

Sommario Numero di Luglio 2008

- 133 **Corsivo redazionale**
- 135 Discorso del Presidente di Federnotai al Settimo Congresso di Gennaro Fiordiliso
 138 Noterelle di uno dei ... (quasi) mille di Franco Treccani
 140 Tornando a casa di Grazia Prevete
 141 I have a dream (or a nightmare) di Franco Treccani
- Argomenti**
- 145 La sentenza della Cassazione 4.10.2007, n. 21748 di Gianfranco Condò
 153 Perché utilizzare lo strumento del contratto a favore di terzo di Fabrizio Amato
 (artt. 1411 e segg. Cod.Civ.) (Relazione al Convegno di Potenza)
 161 Nota su "Private Insurance" per studi notarili (in collaborazione con Simona Gatti e Marina Prati)
- Società & Co.**
- 163 La trascrizione della consultazione scritta e del consenso espresso per iscritto di Monica De Paoli
- Tribuna giovani**
- 166 Usucapione non accertata e attività negoziale di Jacopo Balottin
- Notaio contro**
- 169 Trascrizioni per causa di morte, principio di continuità ed esecuzione forzata immobiliare (segnalazione di Paolo Forti)
- Attività sindacali**
- 172 Verbale dell'assemblea dei delegati del 13 giugno 2008 a cura di Vincenzo Pappa Monteforte

Corsivo redazionale

Il settimo Congresso Nazionale di Federnotai celebrato a Roma al Teatro Capranica nei giorni 16 e 17 maggio scorsi, ci è sembrato, nell'insieme, un ottimo Congresso.

Per la verità, come vedrete, ospiteremo in questo stesso numero due articoli critici che evidenziano opinioni totalmente o parzialmente difformi. Ciò è perfettamente in linea con la mentalità del giornale e del movimento sindacale che ha sempre fatto critica, ma anche autocritica e che ha fatto della trasparenza e chiarezza delle posizioni e delle opinioni un proprio cavallo di battaglia.

Ci è sembrato un ottimo Congresso per la localizzazione e l'organizzazione; ci è sembrato un ottimo Congresso per i contenuti e per i risultati.

Tanto per fare una sorta di riassunto essenziale per chi non era presente, possiamo ricordare: il buon discorso introduttivo del presidente Fiordiliso (che riportiamo in questo stesso numero); le relazioni di grande spessore (elenchiamo, nell'ordine degli interventi: Gea Arcella, Giovanni Liotta, Arrigo Roveda, Diomede Falconio, Federico Tassinari) che si sono mantenute tutte nello spazio temporale intorno ai venti minuti e quindi sono apparse facili e gradevoli da ascoltare; le due tavole rotonde, una per ciascu-

na delle due giornate, che hanno toccato gli aspetti che più ci interessava di far conoscere all'esterno; ed una partecipazione appunto "esterna" di politici, giornalisti, sindacalisti dei lavoratori, rappresentanti di altre professioni, di buon livello.

Siamo riusciti, ci pare, a spargere qualche granello di semente, nel senso di instillare, forse, qualche dubbio nei partecipanti non notai su taluni luoghi comuni che certamente erano riusciti ad insinuarsi anche fra di loro. Pensiamo ai famosi concetti di "casta", di "numero chiuso", di "eccessiva onerosità", di "inutilità" o almeno "fungibilità" e così via.

Ed in fondo era questo che il Congresso doveva ottenere: il titolo stesso "Il notariato e la società" puntava a portare all'esterno le nostre convinzioni di utilità anche sociale sia dalla parte dello Stato che dalla parte dei cittadini.

Le voci critiche e autocritiche che abbiamo ascoltato anche a Roma e che i due articoli che ospitiamo di Franco Treccani (che peraltro, in un altro intervento su questo stesso numero non manca di svolgere autocritica, ma anche considerazioni in positivo) e di Grazia Prevete ben riassumono, ci spingono, tuttavia, a qualche riflessione.

Ci pare, al proposito, utile qualche cenno storico (o forse è meglio dire qualche ricordo).

Quelli di noi che hanno vissuto i primordi del movimento sindacale notarile avranno certamente avuto un sentimento di emozione e forse di commozione a vedere schierati, o al tavolo della presidenza o in aula, l'intero Consiglio Nazionale con il suo Presidente, gran parte del Consiglio di Amministrazione della Cassa con il suo Presidente, ex presidenti di Consiglio e di Cassa ed altri personaggi "storici" del notariato.

Per la verità questo era già avvenuto anche al precedente sesto Congresso di Federnotai, ma questa volta è stato particolarmente evidente.

Ed allora certamente quei pionieri del movimento sindacale avranno ripensato ai primi anni dopo che un gruppetto di entusiasti sognatori aveva messo in moto dapprima la creazione di alcune associazioni sindacali regionali e poi la riunione di esse nella Federazione nazionale.

Il ricordo sarà andato al Congresso di Bologna del 1980 quando Federnotai si presentò per la prima volta ufficialmente alla generalità dei colleghi distribuendo un libretto dal titolo "Perché un sindacato notarile oggi" ed il Consiglio Nazionale si riunì nottetempo (sic !) per discutere il modo di evitare che venisse distribuito. O quando, qualche anno dopo, l'allora segretario del Consi-

glio Nazionale fece un intervento "appassionato" in Congresso per invitare a non nominare mai e poi mai, in una assemblea di notai, la parola "sindacato".

In quegli anni ci salvammo, forse, e non scomparimmo, anche per l'opera di Cesare Rognoni, recentemente mancato, figura essenziale del movimento sindacale, di una "modernità" e capacità di anticipare i tempi assolutamente straordinarie, che suscitava meraviglia nel notariato benpensante per il fatto di presiedere, (lui uomo equilibratissimo e facente parte dell' "establishment") quel gruppo di "facinosi", ma che, comunque, finiva anche per far nascere qualche dubbio nelle coscienze di quegli incalliti conservatori.

Poi negli anni seguenti qualcosa si mosse, ma solo nel senso che, se proprio occorreva citare Federnotai, non si mancava di ribadire "nello stretto rispetto dei rispettivi ruoli" o frasi simili che, nell'intento di chi le declamava, voleva dire: "Federnotai firmi pure il contratto di lavoro dei dipendenti (naturalmente informando prima il CNN) ma poi non faccia nient'altro perché parlare di politica di categoria spetta solo agli organi istituzionali".

Negli ultimi anni è tutto cambiato: si considera il movimento sindacale notarile una componente essenziale; si rispettano le opinioni e le sollecitazioni in materia di politica interna, si lavora insieme, si collabora, si confrontano le idee. Quanto

ciò avvenga per vera convinzione e quanto venga sopportato per essere "politically correct" ... lo diranno i posteri.

Quello che c'è da chiedersi e che vale la pena di chiedersi anche per svolgere le considerazioni cui ci sollecitano gli articoli citati, è se tutto questo cambiamento sia avvenuto perché le istituzioni notarili hanno via via recepito ed accettato le idee del sindacato, o se, al contrario, sia stato il movimento sindacale ad "istituzionalizzarsi", a perdere smalto, a ripiegarsi sulle posizioni per loro stessa natura più conservatrici degli organismi ufficiali ed istituzionali.

E' una domanda che ci facciamo spesso all'interno di Federnotai ed alla quale è difficile rispondere con sicurezza, ma a noi pare che sia un fatto certo che alcune delle battaglie storiche del sindacato siano ormai divenute patrimonio comune dell'intero notariato (pensiamo alla rotazione delle cariche; al necessario ammodernamento della Legge Notarile; alla valorizzazione del ruolo pubblico con una componente anche "sociale"; all'abbandono di certi atteggiamenti di pedissequo adeguamento ai comportamenti della Pubblica Amministrazione ed

alla valorizzazione, al contrario, di un ruolo quasi "legiferante" del notariato, e sono solo pochi esempi).

D'altro canto bisogna riconoscere che, proprio per aver visto via via maturare l'intero notariato verso le nostre intuizioni, è venuta meno quella carica di entusiasmo, di voglia di lottare, di convinzione delle proprie idee, di spirito innovatore che allora costituiva la ragione prima dello stare insieme.

Forse non esiste un'unica verità.

Forse bisogna fare i Congressi un poco "istituzionali" come quello che abbiamo appena celebrato ed essere molto contenti di come è andato, delle cose che siamo riusciti a dire, della massiccia presenza superiore ad ogni aspettativa, del riconoscimento da parte delle altre componenti del notariato, e di tutto il resto.

E poi bisogna anche ripensare, nel nostro interno, a ritrovare quello spirito dei primordi, certamente rivolto verso altre mete, certamente al passo con i tempi, ma anche impegnato a non disperdere il ruolo di anima critica, di pungolo essenziale, di raccoglitore, ma anche anticipatore di idee e di programmi che deve significativamente rappresentare l'essenza stessa di Federnotai.



DISCORSO DEL PRESIDENTE DI FEDERNOTAI AL SETTIMO CONGRESSO

Un affettuoso saluto ed un sincero ringraziamento per la partecipazione al nostro Congresso, rivolgo alle Autorità politiche, imprenditoriali, accademiche, professionali e sindacali che ci onorano della loro presenza, agli Amici del notariato europeo, ai miei Colleghi e Colleague.

Si apre oggi il 7° Congresso Nazionale di Federnotai con una prospettiva forse ambiziosa ma sicuramente di grande attualità perché finalizzata ad una convinta apertura dialettica nella prosecuzione di una tematica che è sempre stata al centro delle attenzioni della Federazione: il dialogo con la società civile per la valorizzazione ed il potenziamento della funzione sociale del notariato.

E' quindi un'occasione nuova, per alcuni versi innovativa, ma nel se-

gno di una continuità di impegno che partendo dal 1° Congresso del Sindacato dal tema "il notaio garante del nuovo rapporto tra stato e cittadini" ci porta oggi ad esaminare e valutare alcuni aspetti della nostra professione nell'interesse del cittadino e, quindi, della collettività.

Vorrei subito sgombrare il campo da alcuni equivoci che potrebbero portarci a parlare in termini vaghi od astratti della "funzione sociale" fuorviando, quindi, l'attenzione della platea da problematiche tanto serie quanto reali; dobbiamo misurarci, ed imparare a misurarci, su temi concreti che siano di effettivo ausilio a tutti noi per la ricerca di soluzioni mirate, pragmatiche e perciò stesso costruttive.

Di funzione sociale si può parlare in vari modi e con molteplici sfumature; io ne voglio parlare nel senso di

“utilità sociale” e, quindi, nel senso di benefici generalizzati che ne derivano dall’esercizio corretto di una determinata funzione.

E l’impegno di questo Congresso e delle relazioni che lo accompagnano non è finalizzato a contrastare luoghi comuni tanto scontati quanto vetusti (si commentano da soli e, per ciò stesso, qualificano, o direi meglio squalificano, i loro assertori),

bensi ad evidenziare e migliorare quanto, nell’esercizio corrente della loro attività, i Notai fanno per lo Stato e per il Sistema Paese in generale.

Perché, vedete, il notariato di oggi non si sottrae al confronto, anzi lo cerca, lo propone, lo affronta quotidianamente, perché è forte dei valori storici di cui è portatore, ma soprattutto perché è parte integrante della nostra società: io dico sempre che, prima di essere notai siamo cittadini italiani; per tali motivi non ci opponiamo e non ci siamo mai opposti in maniera sconsiderata a scelte politiche lungimiranti e condivisibili che servono a rilanciare l’economia e la trasparenza dei traffici giuridici (per intenderci la lotta all’evasione fiscale, l’antiriciclaggio, alcuni provvedimenti di liberalizzazioni, aumento dell’organico notarile) e siamo qui ad offrire al nuovo legislatore ed alle parti sociali il nostro contributo affinché su questo percorso ci sia più efficienza nel rispetto indiscusso della legalità e delle fasce sociali economicamente

più deboli, perché non ci può essere vero sviluppo economico se lo stesso non è accompagnato dal rispetto assoluto di valori realmente democratici di cui la legalità ne rappresenta, appunto, il baricentro.

Noi ci rendiamo conto delle attuali difficoltà per uscire da una crisi che è di più ampia portata e che prevede una ipotesi di crescita quasi pari allo zero, ci rendiamo conto della necessità di ripartire con slancio ed immediatezza nell’interesse generale e siamo disposti a fare la nostra parte; ma non possiamo avalare, innanzitutto come cittadini, scelte dissennate che, comunque, non vanno nella direzione giusta ma sono di retroguardia e penalizzanti per l’utente, quindi in netta contraddizione con lo spirito proprio delle liberalizzazioni (vedi per esempio il famoso emendamento Lulli).

E’ pur vero che su questo filo conduttore del dialogo, a questo appuntamento importante il notariato deve presentarsi in maniera adeguata e preparata; per fare ciò occorrono due riflessioni attente sulla politica interna ed esterna della categoria, perché è necessario che un segnale di apertura e di efficienza parta proprio da noi.

Bisogna, senza indugi, accelerare un processo di autoriforma interno serio e ponderato; un processo che non stravolga i valori assoluti della funzione e del ruolo ma che, al contempo, li renda ancor più attuali e più rispondenti alle richieste

di una società sempre più esposta a forti accelerazioni innovative. Non si può dimenticare, infatti, che la costante azione di adeguamento è l'unica strada maestra per riaffermare la infungibilità di una funzione e, quindi, valorizzarne tutti gli aspetti fondamentali; pensare di poter essere fermi e, per ciò stesso, fuori dal processo generale di evoluzione del sistema sociale, magari perché portatori di "verità assolute" o presunte tali, è una scelta strategica miope tesa solo a difendere l'indifendibile e, quindi, perdente; si potrebbe riassumere l'idea con uno slogan: "innovarsi per rafforzarsi".

Allora avanti con una riforma che tenga presente:

- l'innovazione tecnologica in atto, e mi piace ricordare quel gioiello che molti ci invidiano chiamato NO-TARTEL, che proprio la scorsa settimana ha presentato a Roma il suo piano strategico per i prossimi anni, in cui spicca un notevolissimo sforzo di ricerca scientifica anche in campo informatico, tra cui cito la conservazione a norma degli atti giuridici per un periodo di cento anni, a differenza della conservazione degli atti fiscali programmata per dieci anni: questo è ammodernamento, questa è vera competitività, questo è il futuro;

- la dimensione europea del notariato italiano, con un convinto spirito comunitario,

- un miglior assetto territoriale che contemperi l'esigenza di un radicato rapporto con il territorio con una

rivisitazione della facoltà di rogito più rispondente alle esigenze di una clientela che oramai difficilmente limita la negoziazione dei propri traffici giuridici negli angusti ambiti dei distretti notarili, che sono troppi e, spesso, troppo piccoli e, quindi, rivedere la conformazione territoriale degli stessi distretti;

- una riforma del sistema elettivo delle cariche nazionali istituzionali che colleghi la necessità di una rappresentatività di tutte le Regioni italiane ad un progetto politico esposto, conosciuto e votato dalla categoria con una metodologia democratica e trasparente (è meglio sapere per cosa si vota oltre che per chi si vota);

- un indubbio rafforzamento del peso dei voti congressuali che siano di effettivo indirizzo, oltre che di semplice sollecitazione, alle scelte politiche del Consiglio e della Cassa Nazionale del Notariato;

- una rivisitazione della tariffa che sia sempre più trasparente, di facile lettura e comprensione da parte del cliente.

Ovviamente ciò rappresenta una semplice elencazione di iniziative sulle quali il notariato dovrà riflettere e per le quali chiediamo al Consiglio Nazionale un rapido impegno di studio e di realizzazione di proposte al legislatore, con senso di responsabilità e condivisioni di obiettivi, ed al dibattito congressuale di questi giorni utili riflessioni e suggerimenti.

Su questi presupposti, sui presupposti di una incisiva autoriforma, il Notariato potrà presentarsi ad un confronto col mondo politico in modo responsabile, qualificato e, soprattutto, propositivo; certo il dialogo, almeno per il passato, non è stato facile soprattutto perché dovevamo pregiudizialmente superare posizioni preconcepite infarcite, come detto, di falsi luoghi comuni. Oggi il dialogo può e deve essere più sereno, i tempi sono maturi, soprattutto perché noi ci sforzeremo, come sempre, di far capire che non siamo e non vogliamo essere un ostacolo alla crescita del paese, in quanto difensori di posizioni di privilegio o radicalmente legati ad un concetto di pseudo casta (perché tutto siamo tranne che una casta, basti vedere le modalità di accesso alla nostra professione), ma, al contrario, vogliamo essere a fianco del legislatore il quale, sovrano nelle scelte politiche, possa avvalersi del nostro contributo scientifico per quanto attiene l'aspetto tecnico della formulazione di alcuni provvedimenti legislativi (vedi, da ultimo, cancellazioni di ipoteche e portabilità dei mutui, si può fare di più, si può fare meglio). Il senso del messaggio che vuol partire da questo Congresso è di privilegiare, nei nostri rapporti esterni, l'aspetto collaborativo. Nel rispetto dei ruoli propri, il notariato, in tutte le sue componenti istituzionali e sindacali, nazionali e regionali (anche in previsione di un federa-

lismo legislativo oltre che fiscale), si propone quale costante riferimento perché le normative vengano tecnicamente adottate in sintonia con il contesto giuridico su cui vanno ad incidere e concretamente mirate ai benefici per cui sono state concepite; non è utile per la pubblica amministrazione, non è utile per gli operatori economici, non è utile per il cittadino consumatore avere una proliferazione di norme spesso in contrasto tra loro, di dubbia interpretazione e, soprattutto, di facile elusione; i disagi, che ne derivano, non giovano a nessuno.

