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

Edizione di martedì 9 novembre 2021

LEGAL COUNSEL, Privacy

Data Breach: solo una corretta formazione potrebbe salvarci tutti
di **Andrea Lisi**

LEGAL COUNSEL, Privacy

Data Breach: solo una corretta formazione potrebbe salvarci tutti
di **Andrea Lisi**

Procedimenti di cognizione e ADR

Liquidazione delle spese processuali: la nota spese depositata nel giudizio vincola il giudice
di **Francesco Tedioli, Avvocato**

Esecuzione forzata

Il creditore che abusa dell'azione esecutiva non ha diritto a ripetere le spese sostenute
di **Paolo Cagliari, Avvocato**

Obbligazioni e contratti

La determinazione del compenso del prestatore d'opera intellettuale
di **Abigail Owusu, Avvocato**

Proprietà e diritti reali

La caducazione di un titolo giudiziale provvisoriamente esecutivo legittima il debitore esecutato a promuovere un autonomo giudizio per la ripetizione dell'indebito
di **Saverio Luppino, Avvocato**

Diritto e procedimento di famiglia

Il rifiuto di un genitore alla vaccinazione contro il Covid è contrario agli interessi del minore
di **Giuseppina Vassallo, Avvocato**

Diritto e reati societari

L'adesione ad un c.d. 'sindacato di gestione' può costituire giusta causa di revoca di un amministratore di una S.p.A.
di **Dario Zanotti, Avvocato**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Le Sezioni Unite definiscono il termine per la riassunzione del processo interrotto dalla dichiarazione di fallimento
di **Paolo Cagliari, Avvocato**

Diritto Bancario

La forma del contratto di apertura di credito
di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

Processo civile telematico

Il deposito di prove digitali in formati non ammessi dalle specifiche tecniche sul pct
di **Giuseppe Vitrani**

LEGAL COUNSEL, Privacy

Data Breach: solo una corretta formazione potrebbe salvarci tutti

di **Andrea Lisi**

Tra le ultime in ordine di tempo c'è anche la San Carlo.

Le notizie di attacchi hacker perpetrati a danno di enti pubblici, piccole aziende o anche a medio-grandi società, appartengono oramai alla cronaca di tutti i giorni. Si tratta di malware soprattutto, che si introducono non solo a causa di sistemi di sicurezza deboli, ma molto spesso per **scarsa consapevolezza del problema** da parte dei dipendenti. Basta una mail, un click sbagliato e il gioco è fatto. Si aprono così le porte a malintenzionati che gettano nel web veri e propri ami informatici per poi avere gioco facile nel ricattarci.

Le (vere) conseguenze di un Data Breach

Fa un certo effetto ascoltare le parole dei protagonisti di certe vicende, come quella recentemente avvenuta alla SIAE, dove sono stati esfiltrati circa 60 gigabyte di dati, pari a 28mila file. Il DG Gaetano Blandini, all'indomani dell'attacco ha avuto modo di classificare il danno non come "economico", ma semplicemente "di immagine" per il suo importante ente.

In realtà, un archivio digitale di questa entità violato, esposto alla diffusione è un dramma incredibile, che non sarebbe mai dovuto succedere. Gli hacker, un gruppo emergente già protagonista negli ultimi mesi di varie incursioni ai danni anche di enti governativi esteri, non hanno tardato a rivendere sul dark web parte dei dati relativi a carte di identità, patenti, tessere sanitarie e indirizzi di tanti autori e artisti presenti nei database della società.

Rendiamoci conto che circa 60 gigabyte di dati sono usciti da un archivio indisturbati e l'attuale diffusione ne costituisce una percentuale minima. Come se nulla fosse. Come se il GDPR con le sue misure di sicurezza non esistesse.

Qual è il problema

Il problema oggi soprattutto per gli enti pubblici – piuttosto che di "privacy" (che andrebbe più

propriamente definita "protezione dei dati personali") – è il voler rendere possibile quanto da anni declinato nel CAD in termini di trasparenza, semplificazione, efficientamento organizzativo, senza il necessario e indispensabile corredo di garanzie di esattezza, integrità, autenticità, qualità dei dati e documenti previste nello stesso CAD, nelle sue regole tecniche e linee guida, nonché (appunto) dai principi generali della normativa sulla protezione dei dati personali.

Il problema aperto e lacerante resta solo e soltanto questo. Lo stato pietoso, arretrato e reale della "digitalizzazione a norma" delle PA (e anche di alcune realtà aziendali) del nostro Paese. E, in questo stato, condividere dati e documenti informatici tra amministrazioni resta un rischio altissimo per i diritti e le libertà dei cittadini. Perché un archivio o un database non sicuri, aggredibili, manomettibili, facilmente *hackerabili*, mettono gravemente a rischio le garanzie su cui si poggia la nostra stessa democrazia, oltre che i diritti e le libertà delle persone fisiche (che il GDPR impone di tutelare dai rischi derivanti da qualsiasi trattamento di dati personali).

Ci vuole uno sforzo organizzativo...e anche interpretativo

L'Italia sta cercando di investire su politiche di digitalizzazione, anche considerando i fondi a disposizione del PNRR. A mio avviso, Legislatore e Garante che – con approccio paternalistico – ci aiutano in questi ultimi anni come balie, che ci indicano ogni puntiglioso dettaglio delle nostre azioni, sono conseguenza ormai della nostra svogliatezza, del nostro senso di smarrimento. Siamo noi purtroppo a ricercarli in questo ruolo di genitori ansiosi, anche a causa di una ormai scarsa abitudine (o forse mancanza di coraggio) a interpretare le norme che da tempo abbiamo già a disposizione per procedere nel nostro necessario cammino verso la digitalizzazione. E invece regolamentazioni così puntigliose e interventi così particolareggiati, che imbrigliano la materia invece di semplificarla e renderla comprensibile, sarebbero anche astrattamente in contrasto con il principio di accountability del GDPR.

Si percepisce inoltre, anche sfogliando il recente ultimo rapporto I-Com, che c'è un'Italia di serie A e una di serie B. Ci stiamo rendendo conto che il Nord ha uno sviluppo di rete e di infrastrutture oltre che di consapevolezza della digitalizzazione, e una parte del Paese che invece frena, il Sud, quando la pandemia ci ha invece fatto capire che non avere un buon livello di digitalizzazione significa faticare ad avere rapporti con la P.A. e non solo. Senza un accurato processo di digitalizzazione oggi siamo privati di servizi essenziali, come quello sanitario.

Il problema è che senza consapevolezza dei rischi da parte dei cittadini, la politica continuerà a trattare il digitale come "roba da nerd", da ricordare solo in occasione di qualche annoiato comunicato stampa, senza rendersi davvero conto che dalle strategie di digitalizzazione possa oggi dipendere la crescita del nostro Sistema Paese.

La formazione è la chiave

Oggi l'educazione civica, per tutti i cittadini, deve tradursi in educazione civica digitale. Così

come la formazione in contesti lavorativi pubblici e privati deve essere garantita, come peraltro da più di 15 anni il CAD prevede. Solo così potremo aspirare a essere consapevoli che la nostra stessa democrazia è a rischio se lo sviluppo del digitale verrà lasciato al caso, alla mercè del potere sterminato di pochi big player, come sta accadendo in questi giorni.

Solo così ci impossesseremo di nuovo delle chiavi di volta della nostra esistenza rifondando le radici in chiave digitale per la nostra democrazia.

LEGAL COUNSEL, Privacy

Data Breach: solo una corretta formazione potrebbe salvarci tutti

di **Andrea Lisi**

Tra le ultime in ordine di tempo c'è anche la San Carlo.

Le notizie di attacchi hacker perpetrati a danno di enti pubblici, piccole aziende o anche a medio-grandi società, appartengono oramai alla cronaca di tutti i giorni. Si tratta di malware soprattutto, che si introducono non solo a causa di sistemi di sicurezza deboli, ma molto spesso per **scarsa consapevolezza del problema** da parte dei dipendenti. Basta una mail, un click sbagliato e il gioco è fatto. Si aprono così le porte a malintenzionati che gettano nel web veri e propri ami informatici per poi avere gioco facile nel ricattarci.

Le (vere) conseguenze di un Data Breach

Fa un certo effetto ascoltare le parole dei protagonisti di certe vicende, come quella recentemente avvenuta alla SIAE, dove sono stati esfiltrati circa 60 gigabyte di dati, pari a 28mila file. Il DG Gaetano Blandini, all'indomani dell'attacco ha avuto modo di classificare il danno non come "economico", ma semplicemente "di immagine" per il suo importante ente.

In realtà, un archivio digitale di questa entità violato, esposto alla diffusione è un dramma incredibile, che non sarebbe mai dovuto succedere. Gli hacker, un gruppo emergente già protagonista negli ultimi mesi di varie incursioni ai danni anche di enti governativi esteri, non hanno tardato a rivendere sul dark web parte dei dati relativi a carte di identità, patenti, tessere sanitarie e indirizzi di tanti autori e artisti presenti nei database della società.

Rendiamoci conto che circa 60 gigabyte di dati sono usciti da un archivio indisturbati e l'attuale diffusione ne costituisce una percentuale minima. Come se nulla fosse. Come se il GDPR con le sue misure di sicurezza non esistesse.

Qual è il problema

Il problema oggi soprattutto per gli enti pubblici – piuttosto che di "privacy" (che andrebbe più

propriamente definita "protezione dei dati personali") – è il voler rendere possibile quanto da anni declinato nel CAD in termini di trasparenza, semplificazione, efficientamento organizzativo, senza il necessario e indispensabile corredo di garanzie di esattezza, integrità, autenticità, qualità dei dati e documenti previste nello stesso CAD, nelle sue regole tecniche e linee guida, nonché (appunto) dai principi generali della normativa sulla protezione dei dati personali.

Il problema aperto e lacerante resta solo e soltanto questo. Lo stato pietoso, arretrato e reale della "digitalizzazione a norma" delle PA (e anche di alcune realtà aziendali) del nostro Paese. E, in questo stato, condividere dati e documenti informatici tra amministrazioni resta un rischio altissimo per i diritti e le libertà dei cittadini. Perché un archivio o un database non sicuri, aggredibili, manomettibili, facilmente *hackerabili*, mettono gravemente a rischio le garanzie su cui si poggia la nostra stessa democrazia, oltre che i diritti e le libertà delle persone fisiche (che il GDPR impone di tutelare dai rischi derivanti da qualsiasi trattamento di dati personali).

