena di decadenza le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio nonché l'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti devono essere contenuti nel ricorso.

Master di specializzazione

CRISI DI IMPRESA: IL RUOLO DEL PROFESSIONISTA

 **Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!**

accedi al sito >

Diritto Bancario

Il patrimonio separato della società veicolo (SPV)

di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

Seminario di specializzazione

CESSIONE E CARTOLARIZZAZIONE DEI CREDITI: NORMATIVA, GIURISPRUDENZA E PRASSI

 Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

[accedi al sito >](#)

Le operazioni di “cartolarizzazione” dei crediti realizzate ai sensi degli artt. 1 e 4 L. n. 130/1999 (Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti) e dell’art. 58 TUB (Cessione di rapporti giuridici) prevedono la cessione a titolo oneroso di crediti pecuniari, sia esistenti sia futuri, individuabili in blocco se si tratta di una pluralità.

Un aspetto caratterizzante le operazioni di cartolarizzazione è che le somme versate dai debitori ceduti sono destinate, in via esclusiva, ai portatori dei titoli, emessi per finanziare l’acquisto dei relativi crediti. Per garantire questo ultimo obiettivo, l’art. 3, comma 2, L. n. 190/1999 prevede che i crediti oggetto di cessione, pur divenendo formalmente di proprietà della società veicolo, non entrino a far parte del patrimonio di quest’ultima, ma di un patrimonio separato, aggredibile solo dai portatori dei titoli derivanti dal processo di cartolarizzazione: « *I crediti relativi a ciascuna operazione (per tali intendendosi sia i crediti vantati nei confronti del debitore o dei debitori ceduti, sia ogni altro credito maturato dalla società di cui al comma 1 nel contesto dell’operazione), i relativi incassi e le attività finanziarie acquistate con i medesimi costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello della società e da quello relativo alle altre operazioni. Su ciascun patrimonio non sono ammesse azioni da parte di creditori diversi dai portatori dei titoli emessi per finanziare l’acquisto dei crediti stessi*».

Tale separazione patrimoniale non ha la funzione di limitare la responsabilità della società veicolo bensì di creare un meccanismo di garanzia patrimoniale per i portatori dei titoli emessi. In sostanza, il flusso di liquidità che l’incasso dei crediti è in grado di generare è funzionale, in via esclusiva, al rimborso dei titoli emessi, alla corresponsione degli interessi pattuiti ed al pagamento dei costi dell’operazione.

È stato bene evidenziato che la separazione patrimoniale opera, da un lato, come “segregazione” di singoli beni e diritti, con uno specifico vincolo di destinazione nel patrimonio della società veicolo; dall’altro, invece, come possibilità di realizzare limitazioni al principio dell’universalità della responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c. separando, appunto, una serie di rapporti. Il patrimonio separato, avente ad oggetto il complesso dei crediti ceduti e

destinato al servizio del prestito emesso, svolge: i) la funzione di creare un'apposita garanzia, diversa e distinta dal capitale sociale, per i prenditori dei titoli; ii) la funzione altresì di limitare la responsabilità della società cedente e di circoscrivere la responsabilità della società veicolo, rispetto ai prenditori dei titoli emessi per l'acquisto dei crediti.

Insomma: sul patrimonio alimentato dai flussi di cassa, generati dalla riscossione dei crediti cartolarizzati, possono soddisfarsi esclusivamente i possessori dei titoli emessi dalla SPV ma non anche altri creditori.

Su tali presupposti, è stata disposta la sospensione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo per il rischio paventato dall'ingiunto di non poter più, all'occorrenza, recuperare quanto eventualmente versato alla società di cartolarizzazione (SPV), munita (come di regola) di un modesto capitale sociale (Trib. Perugia 4.12.2018; Trib. Fermo 9.6.2020).

Seminario di specializzazione

CESSIONE E CARTOLARIZZAZIONE DEI CREDITI: NORMATIVA, GIURISPRUDENZA E PRASSI

 Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

[accedi al sito >](#)

Processo civile telematico

Processo civile telematico e Giudice di Pace: lo stato dell'arte

di **Giuseppe Vitrani**



Nel contesto degli interventi, più o meno emergenziali, volti alla digitalizzazione del processo civile di tanto in tanto ci si domanda quando il processo telematico farà finalmente il suo debutto anche presso gli uffici del Giudice di Pace in modo da poter giungere ad una piena e definitiva informatizzazione del rito civile e, questione non da poco, eliminare gli errori procedurali di coloro che reputano già ora di potersi valere di alcune indubbe *commodities* del telematico, quali il potere di attestazione di conformità conferito ad avvocati ed altri protagonisti del processo.

In realtà, come noto, il Legislatore ha previsto l'introduzione del processo telematico presso i suddetti uffici nel contesto del più ampio intervento di riforma della magistratura onoraria operato dal decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116, il cui art. 32 comma 5, prevedeva testualmente (nella sua formulazione originaria): *“A decorrere dal **31 ottobre 2021** (il grassetto è di chi scrive, n.d.r.) ai procedimenti civili contenziosi, di volontaria giurisdizione e di espropriazione forzata introdotti dinanzi al giudice di pace a norma dell'articolo 27 si applicano le disposizioni, anche regolamentari, in materia di processo civile telematico per i procedimenti di competenza del tribunale vigenti alla medesima data”*. Non a caso, la suddetta data era la stessa prevista per l'entrata in vigore dell'intera parte del testo normativo concernente l'aumento (notevole) di competenza per il Giudice di Pace, prevista agli art. 27 e 28 del decreto citato.