Io credo che con una maggiore e più articolata forma di collaborazione, di apertura non solo con il notariato, certe distonie, che spesso gli operatori del diritto trovano soprattutto nella prima fase di applicazione delle leggi, potrebbero essere facilmente superate.

Su alcune tematiche potremmo lanciare delle proposte, queste sì, realmente incidenti sulla competitività del sistema e sul beneficio delle categorie economicamente più bisognose:

- riscrivere un Testo Unico sulle imposte indirette (per intenderci Registro, Ipotecarie, Catastali e di Bollo) raggruppando le imposizioni e semplificando tutte le molteplici forme di agevolazioni fiscali o ipotesi di decadenze: a volte ci sembra di ritrovarci in quella "selva oscura" di dantesca memoria;
- predisporre un pacchetto di atti a "valenza sociale" con onorari

notarili adeguati (sul presupposto della esistenza dei minimi tariffari) che si contraddistinguano per tipologia di atti: per esempio mutui e vendite prima casa, costituzione di società e per tipologia di soggetti interessati: per esempio pensionati, disoccupati, studenti e giovani al di sotto di una certa età, dipendenti con reddito fisso al di sotto di un certo importo.

Il notariato, come accennavo, è pronto a fare la sua parte, assumendo coscientemente le sue responsabilità, in una ottica di collaborazione e di proposizione contraddistinte da una attività già da tempo intrapresa che si caratterizza principalmente sulle linee guida

- della certezza della legalità a tutela soprattutto dei contraenti cosiddetti "deboli",

- di un forte contributo di lavoro a fianco della magistratura con i notevoli effetti antiprocessuali della nostra attività,

- di un sensibile snellimento delle attività societarie a beneficio dello sviluppo e della rapidità operativa del mondo imprenditoriale (questi argomenti formeranno oggetto di specifiche relazioni congressuali).

Questa è la lettura corretta, semplice e concreta di alcuni aspetti della "utilità sociale" della funzione notarile, che, certamente, può e deve essere incentivata e potenziata, ma dalla quale è facile argomentare il nostro impegno e, oltretutto, l'infungibilità del ruolo di pubblici uf-

ficiali delegati, che non può essere né svenduto, né barattato con presunte liberalizzazioni che altro non sono se non la prevalenza di interessi di lobby veramente potenti o la esaltazione di demagogia di bassa lega. A sortite di tal genere, che sono al di fuori di schemi progettuali studiati e finalizzati nella giusta direzione di un valido rilancio economico e sociale, che mascherano false liberalizzazioni e servono solo a creare confusione, a queste sortite si oppone non il notariato o, direi meglio, non solo il notariato, ma chiunque cui stia a cuore un effettivo programma di miglioramento e rafforzamento dell'economia del paese che sia in grado di temperare gli interessi di tutti, dalla grande impresa al piccolo consumatore, dal professionista all'operaio.

Bisogna, infatti, riflettere, e riflettere bene, sul conferire un impulso incontrollato ed incontrollabile alle leggi governate dalla pura economia e logica del mercato che, senza controllo di legalità, non sempre vanno nell'indirizzo di un equilibrato sviluppo economico generalizzato ma, spesso, solo a beneficio di pochi; non sempre determinano una sana concorrenza a vantaggio dell'utente consumatore perchè non sempre la quantità coincide con la qualità: ed è questa ultima, invece, che noi vogliamo difendere e, insieme, trovare un percorso metodologicamente funzionale per farla

emergere quale simbolo di un vero progresso civile.

In una democrazia compiuta come è quella italiana non è tollerabile che il mercato faccia le leggi, ma è, invece, indispensabile che siano le leggi a disciplinare l'indirizzo del mercato; si può essere convinti liberisti senza per questo non essere garantisti della certezza del diritto e della legalità, perché questo tipo di garantismo non è a tutela di interessi specifici di pochi, ma patrimonio importante per la crescita omogenea della collettività.

La vera sfida dei prossimi anni, nell'ambito della auspicata ripresa economica del paese, sarà quella di far coesistere, in un moderno ordinamento, legalità, esigenze di mercato anche globalizzato e tutela del contraente debole; a questa sfida il notariato è preparato, pronto a mettere in campo la propria esperienza, la propria affidabilità, la propria provata efficienza.

E la riprova di tutto ciò sta' proprio nella organizzazione e nella proposizione di questo Congresso che ci accingiamo a vivere, un Congresso aperto a personalità esterne con le quali ci vogliamo confrontare in maniera schietta, alle quali, su questi temi, chiediamo ed offriamo un contributo dialettico: il notariato è parte integrante del nostro sistema che deve e vuole andare avanti, ma questo sistema senza il notariato o con un notariato a valenza ridotta, io credo, non andrà molto lontano.

Il notariato oggi chiede ad ogni singolo Notaio uno sforzo di responsabilità e di coraggio, che non significa lo stravolgimento della funzione o del ruolo, bensì l'interpretazione della attività in chiave più rispondente alle attuali esigenze della società, affinché l'effettiva portata del nostro lavoro sul tessuto socio-economico del bacino di utenza di riferimento sia pari al nostro impegno, alla nostra preparazione, alla nostra indiscussa professionalità. Pari sforzo lo chiediamo a chi di competenza per comprendere e far comprendere la centralità della funzione notarile all'interno di un sistema giuridico che vuole offrire certezze e garanzie a tutti i cittadini. La terzietà del notaio deve rappresentare un punto di riferimento, di stabilità e di equilibrio nell'ambito delle contrattazioni, deve rappresentare il perno di riferimento per un moderno sistema che sempre più punta sulla concretezza dell'operato e, sempre meno, è soggetto a contestazioni: in sintesi potremmo dire "più certezza e meno litigiosità".

Lavoriamo tutti e nell'interesse di tutti per un notariato sensibile e di qualità, moderno ed efficiente, elemento di spicco di un grande processo di riforma, interlocutore attento per gestire, insieme alle componenti sociali e politiche, un cambiamento radicale che non penalizzi la salvaguardia dei valori autentici cui accennavo prima, indispensabili

espressioni di progresso ed equità sociale.

Da ultimo, nel rivolgere un sincero augurio di buon lavoro al nuovo Parlamento ed al nuovo Governo che si è appena insediato, in un clima che ci sembra di maggior serenità e dialettica tra opposizione e maggioranza, ci permettiamo di sollecitare al signor Ministro di Giustizia una rapida attuazione della “riforma delle libere professioni”, in molti aspetti condivisa da tutte le categorie professionali segnata-mente nella stesura delle ultime bozze e di cui se ne avverte veramente il bisogno e che formerà oggetto di un articolato dibattito nella giornata di domani.

Per questo impegno del notariato che in tal senso abbiamo speso in questi difficili tre anni di Presidenza, con grande supporto della mia Giunta e disponibilità del Consiglio Nazionale e della Cassa Nazionale del Notariato, che voglio singolarmente ringraziare,

- impegno che, devo dire, ha trovato un sensibile riscontro con tutti gli interlocutori con cui ho avuto il piacere di parlare e che mi ha portato a girare gran parte dell'Italia,

- impegno che la Federnotai con umiltà e grande senso di responsabilità continuerà a portare avanti,

- per questo impegno che ci consentirà di guardare al futuro del notariato con più serenità soprattutto quando il notariato si presenta compatto in tutte le sue componenti, offrendo una immagine di convinta coesione assolutamente indispensabile in questi momenti,

- impegno che ci troverà sempre disponibili ad un dialogo a 360 gradi con le forze politiche e sociali del paese perché migliorarsi è un dovere prima che un diritto,

- bene per questo impegno, con cui apriamo fiduciosi i lavori del Congresso, io chiedo a tutti Voi un caloroso applauso.

Gennaro Fiordiliso – Presidente di
Federnotai

NOTERELLE DI UNO DEI ... (QUASI) MILLE

Lasciare il proprio “Quarto” per un “Volturno” (di garibaldina memoria), rievoca gesta eroiche di cui mi sembra anche oggi ci sia impellente ed estremo bisogno

Il mio “Quarto”, nel 2008, è abbandonato nella Pianura Padana, servito non più da un fortuito trasporto genovese, ma per avvenuta assimilazione

del vecchio codice della navigazione, da un mediocrementemente conservato MD82, che decolla dall'aeroporto di Montichiari alle ore 6,20 di mattina.

Il mio “Volturno”, dopo l'unificazione nazionale, si è spostato decisamente al Centro e coincide con

Fiumicino, aeroporto di Roma, ove l'atterraggio avviene in perfetto orario alle ore 7,15.

E' Venerdì 16 maggio 2008.

Mi sono prenotato per partecipare al Congresso di Federnotai (e per ottenere, con un po' di sacrificio, ma in località comunque piacevole, l'accredito di 10 punti formativi!).

L'avvio della precoce mattinata mi sollecita qualche riflessione di sistema.

Al "gate 4" attendono circa 40 persone, per 130 posti disponibili a bordo. L'equipaggio del moderno "naviglio" consta di due piloti e 4 "addetti" per un volo di circa 40/45 minuti.

Siamo alle solite!

Il sistema mi sembra democratico-demagogico e, come spesso ormai, anti-economico. Fa acqua.

Piove a tratti, la liquidità è ridotta, ma l'umidità relativa e il pantano politico sono oltremodo significativi. Di buon mattino mi trovo già di fronte al quasi usuale, semi-pubblico dispendio (o sperpero?) populista di denaro, esito ineluttabile dell'odiato profitto e della sempre più faticosa capitalizzazione. Ci sono quattro "addetti" per assistere all'imbarco e allo sbarco dei passeggeri e nel frattempo offrire acqua, tè o caffè per soli tre quarti d'ora di volo. Sembra di leggere nei fatti l'applicazione di quei proclami che ronzano ormai nelle orecchie di ognuno: "...lavorare un po' meno, per lavorare tutti!", "...garantire un reddito minimo ad ogni lavoratore", "...se tutti pagassero, pagheremmo meno tutti" e via solleticando e solfeggiando.

Fra una nuvola di bassa quota ed un raggio di sole più alto, mi conforto all'idea che la mattinata senz'altro si raddrizzerà verso prospettive di maggior efficienza e di più sicura concretezza, meno falsamente democratiche.

Il sindacato è moderno, non bada a rottami ideologici di vecchio stile e punta da sempre ad un rinnovamento del sistema economico-sociale e dello Stato, trovando decisi fautori negli ultimi rappresentanti istituzionali e organizzativi.

Atterro in orario (anche se per fortuna ho tempo da scialare) e accompagnato da un "onorevole" cliente, seduto dietro di me, che, riconoscitomi, si fa pure generoso sponsor del biglietto della metropolitana, mi avvio da Fiumicino a Termini con il treno navetta e con la "M". Brutta lettera scivolosa e forse premonitrice di distratta e vile infangatura.

In via Veneto chiedo del Teatro Capranica, ma lo conoscono in pochi. Non è noto alla polizia, troppo spesso sviata da vicende extra-urbane; non lo conosce il tassista, forse frastornato dalle lenzuolate Bersani; il vigile tentenna indeciso, ma poi connette giustamente lo slargo della via con il tempio dell'arte e non sbaglia, centrando l'obiettivo. Sono quasi le undici ed è ormai ora di

registrarsi per l'avvio della "formazione professionale democratica".

Mi rigiro nel teatro ripitturato (Euro 60.000,00 di affitto), senza riconoscere subito l'indicazione per la preziosa e generosa gallerietta del "coffee break" (Euro 8,00 a testa), esco un attimo per oziare, prendo un gelato al Giolitti, assisto in piazza Montecitorio alla cacciata per "impossibile sosta" di un'auto di servizio RAI (con impropri e lamentele dell'autista) da parte dei pizzardoni di ronda e colgo con sguardo legal-sindacale al quarto piano dell'impalcatura del "Palazzo in restauro" alcuni lavoratori senza elmetto protettivo giallo (sarcasticamente immortalati dalle telecamere sociali dei "media").

Rientro in teatro per l'avvio dei lavori e avverto come se la giornata stesse prendendo una piega enfatica ma ambigua, lubrica, scivolosa, quasi tardo-imperiale. Confido in una ventata di novità. Vagheggio l'idea di un primaverile "Fiordiliso" e coltivo la speranza di un Presidente sindacale che esca da discorsi vietati, da schemi precostituiti, dall'appiattimento propagandistico, ovvio e consueto. Mi aspetto una freschezza liberistica che mi faccia ricredere sulle scelte di trent'anni fa e scuota il Notariato, aprendo prospettive in orizzonti ormai demotivati, svuotati, privi di entusiasmi.

Partono i soliti sdolcinati saluti e ringraziamenti (...a quando l'avvio "in medias res": "Buongiorno colleghi, siamo qui per affrontare il tema ...?")

Poi finalmente l'"incipit" del Presidente. "E' un'occasione nuova...che ci porta ad esaminare e valutare alcuni aspetti della nostra professione nell'interesse del cittadino e, quindi, della collettività...a parlare della funzione sociale...nel senso di <<utilità sociale>> e, quindi nel senso di benefici generalizzati che derivano da un esercizio corretto di una determinata funzione."

Ma il tema non era forse "Il Notariato e la società?" o "Il Notariato e la sua funzione sociale?" e poi, anche se fosse stato il secondo, l'esercizio <<corretto>> della funzione notarile è da intendersi nel senso di un esercizio solo "politicamente corretto" della funzione, ossia conforme al pensiero ed al sentire politico dominante, o piuttosto nel senso di un esercizio conforme alle indicazioni normative fornite dall'ordinamento e dalla vigente legislazione come in ogni moderno Stato di diritto?

L'accattivante "seggiola rossa" mi è subito parsa un tantino scomoda ed il tessuto mi è sembrato più pungente di quanto non fosse all'inizio. Mi è sembrato di cogliere nel discorso del Presidente una deriva populistica e demagogica che sovvertiva nascostamente e surretiziamente i canoni critici liberistici che vagheggiavo all'inizio.

Ma forse l'obiettività non era già del tutto persa, perché il discorso scorrevole e fluente (quasi da

“gobbo” invisibile e nascosto) saliva -appena dopo- un po’ di tono e si rivolgeva ad “evidenziare ...quanto nell’esercizio corrente della loro attività i Notai fanno per lo Stato e per il sistema paese in generale” e ad “offrire al nuovo legislatore ed alle parti sociali il (nostro) contributo affinché ...ci sia più efficienza nel rispetto indiscusso della legalità...”.

Mi sono detto: allora ci siamo! Questa volta finalmente il Presidente di Federnotai non si appiattisce nel ruolo ombra di affiancatore del CNN; ‘sta volta le canta per filo e per segno ai rappresentanti delle Istituzioni ed al Paese intero, rimarcando come e qualmente sia proprio lo Stato il primo detrattore della pubblica fede, non fidandosi Lui, prima di tutti, dell’attività svolta da un pubblico ufficiale nominato per concorso e dotato di sigillo della Zecca, quasi si fosse pentito da anni di aver emanato un provvedimento normativo per delegare la funzione dell’attribuzione della pubblica fede a propri “funzionari”-professionisti.

Non dovevo essere impaziente. Senz’altro sarebbero bastati pochi ulteriori minuti e sarei stato appagato dell’insofferenza e dell’intolleranza patite per troppi anni. Il Presidente stava per toccare il tasto giusto, stava per mettere in fila lo Stato, a dovere, e finalmente sarebbe scoppiato fragoroso l’applauso dei (quasi) Mille garibaldini dalle poltrone rosse.

E invece no.

Il discorso si piega verso due riflessioni, attente alla “politica interna ed esterna della categoria, perché è necessario che un segnale di apertura e di efficienza parta proprio da noi”.

All’interno “bisogna, senza indugi, accelerare un processo di autoriforma serio e ponderato...” senza dimenticare “la costante azione di adeguamento” e perseguendo l’ “evoluzione del sistema sociale ...l’innovazione tecnologica in atto...la dimensione europea del notariato italiano...un migliore assetto territoriale...una riforma del sistema elettivo...il peso dei voti congressuali...una rivisitazione della tariffa...”

E all’esterno?

Forse ci risiamo. Magari il Presidente riprende quota e non si dimentica che lo Stato è il primo dei possibili ordinamenti sociali ed è il primo nei confronti del quale va svolta la funzione sociale del Notariato per rivalutarne il ruolo, per accreditarne definitivamente l’immagine (nell’ambito costituzionale), per contenerne i costi di gestione (mediante allargamento delle competenze facilmente reperibili in sede tributaria – penso all’Agenzia del Territorio ed al Catasto -, in sede giudiziaria – penso alla volontaria giurisdizione ed ai divorzi).