Ci vuole uno sforzo organizzativo...e anche interpretativo

L'Italia sta cercando di investire su politiche di digitalizzazione, anche considerando i fondi a disposizione del PNRR. A mio avviso, Legislatore e Garante che – con approccio paternalistico – ci aiutano in questi ultimi anni come balie, che ci indicano ogni puntiglioso dettaglio delle nostre azioni, sono conseguenza ormai della nostra svogliatezza, del nostro senso di smarrimento. Siamo noi purtroppo a ricercarli in questo ruolo di genitori ansiosi, anche a causa di una ormai scarsa abitudine (o forse mancanza di coraggio) a interpretare le norme che da tempo abbiamo già a disposizione per procedere nel nostro necessario cammino verso la digitalizzazione. E invece regolamentazioni così puntigliose e interventi così particolareggiati, che imbrigliano la materia invece di semplificarla e renderla comprensibile, sarebbero anche astrattamente in contrasto con il principio di accountability del GDPR.

Si percepisce inoltre, anche sfogliando il recente ultimo rapporto I-Com, che c'è un'Italia di serie A e una di serie B. Ci stiamo rendendo conto che il Nord ha uno sviluppo di rete e di infrastrutture oltre che di consapevolezza della digitalizzazione, e una parte del Paese che invece frena, il Sud, quando la pandemia ci ha invece fatto capire che non avere un buon livello di digitalizzazione significa faticare ad avere rapporti con la P.A. e non solo. Senza un accurato processo di digitalizzazione oggi siamo privati di servizi essenziali, come quello sanitario.

Il problema è che senza consapevolezza dei rischi da parte dei cittadini, la politica continuerà a trattare il digitale come "roba da nerd", da ricordare solo in occasione di qualche annoiato comunicato stampa, senza rendersi davvero conto che dalle strategie di digitalizzazione possa oggi dipendere la crescita del nostro Sistema Paese.

La formazione è la chiave

Oggi l'educazione civica, per tutti i cittadini, deve tradursi in educazione civica digitale. Così

come la formazione in contesti lavorativi pubblici e privati deve essere garantita, come peraltro da più di 15 anni il CAD prevede. Solo così potremo aspirare a essere consapevoli che la nostra stessa democrazia è a rischio se lo sviluppo del digitale verrà lasciato al caso, alla mercè del potere sterminato di pochi big player, come sta accadendo in questi giorni.

Solo così ci impossesseremo di nuovo delle chiavi di volta della nostra esistenza rifondando le radici in chiave digitale per la nostra democrazia.

Procedimenti di cognizione e ADR

Liquidazione delle spese processuali: la nota spese depositata nel giudizio vincola il giudice

di **Francesco Tedioli, Avvocato**

Cass. civ. Sez. VI 26-10-2021, n. 30087. Pres. Greco – Rel. Lo Sardo

Spese giudiziali civili – Nota delle spese – Presentazione della nota delle spese – Specificazione della somma domandata – Attribuzione alla parte a titolo di rimborso spese di una somma di entità inferiore – Inammissibilità

(C.p.c., art. 91; 360; C.p.c. disp. att., art. 75; D.M. 10 marzo 2014 n. 55, artt. 2 e 4)

Attraverso la nota delle spese, la parte fissa l'oggetto della condanna chiesta al giudice, di modo che, tutte le volte che il giudice liquida le spese e le competenze del difensore in misura inferiore a quella richiesta attraverso la nota spese, deve fornire una spiegazione delle ragioni per cui il rimborso è considerato non dovuto o dovuto in misura inferiore rispetto a quello richiesto.

CASO

La Commissione Tributaria Provinciale di Roma respingeva il ricorso di un contribuente che aveva impugnato una cartella di pagamento fondata su un avviso di liquidazione dell'imposta di registro riguardante una sentenza civile. Tale sentenza veniva appellata avanti la Commissione Tributaria Regionale del Lazio, che accoglieva il gravame e condannava l'Agenzia delle Entrate alla rifusione delle spese giudiziali del doppio grado nella misura complessiva di euro 300,00. La sentenza di secondo grado veniva impugnata in Cassazione dal contribuente (avvocato) sulla base di due motivi.

Con il primo, si denuncia la violazione o falsa applicazione degli artt. 91 c.p.c., 2 e 4 del D.M. 10 marzo 2014 n. 55, 75 disp. att. c.p.c., in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.., perché la sentenza di secondo grado ha liquidato le spese giudiziali (per entrambi i gradi di merito), **in misura inferiore agli importi minimi dei parametri tabellari** in relazione al valore della

controversia, **senza tener conto delle note spese prodotte**.

Con il secondo motivo, in via subordinata, si denuncia la violazione o falsa applicazione dell'art. 4 del D.M. 10 marzo 2014 n. 55, quale modificato dall'art. 1 del D.M. 8 marzo 2018 n. 37, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., perchè la sentenza gravata ha liquidato i compensi del legale in misura inferiore ai valori minimi dei parametri tabellari.

SOLUZIONE

Ritenendo ammissibili e fondati entrambi i motivi di cassazione, la Suprema Corte accoglie la domanda. La Corte si sofferma, in particolare, sul secondo motivo del ricorso, osservando che, secondo quanto è previsto dall'art. 75 disp. att. c.p.c., **il giudice non può attribuire alla parte, a titolo di rimborso delle spese, una somma di entità superiore rispetto a quella domandata con la nota spese** (Cass. 14 maggio 2013 n. 11522; Cass. 5 marzo 2020 n. 6345).

Tale affermazione discende dalla premessa secondo cui il deposito della nota spese costituisce esplicitazione del principio della domanda poiché, attraverso essa, la parte fissa l'oggetto della condanna chiesta al giudice.

Quest'ultimo potrà, quindi, liquidare spese e competenze di avvocato in misura **inferiore** a quella richiesta, solo ove la pronuncia sia sorretta dalla **spiegazione delle ragioni** per cui il rimborso è considerato non dovuto o dovuto in misura inferiore rispetto a quello richiesto in corrispondenza delle singole voci della nota (Cass. 14 maggio 2013 n. 11522, cit.).

Nella specie, quindi, la Commissione Tributaria Regionale si è notevolmente discostata *in minus* sia dalle richieste (sia pure con riferimento alle tariffe vigenti *ratione temporis*) che dai parametri minimi previsti dal D.M. 10 marzo 2014, n. 55 nella liquidazione dei compensi del difensore in relazione al valore della controversia per ciascun grado di merito, limitandosi ad una liquidazione cumulativa per il duplice grado del giudizio tributario in misura del tutto irrisoria.

QUESTIONI

La pronuncia in commento della Suprema Corte offre lo spunto per alcune riflessioni sulla funzione della nota delle spese, a seguito della riforma dei parametri forensi.

In base all'art. 75 disp. att. c.p.c., il difensore, quando la causa viene trattenuta in decisione, deve depositare la nota delle spese, indicando in modo distinto e specifico le competenze e le spese.

L'abolizione delle tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico (art. 9, comma 1 del D.L. 24 gennaio 2012 n. 1) non implica il venir meno dell'onere del difensore – ai sensi dell'art. 75 disp. att. c.p.c – di depositare in giudizio la nota spese a supporto della domanda di condanna della controparte alle spese di lite.

L'omissione dell'indicazione non impedisce che il giudice, nel decidere, debba comunque provvedere sulle spese, in base a quanto emerge dagli atti. In passato, la Corte ha, infatti, affermato che in mancanza di una espressa istanza in tal senso, il giudice ha il potere di riconoscere alla parte vittoriosa il diritto ad essere rimborsata delle spese sostenute nel processo (Cass. 23 aprile 1988 n. 3149; Cass. 25 marzo 1998 n. 3162; Cass 13 maggio 2011 n. 10663; in dottrina, LEVONI, *Le disposizioni di attuazione del codice di procedura civile*, Milano, 1992, 164)

La sentenza in esame si inserisce, invece, in quell'indirizzo di legittimità, invero piuttosto consolidato, secondo il quale la nota spese *ex* art. 75 disp. att. c.p.c., funge anche da limite al potere del giudice di liquidazione dei compensi alla parte vittoriosa (Cass. 4 aprile 2003 n. 5327; Cass. 14 maggio 2013 n. 11522; Cass. 26 giugno 2019, n. 17057, Cass. 5 marzo 2020 n. 6345).

A parere di chi scrive, i parametri forensi rendono ormai inutile la nota spese. Trattandosi di criteri numerici offerti al giudice per quantificare il compenso spettante al professionista per l'assistenza prestata al cliente, l'autorità giudiziaria gode di una certa discrezionalità nella loro applicazione.

La nota spesa dovrebbe, allora, rappresentare un ausilio per orientare il giudice nell'esercizio della propria valutazione discrezionale. La nota può pertanto essere qualificata come una proposta di liquidazione del compenso, in cui illustrare i parametri di cui si sollecita l'applicazione o nella quale si possono richiedere compensi superiori ai valori medi di liquidazione.

Esecuzione forzata

Il creditore che abusa dell'azione esecutiva non ha diritto a ripetere le spese sostenute

di **Paolo Cagliari, Avvocato**

Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2021, n. 15077 – Pres. De Stefano – Rel. Rossetti

Esecuzione forzata – Cumulo dei mezzi di espropriazione – Interesse ad agire – Impiego fruttuoso dei mezzi processuali per la soddisfazione coattiva del credito – Insussistenza – Abuso dei mezzi processuali – Conseguenze

Il creditore non può pretendere di ripetere dal debitore le spese che conseguono alla scelta di avvalersi di mezzi di tutela più onerosi, quando disponga di strumenti alternativi che gli consentano di ottenere lo stesso grado di tutela, costituendo abuso del processo l'avvio di plurime iniziative esecutive che hanno, come unico effetto, quello di fare lievitare i costi dell'esecuzione forzata.

CASO

Un creditore, in forza dei cinque titoli esecutivi dei quali disponeva, avviava, nei confronti del proprio debitore, altrettante espropriazioni forzate presso terzi, all'esito delle quali venivano emesse cinque ordinanze di assegnazione.

In forza di queste ultime, lo stesso creditore agiva, quindi, in via monitoria e otteneva la pronuncia di cinque decreti ingiuntivi, i quali venivano, a loro volta, messi in esecuzione, sempre nelle forme dell'espropriazione mobiliare presso terzi, nei confronti del medesimo *debitor debitoris* (un agente della società debitrice) e pignorando il medesimo credito (le somme riscosse dall'agente nell'esercizio della propria attività, che lo stesso doveva riversare alla società preponente).

Riunite le cinque procedure esecutive, il giudice dell'esecuzione assegnava le somme pignorate e liquidava le spese, che, tuttavia, venivano reputate sottostimate dal creditore procedente, il quale, pertanto, proponeva opposizione agli atti esecutivi avverso l'ordinanza di

assegnazione.