Dunque, il Legislatore aveva (e ha, come vedremo tra breve) previsto uno scenario in cui aumento delle competenze e informatizzazione degli uffici sarebbero andati (e vanno) di pari passo, ipotizzando un termine di quattro anni per portare il sistema a regime. Sennonché tale riforma radicale si è scontrata con un nemico molto più potente, l'emergenza sanitaria da Covid-19, che ha fatalmente rallentato l'adeguamento delle strutture e degli uffici. In ragione di ciò si è dovuto prendere atto del mutato contesto sociale e normativo e si è differita di un ulteriore quadriennio l'entrata in vigore della riforma; con l'art. 17-ter, comma 1, lettera b) del d.l. 9 giugno '21 (convertito dalla legge 6 agosto '21, n. 113), il termine di cui all'art. 32, comma 5, d. lgs. n. 116 del 2017 è stato infatti portato al **31 ottobre 2025**.

Vi è dunque ampio margine di tempo per avviare un'opera titanica di informatizzazione di uffici ancora molto arretrati da questo punto vista; basti pensare che per molti di questi non è stata neppure abilitata la trasmissione delle comunicazioni e notificazioni di cancelleria a mezzo PEC. Data la situazione, pertanto, inutile prospettare tempi più ravvicinati che non sarebbero stati rispettati e avrebbero solo generato incertezze negli operatori.

La macchina della giustizia telematica non è però stata ferma in questi mesi; nello scorso mese di giugno, infatti, sul portale dei servizi telematici del ministero della Giustizia sono stati pubblicati i nuovi schemi XSD relativi agli atti che sarà possibile depositare telematicamente presso gli uffici dei Giudici di Pace in via sperimentale a partire da una data che verrà resa nota in seguito.

Tali schemi xsd (che costituiscono il paradigma necessario per poter effettuare i depositi telematici) sono stati rilasciati anticipatamente rispetto ai tempi di avvio della sperimentazione dei depositi; ciò al fine consentire alle software house di adeguare gli applicativi messi a disposizione dei professionisti.

Gli schemi già rilasciati sono relativi a:

- ricorso per decreto ingiuntivo
- integrazione documentale .
- richiesta di esecutorietà ex art. 647 c.p.c.
- richiesta di consultazione temporanea del fascicolo
- deposito complementare

In sostanza, tutti gli schemi necessari per avviare i primi test di deposito nell'ambito del procedimento monitorio.

Chiarito il quadro normativo ci si può anche domandare se, in presenza di uffici più virtuosi e più avanzati nello sviluppo delle funzionalità digitali, sarà possibile avviare il processo telematico, anche solo in via meramente facoltativa, in anticipo rispetto alla data indicata dal legislatore.

Un indizio favorevole in tal senso è dato dall'art. 16 bis, comma 6, d.l. 179 del 2012 il quale, con riferimento alle norme sul processo civile telematico, riportate nei commi precedenti, prevede espressamente che *“negli uffici giudiziari diversi dai tribunali le disposizioni di cui ai commi 1 e 4 si applicano a decorrere dal quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana dei decreti, aventi natura non regolamentare, con i quali il Ministro della giustizia, previa verifica, accerta la funzionalità dei servizi di comunicazione. I decreti previsti dal presente comma sono adottati sentiti l'Avvocatura generale dello Stato, il Consiglio nazionale forense ed i consigli dell'ordine degli avvocati interessati”*.

La norma in sostanza prevede che i depositi telematici nel rito contenzioso e nel rito monitorio possano essere autorizzati con decreto del Ministro della giustizia e dunque

(parrebbe) a prescindere o non essendo vincolati all'esistenza di un termine preciso (che in effetti al momento dell'emanazione del suddetto decreto legge non c'era); termine preciso che invece, va ricordato, è previsto nell'art. 32 d. lgs. 116 del 2017, sicché ci si può domandare se tale norma possa essere applicata anche con l'attuale regime normativo e possa eventualmente portare, in alcuni uffici, ad una partenza anticipata dei depositi telematici.

Ad avviso di chi scrive la risposta potrebbe anche essere positiva anche se, per la verità, il discorso rischia di essere confinato a discussioni prettamente accademiche o teoriche stante che, in pratica, ben difficilmente si assisterà a richieste di avvio anticipato del "processo digitale".

Come si diceva, nel quadro della più ampia riforma e dell'aumento di competenze che interesseranno la magistratura ordinaria da qui a quattro anni, la priorità non che si brucino le tappe ma che si crei un sistema davvero efficiente e in grado di reggere il carico, invero sostanzioso, che si riverserà sugli uffici dei Giudice dei Pace.

Master di specializzazione

PCT: SOLUZIONI OPERATIVE E ASPETTI DEONTOLOGICI

Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

accedi al sito >