E invece no.

Di nuovo il discorso si volge ai valori del dialogo (per non apparire ostacolo alla crescita del paese, per allontanarsi da paventate pseudo caste, per essere a fianco del legislatore nelle scelte politiche), della collaborazione (nel rispetto dei ruoli per essere utili alla pubblica amministrazione, agli operatori economici, ai cittadini consumatori, riscrivendo testi unici sulle imposte indirette, predisponendo pacchetti di atti a “valenza sociale” con onorari tre per due, fiancheggiando la magistratura affaticata dal lavoro con una benefica ed alleggerente attività ante-processuale).

Qui si è rifugiata per il sindacato “la centralità della funzione notarile all’interno di un sistema giuridico che vuole offrire certezze e garanzie a tutti i cittadini” !

Mi sono trovato un po’ frastornato e deluso.

La funzione sociale forte e affermativa del ruolo, che mi immaginavo propugnata e riproposta, era del tutto scomparsa, si era sciolta, anzi non era mai stata neppure prospettata.

La terzietà era stata annacquata in una socialità fagocitante e onnivora, che genera sempre spazi per applausi scroscianti e baci frivoli.

Il sindacato mi è sembrato ridotto a innocua controfigura degli organi istituzionali.

Da garibaldino che ero partito mi sono accorto di essere tornato nel mio “Quarto” come semplice e quasi omologato “reduce romano”.

Franco Treccani

TORNANDO A CASA

Tornando a casa ... di nuovo ? O, per essere in linea, again ? Ma non eri già tornata poco tempo fa ? ma per dirla tutta, perché invece di tornare, non resti a casa ?

Già, me lo chiedo spesso, specialmente quando ... Ma andiamo con ordine, partiamo dall'inizio, anzi dalla fine.

Tornando a casa la luce dorata del meriggio preestivo, che danza sui tetti della città eterna, esalta il ricordo dell' evento indimenticabile.. così è esagerato, riproviamo.

Tornando a casa, in quel nord-ovest ormai afflitto da piogge monsoniche, in un pomeriggio quasi estivo del maggio romano, mi pervade un sentimento di orgoglio per la mia partecipazione al 7° Congresso di Federnotai, che lascerà traccia indelebile nella storia del notariato, come i passi dei primi astronauti sulla sabbia lunare... anche così è esagerato, ma continuiamo..... il fermento di idee, il nascere di proposte, a volte scandalose, a volte solo provocatorie, le accese, appassionate discussioni come possono non coinvolgere i colleghi tutti e lasciare nella mente un ricordo imperituro? Infatti mi ricordo tutto benissimo, anche le date.

Correvano gli anni '90 del secolo scorso e così erano i Congressi di Federnotai.

Poi i tempi sono cambiati, il Consiglio Nazionale del Notariato ha assunto un ruolo propulsore, molte delle istanze, in allora scandalose, proposte da FN sono diventate o-

biettivi raggiunti, lo scandalo insomma si è normalizzato, i Congressi si sono susseguiti, sono apparsi i crediti formativi, che hanno moltiplicato il numero dei congressisti e drasticamente ridotto il numero dei reali partecipanti. Beninteso, sono del tutto favorevole ai crediti formativi, che hanno tirato letteralmente fuori dai loro studi molti colleghi, dei quali prima non si era mai vista l'apparizione, ma sono perplessa sui congressi a grandi numeri, con sfilate di personalità notarili e politiche, buona stampa, ma nessuna possibilità di dibattito. Forse servono entrambi, i congressi vetrina e quelli di dibattito, negli anni '90 i primi erano quelli del CNN e i secondi quelli di FN e ora... giudicate voi...

Il tema del 7° Congresso "Il notariato e la società – un dialogo aperto" sembrava incoraggiare discussioni e dibattiti, ma il programma degli interventi raccontava un'altra storia, il dialogo era aperto solo fra alcuni, il dibattito, come nei film di Fantozzi, relegato a fine sessione, quando tutti ormai stremati non vedevano che l'uscita. La location peraltro era perfetta, il cinema Capranica trasformato in ottima sala congressuale, nel centro di Roma, vicino a tutto, alberghi, bar, taxi, e quale ex cinema adatto all'avvenimento, sul palco si svolge la vicenda, la platea vede, ascolta, al massimo applaude, ma gli attori sono gli unici protagonisti.

Attori numerosi e bravi, copione rituale, dieci crediti formativi.

Sul palco, a chiara testimonianza dell'idilliaco clima esistente fra FN e organi istituzionali, una sfilata di Presidenti, ci sono proprio tutti, tutti plaudono, tutti parlano di dialogo, tutti si confrontano, ma ovviamente sempre fra di loro. Insomma una versione mignon del Congresso Nazionale del Notariato.

E dire che gli argomenti sui quali non il notariato, ma i notai dovrebbero esprimersi, non mancavano certo.

La recente tabella e la distribuzione sul territorio delle nuove sedi hanno aperto il vaso di Pandora, non è una divergenza fra notai del sud e notai del nord, notai di città e notai di campagna, è emerso in realtà il latente dissidio fra diversi modi di intendere la funzione notarile, quale tipo di notaio vogliamo essere, come vogliamo che si evolva la funzione notarile, quale riteniamo sia il nostro ruolo nella società globalizzata.

E ancora come vogliamo porci nei confronti del mondo politico, come vogliamo interagire con le forze sociali, come vogliamo che i nostri organi politici ci rappresentino, come vogliamo scegliere i nostri rappresentanti, quali poteri vogliamo attribuire alle delibere congressuali.....

L'elenco sarebbe lungo, nel suo discorso introduttivo Gennaro Fior-

diliso ha correttamente individuato una quantità di temi, sui quali quando e dove potremo discutere?

E' ragionevole asserire che il notariato debba presentarsi coeso all'esterno, ma la coesione non può costruirsi sul silenzio, che spesso nasconde una profonda diversità di vedute, pronta ad emergere e ad intralciare il passo nelle occasioni meno opportune.

Il confronto anche aspro sugli argomenti che oggi stanno a cuore a tanti colleghi è necessario per individuare valori condivisi, unica base possibile di un notariato compatto in tutte le sue componenti, aperto alle esigenze della società senza tradire il suo DNA.

E il confronto possiamo relegarlo ai mugugni fra amici, magari per e-mail o sperare sempre e solo nelle pagine di FederNotizie?

Una ultima nota, cari amici di FN, come vi è venuto in mente di organizzare un aperitivo congressuale nei locali di Bulgari, exemplum fictum del lusso, proprio quando siamo accusati di essere una categoria con redditi eccessivi, quasi che i notai abitualmente ordinino un Aperol e, simultaneamente per non perdere tempo prezioso, un brillante da cinque carati?

In conclusione perché andare e tornare, visto che ho già un congruo numero di crediti formativi?

Grazia Prevete – notaio in Torino



Una rubrica nuova è come un fiore che sboccia inaspettato e insolito su un prato di cui pur si conoscono asperità e dolcezze.

E' un evento che può ingenerare in ognuno di noi "sorpresa", piacevole o amara (come ogni "vox media"), secondo la nostra istintiva reazione. Capita così anche coi sogni, che ci appaiono ora rosei ora neri (incubi).

La nostra susseguente interpretazione ed attribuzione di senso in definitiva li svolge e li dipana, li allevia o li incupisce, li accoglie o li respinge, li condivide o li vanifica, li percepisce inconsistenti, realistici o incombenti.

Ma se non conosciamo almeno i sogni (e gli incubi), come faremo a vivere il miracolo emotivo della "sorpresa"?

Ognuno di noi sarà Artefice di questa rubrica, in quanto autore del sogno/incubo raccontato e potrà esporre liberamente da Notaio le

sue personali immagini, fantastiche o fantasiose.

Molto spesso sulla soglia sensibile del nostro pensiero si affacciano vicende e costrutti politico-amministrativi che assumono la consistenza del "possibile" o sono semplicemente allegorie del diverso, metafore di un cambiamento auspicato, ma vengono poi quasi subito soffocate dal quotidiano relazionarsi con il cliente (o consumatore?), con l'amministrazione (o burocrazia?), con le istituzioni (o forme?) .

Quante volte, a occhi chiusi o aperti, abbiamo fatto un sogno o abbiamo avuto un incubo, di giorno o di notte, scorrendo un articolo di giornale, leggendo un libro, guardando la televisione, davanti al foglio bianco o con le mani appoggiate alla tastiera...!

Anche tu non disperdere questa prodigiosa "e-mail" della tua immaginazione.

I HAVE A DREAM (OR A NIGHTMARE)

Da qualche tempo, mentre scorro testi e studi da recensire o cerco scritti, articoli e riflessioni che mi sembrano aprire potenziali nuovi scenari per la categoria e per la professione, mi capita di perdermi in divagazioni. Gli occhi restano fissi sul testo, le pupille si dilatano, il pensiero si slarga, le idee si associano, la mente si fa "liquida" ed i binari del senso critico si deformano.

Sogno.

Sogno che FederNotizie esca da quella che mi sembra sempre più un'ambiguità politica, sogno che il Direttore faccia un definitivo salto di qualità. Sogno che dopo tanti anni di frequentazione della redazione (Martedì sera), rompendo gli indugi della propria personale esitazione, del legame organizzativo sindacale, della soggezione ad organi rappresentativi superiori, decida di uscire allo scoperto, abbandoni le pastoie della politica di "bottega", della lotta tra "eccellenze" funzionali, "della coperta sempre corta" da contendersi tra professionisti diversi ed entri finalmente nell'agone politico-economico nazionale.

Sogno che ogni questione di qualità, di pubblicità, di procedura, di onorario, di sanzione e quant'altro, venga colta sì come una vicenda interna alla categoria, ma simultaneamente anche come un problema politico-economico di portata più ampia, della società intera, ossia un problema che trova riscontro non solo "locale" ma anche "gene-

rale" (oserei dire "nazionale"), una vicenda che costituisce stimolo per un approfondimento interno al ceto notarile ma anche apertura per un inserimento ed una collocazione della categoria stessa nel tessuto di una società in evoluzione, in progresso, in crescita.

Sogno che il CNN sospinto da questa forza culturale e propulsiva interna, trovi il coraggio di meglio connotarsi nelle istituzioni pubbliche nazionali, assumendo un ruolo non tanto difensivo e timoroso, ma affermativo e rassicurante dell'incondizionata utilità della presenza del Notariato nel contesto socio-economico, senza arroganti presunzioni di eccellenza, ma anche senza inutili sensi di colpa o imbarazzati silenzi, nella prospettiva di un costante servizio da rendere alla collettività in termini di certezza e stabilità (delle transazioni), di "rating civile inter-nazionale" (Cafagno ad Istruzioni per l'uso di Rai1), di pace sociale e di fruttuoso risparmio nell'utilizzo della dispendiosa e sempre lenta macchina della giustizia.

Sogno che il Direttore di FederNotizie censuri definitivamente la silenziosa politica di una parte del CNN e di buona parte del Notariato intesa a perseguire una tacita via "magistratuale", quale bene collettivo per la "figura notarile" e quindi quale bene collettivo dell'intera categoria, stigmatizzando l'inutile "appiattimento" e l'infruttuoso "appiattimento" del pubblico ufficiale-

professionista il più possibile all'ombra e nell'ombra del Magistrato.

Da tempo ho poi focalizzato ed evidenziato l'ansia notarile di similitudine (non solo verso i magistrati ma anche) nei confronti degli accademici e in diversi scritti ho inascoltamente auspicato la presa di coscienza di una molto più umile consonanza del Notariato con l'Esattore e con l'Amministrazione Finanziaria.

Mi domando, come incubo ricorrente, se si dovrà assistere alla soppressione dell'attività notarile per raggiungere la consapevolezza che le "presunzioni inutili" portano alla cancellazione politico-sociale di figure professionali che pur hanno illustrato nella loro semplicità espressiva la storia italiana ed hanno contribuito fin dal Medio Evo alla crescita culturale della società stessa e della identità nazionale.

Non è con la presunzione di eccellenza accademica o con il pavoneggiamento magistratuale che si sale nella considerazione politica e sociale, ma è con l'umiltà di un servizio costante e trasparente che ci si accredita agli occhi dello Stato (Amministrazione statale), dei politici e della società.

La prima utilità del Notariato è sempre stata la collaborazione con l'Amministrazione Finanziaria per la raccolta dei tributi indiretti statali e, nonostante la momentanea e ciclica caduta di attualità di simile imposizione (indiretta), tale funzione

resta sempre la primaria ragione d'essere di quel moderno Zaccheo e/o Matteo nazionale che è il Notaio, a meno di scendere dall'evangelico sicomoro e ricercare su terreni più infidi, effimeri ed avventurosi altre fallaci verità e giustificazioni. La competente, obiettiva, economica ed egualitariamente perfettibile raccolta del tributo statale (indiretto) giustifica all'occhio dello Stato e del cittadino (suo malgrado) la necessità e l'utilità della sussistenza di una figura "ufficiale-professionale" difficilmente sostituibile in termini economici e di efficienza. Ricordare allo Stato che il repertorio che il Notaio da sempre compila (a spese del contribuente e proprie, ma non dello Stato, salvo che per i controlli) costituisce e non è altro se non il ruolo pubblico degli affari, sulla base del quale l'Ente nazionale (Stato) percepisce parte dei suoi tributi e dal quale trae notizia per qualsiasi accertamento sulla consistenza patrimoniale dei propri cittadini, non è millantare interpretativamente qualcosa di diverso rispetto alla realtà dei fatti, ma è rappresentare la pura e sacrosanta verità di ogni quotidiana vicenda contrattualistica. Far valere nei confronti dello Stato (dei politici di turno) l'importanza di tale ruolo, l'efficienza e l'economicità di simile raccolta di dati e di imposte è compito primario della politica del CNN, che troppo spesso sembra lasciarsi sedurre da argomentazioni ultronee, da chimere giudiziarie, da mirag-

gi terziari magistratuali, da seduzioni cancellieristiche, dettate più da istinto di sopravvivenza che da una lucida e tradizionale lettura della funzione.

Qui pure nel sogno si innesta il discorso realistico e vero sulla "funzione sociale" del Notariato, appena sfiorato (in un'ottica populisticamente deformata a favore della collettività) nella recente assise romana di FederNotai. Non ci si può fermare al primo gradino della conquista del "prezzo-valore", spiegando all'inclito e al volgo gli encomiabili successi politici e sociali conseguiti dall'"eccellente" categoria notarile: l'"iter" da percorrere per l'accreditamento di un funzione veramente sociale è stato solo iniziato ed è ancora ampiamente perfettibile e soprattutto non breve in una prospettiva socio-pubblicistica. Il "prezzo-valore" deve portare a stringenti considerazioni di carattere tributario e fiscale, perché la gente percepisca la funzione sociale del Notariato. E quindi, così come si devono stigmatizzare con fermezza, con costanza e con incrollabile determinazione l'assurdità, l'inattualità, l'inadeguatezza, l'inattendibilità, in una parola la falsità e l'inutilità delle basi imponibili applicate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, allo stesso modo e simultaneamente si deve evidenziare con durezza e con scandalo l'inapplicabilità di aliquote che non

trovano riscontro in nessun Paese europeo e quanto meno civile.

Ma non basta! Laddove in sede partitica, politica e sindacale si argomenta in ordine alla riforma della pubblica amministrazione, chi si trova al vertice di organismi e istituzioni deve farsi coraggio ed avanzare senza timore proposte concrete, incisive e innovative. La riforma della pubblica amministrazione può essere affrontata di certo, all'interno, con una responsabilizzazione della dirigenza e del personale che ricopre gli uffici, con un coordinamento più rigoroso dei comportamenti e delle interpretazioni delle norme, ma può essere affrontata anche in modi più radicali, cioè riducendo il perimetro dei servizi che sono forniti dal settore pubblico, ossia dallo Stato.

Non vi è alcuna ragione per cui una serie di servizi non possa essere offerta da organizzazioni private, quando si dimostri che esse possono essere più efficienti e/o meno costose di quanto non costino oggi al cittadino per il tramite della disennata e inqualificabile gestione pubblica. Non si riducono infatti le spese statali solo spostando il personale, modificandone ruoli e competenze, bensì automatizzando le funzioni o decentrandole ad organismi esterni, capaci di svolgerle in modo imparziale e rigoroso. Qualsiasi decentramento o federalismo che non si attui attraverso questa "esternalizzazione economi-

ca delle funzioni" è destinato a fallire.