L'opposizione era respinta dal Tribunale di Treviso.

Avverso la sentenza così emessa, veniva interposto ricorso per cassazione.

Il ricorrente censurava, infatti, la statuizione in base alla quale erano state reputate superflue – e, come tali, irripetibili – le spese inerenti alle quattro esecuzioni avviate successivamente alla prima, sul presupposto che il creditore poteva intervenire in quest'ultima, avvalendosi degli altri titoli esecutivi dei quali disponeva, anziché promuovere contestualmente le altre.

SOLUZIONE

[1] La Corte di Cassazione ha respinto il ricorso, ritenendo che la condotta del creditore procedente sostanziasse un abusivo utilizzo degli strumenti processuali volti a conseguire la soddisfazione coattiva del diritto, come tale immeritevole di tutela sotto il profilo della ripetizione dei costi e degli oneri sostenuti.

QUESTIONI

[1] L'ordinanza che si annota tratta la tematica dell'abuso del processo nell'ambito dell'esecuzione forzata, individuando le conseguenze che discendono da un utilizzo improprio degli strumenti offerti dall'ordinamento per ottenere la soddisfazione coattiva di un diritto.

In linea generale, l'art. 483 c.p.c. prevede la facoltà per il creditore di avvalersi cumulativamente dei diversi mezzi di espropriazione forzata messi a disposizione dalla legge, ossia di promuovere in danno del proprio debitore più azioni esecutive (dello stesso tipo o diverse, contestualmente tra loro o in rapida successione), in modo che la pretesa azionata abbia maggiori possibilità di essere completamente esaudita: un tanto è il precipitato del principio in base al quale la responsabilità patrimoniale del debitore coinvolge tutti i suoi beni presenti e futuri.

Oggigiorno, il contemporaneo avvio di più pignoramenti è senz'altro agevolato dalla previsione in forza della quale l'iscrizione a ruolo del processo esecutivo dev'essere curata dal creditore procedente in via telematica, sicché non è più necessario procedere al deposito materiale in cancelleria del titolo esecutivo (oltre che del precetto) posto a fondamento dell'esecuzione in originale, essendone sufficiente la riproduzione mediante copia informatica; ciò consente, infatti, di potere impiegare il medesimo titolo per avviare un ulteriore pignoramento, senza dovere ricorrere alla preventiva richiesta di rilascio di una ulteriore copia, secondo l'apposita procedura dettata dall'art. 476 c.p.c.

Il legislatore, per evitare eventuali eccessi del creditore, ha previsto che il debitore possa chiedere che l'espropriazione sia ridotta a uno o più mezzi, ovvero nella sua entità (come stabilito, rispettivamente, dal medesimo art. 483 e dall'art. 496 c.p.c.).

Tale contemperamento evidenzia come il potere accordato al creditore procedente non sia incondizionato, ma trovi pur sempre un limite nella sussistenza di un concreto interesse, giuridicamente rilevante e meritevole di tutela, all'avvio di più azioni esecutive in danno del proprio debitore, onde non aggravarne ingiustificatamente la posizione.

Tenuto conto di tali principi, i giudici di legittimità hanno osservato che il creditore non può pretendere di addossare al debitore le spese scaturenti dalla scelta di avvalersi di mezzi di tutela più onerosi, quando – nel caso concreto – disponga di strumenti alternativi, che consentono di ottenere lo stesso grado di tutela.

Sulla scorta dell'elaborazione giurisprudenziale che è pervenuta all'individuazione della figura dell'abuso del processo, infatti, costituisce principio generale (tanto del diritto delle obbligazioni, quanto del diritto processuale) quello in base al quale le parti debbono comportarsi secondo correttezza e buona fede.

Tale principio, nelle sue varie declinazioni, comporta il divieto di aggravare inutilmente la posizione del debitore, abusando dello strumento processuale: l'abuso è predicabile, in particolare, quando, da un lato, l'utilizzo del mezzo risulta volto a perseguire fini (illegittimi) diversi e ulteriori rispetto a quelli considerati e avuti di mira dall'ordinamento, ossia non per tutelare diritti, ma per nuocere – con intenti emulativi – alla controparte e quando, dall'altro lato, viene violato quel complesso di obblighi (di lealtà, di chiarezza, di coerenza e di fedeltà) che, secondo la coscienza generale, debbono essere rispettati nei rapporti tra i consociati, imponendo al creditore di prendere in considerazione (anche) l'interesse del debitore.

In questo senso, vi è abuso del processo quando l'iniziativa avviata da una parte è intesa a conseguire un ingiusto vantaggio, distorcendosene i fini naturali: in ambito esecutivo, un tanto si verifica in presenza di una moltiplicazione delle iniziative esecutive che, senza arrecare alcun effettivo vantaggio al creditore, sortiscono l'unico effetto di fare lievitare i costi della procedura.

Così, è stato affermato che gli strumenti del processo esecutivo, volti alla piena soddisfazione del diritto del creditore di percepire quanto non gli è stato spontaneamente pagato dal debitore, non possono essere utilizzati per vessare gratuitamente quest'ultimo, al solo scopo pratico di moltiplicare le spese di esecuzione, dovendosi sanzionare con la nullità il compimento di un atto che, anziché consentire la più rapida e piena soddisfazione delle proprie ragioni, si traduce in un mezzo di arricchimento a spese della controparte, con la conseguenza che deve reputarsi abusiva, per esempio, la notifica di un secondo atto di precetto fondato sullo stesso titolo esecutivo, quando l'intimazione di pagamento di tutti gli importi che si ritengono dovuti poteva essere effettuata già con il primo (si veda, in proposito, Cass. civ., sez. lav., 15 marzo 2013, n. 6664).

Una simile condotta, d'altro canto, oltre a essere processualmente illecita (se non altro perché si pone in contrasto con il dovere di lealtà e probità sancito dall'art. 88 c.p.c.), assume rilievo anche sotto un ulteriore profilo, atteso che, ai sensi dell'art. 66 del codice deontologico

forense, l'avvocato non deve aggravare con onerose e plurime iniziative giudiziali la situazione debitoria della controparte, quando ciò non corrisponda a effettive ragioni di tutela della parte assistita.

Una volta integrato l'abuso, viene da chiedersi quali siano le conseguenze che derivano in capo a chi l'ha commesso.

Da questo punto di vista, i giudici di legittimità rilevano che va senz'altro escluso il diritto di ripetere le spese superflue o – ancora peggio – fatte lievitare ad arte dal creditore, il quale, nel caso di specie, aveva triplicato le spese di procedura (eseguendo cinque pignoramenti presso terzi; chiedendo, in forza delle ordinanze di assegnazione emesse all'esito degli stessi, la pronuncia di altrettanti decreti ingiuntivi; avviando, sulla base di questi ultimi, altre cinque procedure esecutive, nelle quali era stato pignorato lo stesso credito nei confronti del medesimo *debitor debitoris*, il tutto in un ristrettissimo arco temporale).

D'altra parte, già in precedenza era stata dichiarata abusiva la condotta del creditore che, pur disponendo di un'ordinanza di assegnazione integralmente satisfattiva e non potendo lamentare né la mancata ottemperanza spontanea da parte del destinatario della stessa, né eventuali difficoltà di incasso, intraprenda un'altra esecuzione per munirsi di un ulteriore titolo esecutivo (in questo senso, infatti, si era espressa Cass. civ., sez. III, 9 aprile 2015, n. 7078).

La questione dell'abuso dei mezzi di espropriazione si interseca, così, con la disciplina che presidia la ripetibilità degli oneri sostenuti per dare corso all'azione esecutiva.

Va rammentato, in proposito, che, nel processo esecutivo (e, in particolare, in quello per espropriazione forzata), la regolazione delle spese non segue il principio della soccombenza (come avviene, invece, nel giudizio di cognizione, in virtù della regola dettata dall'art. 91 c.p.c.), non essendoci soccombenti da condannare al pagamento delle spese di lite in favore della parte vittoriosa, ma debitori dal patrimonio dei quali il creditore procedente ha diritto di ricavare quanto gli spetta per capitale, interessi e spese, le quali ultime rappresentano e vanno considerate, a tali effetti, accessori del credito.

Posto che, in virtù della differente regola evincibile dall'art. 95 c.p.c., il creditore può ripetere le spese in quanto l'esecuzione risulti capiente, ossia a condizione che si concluda con la realizzazione di in un attivo da distribuire, il diritto di recuperare i costi sostenuti per avviare e coltivare le plurime azioni esecutive intentate nei confronti del debitore dev'essere comunque escluso quando il cumulo dei mezzi espropriativi si traduca in un abuso, vuoi per effetto di quanto espressamente stabilito dall'art. 92 c.p.c. (in forza del quale il giudice, quand'anche pronunci la condanna alle spese, può escludere la ripetizione di quelle sostenute dalla parte vincitrice che ritenga eccessive o superflue), vuoi in virtù dell'art. 1227, comma 2, c.c. (che, fondando il principio di autoresponsabilità, può trovare applicazione anche in relazione alla violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede in ambito processuale).

Master di specializzazione
DELEGATO NELLE VENDITE IMMOBILIARI
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

Obbligazioni e contratti

La determinazione del compenso del prestatore d'opera intellettuale

di **Abigail Owusu, Avvocato**

Cass. civ., sez. II, ord. 4 febbraio 2021, n. 2631 – Pres. Di Virgilio, Rel. Giusti

Parole chiave:

Compensi al prestatore d'opera intellettuale – accordo tra le parti – tariffe professionali – usi – determinazione giudiziale – criteri – ordine gerarchico – importanza dell'opera – decoro professionale

In tema di compensi spettanti ai prestatori d'opera intellettuale, l'art. 2233 c.c. pone una gerarchia di carattere preferenziale, indicando in primo luogo l'accordo delle parti ed in via soltanto subordinata le tariffe professionali, ovvero gli usi: le pattuizioni tra le parti risultano dunque preminenti su ogni altro criterio di liquidazione ed il compenso va determinato in base alla tariffa ed adeguato all'importanza dell'opera soltanto in mancanza di convenzione [Massima non ufficiale].

Disposizioni applicate:

Art. 2233 c.c.

CASO

L'avv. Sempronio assisteva i fratelli Tizio e Caio nell'ambito di una causa di risarcimento dei danni da illegittima espropriazione, promossa da questi ultimi, contro la Provincia di Beta.

Successivamente al deposito della sentenza di condanna al risarcimento dei danni dell'amministrazione provinciale, in data 7-16 settembre 2002, Tizio e Caio sottoscrivevano con l'avv. Sempronio una scrittura privata contenente un patto di quota lite.

In data 20 gennaio 2005, nell'ambito di una conversazione telefonica le parti rideterminavano il compenso dovuto al difensore per l'attività defensionale svolta; il contenuto di tale nuovo accordo veniva poi formalizzato con scrittura privata del 21 gennaio 2005 con cui il difensore veniva autorizzato ad accreditare sul proprio conto corrente l'importo pattuito e a trattenere le competenze professionali.

L'avv. Sempronio procedeva dunque con la liquidazione a proprio favore della somma pattuita.

Successivamente, Tizio conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale competente l'avv. Sempronio, chiedendo di dichiarare nulla e inefficace *inter partes* la scrittura privata datata 7-16 settembre 2002, in quanto contenente un illegittimo patto di quota lite, chiedendo, inoltre, che il convenuto venisse condannato alla restituzione delle somme percepite in eccesso rispetto al compenso previsto per la prestazione professionale svolta.

Nel rigettare integralmente le domande avanzate, il Tribunale rilevava come la conclusione della seconda scrittura privata, da considerarsi valida ed efficace, avesse tolto efficacia al precedente accordo del settembre 2002.

Il Tribunale osservava poi che sarebbe comunque pervenuto al rigetto della domanda di parte attrice anche se fosse stato ritenuto rilevante l'accordo intercorso tra le parti nel settembre 2002. Più precisamente, il Giudice di prime cure escludeva la ricorrenza nel caso di specie del patto di quota lite, evidenziando altresì l'assenza dei presupposti per l'annullamento di tale accordo, in ragione della esecuzione volontaria del negozio.

Tizio proponeva appello avverso la sentenza di primo grado.

Il giudice di seconde cure aderiva alla ricostruzione del giudice di primo grado e rigettava il gravame.

Secondo la Corte d'appello, le domande di parte appellante, volte ad una rideterminazione del corrispettivo dovuto all'avv. Sempronio ai sensi dell'art. 2233 c.c., non meritavano di essere accolte a fronte dell'esistenza di un valido accordo sull'entità del compenso dovuto al prestatore d'opera intellettuale.

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione, investita della questione, confermava la decisione della Corte d'appello ritenendo che l'accordo sulla misura del compenso stipulato in un secondo momento fosse pienamente valido ed efficace, tale da impedire al giudice, ai sensi dell'art. 2233 c.c., di intervenire in senso modificativo di una previsione espressione dell'autonomia negoziale delle parti.

QUESTIONI

La pronuncia in commento (già annotata da F. Olivelli, *L'accordo delle parti sul compenso oltre la corrispettività del lavoro prestato*, in *Giur.it.*, 2021, 6, p. 1413 ss.), si occupa della **portata interpretativa del secondo comma dell'art. 2233 c.c., in tema di determinazione del compenso dovuto al prestatore d'opera intellettuale.**

La Corte di Cassazione chiarisce anzitutto che, in tema di compensi spettanti ai prestatori d'opera intellettuale, l'art. 2233 c.c. pone una gerarchia di carattere preferenziale, indicando in primo luogo l'accordo delle parti ed in via soltanto subordinata le tariffe professionali, ovvero gli usi.

Secondo la Suprema Corte, le pattuizioni tra le parti risultano preminenti su ogni altro criterio di liquidazione ed il compenso va determinato in base alla **tariffa** ed adeguato all'**importanza dell'opera** soltanto in **mancanza di espressa convenzione tra le parti**.

Con specifico riguardo alla materia degli onorari forensi, la Suprema Corte, richiamando la pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite del 26 febbraio 1999, n. 103, riconosce la validità della convenzione tra professionista e cliente avente ad oggetto dei compensi superiori al massimo tariffario.

La sentenza in commento offre un'occasione per svolgere alcune riflessioni sull'**interpretazione dei criteri previsti dall'art. 2233 c.c. in tema di determinazione del compenso spettante al prestatore d'opera intellettuale.**

Ai sensi dell'art. 2233 c.c., le fonti per la determinazione del compenso professionale sono la convenzione tra le parti, le tariffe e gli usi; in loro mancanza il compenso è determinato dal giudice, sentito il parere dell'associazione professionale cui appartiene il professionista.

La norma in esame sancisce, dunque, in linea di principio, la **prevalenza della volontà delle parti** su ogni altro criterio di determinazione del compenso (in dottrina v., tra i tanti, F. Caroccia, in F. Marinelli e F. Caroccia, *Contratto d'opera e prestazione d'opera intellettuale*, in *Tratt. dir. civ. Cons. Naz. Not.*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2013, 201; R. De Matteis, *Il contratto d'opera intellettuale: profili generali e obblighi delle parti*, in *Tratt. dei contr.*, diretto da V. Roppo e condiretto da A. M. Benedetti, III, *Opere e servizi*, Milano, 2014, 652; in giurisprudenza, v., fra le altre, Cass., 18 settembre 2012, n. 15628, in *Giur. it.*, 2012, p. 1972; Cass., 29 dicembre 2011, n. 29837, in *Studium Iuris*, 2012, p. 910; Cass., 28 gennaio 2003, n. 1223, in *Pluris*.).

Qualora il compenso non sia stato fissato pattiziamente, lo stesso dev'essere determinato secondo le **tariffe**, che hanno pertanto **valore sussidiario** (cfr., tra gli altri, G. Giacobbe e D. Giacobbe, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera*, *Artt. 2222-2228*, in *Il c.c. Comm.*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, 2ª ed. aggiornata a cura di P. Virgadamo, Milano, 2009, p. 179).

Nell'ipotesi in cui il compenso non possa essere commisurato sulla base di pattuizioni private,

ovvero di tariffe o di usi, la sua **determinazione** avviene **ad opera del giudice**, sentito il parere (obbligatorio ma non vincolante) dell'associazione professionale cui il professionista appartiene (G. Carraro, *Riflessioni su professione intellettuale forense, liberalizzazione dei compensi e disciplina contrattuale*, in *NGCC*, 2013, p. 173. In giurisprudenza v., tra le tante, Cass., ord. 21 ottobre 2011, n. 21934, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce «*Professioni intellettuali*», n. 120, p. 1644; Cass., 1 settembre 2004, n. 17564, in *Pluris*); in ogni caso, però, la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione (art. 2233, comma 2, c.c.).

Secondo una prima tesi, fatta propria dalla sentenza in commento, il comma 2 dell'art. 2233 c.c. opererebbe solo con riguardo ai compensi determinati (sulla base – delle tariffe oppure, da ultimo – dei parametri o degli usi) dal giudice, non anche per quelli oggetto di specifica pattuizione tra le parti.

A sostegno di questa ricostruzione, si argomenta che, in caso contrario, si attribuirebbe al giudice un potere correttivo dell'autonomia privata che finirebbe di fatto per vanificarla (A. Torrente, in *Del lavoro*, *Libro V*, *(Artt. 2222-2324)*, a cura di A. Torrente e C. Ruperto, in *Comm. c.c.* redatto a cura di magistrati e docenti, Torino, 1962, II, p. 40 s.; in giurisprudenza, Cass., 16 gennaio 1986, n. 224, in *Mass. giust. civ.*, 1986, p. 76 s.).

Un'altra parte della dottrina ha condivisibilmente rilevato come tale tesi urti fatalmente contro il tenore letterale del comma 2 dell'art. 2233 c.c., dove chiaramente si precisa che l'importanza dell'opera e il decoro della professione debbono essere tenuti in conto in ogni caso (G. Musolino, *Contratto d'opera professionale*, in *Il c.c. Comm.*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, *Artt. 2229-2238*, 3ª ed., Milano, 2020, p. 421).

I sostenitori di questo secondo orientamento hanno altresì osservato che, dal punto di vista sistematico, la stessa collocazione della disciplina sul contratto d'opera nel libro V (e non, come pure sarebbe stato possibile, nel libro IV) smentisce la pretesa intangibilità dell'accordo tra le parti, deponendo in favore di un **potere correttivo del giudice** nell'interesse del lavoratore, senza contare che in tal senso depongono pure gli artt. 1 e 35 Cost. (G. Musolino, *op. cit.*, 422.).

Sembra pertanto preferibile la tesi secondo cui gli elementi dell'importanza dell'opera e del decoro della professione incidono sul compenso del prestatore d'opera intellettuale anche là dove esso sia stato convenuto dalle parti, esprimendo tali elementi un vero e proprio **principio inderogabile.**

Nel tentativo di concretizzare detto principio, quanto alla nozione dell'importanza dell'opera, si è sostenuto che essa designerebbe semplicemente una **proporzionalità oggettiva** con il risultato utile per il committente (V. L. Riva Sanseverino, *Lavoro autonomo*, *Libro V*, *Del lavoro*, *Art. 2188-2246*, in *Comm. c. c.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, 2ª ed., Bologna – Roma, p. 232) secondo un criterio immanente al lavoro autonomo sia intellettuale sia manuale.

Una attenta dottrina ha osservato come un simile ragionamento, perfettamente condivisibile nella parte in cui instaura uno stretto collegamento tra gli artt. 2225 e 2233 c.c., inquadrando in termini fondamentalmente unitari i corrispettivi del prestatore d'opera manuale e del prestatore d'opera intellettuale, sia in realtà molto pericoloso nella parte in cui sembra enfatizzare unicamente il rilievo del risultato utile nel contratto d'opera a fini retributivi; sia l'art. 2225 sia l'art. 2233 c.c., infatti, contengono altresì indicazioni, a loro volta fondamentalmente unitarie per il lavoro manuale e per quello intellettuale, ma a ben vedere di segno opposto, ovverosia i riferimenti, rispettivamente, al lavoro normalmente necessario e al decoro della professione (M. Tescaro, *Unitarietà e centralità del contratto d'opera nel panorama dei contratti di servizi*, Milano, 2017, p. 321).

In questa prospettiva, in caso di raggiungimento di un risultato utile per il cliente, il prestatore d'opera intellettuale ha diritto a un **corrispettivo pieno**, che, in assenza di un preventivo accordo tra le parti, dovrà essere determinato in via equitativa sulla base dei parametri tariffari, da considerare nei loro valori non inferiori a quelli medi (M. Tescaro, *op. cit.*, p. 323).