Ricorda qualche giornalista che anni fa la rivista "The Economist" propose addirittura di privatizzare le carceri. Senza andare troppo in là, i servizi pubblici che possono essere privatizzati (veramente liberalizzati dalle panie statali) sono numerosi, a partire dall'erogazione delle energie, da quelli in materia di trasporti, fino a taluni servizi in materia di sanità e di amministrazione. Tutti questi compiti sono delicati e difficili, ma non ci sono alternative al miglioramento se non affidarne l'esecuzione al professionismo inutilizzato e fannullone, con debiti controlli. Se non si incide sull'inefficienza del pubblico ma anche del privato (laureati inutilizzati e professionisti che litigano per sottrarsi competenze, mansioni e compiti), sul lassismo degli ordini professionali, sulla scarsa istruzione al lavoro ed al servizio pubblico, anche a noi non rimarrà che la strada ...dell'emigrazione (come afferma ormai qualche depresso pessimista).

Allora, proseguendo nel sogno, fantastico sulla gestione dell'Agenzia del Territorio, che da decenni oscilla tra provvedimenti legislativi ed amministrativi centralizzanti, fautori di uno sfruttamento opportunistico delle basi imponibili degli immobili e susseguenti contrapposti provvedimenti decentralizzanti, fautori di un localismo confusionario e disegualitario. Nessuna delle politiche

statali, attuate nel corso di mezzo secolo, ha comportato la fornitura (si noti il termine mercantilistico) allo Stato di basi imponibili, relative ai beni immobili, veramente aggiornate con valori commerciali attendibili, così da dotare l'amministrazione pubblica non solo di registri immobiliari uniformemente e univocamente tenuti/mantenuti, ma anche di classamenti immobiliari rispettosi dello stato dei luoghi e del reale valore dei beni. Un risultato di tale fatta costringerebbe ogni leader politico ad assumersi l'obbligo manifesto di enunciare con chiarezza e trasparenza le aliquote che ai fini tributari, indiretti e diretti, intende applicare per raccogliere nelle casse erariali (statali e comunali), quanto necessario al fine di appagare bisogni collettivi ritenuti economicamente soddisfacibili.

Nella situazione attuale il Governo raggiunge il risultato di un gettito finanziario, assolutamente disomogeneo ed approssimativo, applicando a basi imponibili veterotestamentarie dei moltiplicatori, per così dire, di aggiornamento, che consentono di aumentare le basi imponibili stesse fingendone una attualizzazione e una moderna novità.

Ci si continua ad accontentare di basi imponibili inattuali, disomogenee e ingiuste, con moltipliche faraginosose e foriere di errori, anche solo materiali, di calcolo:

cat.A/2: Rend.cat. x 115,5 se prima casa ai fini del registro,

cat.A/2: Rend.cat. x 105 se prima casa ai fini dell'ICI,

cat.A/2: Rend.cat. x 126 se seconda casa ai fini del registro...

Non si vuole affrontare il problema di un organismo professionale, autonomo e responsabile, capace di mantenere, indipendentemente da esigenze centralistiche o localistiche, un aggiornamento costante dei valori degli immobili, come fonte di dati attendibili al fine dell'applicazione delle aliquote contributive, riconoscendo in materia una specifica competenza ad un settore privato e professionale, già capace di un'organizzazione caratterizzata da "terzietà", serietà e controllo (locale e centrale).

Non si vuole affrontare il problema di una consulenza immobiliare (agenzie), che si affaccia liberamente sul Dio-Mercato e con arroganza spadroneggia e taglieggia il succubo consumatore, senza subire in forma anche minima un controllo da parte di organismi accreditatori (CNN/CND) riconosciuti dallo Stato stesso come costituiti da pubblici ufficiali versati nella materia giuridica e tributaria.

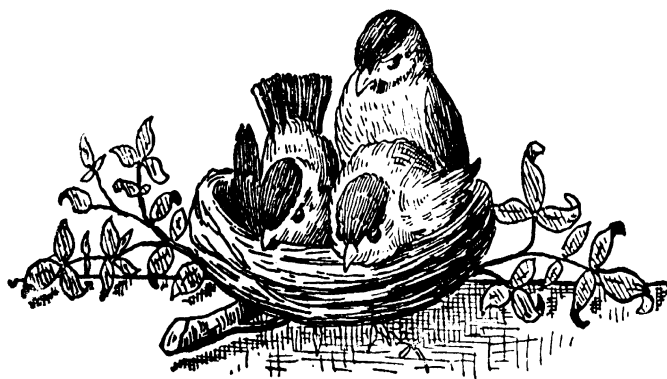
Non si vuole affrontare il problema di un coordinamento giuridico-

amministrativo da parte di pubblici ufficiali che, da sempre e costantemente, guidano con tacita preventiva consulenza l'operato di settori tecnici (geometri, ingegneri, architetti) nella preparazione di tutta la documentazione necessaria (frazionamenti ed accatastamenti) per la successiva redazione dei titoli di trasferimento dei diritti (è inutile qui ricordare tutte le volte che il Notaio interviene per far ripresentare schede planimetriche errate, incomplete, imprecise sia in fatto sia in diritto!).

Perseguire simultaneamente tutti questi obiettivi significa sognare una funzione pubblica, socialmente orientata, non solo in una prospettiva micro-politica (valorizzazione della categoria con affermazione positiva del ruolo), ma in un'ottica macro-politica (servizio reso allo Stato ed al cittadino per l'espletamento in forma economica ed egualitaria del potere normativo-impositivo).

Purtroppo spesso i sogni si infrangono all'alba ...di ogni giorno lavorativo.

Franco Treccani



Argomenti

LA SENTENZA DELLA CASSAZIONE 4.10.2007, N. 21748

La sentenza della Cassazione del 4.10.2007 n. 21748 ha stabilito il seguente principio di diritto:

"Ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti:

(a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e
(b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di inco-

scienza, l'idea stessa di dignità della persona.

Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa".

omissis

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. – con ricorso ex art. 732 cod. proc. civ., Beppino Englaro, quale tutore della figlia interdetta Eluana Englaro, ha chiesto al tribunale di Lecco, previa nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 cod. proc. civ. l'emanazione di un ordine di interruzione della alimentazione forzata mediante sondino nasogastrico che tiene in vita la tutelata, in stato di coma vegetativo irreversibile dal 1992.

Il curatore speciale, nominato dal Presidente del Tribunale, ha aderito al ricorso.

Il Tribunale di Lecco, con decreto in data 2 febbraio 2006, ha dichiarato inammissibile il ricorso ed ha giudicato manifestamente infondati i profili di illegittimità costituzionale prospettati in via subordinata dal tutore e dal curatore speciale.

omissis

2. – Avverso tale decreto ha proposto reclamo alla corte d'Appello di Milano il tutore, chiedendo che,

previa opportuna istruttoria sulla volontà di Eluana, a suo tempo manifestata, contraria agli accanimenti terapeutici e, ove occorra, incidente di costituzionalità, venga ordinata l'interruzione dell'alimentazione forzata di Eluana, in quanto trattamento invasivo della forza personale, perpetrato contro la dignità umana.

Il curatore speciale, costituitosi, ha chiesto l'accoglimento dell'impugnazione, ed ha proposto egli stesso reclamo, da intendersi anche come reclamo incidentale.

Il pubblico ministero ha concluso per la reiezione del reclamo, ritenendo condivisibili le argomentazioni poste dal Tribunale a fondamento del provvedimento impugnato.

3. – La corte d'Appello di Milano, con decreto in data 16 dicembre 2006, in riforma del provvedimento impugnato, ha dichiarato ammissibile il ricorso e lo ha rigettato nel merito.

3.1. – La corte ambrosiana non condivide la decisione del Tribunale in punto di inammissibilità della domanda ...

3.2. – Nel merito, la Corte d'appello osserva che Eluana - la quale non può considerarsi clinicamente morta, perché la morte si ha con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo – si trova in stato vegetativo permanente, condizione clinica che, secondo la scienza medica, è caratteristica di un soggetto che "ventila, in cui gli occhi possono rimanere aperti, le

pupille reagiscono, i riflessi del tronco e spinali persistono, ma non vi è alcun segno di attività psichica e di partecipazione all'ambiente e le uniche risposte motorie riflesse consistono in una redistribuzione del tono muscolare". Lo stato vegetativo di Eluana è immodificato dal 1992 – da quando ella riportò un trauma cranico-encefalico a seguito di un incidente stradale – ed è irreversibile, mentre la cessazione della alimentazione a mezzo del sondino nasogastrico la condurrebbe a sicura morte nel giro di pochissimi giorni.

La Corte territoriale riferisce che dalle concordi deposizioni di tre amiche di Eluana – le quali avevano raccolto le sue confidenze poco prima del tragico incidente che l'ha ridotta nelle attuali condizioni – emerge che costei era rimasta profondamente scossa dopo aver fatto visita in ospedale all'amico A., in coma a seguito di un sinistro stradale, aveva dichiarato di ritenere preferibile la situazione di un altro ragazzo, F. , che, nel corso dello stesso incidente, era morto sul colpo, piuttosto che rimanere immobile in ospedale in balia di altri attaccato ad un tubo, ed aveva manifestato tale sua convinzione anche a scuola, in una discussione apertasi al riguardo con le sue insegnanti suore. Secondo i giudici del reclamo, si tratterebbe di dichiarazioni generiche, rese a terzi con riferimento a fatti accaduti ad altre persone, in un momento di forte emotività, quando

Eluana era molto giovane, si trovava in uno stato di benessere fisico e non nella attualità della malattia, era priva di maturità certa rispetto alle tematiche della vita e della morte e non poteva neppure immaginare la situazione in cui ora versa. Non potrebbe dunque attribuirsi alle dichiarazioni di Eluana il valore di una personale, consapevole ed attuale determinazione volitiva, maturata con assoluta cognizione di causa. La posizione di Eluana sarebbe pertanto assimilabile a quella di qualsiasi altro soggetto incapace che nulla abbia detto in merito alle cure ed ai trattamenti medici cui deve essere sottoposto.

La corte d'appello non condivide la tesi – sostenuta dal tutore ed avallata dal curatore speciale – secondo cui, di fronte ad un trattamento medico – l'alimentazione forzata mediante sondino nasogastrico – che mantiene in vita Eluana esclusivamente da un punto di vista biologico senza alcuna speranza di miglioramento, solo l'accertamento di una precisa volontà, espressa da Eluana quando era cosciente, favorevole alla prosecuzione della vita ad ogni costo, potrebbe indurre a valutare come non degradante e non contrario alla dignità umana il trattamento che oggi le viene imposto.

Innanzitutto perché, in base alla vigente normativa, Eluana è viva, posto che la morte si ha con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo. In secondo luogo per-

ché – al di là di ogni questione inerente alla natura di terapia medica, di accanimento terapeutico (inteso come cure mediche svincolate dalla speranza di recupero del paziente) o di normale mezzo di sostentamento che si possa dare alla alimentazione forzata cui è sottoposta Eluana – è indiscutibile che, non essendo Eluana in grado di alimentarsi altrimenti ed essendo la nutrizione con sondino nasogastrico l'unico modo di alimentarla, la sua sospensione condurrebbe l'incapace a morte certa nel volgere di pochi giorni: equivarrebbe, quindi, ad una eutanasia indiretta omissiva.

Secondo i giudici del gravame, non vi sarebbe alcuna possibilità di accedere a distinzioni tra vite degne e non degne di essere vissute, dovendosi fare riferimento unicamente al bene vita costituzionalmente garantito, indipendentemente dalla qualità della vita stessa e dalle percezioni soggettive che di detta qualità si possono avere.

"Se è indubbio che, in forza del diritto alla salute e alla autodeterminazione in campo sanitario, il soggetto capace possa rifiutare anche le cure indispensabili a tenerlo in vita, nel caso di soggetto incapace (di cui non sia certa la volontà, come nel caso di Eluana) per il quale sia in atto solo un trattamento di nutrizione, che indipendentemente dalle modalità invasive con cui viene eseguito (sondino nasogastrico) è sicuramente indispensabile per l'impossibilità del soggetto di ali-

mentarsi altrimenti e che, se sospeso, condurrebbe lo stesso a morte, il giudice – chiamato a decidere se sospendere o meno detto trattamento – non può non tenere in considerazione le irreversibili conseguenze cui porterebbe la chiesta sospensione (morte del soggetto incapace), dovendo necessariamente operare un bilanciamento tra diritti parimenti garantiti dalla costituzione, quali quello alla autodeterminazione e dignità della persona e quello alla vita". Detto bilanciamento – a giudizio della Corte d'appello - "non può che risolversi a favore del diritto alla vita, ove si osservi la collocazione sistematica (art. 2 Cost.) dello stesso, privilegiata rispetto agli altri (contemplati dagli artt. 13 e 32 cost.), all'interno della Carta costituzionale"; tanto più che, alla luce di disposizioni normative interne e convenzionali, la vita è un bene supremo, non essendo configurabile l'esistenza di un "diritto a morire" (come ha riconosciuto la corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza 29 aprile 2002 nel caso P. C. Regno Unito).

omissis

MOTIVI DELLA DECISIONE

omissis

– il tutore, ricorrente in via principale, chiede alla Corte di affermare, come principio di diritto, "il divieto di accanimento terapeutico, e cioè che nessuno debba subire trattamenti invasivi della propria persona, ancorché finalizzati al prolungamento artificiale della vita, senza

che ne sia concretamente ed effettivamente verificata l'utilità ed il beneficio".

omissis

2.1. – Con il primo motivo, illustrato con memoria, denunciando violazione o falsa applicazione degli artt. 357 e 424 cod. civ., in relazione agli artt. 2, 13 e 32 Cost., il curatore speciale, ricorrente in via incidentale, chiede che sia affermato come principio di diritto il divieto di accanimento terapeutico. Ripercorrendo le medesime argomentazioni contenute nel ricorso principale, nel ricorso incidentale si sottolinea come Eluana non sia in grado di esprimere alcun consenso riguardo ad atti che si configurano come invasivi della sua personale integrità psicofisica, e si richiama la giurisprudenza costituzionale sull'attinenza della tutela della libertà personale a qualunque intromissione sul corpo o sulla psiche cui il soggetto non abbia consentito. Si pone l'accento sulla tutela della dignità umana, inscindibile da quella della vita stessa, come valore costituzionale, e si invoca, tra l'altro, l'art. 32 cost., che preclude trattamenti sanitari che possano violare il rispetto della persona umana. Si sostiene che, quando il trattamento è inutile, futile e non serve alla salute, sicuramente esso esula da ogni più ampio concetto di cura e di pratica della medicina, ed il medico, come professionista, non può praticarlo, se non invadendo ingiustificatamente la sfera personale del paziente.

2.2. – Il secondo mezzo del ricorso incidentale denuncia omessa ed insufficiente motivazione circa il punto decisivo della controversia e chiede che la corte si pronunci in ordine al principio che nessuno debba subire trattamenti invasivi sulla propria persona, ancorché finalizzati al prolungamento artificiale della vita, senza che ne sia concretamente ed effettivamente verificata l'utilità ed il beneficio.

omissis

3. omissis

4. omissis

5. – I motivi in cui si articolano il ricorso principale ed il ricorso incidentale, stante la loro stretta connessione, possono essere esaminati congiuntamente.

Essi investono la corte – oltre che del quesito se la terapia praticata sul corpo di Eluana Englaro, consistente nell'alimentazione e nella idratazione artificiali mediante sondino nasogastrico, possa qualificarsi come una forma di accanimento terapeutico, sull'asserito rilievo che si verserebbe in fattispecie di trattamento invasivo della persona, senza alcun beneficio od utilità per la paziente che vada oltre il prolungamento forzoso della vita, perché oggettivamente finalizzato a preservarne una pura funzionalità meccanica e biologica – anche della questione se ed in che limiti, nella situazione data, possa essere interrotta quella somministrazione, ove la richiesta al riguardo presentata dal tutore corrisponda alle opi-

nioni a suo tempo espresse da E-luana su situazioni prossime a quella in cui ella stessa è venuta, poi, a trovarsi e, piu' in generale, ai di lei convincimenti sul significato della dignità della persona.

Quest'ultima questione è preliminare in ordine logico. Dall'esame di essa, pertanto, conviene prendere le mosse.

6. – Occorre premettere che il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente; la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi.

Il principio del consenso informato – il quale esprime una scelta di valore nel modo di concepire il rapporto tra medico e paziente, nel senso che detto rapporto appare fondato prima sui diritti del paziente e sulla sua libertà di autodeterminazione terapeutica che sui doveri del medico – ha un sicuro fondamento nelle norme della Costituzione: nell'art. 2, che tutela e promuove i diritti fondamentali della persona umana, della sua identità e dignità; nell'art. 13, che proclama l'inviolabilità della libertà personale, nella quale "è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo"

(corte cost. sentenza n. 471 del 1990); e nell'art. 32, che tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo, oltre che come interesse della collettività, e prevede la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori, ma li assoggetta ad una riserva di legge, qualificata dal necessario rispetto della persona umana e ulteriormente specificata con l'esigenza che si prevedano ad opera del legislatore tutte le cautele preventive possibili, atte ad evitare il rischio di complicanze.

Nella legislazione ordinaria, il principio del consenso informato alla base del rapporto tra medico e paziente è enunciato in numerose leggi speciali, a partire dalla legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (legge 23 dicembre 1978 n. 833), la quale, dopo avere premesso all'art. 1, che "la tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana", sancisce, all'art. 33, il carattere di norma volontaria degli accertamenti e dei trattamenti sanitari.

A livello di fonti sopranazionali, il medesimo principio trova riconoscimento nella Convenzione del consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, resa esecutiva con la legge di autorizzazione alla ratifica 28 marzo 2001, n. 145, la quale, all'art. 5, pone la seguente "regola generale" (secondo la rubrica della disposizione): "Une intervention dans le domaine de la

santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé".

Dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000, si evince come il consenso libero e informato del paziente all'atto medico vada considerato, non soltanto sotto il profilo della liceità del trattamento, ma prima di tutto come un vero e proprio diritto fondamentale del cittadino europeo, afferente al più generale diritto all'integrità della persona (capo I, dignità; art. 3, Diritto all'integrità della persona).

Nel codice di deontologia medica del 2006 si ribadisce (art. 35) che "il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente".

Il principio del consenso informato è ben saldo nella giurisprudenza di questa Corte.

omissis

6.1. - Il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale.

Ciò è conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eterono-

mo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del "rispetto della persona umana" in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive.

Ed è altresì coerente con la nuova dimensione che ha assunto la salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza.

Deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita.

Benché sia stato talora prospettato un obbligo per l'individuo di attivarsi a vantaggio della propria salute o un divieto di rifiutare trattamenti o di omettere comportamenti ritenuti vantaggiosi o addirittura necessari per il mantenimento o il ristabilimento di essa, il Collegio ritiene che la salute dell'individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva. Di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è spazio - nel quadro

dell'"alleanza terapeutica" che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno - per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico.

Lo si ricava dallo stesso testo dell'art. 32 della Costituzione, per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge, sempre che il provvedimento che li impone sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto (Corte cost., sentenze n. 258 del 1994 e n. 118 del 1996).

Soltanto in questi limiti è costituzionalmente corretto ammettere limitazioni al diritto del singolo alla salute, il quale, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire.

Il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale. E d'altra parte occorre ribadire che la responsabilità del medico per omessa cura sussiste in quanto esista per il medesimo l'obbligo giuridico di praticare o continuare la terapia e cessa quando tale obbligo viene meno: e l'obbligo, fondandosi sul consenso del malato, cessa - insorgendo il dovere giuridico del medico di rispettare la volontà del paziente contraria alle cure - quando il consenso viene meno in seguito al rifiuto delle terapie da parte di costui.

Tale orientamento, prevalente negli indirizzi della dottrina, anche costituzionalistica, è già presente nella giurisprudenza di questa Corte.

La sentenza della I Sezione penale 29 maggio 2002-11 luglio 2002 afferma che, "in presenza di una determinazione autentica e genuina" dell'interessato nel senso del rifiuto della cura, il medico "non può che fermarsi, ancorché l'omissione dell'intervento terapeutico possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte".
omissis

La soluzione, tratta dai principi costituzionali, relativa al rifiuto di cure ed al dovere del medico di astenersi da ogni attività diagnostica o terapeutica se manchi il consenso del paziente, anche se tale astensione possa provocare la morte, trova conferma nelle prescrizioni del codice di deontologia medica: ai sensi del citato art. 35, "in presenza di documentato rifiuto di persona capace", il medico deve "in ogni caso" "desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona". Inoltre tale soluzione è legislativamente sancita in altri ordinamenti europei.

omissis

7. - Il quadro compositivo dei valori in gioco fin qui descritto, essenzialmente fondato sulla libera disponibilità del bene salute da parte del diretto interessato nel possesso delle sue capacità di intendere e di volere, si presenta in modo diverso quando il soggetto adulto non è in grado di manifestare la propria volontà a causa del suo stato di totale incapacità e non abbia, prima di cadere in tale condizione, allorché era nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, specificamente indicato, attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare nel caso in cui fosse venuto a trovarsi in uno stato di incoscienza.

Anche in tale situazione, pur a fronte dell'attuale carenza di una specifica disciplina legislativa, il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali (cfr. Corte cost., sentenza n. 347 del 1998, punto n. 4 del Considerato in diritto) .

7.1. - Risulta pacificamente dagli atti di causa che nella indicata situazione si trova Eluana Englaro, la quale giace in stato vegetativo persistente e permanente a seguito di un grave trauma cranico-encefalico riportato a seguito di un incidente stradale (occorso quando era ventenne), e non ha predisposto, quando era in possesso della capacità di intendere e di volere, alcuna dichiarazione anticipata di trattamento.

Questa condizione clinica perdura invariata dal gennaio 1992.

In ragione del suo stato, Eluana, pur essendo in grado di respirare spontaneamente, e pur conservando le funzioni cardiovascolari, gastrointestinali e renali, è radicalmente incapace di vivere esperienze cognitive ed emotive, e quindi di avere alcun contatto con l'ambiente esterno: i suoi riflessi del tronco e spinali persistono, ma non vi è in lei alcun segno di attività psichica e di partecipazione all'ambiente, né vi è alcuna capacità di risposta comportamentale volontaria agli stimoli sensoriali esterni (visivi, uditivi, tattivi).

li, dolorifici), le sue uniche attività motorie riflesse consistendo in una redistribuzione del tono muscolare. La sopravvivenza fisica di Eluana, che versa in uno stato stabile ma non progressivo, è assicurata attraverso l'alimentazione e l'idratazione artificiali somministrate attraverso un sondino nasogastrico.

Eluana è stata interdetta ed il padre è stato nominato tutore.

7.2. - In caso di incapacità del paziente, la doverosità medica trova il proprio fondamento legittimante nei principi costituzionali di ispirazione solidaristica, che consentono ed impongono l'effettuazione di quegli interventi urgenti che risultino nel miglior interesse terapeutico del paziente.

E tuttavia, anche in siffatte evenienze, superata l'urgenza dell'intervento derivante dallo stato di necessità, l'istanza personalistica alla base del principio del consenso informato ed il principio di parità di trattamento tra gli individui, a prescindere dal loro stato di capacità, impongono di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati.

Centrale, in questa direzione, è la disposizione dell'art. 357 cod. civ., la quale - letta in connessione con l'art. 424 cod. civ. -, prevede che "Il

tutore ha la cura della persona" dell'interdetto, così investendo il tutore della legittima posizione di soggetto interlocutore dei medici nel decidere sui trattamenti sanitari da praticare in favore dell'incapace. Poteri di cura del disabile spettano altresì alla persona che sia stata nominata amministratore di sostegno

omissis

E' soprattutto il tessuto normativo a recare significative disposizioni sulla rappresentanza legale in ordine alle cure e ai trattamenti sanitari.

Secondo l'art. 4 del d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211 (Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico), la sperimentazione clinica degli adulti incapaci che non hanno dato o non hanno rifiutato il loro consenso informato prima che insorgesse l'incapacità, è possibile a condizione, tra l'altro, che "sia stato ottenuto il consenso informato del legale rappresentante": un consenso - prosegue la norma - che "deve rappresentare la presunta volontà del soggetto".

Ancora, l'art. 13 della legge sulla tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza (legge 22 maggio 1978, n. 194), disciplinando il caso della donna interdetta per infermità di mente, dispone: che la richiesta di interruzione volontaria della gravidanza, sia entro i primi novanta

giorni che trascorso tale periodo, può essere presentata, oltre che dalla donna personalmente, anche dal tutore; che nel caso di richiesta avanzata dall'interdetta deve essere sentito il parere del tutore; che la richiesta formulata dal tutore deve essere confermata dalla donna.

Più direttamente - e con una norma che, essendo relativa a tutti i trattamenti sanitari, esibisce il carattere della regola generale - l'art. 6 della citata Convenzione di Oviedo - rubricato *Protection des personnes n'ayant la capacité de consentir* - prevede che "Lorsque, selon la loi, un majeur n'a pas, en raison d'un handicap mental, d'une maladie ou pour un motif similaire, la capacité de consentir à une intervention, celle-ci ne peut être effectuée sans l'autorisation de son représentant, d'une autorité ou d'une personne ou instance désignée par la loi", precisando che "une intervention ne peut être effectuée sur une personne n'ayant pas la capacité de consentir, que pour son bénéficiaire direct". E - come esplicita il rapporto esplicativo alla Convenzione - quando utilizza l'espressione "pour un motif similaire", il citato art. 6 si riferisce alle situazioni, quali, ad esempio, gli stati comatosi, in cui il paziente è incapace di formulare i suoi desideri o di comunicarli.

Ora, è noto che, sebbene il Parlamento ne abbia autorizzato la ratifica con la legge 28 marzo 2001, n. 145, la Convenzione di Oviedo non è stata a tutt'oggi ratificata dallo

Stato italiano. Ma da ciò non consegue che la Convenzione sia priva di alcun effetto nel nostro ordinamento. Difatti, all'accordo valido sul piano internazionale, ma non ancora eseguito all'interno dello Stato, può assegnarsi - tanto più dopo la legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica - una funzione ausiliaria sul piano interpretativo: esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme. Del resto, la Corte costituzionale, nell'ammettere le richieste di referendum su alcune norme della legge 19 febbraio 2004, n. 40, concernente la procreazione medicalmente assistita, ha precisato che l'eventuale vuoto conseguente al referendum non si sarebbe posto in alcun modo in contrasto con i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, recepiti nel nostro ordinamento con la legge 28 marzo 2001, n. 145 (Corte cost., sentenze n. 46, 47, 48 e 49 del 2005): con ciò implicitamente confermando che i principi da essa posti fanno già oggi parte del sistema e che da essi non si può prescindere.

7.3. - Assodato che i doveri di cura della persona in capo al tutore si sostanziano nel prestare il consenso informato al trattamento medico avente come destinatario la persona in stato di incapacità, si tratta di

stabilire i limiti dell'intervento del rappresentante legale.

Tali limiti sono connaturati al fatto che la salute è un diritto personalissimo e che - come questa Corte ha precisato nell'ordinanza 20 aprile 2005, n. 8291 - la libertà di rifiutare le cure "presuppone il ricorso a valutazioni della vita e della morte, che trovano il loro fondamento in concezioni di natura etica o religiosa, e comunque (anche) extragiuridiche, quindi squisitamente soggettive".

Ad avviso del Collegio, il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace comporta che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore, il quale è investito di una funzione di diritto privato, un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza. Nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del best interest, deve decidere non "al posto" dell'incapace né "per" l'incapace, ma "con" l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dal-

la sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche.

omissis

Non v'è dubbio che la scelta del tutore deve essere a garanzia del soggetto incapace, e quindi rivolta, oggettivamente, a preservarne e a tutelarne la vita.

Ma, al contempo, il tutore non può nemmeno trascurare l'idea di dignità della persona dallo stesso rappresentato manifestata, prima di cadere in stato di incapacità, dinanzi ai problemi della vita e della morte.

7.4. omissis

7.5. - Chi versa in stato vegetativo permanente è, a tutti gli effetti, persona in senso pieno, che deve essere rispettata e tutelata nei suoi diritti fondamentali, a partire dal diritto alla vita e dal diritto alle prestazioni sanitarie, a maggior ragione perché in condizioni di estrema debolezza e non in grado di provvedervi autonomamente.

La tragicità estrema di tale stato patologico - che è parte costitutiva della biografia del malato e che nulla toglie alla sua dignità di essere umano - non giustifica in alcun modo un affievolimento delle cure e del sostegno solidale, che il Servizio sanitario deve continuare ad offrire e che il malato, al pari di ogni altro appartenente al consorzio umano, ha diritto di pretendere fino al sopraggiungere della morte. La

comunità deve mettere a disposizione di chi ne ha bisogno e lo richiede tutte le migliori cure e i presidi che la scienza medica è in grado di apprestare per affrontare la lotta per restare in vita, a prescindere da quanto la vita sia precaria e da quanta speranza vi sia di recuperare le funzioni cognitive. Lo reclamano tanto l'idea di una universale eguaglianza tra gli esseri umani quanto l'altrettanto universale dovere di solidarietà nei confronti di coloro che, tra essi, sono i soggetti più fragili.

Ma - accanto a chi ritiene che sia nel proprio miglior interesse essere tenuto in vita artificialmente il più a lungo possibile, anche privo di coscienza - c'è chi, legando indissolubilmente la propria dignità alla vita di esperienza e questa alla coscienza, ritiene che sia assolutamente contrario ai propri convincimenti sopravvivere indefinitamente in una condizione di vita priva della percezione del mondo esterno.

Uno Stato, come il nostro, organizzato, per fondamentali scelte vergate nella Carta costituzionale, sul pluralismo dei valori, e che mette al centro del rapporto tra paziente e medico il principio di autodeterminazione e la libertà di scelta, non può che rispettare anche quest'ultima scelta.

All'individuo che, prima di cadere nello stato di totale ed assoluta incoscienza, tipica dello stato vegetativo permanente, abbia manifestato, in forma espressa o anche attra-

verso i propri convincimenti, il proprio stile di vita e i valori di riferimento, l'inaccettabilità per sé dell'idea di un corpo destinato, grazie a terapie mediche, a sopravvivere alla mente, l'ordinamento dà la possibilità di far sentire la propria voce in merito alla disattivazione di quel trattamento attraverso il rappresentante legale.

Ad avviso del Collegio, la funzionalizzazione del potere di rappresentanza, dovendo esso essere orientato alla tutela del diritto alla vita del rappresentato, consente di giungere ad una interruzione delle cure soltanto in casi estremi; quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una vita fatta anche di percezione del mondo esterno; e sempre che tale condizione - tenendo conto della volontà espressa dall'interessato prima di cadere in tale stato ovvero dei valori di riferimento e delle convinzioni dello stesso - sia incompatibile con la rappresentazione di sé sulla quale egli aveva costruito la sua vita fino a quel momento e sia contraria al di lui modo di intendere la dignità della persona.

Per altro verso, la ricerca della presunta volontà della persona in stato

di incoscienza - ricostruita, alla stregua di chiari, univoci e convincenti elementi di prova, non solo alla luce dei precedenti desideri e dichiarazioni dell'interessato, ma anche sulla base dello stile e del carattere della sua vita, del suo senso dell'integrità e dei suoi interessi critici e di esperienza - assicura che la scelta in questione non sia espressione del giudizio sulla qualità della vita proprio del rappresentante, ancorché appartenente alla stessa cerchia familiare del rappresentato, e che non sia in alcun modo condizionata dalla particolare gravosità della situazione, ma sia rivolta, esclusivamente, a dare sostanza e coerenza all'identità complessiva del paziente e al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Il tutore ha quindi il compito di completare questa identità complessiva della vita del paziente, ricostruendo la decisione ipotetica che egli avrebbe assunto ove fosse stato capace; e, in questo compito, umano prima che giuridico, non deve ignorare il passato dello stesso malato, onde far emergere e rappresentare al giudice la sua autentica e più genuina voce.

Da quanto sopra deriva che, in una situazione cronica di oggettiva irreversibilità del quadro clinico di perdita assoluta della coscienza, può essere dato corso, come estremo gesto di rispetto dell'autonomia del malato in stato vegetativo permanente, alla richiesta, proveniente

dal tutore che lo rappresenta, di interruzione del trattamento medico che lo tiene artificialmente in vita, allorché quella condizione, caratterizzante detto stato, di assenza di sentimento e di esperienza, di relazione e di conoscenza - proprio muovendo dalla volontà espressa prima di cadere in tale stato e tenendo conto dei valori e delle convinzioni propri della persona in stato di incapacità - si appalesi, in mancanza di qualsivoglia prospettiva di regressione della patologia, lesiva del suo modo di intendere la dignità della vita e la sofferenza nella vita.

7.6. - Non v'è dubbio che l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscono un trattamento sanitario. Esse, infatti, integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche. Siffatta qualificazione è, del resto, convalidata dalla comunità scientifica internazionale; trova il sostegno della giurisprudenza nel caso C. e nel caso B.; si allinea, infine, agli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, la quale ricomprende il prelievo ematico - anch'esso "pratica medica di ordinaria amministrazione" - tra le misure di "restrizione della libertà personale quando se ne renda necessaria la esecuzione coattiva perché la per-

sona sottoposta all'esame peritale non acconsente spontaneamente al prelievo" (sentenza n. 238 del 1996).

8. - Diversamente da quanto mostrano di ritenere i ricorrenti, al giudice non può essere richiesto di ordinare il distacco del sondino nasogastrico: una pretesa di tal fatta non è configurabile di fronte ad un trattamento sanitario, come quello di specie, che, in sé, non costituisce oggettivamente una forma di accanimento terapeutico, e che rappresenta, piuttosto, un presidio proporzionato rivolto al mantenimento del soffio vitale, salvo che, nell'imminenza della morte, l'organismo non sia più in grado di assimilare le sostanze fornite o che sopraggiunga uno stato di intolleranza, clinicamente rilevabile, collegato alla particolare forma di alimentazione.