In presenza di un preventivo accordo tra le parti, dovrebbe invece ritenersi ammissibile un **corrispettivo particolarmente elevato**, purché non talmente eccessivo da perdere ogni possibilità di giustificazione alla luce del decoro della professione (A. Perulli, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L Mengoni, Milano, 1996, XXVII, p. 669) quest'ultima circostanza può presumersi, salva possibilità di prova contraria, nel caso in cui sussistano parametri di riferimento e il corrispettivo pattuito risulti superiore addirittura al relativo valore massimo (M. Tescaro, *op. cit.*, p. 324).

Là dove, al contrario, il risultato utile non sia stato raggiunto, il prestatore d'opera intellettuale, se non in colpa, pur perdendo il diritto a un corrispettivo pieno, dovrebbe conservare, proprio in forza del criterio del decoro della professione, il diritto a un **corrispettivo ridotto**, che gli dia comunque una qualche forma di ristoro per il lavoro svolto diligentemente (Cfr. A. Perulli, *op. cit.*, p. 671).

Detto corrispettivo, in assenza di un preventivo accordo tra le parti, dovrà essere determinato ancora una volta in via equitativa sulla base dei citati parametri ora, però, nei loro valori inferiori a quelli medi (M. Tescaro, *op. cit.*, p. 324 ss.).

In presenza di un preventivo accordo tra le parti, dovrebbe inoltre ammettersi pure un **corrispettivo minimo**, purché non talmente contenuto da perdere qualsivoglia possibilità di giustificazione alla luce del criterio del decoro della professione, ciò che può presumersi, salva possibilità di prova contraria, nel caso in cui sussistano parametri di riferimento e il corrispettivo pattuito risulti inferiore addirittura al relativo valore minimo.

In conclusione, contrariamente a quanto affermato dalla sentenza in commento, il riferimento al decoro della professione contenuto nel secondo comma dell'art. 2233 c.c. risulta dunque idoneo a **giustificare un potere correttivo**, da parte del giudice, delle pattuizioni relative al

corrispettivo, sia pure solo in casi estremi, e cioè, come si è detto, quando il corrispettivo sia così elevato da perdere qualsivoglia giustificazione alla luce dell'attività svolta, e anche quando il corrispettivo sia così contenuto da non apportare al prestatore d'opera nemmeno quel minimo ristoro che gli si deve per l'attività svolta diligentemente. **Indici presuntivi**, ma non decisivi né esclusivi, della ricorrenza di tali ipotesi possono considerarsi, nel caso in cui sussistano parametri di riferimento, rispettivamente, i relativi valori massimi e minimi (M. Tescaro, *op. cit.*, p. 326).

A mente delle considerazioni che precedono, la Corte di Cassazione avrebbe dovuto disporre la **verifica della compatibilità dell'accordo sul corrispettivo con il criterio inderogabile di cui all'art. 2233, comma 2, c.c.,** e in caso di contrasto con lo stesso, riconoscere al giudice del rinvio il potere di rideterminarlo alla luce dei parametri previsti dalla tabella allegata al D.M. n. 55 del 2014, con riferimento ai relativi valori massimi.

Proprietà e diritti reali

La caducazione di un titolo giudiziale provvisoriamente esecutivo legittima il debitore esecutato a promuovere un autonomo giudizio per la ripetizione dell'indebito

di **Saverio Luppino, Avvocato**

Cassazione civile, sez. III, sent. 26.02.2020 n. 14601. Presidente F. De Stefano – Estensore C. D'Arrigo

"*Nel caso di azione esecutiva intrapresa in forza di un titolo giudiziale provvisoriamente esecutivo, la caducazione dello stesso in epoca successiva alla fruttuosa conclusione dell'esecuzione forzata legittima il debitore che l'abbia subita a promuovere nei confronti del creditore procedente un autonomo giudizio per la ripetizione dell'indebito che, avendo ad oggetto un credito fondato su prova scritta, può assumere le forme del procedimento d'ingiunzione*".

CASO

Un professionista del settore edile chiedeva ed otteneva dal Tribunale di Rieti, nei confronti di un condominio sito nella zona del Terminillo (RI), un **decreto ingiuntivo per spettanze professionali** provvisoriamente esecutivo, per un importo complessivo pari ad euro 73.434,13. Il medesimo portava successivamente ad esecuzione il decreto menzionato, conseguendo, con l'attivazione di ben due procedure esecutive presso terzi, la somma complessiva di euro 83.671,55.

Il Condominio proponeva opposizione.

All'esito del giudizio portato avanti dal Condominio opponente**, il Tribunale di Rieti riduceva il credito del ricorrente** ad euro 40.000,00; statuizione poi confermata in grado d'appello.

A sua volta, il **Condominio chiedeva ed otteneva in separato giudizio un decreto ingiuntivo nei confronti del professionista**, al fine di conseguire da questi la restituzione della differenza tra la somma corrisposta in sede esecutiva e quella rideterminata dal giudice dell'opposizione.

Anche l'ingiunto, a questo punto, proponeva opposizione, ma il **Tribunale di Rieti confermava il provvedimento monitorio opposto**.

L'originario ricorrente, allora, decideva di **appellare la decisione** del giudice reatino e la Corte d'Appello di Roma, dando atto dell'adempimento nel frattempo intervenuto, revocava il decreto ingiuntivo opposto, compensando le spese legali.

Avverso tale sentenza, infine, il professionista proponeva **ricorso per Cassazione** per i seguenti motivi:

1. nullità della sentenza per motivazione apparente *ex* 132, comma 2, n. 4 c.p.c.;
2. violazione e falsa applicazione dell'art. 2033 c.c. e degli artt. 327 e 346 c.p.c.
3. violazione e falsa applicazione dell'art. 346 c.p.c.
4. violazione e falsa applicazione degli artt. 2033, 2697 e 2928 c.c.
5. violazione e falsa applicazione degli artt. 1206, 1207, 1210, 1297 e 2033 c.c.

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 14601 del 26.02.2020, ha **accolto il ricorso del professionista ingiunto limitatamente al quarto e al quinto motivo** di doglianza, giustamente sostenendo la necessità che il Giudice d'Appello rivalutasse la ripartizione dell'onere della prova nell'azione di ripetizione e l'applicazione del corretto regime del decorso degli interessi. Al contrario, ha **rigettato i primi tre motivi** di ricorso, fondati sulla pretesa illegittimità dell'azione di ripetizione di indebito.

QUESTIONI

Come preannunciato, il quarto e quinto motivo di ricorso, concernenti la violazione e falsa applicazione delle **regole di ripartizione dell'onere della prova**, nonché delle **norme riguardanti il decorso degli interessi di mora**, vengono accolti dalla Corte.

Sostiene il Supremo Collegio che la Corte d'Appello di Roma ha accolto la domanda di ripetizione dell'indebito formulata dal Condominio esclusivamente sulla base dell'ordinanza di assegnazione del Giudice di primo grado, titolo giudiziario da cui scatterebbe una presunzione di effettivo incasso delle somme del ricorrente, il quale, dal canto suo, non aveva offerto la prova contraria di non aver mai percepito tali somme.

Gli Ermellini censurano tale capo della sentenza impugnata, osservando che **l'ordinanza di assegnazione non può costituire prova dell'incasso delle somme**, poiché la stessa non può considerarsi dotata di efficacia solutoria; così procedendo, il Giudice d'appello ha surrettiziamente imposto al professionista una sorta di **onere negativo che ha illegittimamente sovvertito le ordinarie regole di prova vigenti nel giudizio** *de quo*: nella ripetizione di indebito opera, infatti, il principio secondo cui **spetta all'attore (in questo caso il Condominio) dare dimostrazione tanto dell'avvenuto pagamento, quanto della mancanza di una causa che lo**

giustifichi.

Conseguentemente, **del pari viziata dovrà ritenersi la statuizione della Corte d'Appello di Roma sul diritto del Condominio agli interessi moratori**, dato che la parte resistente non ha in alcun modo dimostrato la riscossione delle somme non dovute del ricorrente.

Per tali ragione, il Supremo Collegio rinvia alla Corte di appello di Roma in diversa composizione perché questa ristabilisca il regime probatorio comune (art. 2697 c.c.) e provveda a verificare l'effettiva spettanza al Condominio dell'importo contestato.

Si era anticipato che con i primi tre motivi di ricorso, il professionista lamentava **l'illegittimità dell'azione di ripetizione di indebito**: anzitutto, costui sosteneva che la definitività dell'ordinanza di assegnazione *ex* art. 553 c.p.c. (atto conclusivo dell'esecuzione forzata per espropriazione dei crediti, che attua il trasferimento coattivo del credito pignorato) fosse incompatibile con la revocabilità della stessa nonché con qualsiasi azione autonoma di restituzione: **il Condominio, in altri termini, avrebbe dovuto procedere ai sensi dell'art. 617 c.p.c., avanzando tempestiva opposizione verso le ordinanze di assegnazione pronunciate nelle procedure esecutive del Tribunale di Rieti nn. 150/99 e 161/95, e non proporre successivo e separato giudizio di ripetizione dell'indebito.**

Di segno contrario alle deduzioni logico-giuridiche formulate dal ricorrente è la motivazione che sul punto forniscono gli Ermellini, i quali condividono la decisione della Corte d'Appello capitolina.

La Corte di Cassazione avvia il suo percorso argomentativo muovendo dal ribadire il suo consolidato e datato orientamento in tema di **irrevocabilità dei provvedimenti esecutivi una volta che questi abbiano avuto esecuzione (art. 487 c.p.c.)**.

Per regola generale, secondo il Supremo Collegio, **il debitore espropriato non può esperire, dopo la chiusura del procedimento di esecuzione forzata, l'azione di ripetizione dell'indebito contro il creditore procedente per ottenere la restituzione di quanto costui abbia riscosso**, dal momento che la legge, pur non attribuendo efficacia di giudicato al provvedimento conclusivo del procedimento esecutivo, sancisce la irrevocabilità dei relativi provvedimenti una volta che essi abbiano avuto esecuzione (art. 487 c.p.c.), **sicché la proposizione dell'azione di ripetizione dopo la scadenza dei termini per proporre opposizione ai sensi dell'art. 617 c.p.c. sarebbe "*in contrasto con i principi ispiratori del sistema e con le regole specifiche sui modi e sui termini delle opposizioni esecutive*"**. Tale principio, secondo la Suprema Corte, va senz'altro tenuto fermo, ma **letto in combinato disposto con le altre regole sull'esecuzione forzata in base a titolo giudiziale non definitivo**.

Occorre, quindi, considerare che, nel caso in commento, **il decreto ingiuntivo ottenuto dal ricorrente e azionato quale titolo esecutivo, non era ancora divenuto definitivo**: interposta l'opposizione del Condominio, infatti, veniva revocato dal Tribunale di Rieti che ne riduceva l'importo.

Dunque, per gli Ermellini, risulta pacifico che, successivamente alla conclusione del processo esecutivo, la **caducazione di un titolo solo provvisoriamente munito di forza esecutiva** ed azionato a suo rischio dal creditore procedente, **determina la nullità dell'azione esecutiva che su esso di fonda e la perdita di efficacia degli atti fino a quel momento compiuti**.

In altri termini, si verifica in questi casi una sorta di "***neutralizzazione***" **degli effetti dell'ordinanza di assegnazione**.

Ed è proprio in nome di quel **principio di intangibilità degli atti esecutivi già conclusi** che la sopravvenuta revoca del titolo esecutivo giudiziale non definitivo non determina la cessazione degli atti espropriativi, dando più semplicemente luogo ad un **distinto obbligo restitutorio** che deve essere fatto valere da colui che voglia recuperare quanto gli è stato espropriato mediante l'ottenimento di un nuovo e diverso titolo esecutivo.

Pertanto, la Corte applica il principio di diritto secondo cui "***soltanto in caso di azione esecutiva intrapresa in forza di un titolo giudiziale provvisoriamente esecutivo la caducazione dello stesso in un momento successivo alla fruttuosa conclusione dell'espropriazione forzata legittima il debitore che l'abbia subita a promuovere nei confronti del creditore procedente un autonomo giudizio di ripetizione di indebito, che, essendo fondato su prova scritta, può avere inizio anche mediante la presentazione di ricorso per decreto ingiuntivo***".

In secondo luogo, il ricorrente lamentava, attraverso la formulazione di un motivo di ricorso molto articolato, la violazione dell'art. 346 c.p.c., in quanto il Condominio avrebbe dovuto chiedere la restituzione delle somme nel giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo; avendo mancato tale occasione, l'azione di ripetizione dell'indebito si sarebbe dovuta considerare inammissibile in quanto coperta da preclusione.

Anche questo motivo viene ritenuto infondato dal Supremo Collegio: i Giudici della Corte, infatti, **estendono il diritto alla restituzione delle somme pagate in esecuzione di una sentenza provvisoriamente esecutiva successivamente riformata in appello ai giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo**, che si concludono con la revoca del decreto provvisoriamente esecutivo.

In tali ipotesi, **la domanda di restituzione può essere formulata non solo direttamente davanti al medesimo giudice dell'opposizione, ma anche separatamente**, come avvenuto nella vicenda in commento: in tale ultimo caso, il relativo giudizio non deve essere sospeso in attesa della definizione di quello di opposizione, perché la restituzione non è subordinata al passaggio in giudicato della revoca del decreto.

Diritto e procedimento di famiglia

Il rifiuto di un genitore alla vaccinazione contro il Covid è contrario agli interessi del minore

di **Giuseppina Vassallo, Avvocato**

Tribunale di Milano, decreto 2 settembre 2021

Decisioni di maggiore interesse – disaccordo – responsabilità genitoriale

(Art. 316 c.c. – art. 709 ter c.p.c.)

In materia di vaccinazioni obbligatorie o raccomandate, il diritto di autodeterminazione per le scelte inerenti alla salute del singolo deve essere contemperato con quello alla salute della collettività. I genitori devono adottare le condotte idonee a proteggere la salute dei figli minori. Le convinzioni anti vaccini, anti tamponi e anti mascherine, frutto di opinioni personali di un genitore e in contrasto con gli approdi della comunità scientifica, comportano l'attribuzione all'altro genitore del potere di disporre in autonomia circa le scelte sanitarie sui minori.

CASO

La vicenda riguarda il contrasto tra due genitori separati sulla scelta di vaccinare la figlia undicenne. Il padre agisce con ricorso ex art. 709 ter c.p.c. per ottenere l'autorizzazione a somministrare alla figlia le vaccinazioni obbligatorie non ancora effettuate, la vaccinazione contro il Covid-19 al compimento del dodicesimo anno di età, e i tamponi Covid per accedere alle lezioni scolastiche, a fronte del mancato consenso della madre.

Quest'ultima – convinta no-vax, no-mask e intransigente oppositrice delle disposizioni adottate in pandemia – si è opposta, chiedendo una CTU medico-scientifica, circa i benefici e i rischi dei suddetti vaccini e gli effetti dannosi dell'uso della mascherina, una CTU psicologica sul padre al fine di verificare la sua capacità genitoriale e l'attitudine ad assumere giuste decisioni nell'interesse della figlia, nonché l'affido esclusivo della minore.

La donna ha sollevato, inoltre, questione di legittimità costituzionale del D.L. 73/2017 che ha introdotto l'obbligo vaccinale per alcune malattie.

SOLUZIONE

Il tribunale di Milano ha accolto il ricorso del padre. In primo luogo, sulla questione di legittimità costituzionale, ha ricordato l'intervento della Corte Costituzionale con la sentenza n. 5 del 18 gennaio 2018, con cui è stato chiarito che l'art. 32 Cost. comporta il necessario bilanciamento tra il diritto alla salute del singolo con il coesistente e reciproco diritto della collettività. La legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost. se il trattamento è diretto non solo a salvaguardare lo stato di salute di chi è assoggettato, ma anche a garantire lo stato di salute degli altri.

Viene, infine, in gioco anche l'interesse del minore, da perseguirsi anzitutto nell'esercizio del diritto-dovere dei genitori di adottare le condotte appropriate per proteggere la salute dei figli (artt. 30 e 31 Cost).

Sulle vaccinazioni obbligatorie

Le vaccinazioni obbligatorie possono essere omesse o differite solo in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale o dal pediatra. La madre non aveva allegato nulla sullo stato di salute della figlia come controindicazione ai vaccini. Il tribunale ha richiamato pertanto il suo precedente orientamento e ha autorizzato il padre a provvedere in autonomia senza il consenso dell'altro genitore.

Sulle vaccinazioni raccomandate e contro Covid-19

Secondo i giudici milanesi, la posizione della madre si basa su concezioni personali, sostenute da teorie di una minoranza di soggetti che si pongono al di fuori della comunità scientifica e in contrasto con i risultati degli studi della scienza medica internazionale.

Tali convinzioni possono costituire un grave pregiudizio per la salute della figlia minore.

La madre, contraria a tutti i vaccini, senza possibilità di apertura alcuna, a causa delle sue posizioni negazioniste, non ha permesso alla figlia di ricevere le vaccinazioni obbligatorie e quelle raccomandate dagli organi della sanità pubblica, esponendola al rischio di contrarre le gravi malattie che quei vaccini tendono a prevenire.

Con l'accoglimento delle domande del padre, il tribunale ha disposto la limitazione della responsabilità genitoriale della madre attribuendola in via esclusiva al genitore che si è mostrato attento alla tutela dell'interesse della figlia minore, in ordine alle questioni oggetto del provvedimento.

In particolare il decreto ha autorizzato il padre a valutare, in autonomia, senza l'accordo della madre, se sia necessario o anche solo opportuno somministrare il vaccino anti Covid-19 alla figlia minore, provvedendo di conseguenza.

Il provvedimento contiene anche la prescrizione di far utilizzare alla minore la mascherina necessaria a limitare la possibilità di contagio da Covid-19 in tutte le situazioni imposte da legge.

La madre è stata ammonita ai sensi dell'art. 709 ter c.p.c. a non ostacolare l'effettuazione delle vaccinazioni e dei tamponi consegnando al padre tutta la documentazione richiesta ogni qualvolta sarà necessario per l'adempimento di quanto prescritto, e a non ostacolare l'uso da parte della figlia della mascherina.

QUESTIONI

Aumentano le decisioni dei tribunali che hanno autorizzato un genitore a provvedere a vaccinare i figli minori contro Covid-19 (cfr. anche Trib. Bologna 13 ottobre 2021, Trib. Monza 22 luglio 2021. Trib. Trento 20 luglio 2020). Lo strumento più utilizzato è il ricorso ex art. 709 ter c.p.c. introdotto proprio per dirimere i contrasti insorti tra i genitori separati nell'esercizio della responsabilità genitoriale con riferimento alle decisioni di maggior interesse per i figli, relative alla istruzione, educazione, salute e residenza che, di regola, devono essere assunte di comune accordo e in caso di disaccordo, rimesse al Giudice in base alle previsioni dell'art. 337 ter c.c..

Qualora il conflitto insorga tra genitori ancora conviventi, lo strumento normativo di risoluzione della controversia è dettato dall'art. 316 c.c., il quale prevede che il giudice, sentiti i genitori e disposto l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento, suggerisca le determinazioni che ritiene più utili nel suo interesse. Se il contrasto permane, il potere di decisione viene attribuito al genitore ritenuto più idoneo a curare l'interesse del figlio.

Diritto e reati societari

L'adesione ad un c.d. 'sindacato di gestione' può costituire giusta causa di revoca di un amministratore di una S.p.A.

di **Dario Zanotti, Avvocato**

Cass. civ., Sez. I, sentenza del 24 maggio 2012, n. 8221.

Parole chiave: sindacato di gestione – revoca – giusta causa – patto parasociale

Massima: *"Anche prima della riforma del diritto societario approvata col d.lgs. n. 6 del 2003 – che ha introdotto l'art. 2380 bis cod. civ., secondo il quale la gestione dell'impresa sociale spetta "esclusivamente" agli amministratori – vigeva, nella società per azioni, il principio di esclusività delle competenze gestorie degli amministratori. Ne consegue che, anche qualora la nuova norma sia inapplicabile ratione temporis, costituisce giusta causa di revoca dell'amministratore di una società per azioni, agli effetti dell'art. 2383, terzo comma, cod. civ., la sua adesione ad un patto parasociale che rimette le scelte gestorie alla volontà maggioritaria dei relativi contraenti (cosiddetto sindacato di gestione)."*

Disposizioni applicate: Art. 2383 c.c.

Sebbene la presente sentenza non rientri tra le più recenti della Suprema Corte, essa senz'altro affronta un tema ancora di attualità: ossia se sia revocabile per giusta causa un amministratore di una S.p.A. che prende parte a un cosiddetto sindacato di gestione (e, incidentalmente, se sia valido un patto parasociale che istituisca un sindacato di gestione).

Nel caso analizzato dalla Cassazione, è stato revocato un intero consiglio di amministrazione *ex* art. 2383 c.c. dopo che un nuovo socio di maggioranza è venuto casualmente a conoscenza dell'esistenza di un patto parasociale che ha creato un sindacato di gestione. Tale sindacato avrebbe orientato la volontà gestoria della maggioranza degli amministratori (e, giocoforza, le decisioni dello stesso consiglio di amministrazione). Alcuni degli amministratori revocati hanno tuttavia agito in giudizio per far accertare l'insussistenza di una giusta causa di revoca e per ottenere la condanna della S.p.A. al risarcimento di tutti i danni da questi patiti.