Piuttosto, l'intervento del giudice esprime una forma di controllo della legittimità della scelta nell'interesse dell'incapace; e, all'esito di un giudizio effettuato secondo la logica orizzontale compositiva della ragionevolezza, la quale postula un ineliminabile riferimento alle circostanze del caso concreto, si estrinseca nell'autorizzare o meno la scelta compiuta dal tutore.

Sulla base delle considerazioni che precedono, la decisione del giudice, dato il coinvolgimento nella vicenda del diritto alla vita come bene supremo, può essere nel senso dell'autorizzazione soltanto (a) quando la condizione di stato vege-

tativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona.

Allorché l'una o l'altra condizione manchi, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato, dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa, nonché dalla mera logica utilitaristica dei costi e dei benefici.

9. - Nei limiti appena tratteggiati, il decreto impugnato non si sottrae alle censure dei ricorrenti.

Esso ha omesso di ricostruire la presunta volontà di Eluana e di dare rilievo ai desideri da lei precedentemente espressi, alla sua per-

sonalità, al suo stile di vita e ai suoi più intimi convincimenti.

Sotto questo profilo, la Corte territoriale - a fronte dell'indagine istruttoria, nella quale è stato appurato, per testi, che Eluana, esprimendosi su una situazione prossima a quella in cui ella stessa sarebbe venuta, poi, a trovarsi, aveva manifestato l'opinione che sarebbe stato per lei preferibile morire piuttosto che vivere artificialmente in una situazione di coma -si è limitata a osservare che quei convincimenti, manifestatisi in un tempo lontano, quando ancora Eluana era in piena salute, non potevano valere come manifestazione di volontà idonea, equiparabile ad un dissenso in chiave attuale in ordine ai trattamenti praticati sul suo corpo.

Ma i giudici d'appello non hanno affatto verificato se tali dichiarazioni - della cui attendibilità non hanno peraltro dubitato -, ritenute inidonee a configurarsi come un testamento di vita, valessero comunque a delineare, unitamente alle altre risultanze dell'istruttoria, la personalità di Eluana e il suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona, alla luce dei suoi valori di riferimento e dei convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici che orientavano le sue determinazioni volitive; e quindi hanno omesso di accertare se la richiesta di interruzione del trattamento formulata dal padre in veste di tutore riflettesse gli orientamenti di vita della figlia.

Tale accertamento dovrà essere effettuato dal giudice del rinvio, tenendo conto di tutti gli elementi emersi dall'istruttoria e della convergente posizione assunta dalle parti in giudizio (tutore e curatore speciale) nella ricostruzione della personalità della ragazza.

10. omissis

11. omissis

P.Q.M.

omissis

Pubblichiamo per estratto la sentenza della Cassazione 4.10.2007.

La magistratura, con questa sentenza, si dimostra ancora una volta molto più avanti e molto più vicina alle esigenze dei cittadini di quanto non sia la politica.

Sottolineo i punti più rilevanti della sentenza facendo riferimento ad un mio articolo comparso sul numero 3/2007 di Federnotizie.

- Il giudice può autorizzare (non ordinare) la disattivazione del presidio sanitario costituito dal sondino nasogastrico che provvede alla nutrizione e idratazione del malato. Noto che il problema della nutrizione e idratazione artificiale occupa un punto centrale nella discussione sul tema: chi parla di sacralità della vita, chi si oppone al testamento biologico, afferma che idratazione e alimentazione forzate non costituiscono un trattamento terapeutico e, quindi, non possono essere fatte rientrare nel concetto di accanimento terapeutico.

La sentenza in commento afferma recisamente: “non v’è dubbio che l’idratazione e l’alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscono un trattamento sanitario.”

- Il giudice può autorizzare (non ordinare) la disattivazione del presidio sanitario costituito dal sondino nasogastrico unicamente:

- quando “la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile;”

- se l’istanza di autorizzazione “sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l’idea stessa di dignità della persona.”

La Cassazione, partendo dal principio del consenso informato dal quale deriva “la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale” ... afferma: “Deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorchè da esso consegua il sacrificio

del bene della vita ... Il rifiuto delle terapie medico chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per ipotesi di eutanasia ...”.

La Cassazione rileva come, nel caso di soggetto incapace che “non abbia, prima di cadere in tale condizione ... specificamente indicato, attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare nel caso in cui fosse venuto a trovarsi in uno stato di incoscienza, il problema si ponga in termini diversi.”

La Cassazione quindi opera una apertura nei confronti del testamento biologico, considerandolo espressamente il mezzo attraverso il quale un soggetto capace può disporre dei trattamenti medici che intende o meno subire per il momento in cui fosse divenuto incapace e ammette anche che la volontà del soggetto possa essere provata con mezzi diversi.

La sentenza in commento deve spingere i notai a far conoscere la possibilità di redigere un testamento biologico ed a ricevere tali testamenti nella forma di scrittura privata autenticata in modo da assicurare la provenienza e la autenticità delle dichiarazioni dell’interessato.

Auspicio poi che il C.N.N. dia attuazione al registro dei testamenti biologici consultabile telematicamente.

Gian Franco Condò

PERCHE' UTILIZZARE LO STRUMENTO DEL CONTRATTO A FAVORE DI TERZO (ARTT. 1411 E SEGG. COD. CIV.)

(RELAZIONE AL CONVEGNO DI POTENZA)

Gentili colleghe, cari colleghi, il mio solo titolo per la partecipazione a questo Incontro, insieme con un formidabile gruppo di autorevoli relatori, è la personale benevolenza nei miei confronti del Presidente notaio Simone, benevolenza che affonda le radici in una consuetudine di rapporti, umani prima che professionali, che data, ahinoi, da circa trent'anni.

Sento fortemente il timore di deludere le sue, e forse le vostre, aspettative; invoco pertanto fin d'ora la vostra indulgenza, e passo al tema che mi è stato affidato, con la speranza che le mie riflessioni, pur se imperfettamente espresse, possano indurvi all'utilizzo del contratto a favore di terzo anche quando il terzo sia un soggetto incapace d'agire.

La risposta ai dubbi sull'utilizzabilità del meccanismo della stipulazione a favore di terzi agli acquisti di diritti reali a favore degli incapaci di agire presuppone una rivisitazione dello strumento disciplinato dagli artt. 1411 e segg. c.c.: se esso fosse i-

nutilizzabile per l'acquisto di diritti reali, ad esempio, ne verrebbe frustrata in radice l'utilità dell'indagine che ci proponiamo, se non a costo di restringerla ai rapporti meramente obbligatori, riguardo ai quali l'interesse del notaio, più che attenuarsi, svaporerebbe.

Soltanto se fosse superato il primo ostacolo, cioè se lo strumento risultasse utilizzabile anche per l'acquisto di diritti reali, si potrebbe passare all'esame dei problemi connessi alla sua utilizzabilità in relazione a soggetti incapaci.

Se, d'altronde, fosse possibile, e magari più agevole, pervenire in relazione a soggetti incapaci agli stessi risultati ricorrendo ad altri strumenti giuridici, nemmeno si giustificerebbe il ricorso allo strumento in esame.

Allora, il tema richiede uno svolgimento in tre fasi, che possano offrire risposta a tre domande, che sono, a un dipresso: è utilizzabile lo strumento in discorso per i diritti reali, e come? Perché esso non dovrebbe essere utilizzato a favore di

incapaci di agire? Perché dovrebbe, anzi, essere utilizzato a loro favore?

La risposta alla prima domanda è nel fiume di inchiostro che è stato speso dal legislatore, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, anche sotto il previgente codice.

Quanto al legislatore, nella Relazione del Guardasigilli è esplicitata la ricorribilità al meccanismo in esame anche per l'acquisto dei diritti reali.

Si aggiunga l'argomento di interpretazione storica della norma, desumibile a contrario dall'art. 45 del progetto del 1936 del Libro delle Obbligazioni, secondo cui "ciascuno può stipulare in nome proprio a favore di un terzo, quando abbia un interesse personale, sia materiale che morale, all'adempimento dell'obbligazione." La scomparsa di tale specificazione nel testo definitivo dell'art. 1411 cod. civ. è indice sicuro del rifiuto, da parte del legislatore, della connessa limitazione al campo dei rapporti meramente obbligatori.

Quanto a dottrina e giurisprudenza, il dibattito è stato molto vivace, almeno fin dagli anni 30 dello scorso secolo, risolvendosi per l'affermativa, per la giurisprudenza ormai univoca, e per la dottrina ampiamente dominante.

Tralasciando la dottrina, è opportuno segnalare l'indirizzo della Corte di Cassazione, la quale, dopo aver ammesso che la servitù potesse essere costituita a favore di terzo,

con più sentenze degli anni '80 (n. 6871 del 1982, 4778 del 1983, 104 del 1984, 7026 del 1986), ha affermato genericamente che nel "contratto a favore di terzi non sussistono limiti in ordine alla qualità e al contenuto della prestazione da farsi al terzo", applicando la normativa de qua a un accordo di natura transattiva, nella sentenza n. 3050/1982, estendendola "sino a consentire a quest'ultimo [il terzo] anche l'acquisto di un diritto reale" (n. 18321/2003), sino all'ipotesi, che più ci interessa, in cui il terzo sia incapace (nella sentenza n. 11/1985 si afferma che la validità e operatività della convenzione a favore di terzo postula soltanto la ricorrenza di un interesse dello stipulante, senza che si richieda l'osservanza delle norme sulla rappresentanza dei minori).

Quanto a quest'ultima notazione, sulla rilevanza dell'interesse dello stipulante, occorre svolgere un'attenta riflessione. Nella massima della sentenza n. 7769/1997, la Suprema Corte, sul fondamento del testo dell'art. 1411 cod. civ., che ammette la stipulazione a favore del terzo "qualora lo stipulante vi abbia interesse", sembra affermare che la mancanza di interesse dello stipulante alla stipulazione a favore del terzo determini addirittura l'invalidità (non della stipulazione a favore del terzo, ma) del contratto stesso.

Tuttavia l'affermazione riportata nella massima sembra frutto di una

cattiva interpretazione del massimatore, dal momento che nella motivazione della sentenza, relativa d'altronde a una fattispecie di assicurazione a favore di terzi (la stragrande parte delle decisioni in argomento riguarda contratti di assicurazione), l'unico accenno all'interesse dello stipulante è contenuto in una delle censure mosse dal ricorrente alla decisione della Corte di merito, "con esclusivo riguardo alla pretesa assenza di esplicitazione dell'interesse dello stipulante, che indubbiamente, trattandosi di specie del contratto a favore di terzo, non dovrebbe difettare".

Per di più, la censura non coglie nel segno; anzi la sentenza prosegue affermando che "la pretesa assenza dei requisiti per la stipulazione del contratto a favore di terzo attinge meri profili di fatto, il cui esame è demandato solo ai giudici di merito". Evidentemente, la pretesa di fondare l'invalidità della stipulazione a favore del terzo sulla mancanza di interesse dello stipulante non trova nella sentenza esaminata alcun argomento.

Ma, più in generale, occorre esaminare attentamente l'interesse dello stipulante, e la sua funzione nell'operatività del meccanismo della stipulazione a favore di terzo.

La norma dell'art. 1411 c.c., prima facie, sembra condizionare la validità della stipulazione a favore di terzo all'interesse dello stipulante. Intanto, però, tale conclusione richiederebbe che si leggesse l'espres-

sione normativa "qualora vi abbia interesse" alla stregua dell'espressione "purché vi abbia interesse"; ma "qualora" non ha la stessa portata di "purché": la sua incisività è palesemente minore, com'è testimoniato dalla Relazione al Re, secondo cui il riferimento all'interesse dello stipulante è stato formulato "più per un'esigenza di completezza formale che per un bisogno di carattere sostanziale, dato che il requisito di un interesse alla prestazione è comune ad ogni obbligazione". Ma che cos'è l'interesse di cui si discorre? Parte della dottrina vi annette un rilievo quasi causale, come se integrasse la causa del contratto stipulato a favore di terzo, giustificandone la deviazione di uno o più effetti (favorevoli) a favore di un terzo a seguito di una "deviazione" della causa, tipica o atipica, del contratto posto in essere tra promittente e stipulante. Si è fondata, su tale deviazione della causa, un'opinione che distingue i contratti a favore di terzi in relazione all'interesse dello stipulante alla deviazione dell'effetto favorevole al terzo, proponendo una summa divisio tra contratti a favore di terzi donandi causa e contratti a favore di terzi solvendi causa, ponendosi finanche, per i primi, problemi in ordine alla forma, se occorra necessariamente, per il contratto tra stipulante e promittente, l'atto pubblico con l'assistenza dei testimoni, e all'esclusione - allorché il terzo sia coniugato in regime di comunione

legale - dall'assoggettamento del bene acquistato al regime della comunione legale ex art. 179 lettera b cod. civ., alla stregua dei beni acquisiti per donazione.

Si è proposto, in tale ottica, per non rischiare di impingere nell'invalidità per mancanza di interesse, di evidenziare "con scrupolosa precisione" tale interesse nell'atto.

Intanto, si deve respingere quest'ultima, pur autorevole opinione.

I contratti a favore di terzo sarebbero, infatti, gli unici contratti nei quali tale menzione sarebbe necessaria: ma la menzione della dichiarazione dello stipulante circa il suo interesse alla stipulazione non eviterebbe l'invalidità (se così fosse) tutte le volte che la dichiarazione non rispondesse al vero, cioè quando lo stipulante dichiarasse l'esistenza di un interesse, mentre abbia nei riguardi della stipulazione un interesse diverso, che non voglia confermare (magari perchè illecito), o non ne abbia nessuno. In altre parole, se fosse vera la tesi, per noi non condivisibile, la dichiarazione non veridica in ordine all'interesse dello stipulante non salverebbe il contratto della sanzione dell'invalidità.

D'altronde, l'interesse è concetto comune nella materia dell'obbligazione e del contratto. L'interesse, secondo l'art. 1174 c.c., caratterizza la prestazione, che "deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore", e secondo l'art. 1322 comma 2 c.c., che regola l'autonomia privata con

riferimento ai contratti atipici, caratterizza questi ultimi, che devono tendere "a realizzare interessi meritevoli di tutela, secondo l'Ordinamento giuridico". Ma l'interesse del solo stipulante alla stipulazione a favore del terzo è senza dubbio diverso dagli interessi che hanno mosso promittente e stipulante a concludere il contratto, e che molto hanno in comune con i motivi; infatti il promittente è parte del contratto a favore di terzo, nel senso che la sua volontà ha concorso con quella dello stipulante, il quale ha voluto, oltre alla conclusione del contratto, la deviazione a favore del terzo di uno o più effetti favorevoli; non rispondendo in tesi tale deviazione alla soddisfazione di un interesse del promittente, ma soltanto dello stipulante, il venir meno di tale interesse, o la sua modificazione, dovranno al più essere soltanto conosciuti dal promittente. Ma abbiamo mai sentito l'esigenza di menzionare l'interesse di una o di entrambe le parti in un qualsiasi contratto?

Mi si potrebbe replicare che soltanto a proposito del contratto a favore di terzo il Legislatore si è preoccupato dell'interesse dello stipulante, quasi a giustificazione della rinuncia da parte sua, a favore del terzo, di uno o più effetti favorevoli del contratto, i cui effetti sfavorevoli gli restano, invece, addossati.

Ma l'ipotesi di mancanza assoluta di interesse dello stipulante non è, a ben vedere, puro esercizio accademico? Posto, ed è pacifico, che

l'interesse in questione può essere, oltre che patrimoniale, anche meramente morale, non riesco ad immaginare come potrei preoccuparmi della sua esistenza, foss'anche in gioco la validità del contratto, così come, se ricevessi un atto assolutamente simulato (a mia insaputa, oppure - Dio me ne scampi - con la mia consapevolezza), quando mai mi preoccuperei della sua nullità, connessa senza alcun dubbio, in tale ipotesi, alla mancanza di causa?

E' significativo, in relazione all'interesse dello stipulante, e più in generale al rapporto tra stipulante e terzo, che possa essere sotteso - ma non è necessario che lo sia - alla stipulazione del contratto a favore di terzo, che gli autori (specialmente Capozzi, Vita Not., 1973 pag. 994 s.) che si sono occupati dei profili fiscali della problematica del contratto a favore di terzo l'hanno risolta nel senso della tassabilità del solo trasferimento dal promittente al terzo, non solo negando che assuma alcun rilievo il rapporto tra stipulante e terzo, "che può ipotizzare non solo una donazione ma anche un'esecuzione di mandato, un pagamento di debito, un adempimento di obbligazione naturale, ecc.", ma affermando proprio "che non risulta né deve risultare dall'atto".

Sul tema dell'utilizzabilità del contratto a favore di terzo per l'acquisto di diritti reali, qualche perplessità si fonda su talune imprecisioni lessi-

cali della normativa, che fanno realmente pensare che il legislatore volesse privilegiare, almeno di primo acchito, i rapporti (soltanto) obbligatori, piuttosto che immaginare l'utilizzazione dello strumento in discorso per l'acquisto di diritti reali.

In effetti, non è felice nemmeno l'uso del termine "promittente" per qualificare il soggetto che si obblighi con lo stipulante a favore del terzo. Probabilmente vi si riscontra un sedimento della tesi minoritaria, che vorrebbe limitare l'efficacia della stipulazione in discorso ai rapporti meramente obbligatori. Bisogna riconoscere, d'altronde, che non è facile qualificare la controparte di chi stipuli a favore di terzo.

Sotto il profilo letterale, il dettato del Cod. Civ. 1865 presentava meno lati oscuri. L'art. 1130, comma I, sanciva (in positivo) la regola dell'efficacia dei contratti per le sole parti contraenti, mentre l'attuale testo dell'art. 1372 comma 2 ribalta il previgente principio, sancendo la regola (in negativo) della generale inefficacia del contratto rispetto ai terzi se non nei casi previsti dalla legge. Ma la II parte dell'art. 1130 cod. civ. 1865, in fondo, dettava norma analoga a quella oggi vigente, allorché recitava "i contratti... non pregiudicano né giovano ai terzi, fuorché nei casi stabiliti dalla legge": l'uniformità di disciplina, al di là del lessico adoperato, è evidente.

Più ampio è il fossato tra la norma dettata dall'art. 1128 e la disciplina degli art. 1411 e segg. c.c.

La prima, sancito il principio secondo cui nessuno può stipulare in suo proprio nome fuorché per se medesimo, al comma 2 ammette che ciascuno possa stipulare "a vantaggio di un terzo, quando ciò formi condizione di una stipulazione che fa per se stesso, o di una donazione che fa ad altri".

L'art. 1411, invece, rompendo col passato, afferma, in contrasto col principio dettato dall'art. 1372 cpv cod. civ., che "è valida la stipulazione a favore di un terzo", aggiungendo soltanto la notazione che deve rispondere a un interesse dello stipulante.

Il terzo non è definito così soltanto perché non è uno dei soggetti contraenti, ma perché è e resta estraneo alla stipulazione, anche dopo la stipula, e anche dopo l'eventuale dichiarazione di voler profittare di essa. Il contratto stipulato dalle parti, e al quale il terzo è estraneo, non muta né causa né struttura per il fatto che ne venga convenuta la "deviazione" di uno o più effetti (necessariamente favorevoli) a favore di un terzo, che acquisti l'effetto favorevole della stipulazione intervenuta tra altri, non soltanto senza divenire parte del contratto, ma senza che sia necessaria alcuna sua manifestazione di volontà, né espressa né presunta; tanto è vero, che l'effetto favorevole "passa" dal patrimonio del promittente a quello

del terzo ancorché questi ne sia totalmente ignaro, mentre, se si richiedesse almeno la conoscenza, o la conoscibilità, da parte del terzo, si potrebbe in essa scorgere almeno la traccia di una sorta di consenso, almeno presunto, al contratto intercorso tra promittente e stipulante.

Nè si può replicare, in nome della necessità del concorso della volontà di chi acquisti per l'efficacia dell'acquisto, o in nome dell'iniquità dei danni che il terzo possa subire a seguito di un acquisto avvenuto senza il concorso della sua volontà, ancorché prima facie tale acquisto apparisse a lui favorevole. In relazione all'ultimo aspetto, basterà pensare che, quan'anche l'acquisto del bene (per effetto favorevole di un contratto a favore del terzo) si dimostrasse dannoso per il terzo, questi sarebbe sempre in tempo a manifestare il rifiuto, in tal modo risultando l'acquisto ex tunc efficace per lo stipulante. D'altronde, non esiste nessun diritto reale dalla cui titolarità non possano scaturire anche effetti sfavorevoli, tant'è che la legge consente di liberarsi della titolarità di un diritto reale (vedi, per esempio, l'abbandono liberatorio del fondo servente al fine di non sopportare più gli oneri connessi alla servitù che lo grava, ex art. 1070 cod. civ., e della rinuncia del comunista al suo diritto, al fine di liberarsi dall'obbligo di contribuire alle spese necessarie per la cosa comune, ex art. 1104 c.c., per non parlare, più

in generale, dell'abbandono del diritto reale che si argomenta dall'art. 827 cod. civ.). Inoltre, non è vero che nel nostro ordinamento manchino altre ipotesi di acquisti che si realizzino senza il concorso della volontà dell'acquirente: basti pensare all'acquisto, a favore del proprietario del suolo, della costruzione effettuata da altro soggetto, in forza dell'accessione (e l'acquisto della costruzione comporta anche effetti sfavorevoli: si pensi all'obbligazione dell'indennità nei confronti del costruttore, ex art. 936 cod. civ., e alle sanzioni disposte dal D.P.R. n. 308/2001, T.U. sull'edilizia, in relazione al terreno abusivamente lottizzato e delle opere abusivamente poste in essere al fine della lottizzazione abusiva, senza che sia prevista alcuna deroga per l'ipotesi in cui l'abuso fosse stato commesso da terzi, contro la volontà o addirittura all'insaputa del proprietario). Altro esempio di acquisto senza il concorso della volontà del soggetto acquirente si rinviene per effetto della disciplina della comunione legale dei beni tra coniugi, che comporta l'assoggettamento a tale disciplina anche del bene acquistato a titolo oneroso da uno solo dei coniugi. Il coniuge non-contraente diviene contitolare del bene assoggettato al regime della comunione legale, in una situazione che per certi versi è anche peggiore di quella del terzo che acquisti per effetto della stipulazione del contratto (tra promittente e stipulante) a suo fa-

vore: per il terzo si deve ipotizzare, infatti, che almeno l'acquisto, in se considerato, sia favorevole; l'acquisto di un bene in comunione legale, invece, assoggetta il coniuge non-contraente anche agli effetti sfavorevoli dell'acquisto, tra cui l'obbligo del pagamento del prezzo.

Né l'assoggettamento del bene acquistato da un coniuge al regime della comunione legale trova una ratio pienamente soddisfacente, e tale da giustificare l'efficacia, oltre che favorevole, anche sfavorevole, dell'acquisto in capo al coniuge non-contraente, nella pretesa "collaborazione" di entrambi i coniugi nella soddisfazione dei bisogni della famiglia, in quanto il co-acquisto anche in capo al coniuge non-contraente si verifica anche quando l'acquisto a titolo oneroso venga effettuato da un coniuge subito dopo la celebrazione del matrimonio, quando ovviamente di collaborazione non è ancora a parlarsi, né quando, per effetto della stipula di un contratto preliminare antecedente al matrimonio, il prezzo dell'acquisto fosse già stato interamente corrisposto dal coniuge acquirente, ovvero da un suo genitore, a favore di lui.

Con riferimento al contratto ad efficacia reale, la stipula a favore di terzo comporterà immediata efficacia traslativa nel patrimonio del terzo, per cui la trascrizione dovrà essere eseguita a carico del cedente (di solito il promittente) e a favore

del terzo, senza riguardare affatto lo stipulante.

Il terzo ha la possibilità di dichiarare, anche nei confronti del promittente, di voler profittare della stipulazione a suo favore, se ne abbia conoscenza: ciò significa che tale dichiarazione del terzo dev'essere resa innanzitutto nei confronti dello stipulante, il quale, fino ad allora, potrà revocare la stipulazione, salvo che abbia rinunciato a tale potere. E si capisce: lo stipulante è protagonista del contratto, è colui che ne sopporta gli effetti sfavorevoli, e con la sua sola volontà, manifestata al promittente nel contratto, determina la deviazione di uno o più effetti favorevoli nel patrimonio del terzo. Con la revoca della stipulazione, egli riconduce l'effetto favorevole del contratto - salvo che sia diversamente convenuto, o che diversamente risulti dalla natura del contratto - originariamente destinato al terzo, nel suo patrimonio, con efficacia fin dal momento della conclusione del contratto.

La revoca è dichiarazione negoziale unilaterale, recettizia riguardo al promittente, che rispetto ad essa è mero passivo destinatario; provocando la revoca una modifica del contratto, la disciplina ha voluto che il promittente conoscesse il definitivo destinatario dell'effetto favorevole del contratto, riguardo a cui lo stipulante aveva originariamente voluto la deviazione a favore del terzo; ma né il promittente, né tanto meno il terzo, ai cui danni la revoca

venga effettuata, possono opporre alcuna loro volontà riguardo alla revoca medesima.

La revoca andrà pubblicizzata, non foss'altro per contrastare la già originaria efficacia del contratto.

Passiamo ora alla seconda domanda: perchè il contratto a favore di terzo non dovrebbe essere utilizzato a favore di terzo incapace?

La risposta sarebbe assai agevole, se volessimo fondarla sulla decisione n. 11/1985 della Suprema Corte.

Ma dovremmo superare una barriera psicologica molto importante, quella dell'elusione, attraverso il contratto a favore di terzo, della disciplina dell'art. 320 (e degli artt. 374 e 375) in tema di autorizzazione giudiziale a tutela degli incapaci. Vien fatto di chiederci: è mai possibile che si possa saltare a piè pari il controllo preventivo del Giudice Tutelare, facendo acquistare all'incapace un diritto, per di più reale, con il contratto a favore di terzo, quando invece sembra che il Legislatore, specialmente quello della riforma del diritto di famiglia del 1975, abbia preteso di condurre sotto l'esame del Giudice Tutelare anche gli acquisti certamente favorevoli all'incapace, cioè quelli derivanti da legato non sottoposto a pesi e condizioni?

Orbene, almeno con riferimento al minore in potestate (la cui disciplina è meno rigorosa rispetto a quella degli altri incapaci di agire, attesa la necessità dei più pressanti controlli

dell'operato del tutore rispetto a quelli previsti per i genitori), il contratto a favore di incapace potrebbe essere considerato, specialmente quando abbia ad oggetto un immobile, un atto per il quale sia necessario il controllo di merito preventivo; se tale controllo è richiesto per gli acquisti a titolo gratuito (donazioni, eredità e legati), a fortiori esso appare necessario per gli acquisti a titolo oneroso, che presuppongono l'impiego di capitali del minore ovvero altri sacrifici del suo patrimonio. Orbene, l'obiezione è agevolmente superabile. Infatti l'acquisto dell'eredità avviene con l'accettazione, e l'autorizzazione è richiesta per tale atto, pur se l'ineliminabile beneficio d'inventario ponga il minore - almeno finché resti tale - al riparo dell'acquisto di una *damnosa hereditas*.

Con riferimento al legato di specie, impropriamente l'art. 320 ne prevede l'accettazione, dal momento che l'art. 649 ne disciplina l'acquisto "senza bisogno di accettazione, salva la facoltà di rinunciare". La salvezza della facoltà di rinunciare, del tutto analoga al potere di rifiuto del terzo di cui all'art. 1411, comma 3, cod. civ., esclude che l'espressione "senza bisogno di accettazione" possa interpretativamente nascondere la facoltatività dell'accettazione del legato, quasi che la norma dicesse che l'accettazione non è necessaria, ma può essere fatta. In realtà, l'accettazione del legato svolge la mera funzione di

rendere definitivo l'acquisto in capo al legatario, consumando la facoltà di rinunciare, che è lasciata al legatario per liberarsi dall'acquisto, quando esso non gli risulti gradito.

Con riferimento, infine, alla donazione, poichè nel vigente sistema la donazione è un contratto, e l'acquisto per donazione richiede (salva l'ipotesi della donazione obnuziale) l'accettazione del donatario, allorché questi sia un incapace l'autorizzazione è necessaria, a ben vedere, non per l'acquisto a titolo gratuito, ma per la prestazione del consenso nel contratto.

Di tutto ciò non vi è traccia nella stipulazione a favore del terzo, che non richiede né la partecipazione del terzo al contratto, né - se trattasi di contratto a titolo oneroso - l'impiego di capitali suoi, bensì dello stipulante.

Due obiezioni devono essere superate. La prima afferma genericamente che qualunque atto possa alterare la consistenza del patrimonio del minore, e dunque non sia volto alla sua mera conservazione, costituisca atto di straordinaria amministrazione, e pertanto postuli la preventiva autorizzazione.

Si deve replicare che l'autorizzazione ha per oggetto l'atto che possa provocare l'alterazione della consistenza patrimoniale dell'incapace, mentre nel nostro caso all'incapace, in quanto terzo nel contratto a suo favore, non si richiede alcun atto. Ritenerne, invece, che al Giudice Tutelare spetti il giudizio preventivo su

qualsiasi alterazione, in sé e per sé, del patrimonio dell'incapace comporterebbe l'invalidità della variante del Piano Regolatore, se ne derivasse, per il terreno dell'incapace, un mutamento di destinazione da agricola ad edificabile (ciò che comporta un aumento di valore, ma anche l'assoggettamento a più gravose imposte comunali e di plusvalenza), o, peggio, da edificabile ad agricolo, e, in ultima analisi, dell'acquisto del biglietto della lotteria con danaro dell'incapace, nel momento stesso in cui detto biglietto venisse estratto determinando la vincita del premio a favore dell'incapace: vallo a dire agli organizzatori della lotteria!

L'altra obiezione si fonda sui pesi e sui rischi connessi a qualsiasi acquisto: poiché qualsiasi acquisto comporta oneri per l'acquirente, se questi sia incapace l'autorizzazione svolgerebbe la funzione di evitare che il suo patrimonio corra pericoli di pregiudizio. Ma è stato osservato acutamente che altro è l'acquisto del bene, in sé e per sé favorevole, e altri sono i pesi o i rischi connessi alla titolarità di un diritto, che non sono conseguenti all'acquisto del bene, ma alla titolarità del diritto sul bene stesso.

Se si dovessero considerare le conseguenze, anche a medio e a lungo termine, di un acquisto, allora bisognerebbe rinunciare a qualsiasi acquisto, anche da parte di soggetti pienamente capaci di agire; né, d'altra parte, l'autorizzazione del

Giudice Tutelare può, come se fosse un viatico benediciente, evitare all'incapace le conseguenze sfavorevoli della titolarità del bene acquistato (classica è l'ipotesi del fabbricato che, dopo l'acquisto, magari autorizzato dal giudice, crolli).

Se la soluzione affermativa dell'ammissibilità del contratto a favore di terzo può essere accolta anche se il terzo sia un incapace, con riferimento limitato all'acquisto del bene per effetto diretto e immediato della stipulazione a suo favore, per tutti gli altri aspetti della vicenda varrà, invece, il regime ordinario dettato a tutela degli incapaci. Tutti gli atti di amministrazione straordinaria relativi al bene acquistato col contratto a favore di terzo dovranno essere preventivamente autorizzati dal giudice. Ma anche la dichiarazione del terzo incapace di voler profittare della stipulazione a suo favore dovrà essere resa, se se ne presenti la necessità, dal legale rappresentante previamente autorizzato, trattandosi senza dubbio di atto di straordinaria amministrazione; lo stesso deve dirsi, a fortiori, se si dovesse rifiutare l'acquisto.

Anzi, mentre, il rifiuto richiede - trattandosi di bene immobile - un adempimento di pubblicità immobiliare, dal momento che l'acquisto di immobile a favore del terzo ab initio è stato trascritto a suo favore, lo stesso non si può pacificamente sostenere relativamente alla dichiarazione di voler profittare, che la norma richiede solo per consolidare

l'acquisto già avvenuto, in modo da metterlo definitivamente al riparo da un *révirement* da parte dello stipulante, e da porre fine anche al potere di rifiutare il beneficio, anche quando lo stipulante abbia rinunciato al potere di revoca; anche se il rifiuto è atto soltanto del terzo, pure, fino alla dichiarazione di voler profittare, permane l'incertezza delle situazioni giuridiche.

Per le stesse ragioni che stiamo esponendo, non si deve sottoporre al vaglio del Giudice Tutelare nemmeno la revoca della stipulazione, che rappresenta dichiarazione negoziale unilaterale dello stipulante, recettizia nei confronti del promittente. Essa certamente provoca un'alterazione della situazione del terzo, perchè retroattivamente riconduce nel patrimonio dello stipulante l'effetto favorevole che il contratto aveva originariamente prodotto nel patrimonio del terzo. Ma, se ad impedire la revoca - o meglio, a renderla inefficace nei suoi confronti - non sia intervenuta la dichiarazione del terzo di voler profittare della stipulazione a suo favore, il terzo, rimasto sempre terzo rispetto al contratto, come aveva beneficiato dell'effetto favorevole, così ne verrà privato a seguito di vicende negoziali a cui rimane estraneo.