All'esito del giudizio di appello, la corte distrettuale, dopo aver rilevato incidentalmente l'invalidità del patto parasociale, ha ritenuto che l'obbligo assunto da alcuni amministratori di orientare le scelte della società sulla base del sindacato di gestione pregiudicasse il rapporto di fiducia tra amministratori e la medesima società, con conseguente sussistenza di giusta causa di revoca. Gli amministratori, che avevano aderito al patto parasociale, hanno così

proposto ricorso per cassazione.

La Suprema Corte ha rilevato come, nella specie, il contenuto del patto parasociale sottoscritto dagli amministratori ricorrenti prevedeva, tra le altre cose, il sindacato di gestione, in base al quale gli amministratori parti del patto si sono obbligati a svolgere i propri compiti di gestione in conformità a quanto voluto e deciso dalla direzione del sindacato a maggioranza semplice. Nello specifico, tale accordo prevedeva non solo un sindacato di voto nelle delibere assembleari, ma anche in ogni delibera del consiglio di amministrazione e quindi aveva ad oggetto anche l'attività di gestione della società.

Per comprendere se un simile accordo potesse far emergere una giusta causa di revoca di amministratori *ex* art. 2383 c.c., gli ermellini hanno evidenziato la differenza tra c.d. sindacato di voto in assemblea e c.d. sindacato di gestione: *(i)* il sindacato di voto è un patto con il quale i soci si accordano preventivamente per votare in maniera uniforme nell'assemblea; mentre *(ii)* con il sindacato di gestione i partecipanti si obbligano (nella specie a maggioranza semplice) a concordare decisioni sulla gestione della società. È evidente quindi come il sindacato di gestione abbia una maggiore incidenza su comportamenti di soggetti che, a differenza dei soci, sono investiti inderogabilmente dell'intera ed esclusiva responsabilità della gestione della società, sia nell'interesse di quest'ultima sia dei terzi che con essa vengano in vario modo in contatto (alla luce dell'art. 2380 c.c. riformato con il D.Lgs. n. 6 del 2003, e sulla base di un'interpretazione sistematica degli artt. 2364, 2392, 2394 e 2395 c.c.).

Sulla scorta di tali considerazioni la Suprema Corte ha incidentalmente affermato che, qualora un patto parasociale (seppur stipulato solo da determinate parti e non potendo incidere direttamente sull'attività sociale) preveda un sindacato di gestione con il quale sia "eterodiretta" la volontà degli amministratori, tale patto deve ritenersi illegittimo, in quanto in contrasto con norme imperative e idoneo a consentire l'elusione di norme o principi generali dell'ordinamento inderogabili (cfr. Cass. n. 10215/2010; n. 15963/2007; n. 14865/2001; n. 9975/1995) – e ciò anche alla luce dell'art. 2341 *bis* c.c., che la Cassazione ha qui ritenuto inapplicabile in tema di sindacati di gestione sulla base delle suddette considerazioni.

In conclusione, la Cassazione ha rilevato, da un lato, l'illegittimità di patti parasociali che stabiliscano c.d. sindacati di gestione capaci di orientare dall'esterno le scelte degli amministratori (si segnala sul punto Cass. Sez. Un., 26 novembre 2020, n. 26984, al paragrafo 5, laddove sembra affermare che occorra un'analisi in concreto degli effetti di un simile patto parasociale sulle scelte prese dai singoli amministratori aderenti) e ha ritenuto, dall'altro lato, che l'esistenza di siffatto sindacato possa assumere il ruolo di giusta causa di revoca di un amministratore ai sensi dell'art. 2383 c.c.

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Le Sezioni Unite definiscono il termine per la riassunzione del processo interrotto dalla dichiarazione di fallimento

di **Paolo Cagliari, Avvocato**

Cass. civ., sez. un., 7 maggio 2021, n. 12154 – Pres. Spirito – Rel. Ferro

Parole chiave: Fallimento – Effetti – Rapporti processuali – Interruzione del processo – Automaticità – Riassunzione o prosecuzione del processo – Decorrenza del termine dalla dichiarazione giudiziale di interruzione

[1] Massima: *In caso di apertura del fallimento, ferma restando l'automatica interruzione del processo (avente per oggetto i rapporti di diritto patrimoniale del fallito) che ne deriva ai sensi dell'art. 43, comma 3, l.fall., il termine per la riassunzione o la prosecuzione, per evitare gli effetti di estinzione di cui all'art. 305 c.p.c. e al di fuori delle ipotesi di improcedibilità ai sensi degli artt. 52 e 93 l.fall. per le domande di credito, decorre da quando la dichiarazione giudiziale dell'interruzione stessa sia portata a conoscenza di ciascuna parte; tale dichiarazione, ove non già conosciuta nei casi di pronuncia in udienza ai sensi dell'art. 176, comma 2, c.p.c., va notificata alle parti o al curatore da ogni altro interessato, ovvero comunicata dall'ufficio giudiziario, potendo altresì il giudice pronunciarla d'ufficio, allorché gli risulti, in qualunque modo, l'avvenuta dichiarazione di fallimento.*

Disposizioni applicate: cod. proc. civ., artt. 300, 305; r.d. 267/1942, artt. 43, 92, 93, 94

CASO

Una banca veniva convenuta in giudizio per la restituzione delle somme indebitamente versatele per interessi usurari e anatocistici.

Avverso la pronuncia di accoglimento della domanda, la banca proponeva appello; nel corso del giudizio di secondo grado, tuttavia, sopravveniva il fallimento (dichiarato con sentenza del 16 aprile 2014) della società che aveva promosso il giudizio, sicché il processo veniva

dichiarato interrotto con provvedimento reso all'udienza celebratasi il 9 dicembre 2014.

La banca procedeva alla riassunzione con ricorso depositato il 29 aprile 2015 e notificato il 25 giugno 2015, ma la curatela ne eccepiva la tardività, rilevando che la banca aveva ricevuto, in data 3 maggio 2014, la comunicazione prescritta dall'art. 92 l.fall. e presentato domanda di ammissione al passivo il 10 giugno 2014, dimostrando di avere piena conoscenza dell'intervenuto fallimento.

La Corte d'Appello reputava fondata l'eccezione e dichiarava estinto il giudizio.

La banca ricorreva, quindi, per cassazione, contestando l'erronea individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine per la riassunzione del processo stabilito dall'art. 305 c.p.c.

SOLUZIONE

[1] Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, investite della questione concernente l'individuazione del momento a partire dal quale deve farsi decorrere il termine per riassumere il processo interrotto ai sensi dell'art. 43, comma 3, l.fall., hanno accolto il ricorso, affermando che, per verificare la tempestività o meno della riassunzione o della prosecuzione del giudizio, deve aversi riguardo alla dichiarazione giudiziale di interruzione che sia stata resa nota a ciascuna parte con modalità tali da assicurarne l'effettiva conoscenza, non potendosi, da un lato, istituire, rispetto alla mera declaratoria di fallimento, alcun automatismo (che riguarda solo ed esclusivamente l'effetto interruttivo, che si produce *ope legis*) e, dall'altro lato, elevare a fonte di cognizione fatti e circostanze – pure in quale modo riconducibili alla procedura concorsuale e al suo fisiologico sviluppo – che non presentano un diretto e inequivoco collegamento con il giudizio di cui è parte il fallito.

QUESTIONI

[1] Nell'edizione del 9 febbraio 2021, veniva dato conto della rimessione alle Sezioni Unite della questione inerente all'esatta e univoca individuazione del momento da cui deve farsi decorrere il termine per la riassunzione del processo interrotto ai sensi dell'art. 43, comma 3, l.fall.

Con la sentenza che si annota, i giudici di legittimità, nella loro composizione più autorevole, hanno affermato il principio di diritto riportato in massima, dopo avere operato un'attenta e puntuale ricostruzione del quadro normativo di riferimento e dei principi – anche di matrice comunitaria – che mirano a tutelare il diritto di difesa e ad assicurare l'effettività del contraddittorio.

Attraverso la modifica della disposizione recata dal citato art. 43, comma 3, l.fall., il legislatore ha inteso accelerare le procedure applicabili alle controversie in materia fallimentare, stabilendo che l'apertura del fallimento determina l'interruzione automatica del processo, onde evitare che essa intervenga a distanza di tempo, secondo il meccanismo delineato

dall'art. 300 c.p.c., che la colloca in contestualità con la dichiarazione con cui il procuratore costituito informa il giudice del fatto che si è verificato l'evento interruttivo.

In ragione di tale automaticità, il fallimento di una parte processuale non può farsi rientrare del tutto nell'ambito applicativo dell'art. 300 c.p.c., sebbene l'assenza – nel *corpus* della legge fallimentare – di altre regole specifiche sull'interruzione imponga comunque di fare riferimento alla disciplina generale processualcivilistica per colmare le lacune normative.

Nel contempo, la dichiarazione giudiziale di interruzione del processo per fallimento di una parte ha natura meramente dichiarativa e ricognitiva (e non già costitutiva), al punto che la sua eventuale omessa pronuncia non ha alcuna conseguenza sugli effetti che, nel frattempo, si sono già prodotti *ex lege* sul giudizio che vede coinvolta la parte fallita; ciononostante, la sua idoneità a costituire strumento legale di conoscenza dell'evento interruttivo in modo certo e generale ben si presta, secondo i giudici di legittimità, a farla assurgere a punto di riferimento per l'individuazione del *dies a quo* per la decorrenza del termine per la riassunzione o la prosecuzione del processo, tanto per la parte non interessata dalla dichiarazione di fallimento, quanto per il curatore.

Per questa via, viene a coincidere il modo in cui tutti i soggetti interessati (il curatore e le parti non colpite dal fallimento) hanno – in maniera certa e in forma legale – notizia della causa interruttiva, senza che vi sia bisogno di ricorrere all'individuazione di altri strumenti di conoscenza che, pur potendo essere considerati sintomatici della presumibile consapevolezza dell'intervenuto fallimento, non garantiscono con altrettanta certezza la sua chiara e univoca riferibilità al processo colpito dall'interruzione.

In quest'ottica, quindi, l'acquisita conoscenza in forma legale dell'evento interruttivo (che pure produce effetti automatici sul processo) rappresenta l'elemento cui ancorare il *dies a quo* per la decorrenza del termine per la riassunzione o per la prosecuzione del processo, in continuità con i principi che la giurisprudenza costituzionale ha affermato nel momento in cui è stata chiamata a sindacare la legittimità delle norme che disciplinano detti istituti.

D'altra parte, l'analisi degli orientamenti che attribuivano dignità a forme diverse di conoscenza di fatto mostrava una disomogeneità che rendeva oltremodo necessario fissare delle coordinate univoche.

Infatti, secondo un primo indirizzo, che faceva leva sulla necessità di un atto (dichiarazione, notificazione o certificazione) che rendesse documentabile la conoscenza legale (non essendo sufficiente quella acquisita *aliunde*), aveva individuato tale evento, alternativamente, nella dichiarazione del procuratore della parte fallita in udienza ai sensi dell'art. 300 c.p.c., nella notifica al procuratore costituito *ex* art. 170 c.p.c. e nella certificazione compiuta dall'ufficiale giudiziario nella relazione di notificazione di uno degli atti previsti dall'art. 292 c.p.c.

Secondo altri indirizzi, la conoscenza legale doveva comunque attingere lo specifico giudizio interessato dall'effetto interruttivo (sia per il curatore, che per il patrocinatore della parte non

investita dal fallimento) e andava attribuito rilievo decisivo all'ordinanza d'interruzione pronunciata in udienza (purché comunicata alla curatela, non ancora parte di quel giudizio), ovvero potevano essere sufficienti fatti extraprocessuali (quali l'invio della comunicazione prescritta dall'art. 92 l.fall. o la presentazione della domanda di ammissione al passivo).

Tenuto conto dell'automaticità dell'effetto interruttivo ricollegato alla dichiarazione di fallimento (a differenza di quanto previsto dalla disciplina di carattere generale recata dagli artt. 300 e seguenti c.p.c.), i giudici di legittimità, riconducendo a unità il ravvisato contrasto, hanno posto l'accento sulla necessità che la conoscenza, oltre che legale (a garanzia della sua effettività), derivi da fonti che risultino *ex ante* idonee a documentarne in modo certo o quantomeno attendibile il contenuto, così accordando preferenza alla dichiarazione giudiziale d'interruzione, perché maggiormente in grado di salvaguardare il diritto di difesa di tutte le parti del processo.

Pertanto, sebbene l'interruzione del giudizio sia automatica, in virtù di quanto stabilito dall'art. 43, comma 3, l.fall., l'onere di riassunzione non può essere ravvisato in assenza della relativa declaratoria (sebbene priva di natura costitutiva), che rappresenta un mezzo partecipativo dell'evento interruttivo assolutamente privilegiato, vuoi per l'autorevolezza del soggetto che la emette (trattandosi del giudice del processo colpito dall'evento), vuoi per la sua sicura riferibilità al giudizio che subisce le conseguenze prodotte dalla sentenza di fallimento (in termini – come detto – automatici): la soluzione così delineata, del resto, si pone in sintonia con quanto previsto dal nuovo Codice della crisi d'impresa, che, all'art. 143, comma 3, fa decorrere il termine per la riassunzione proprio da quando l'interruzione viene dichiarata dal giudice.

Occorre, peraltro, che il provvedimento giudiziale sia portato a conoscenza delle parti nelle forme di legge, vale a dire, ove non risulti applicabile la regola di cui all'art. 176, comma 2, c.p.c. (a mente del quale le ordinanze pronunciate in udienza si ritengono conosciute dalle parti presenti e da quelle che dovevano comparirvi), per effetto di notificazione su impulso di chi abbia interesse alla consumazione del termine *ex* art. 305 c.p.c. o di comunicazione effettuata dall'ufficio giudiziario (e ciò rileva soprattutto con riguardo alla posizione del curatore, che non è automaticamente parte, in sostituzione del fallito, ma diviene tale solo a seguito di apposita costituzione).

Calando tali principi nel caso oggetto del ricorso, vale a dire collocando il *dies a quo* per la decorrenza del termine per la riassunzione del processo interrotto in corrispondenza dell'udienza nel corso della quale era stata pronunciata la relativa ordinanza (venendo in considerazione la posizione della parte non colpita dal fallimento, il cui procuratore era presente e, dunque, legalmente a conoscenza del provvedimento), la riassunzione era da reputarsi tempestiva, non potendosi attribuire rilevanza – a differenza di quanto avevano ritenuto i giudici di merito – alla data in cui era stata ricevuta la comunicazione *ex* art. 92 l.fall. (vieppiù che essa non conteneva alcuno specifico riferimento al processo di cui era parte il fallito).

Master di specializzazione
CRISI DI IMPRESA: IL RUOLO DEL PROFESSIONISTA
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

Diritto Bancario

La forma del contratto di apertura di credito

di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

L'art. 117, comma 1, TUB stabilisce che «i contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti». Il secondo comma del medesimo articolo dispone, altresì, che il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma.

In attuazione di quanto stabilito dall'art. 10 (Forma dei contratti) della Delibera CICR 4 marzo 2003, le Istruzioni di Bankitalia in materia di trasparenza bancaria (Sez. III, par. 2) prevedono che la forma scritta non è obbligatoria per le operazioni e i servizi effettuati in esecuzione di contratti redatti per iscritto (l'esenzione dalla forma scritta si ha, ad esempio, per le operazioni regolate in conto corrente; restano comunque soggette all'obbligo di forma scritta le integrazioni di un contratto precedentemente concluso).

Resta inteso che l'intento di agevolare «particolari modalità della contrattazione» non può comportare una radicale soppressione della forma scritta, ma solo una relativa attenuazione della stessa, che in particolare salvaguardi, tra l'altro, la necessaria indicazione delle condizioni economiche del contratto ospitato (così come richiesto anche dall'art. 117, comma 4, TUB) (nei termini Cass. n. 9068/2017; conformi Cass. n. 7763/2017; Cass. n. 22278/2017; Cass. n. 27836/2017; Cass. n. 27201/2019). Operativamente ne discende che il contratto di apertura di credito, qualora risulti già previsto e disciplinato da un contratto di conto corrente stipulato per iscritto, non deve, a sua volta, essere espressamente stipulato per iscritto a pena di nullità (Cass. n. 14470/2005; più di recente, tra le altre, Cass. n. 3903/2011; Cass. n. 27836/2017).

Il requisito di forma dei contratti bancari (art. 117, comma 1, TUB) può, infatti, ritenersi rispettato ogniqualvolta esista un contratto validamente sottoscritto (ad es. conto corrente) le cui condizioni regolino (normativamente ed economicamente) anche quelle di un diverso contratto bancario che sul primo si innesti (ad es. apertura di credito). Dunque, ad esempio, il contratto di conto corrente, oltre a indicare il tasso creditore e il tasso debitore "per scoperto o di mora", dovrà riportare anche, relativamente all'apertura di credito "ospitata", il tasso

applicabile al fido e l'eventuale tasso per utilizzi eccedenti l'affidamento.

Invero il rispetto della forma del contratto prevista dall'art. 117, comma 2, TUB non può estendersi sino al punto di pretendere che ogni rapporto bancario debba essere contenuto in un autonomo contratto separatamente sottoscritto. È ben possibile che le parti stipulino un contratto per iscritto e in esso prevedano che alcune o tutte le condizioni in esso pattuite si applichino anche a futuri rapporti contrattuali che tra di esse vengano ad esistere (Cass. n. 22278/2017; Cass. n. 7763/2017; Cass. n. 27836/2017; Cass. n. 27201/2019).

Sulla base del principio di diritto predetto, la giurisprudenza di legittimità ha censurato l'indicazione nel contratto di conto corrente delle sole condizioni normative, generali e astratte, del contratto di apertura di credito "ospitato", senza alcuna ulteriore specificazione della disciplina relativa alla parte economica dell'apertura di credito (Cass. n. 9068/2017; Cass. n. 7763/2017; Cass. n. 22278/2017; Cass. n. 27836/2017; Cass. n. 27201/2019).

Processo civile telematico

Il deposito di prove digitali in formati non ammessi dalle specifiche tecniche sul pct

di **Giuseppe Vitrani**

Un tema assai dibattuto e potenzialmente fonte di non poche problematiche in tema di produzione e formazione delle prove all'interno del processo, riguarda la produzione di documenti digitali che nascono in formati il cui deposito telematico non è ammesso dalle specifiche tecniche sul pct.

Come noto, infatti, ai sensi dell'art. 13 del provvedimento DGSIA 16 aprile 2014 il deposito telematico dei documenti informatici è consentito solo laddove essi siano in un numero ristretto di formati (precisamente: pdf, rtf, txt, ipg, gif, tiff, xml, eml, msg); si pone così da sempre il problema di come produrre quegli allegati digitali che non sarebbero accettati con il deposito telematico ma che costituiscono magari una prova fondamentale nel processo; si pensi ad un'immagine di diagnostica sanitaria in formato Dicom o ad una tavola redatta da un ingegnere in formato .dwg: si tratta a tutta evidenza di prove precostituite che devono fare il loro ingresso nel contraddittorio al fine di non pregiudicare il diritto di difesa.

Sul punto le specifiche tecniche dicono poco e l'unico riferimento appare contenuto nell'art. 15, ove si dispone che "*I documenti probatori e gli allegati depositati in formato analogico, sono identificati e descritti in un'apposita sezione dell'atto del processo in forma di documento informatico e comprendono, per l'individuazione dell'atto di riferimento, i seguenti dati:*

1. *numero di ruolo della causa;*
2. *progressivo dell'allegato;*
3. *indicazione della prima udienza successiva al deposito*".

La disposizione non appare immediatamente collegata al tema in discussione ma lo diventa se si interpreta il concetto di "analogico" come comprendente tutto ciò che non è digitale: in questo senso una produzione fatta salvando documenti su cd-rom o su dvd diventa "analogica" proprio perché effettuata depositando un oggetto fisico (il cd-rom o il dvd, appunto) all'interno

del quale è inserito un documento digitale. In sostanza, ove si acceda a tale interpretazione, la produzione di un file Dicom, ad esempio, effettuata su cd-rom viene equiparata alla produzione di un altro oggetto fisico (ad esempio un casco, un pneumatico) con il vantaggio di garantire una linea interpretativa unica che accomuna tutti i casi in cui l'avvocato non può produrre documenti per via telematica ma è obbligato a recarsi in cancelleria.

Come si vede, peraltro, la norma in questione si limita a prescrivere un adempimento (identificare e descrivere i documenti analogici in un'apposita sezione dell'atto processuale che accompagna la produzione in questione) ma non subordina il deposito ad alcuna autorizzazione del giudice.

CONTINUA A LEGGERE