A mio avviso, così come il terzo può addirittura essere ignaro dell'acquisto determinato dal contratto a suo favore, egli può rimanere ignaro anche della revoca del

beneficio: non vi sono, a imporre l'obbligo di comunicazione della revoca al terzo, elementi fondati né sul testo normativo, né nella logica; tanto meno si giustifica un diverso trattamento in ragione del fatto (appunto, un mero fatto) che il terzo abbia o no avuto notizia della stipulazione a suo favore: se tale conoscenza non determina nessuna efficacia sull'acquisto (non è, infatti, necessaria a tal fine), né sul potere di rifiutare o dichiarare di voler profittare, non si comprende perchè una vicenda contrattuale intercorsa tra parti ben definite (promittente e stipulante) debba risentire in alcun modo, nemmeno indirettamente, l'influenza di chi è e rimane terzo rispetto ad essa. Né assume alcuna rilevanza, nemmeno sotto il profilo in esame, la circostanza che la stipulazione sia avvenuta per fini di liberalità nei confronti dei terzi, o per l'adempimento di un mandato del terzo, o per altre ragioni. Se la revoca contrasti con (separate) convenzioni tra stipulante e terzo, costui potrà, in altra sede, agire contro lo stipulante per il risarcimento del danno da inadempimento, o per altre finalità; ma sulla vicenda originata dalla stipulazione a suo favore egli per nulla potrà influire essendo estraneo.

Diverse sono le esigenze dei terzi (degli altri terzi!), connesse alla pubblicità immobiliare, tutte le volte che oggetto dell'acquisto sia un immobile.

Il mito della completezza del sistema della pubblicità immobiliare non ci deve indurre a forzature della disciplina: la dichiarazione del terzo di voler profittare non può essere pubblicizzata, perchè non determina l'acquisto (esso è effetto immediato del contratto a favore di terzo, ed è oggetto di trascrizione a favore del terzo ab initio), ma - al più - lo consolida, rendendo impossibile al terzo e ai suoi aventi causa l'eventuale revoca dello stipulante.

L'avente causa da chi abbia acquistato in forza di contratto a favore di terzo avrà l'onere di chiedere al suo dante causa di fornirgli la prova della già prestata (e tempestiva) dichiarazione di voler profittare, e della conoscenza o conoscibilità di essa da parte del promittente e dello stipulante, salvo che il terzo possa dimostrare il consolidamento del suo acquisto mediante il possesso per un periodo di tempo tale da fondare l'acquisto del diritto anche a titolo originario.

E si badi: le dichiarazioni successive al contratto a favore di terzo, ancorché possano determinare ripercussioni sui suoi effetti, restano estranee ad esso, e pertanto sono a forma libera (sempreché, avendo il contratto determinato l'acquisto di un diritto reale, una forma non sia richiesta per la pubblicità immobiliare): una conferma si desume, a contrario, dal disposto dell'art. 1412, primo comma, c.c., che impone la forma scritta per la sola ri-

nunzia dello stipulante al potere di revoca.

Non valgono le obiezioni fondate sull'art. 1350 (non si tratta di contratti che trasferiscono la proprietà di immobili, anzi non si tratta affatto di contratti) né sugli artt. 1351, 1403, 1399 o 1392 (anzi, tali norme, essendo deroghe al principio generale della libertà delle forme, rappresentano elementi per negare l'esistenza di un principio generale sulle forme dei negozi collegati), né tanto meno sull'art. 1352, che disciplina le forme convenzionali (tale disciplina sarebbe applicabile nelle sole ipotesi in cui promittente e stipulante abbiano convenuto - ma soltanto tra loro e per loro, mai per il terzo - una forma per la futura conclusione del contratto, che peraltro nella nostra ipotesi si è già verificata).

La mancata pubblicità della dichiarazione del terzo potrebbe sì determinare conseguenze pregiudizievoli al terzo, se lo stipulante, dopo la notifica della dichiarazione, procedesse alla revoca della stipulazione e alla sua annotazione a margine della trascrizione del contratto originario, e, successivamente, alla vendita ad altri del bene precedentemente acquistato a favore del terzo. Tuttavia, il nuovo atto di trasferimento dovrebbe rimanere privo di effetti perchè il potere di revoca che ne rappresenta il presupposto era, a seguito della dichiarazione del terzo, immediabil-

mente estinto (così Capozzi, Vita Not. 1973, p. 994).

La revoca e il rifiuto, invece, sarebbero assoggettabili a pubblicità immobiliare in applicazione, rispettivamente, dell'art. 2655 c.c. (annotazione della revoca) e dell'art. 2643 n. 5 c.c. (trascrizione del rifiuto, considerato, ai fini della pubblicità immobiliare, sia pure con talune perplessità, alla stregua della rinunzia).

E trascuriamo volutamente l'esame delle problematiche applicative della normativa, sia perchè richiederebbe un tempo notevole, che esorbiterebbe certamente dai limiti che mi sono stati posti, sia perchè, in materia di dottrine generali, e in particolare nella materia che ci interessa, si è - da parte della dottrina, assai più che da parte della giurisprudenza - detto veramente di tutto.

Infine, occorre rispondere all'ultima domanda che ci eravamo posti all'inizio del discorso: perché è utile il ricorso alla stipulazione a favore del terzo incapace.

Una prima risposta riposa nella giurisprudenza, ormai consolidata, almeno negli ultimi sedici anni, della Suprema Corte, secondo cui l'acquisto a favore del figlio, quando non sia dimostrato essere avvenuto per ubbidire a finalità diverse da quelle liberali, come avviene praticamente sempre, rappresenta pianamente un'ipotesi di donazione indiretta, conseguentemente obbligando il terzo - purché l'acquisto

non sia venuto meno per revoca o rifiuto prima della morte dello stipulante, e ricorrano i necessari rapporti di coniugio o di parentela con lui - a conferire o imputare l'oggetto dell'acquisto, anziché la somma di denaro pagata dallo stipulante per l'acquisto. E' vero che il recente insegnamento della Suprema Corte propende per la collazione e l'imputazione del bene acquistato anche nell'ipotesi in cui il genitore abbia fornito al figlio il danaro che sia stato contestualmente utilizzato dal figlio per l'acquisto, però:

1) bisogna dimostrare l'utilizzazione diretta di quel danaro (e soltanto di quello) per l'acquisto, il che non è facile, almeno quando vi sia rilevante discontinuità temporale tra dazione del danaro e acquisto;

2) il figlio dev'essere capace di agire, perché altrimenti le operazioni di acquisto ed impiego del danaro dovranno svolgersi sotto la lente del Giudice, a scapito della correntezza che si intenda perseguire.

Allora l'acquisto ad opera del genitore a favore del figlio, ancorché incapace, acquisto per il quale è certamente possibile usufruire, su dichiarazione e richiesta dello stipulante, delle agevolazioni fiscali (per esempio, per la prima casa), può rappresentare un'ottima alternativa all'assai più costoso acquisto diretto a favore del genitore, accompagnato, contestualmente o no, dalla donazione al figlio (ciò che comporta, oltre alle spese e agli onorari di due atti, l'impossibilità per il genitore

acquirente - nell'id quod plerumque accidit - di richiedere le agevolazioni fiscali per la prima casa); tale sistema, inoltre, per altre ben note ragioni, scoraggerebbe la concessione di mutui ipotecari, essendo gli Istituti di credito sempre assai timorosi di stipulare mutui da garantire con ipoteca su beni provenienti da donazione, mentre, per chi sa quale obnubilamento, non mi è mai capitato di vedere sollevata da tali Istituti alcuna obiezione allorché il bene da ipotecare fosse pervenuto al datore di ipoteca a mezzo di vendita stipulata a suo favore.

Ma vi è di più: negli ultimi anni gli uffici finanziari hanno prestato attenzione sempre maggiore agli acquisti a titolo oneroso effettuati da soggetti (persone fisiche o giuridiche) privi di una "solidità" finanziaria compatibile con i dati desumibili dalle dichiarazioni dei redditi degli ultimi anni precedenti l'acquisto.

Proprio a me è capitato, anni fa, di acquistare un'automobile considerata allora, per la cilindrata, auto di lusso, almeno ai fini dell'applicazione di una "super-tassa" di circolazione, e in un impeto di infantilità di indicare al concessionario le generalità di mia moglie, impiegata statale, quale acquirente, e di dover poi correre ai ripari, svelando la circostanza all'ignara terza, per controbattere alla richiesta dell'ufficio fiscale, che voleva sapere da lei come avesse fatto, con il suo reddito ufficiale, ad effettuare quell'acquisto.

Almeno in tutte le ipotesi in cui il genitore paghi, in tutto o in parte, il prezzo dell'acquisto effettuato dal figlio, appare indubbiamente utile il ricorso alla stipulazione a favore di terzi.

Ed ancora maggiore è l'opportunità del ricorso allo strumento in esame dopo l'introduzione, nel luglio - agosto 2006, della normativa voluta dall'allora Ministro Bersani, e che ne porta il nome.

Svelare i pagamenti effettuati per l'acquisto è, infatti, molto più agevole allorché si abbandoni l'idea di indicare quali mezzi di pagamento, in luogo di quelli che il figlio non ha effettuato (in primis perché di solito non ne ha, in secundis perché, se ne avesse, l'impiego dovrebbe essere autorizzato), quelli effettuati - ma a quale titolo? - dal genitore e - se il figlio che debba acquistare sia minore d'età - consente di superare problemi di impossibile soluzione, quali scaturirebbero dal ricorso ai tradizionali sistemi (richiesta di autorizzazione al Giudice Tutelare, al quale si raccontino delle favolette incredibili, del tipo "il minore ha accumulato con varie regalie la somma di euro...", che non si sa dove sia stata fino ad allora depositata, e a nome di chi; né è dato di sapere come si possa disporre in nome del minore, che non sia titolare di conti correnti, delle somme da utilizzare per l'acquisto.

Stipulando il contratto di vendita a favore del minore, pianamente s'indicheranno i mezzi analitici di pa-

gamento utilizzati dallo stipulante, direttamente, sui suoi conti, per giustificare il pagamento con strumenti analitici e "tracciabili". Anzi, il ricorso al contratto a favore di terzo potrebbe servire anche a giustificare il pagamento del prezzo della vendita a soggetto diverso dal venditore. A tal fine, promittente sarà l'acquirente, e stipulante sarà il venditore, il quale, avendo interesse (donandi o solvendi causa) a che il prezzo venga pagato a un'altra persona, stipulerà a favore di altro soggetto, sul cui conto affluirà il danaro pagato dal promittente (in tale ipotesi, l'acquirente).

Allora, in occasione di acquisti per il minore, il ricorso alla stipulazione a favore di terzo, a ben vedere, non è una possibilità, ma bensì l'unico sistema veramente utilizzabile in concreto. Io l'adopero da quasi trent'anni, e invito tutti ad utilizzarlo senza alcun timore.

Secondo taluni, si potrebbe ricorrere alla stipulazione a favore di terzi anche nella donazione diretta. Tale interpretazione, contro la quale nessun argomento testuale contrario può desumersi dall'art. 1411 c.c., potrebbe fondarsi sulla lettera del previgente art. 1128, comma 2, c.c. 1865, che prima rammentavamo. Né, in senso contrario, potrebbero valere argomenti fondati sull'intuitus personae del donatario. Se il donante intende donare ad un soggetto che sua controparte gli indichi quale beneficiario, quale ragione sostanziale dovrebbe impedi-

re l'operatività del meccanismo in esame? Unica notazione particolare, semmai, è quella che, trattandosi di contratto unilaterale, cioè produttivo di effetti a carico di un solo soggetto, il promittente non potrebbe essere che il donante, e mai il donatario.

Un argomento a favore si desume da Messineo (Contratto in generale, II, 1972, p. 1385, nota 87), a contrario ("né tale contratto può valere ad eludere il divieto della donazione mortis causa"); altro argomento si desume dall'art. 179, I comma, lett. 'b', allorché la legge consente di superare l'esclusione dell'assoggettamento al regime della comunione legale dei beni oggetto delle donazioni (anche indirette!), "quando nell'atto di liberalità è specificato che essi sono attribuiti alla comunione": l'interpretazione più rispettosa del dettato normativo vuole che la donazione sia fatta, per intero, al donatario "diretto", con conseguente necessità di imputazione dell'intero donatum alle future spettanze legittimarie, ma che attraverso l'attribuzione alla comunione legale col coniuge del donatario il donatum, almeno indirettamente, benefici un'altra persona (il coniuge in comunione legale del donatario), tra l'altro, senza necessità del suo consenso al co-acquisto.

Allorché il figlio del donante non voglia ricevere per donazione, e desideri che la donazione venga disposta a favore del suo discendente, risolveremmo in un colpo sia il

problema dell'imputabilità del donatum sulle future spettanze legittimarie dello stipulante, e non sulla porzione disponibile del donante, sia quello delle franchigie - fino a quando il nuovo Governo non abbia riabrogato la normativa sull'imposta sulle successioni e donazioni - che spettassero eventualmente al donatario stipulante, e non anche al be-

neficiario, che facesse parte di un'altra categoria di parenti, di grado meno prossimo. Poi, consentirebbe - allorché il destinatario finale della donazione sia un incapace - di superare anche l'ostacolo dell'autorizzazione giudiziale.

Fabrizio Amato - Notaio in Cava de'
Tirreni

NOTA SU "PRIVATE INSURANCE" PER STUDI NOTARILI

Il "Private Insurance" è un servizio di consulenza dedicato alla clientela di fascia alta, che associa ai servizi di private banking e di gestione personalizzata del patrimonio, la costruzione di soluzioni sofisticate di assicurazione sulla vita di diritto estero quale strumento di ottimizzazione fiscale e successoria.

Fondi patrimoniali, trust, polizze vita sono solo alcuni degli strumenti più diffusi ai quali ricorre oggi una clientela sempre più sofisticata che presenta esigenze di passaggio generazionale, protezione patrimoniale e ottimizzazione fiscale e che si rivolge alle istituzioni che offrono servizi di Private Banking. Il cliente tipo può essere, a livello esemplificativo e non esaustivo, il piccolo imprenditore di una delle circa 60.000 società a carattere fa-

miliare che ogni anno si pone il problema del passaggio generazionale.

Meno della metà di queste società sopravvive nel tempo al proprio fondatore, ponendo quindi un problema di conservazione e ottimizzazione del trasferimento della ricchezza finanziaria.

Oppure può trattarsi di professionisti ed imprenditori che desiderano segregare e proteggere il patrimonio personale dal rischio d'impresa e allo stesso tempo ottimizzare la pianificazione successoria

Queste esigenze sono state ben comprese da compagnie assicurative e banche private, che sfruttando le difficoltà tipiche legate alla realizzazione di strutture di Trust e alle complessità tipiche dei fondi patrimoniali, stanno sviluppando una

crescente offerta di prodotti assicurativi vita di diritto estero caratterizzati da un elevato grado di personalizzazione, distribuiti da collocatori qualificati come Banche o Fiduciarie

Quali sono i prodotti in grado di rispondere efficacemente a questo tipo di esigenze?

Sono polizze vita di tipo Unit – Linked, definite come contratti di assicurazione sulla vita di diritto estero (comunitario) a contenuto finanziario con prestazioni collegate al valore degli di attivi.

Il contraente stipula una polizza di assicurazione estera sulla vita, normalmente attraverso una Fiduciaria che garantisce l'anonimato, effettuando il conferimento in un'unica soluzione e indicando l'evento assicurato e i beneficiari. Il "veicolo" che contiene gli investimenti realizzato dalla Compagnia di assicurazione estera è dedicato esclusivamente al singolo cliente, che può quindi scegliere le tipologie di investimento a seconda dei propri obiettivi e del proprio profilo di rischio finanziario. La personalizzazione di questa struttura nel quadro di una gestione su misura è uno degli elementi che distinguono questo prodotto dalla tradizionale offerta di soluzioni standardizzate caratterizzate da fondi interni collettivi.

Il contratto di assicurazione è fornito da Compagnie appartenenti allo Spazio Economico Europeo (principalmente Lussemburgo, Irlanda e UK), che, grazie alla terza direttiva

CEE in vigore dal 1° luglio 1994, sono autorizzate ad esercitare liberamente le proprie attività nei paesi membri dello Spazio Economico Europeo in regime di Libera Prestazione di Servizi (LPS), rimanendo soggette al controllo dell'organismo competente nel proprio paese di residenza. Il contratto di assicurazione sulla vita è infatti riconosciuto a livello internazionale da anni e ciò garantisce un elevato grado di sicurezza e competitività. Inoltre i regimi normativi dei paesi sopracitati garantiscono, rispetto al sistema italiano, una maggiore libertà di scelta circa gli investimenti sottostanti il contratto e una maggiore tutela della privacy e della riservatezza.

Quali sono quindi i vantaggi?

I vantaggi di polizze sulla vita di diritto estero rispetto ad altri prodotti utilizzati in materia di pianificazione successoria sono molteplici e possono essere riassunti come segue:

1. Mantenimento del controllo sui propri investimenti nel tempo. Al contrario di un trust, il contraente di una polizza vita ha la facoltà di rientrare in possesso del patrimonio conferito riscattando la polizza prima del verificarsi dell'evento assicurato e può modificare il beneficiario finale dovessero cambiare le circostanze.

2. Flessibilità nella pianificazione successoria. Il contraente può designare tra i beneficiari anche soggetti terzi senza vincoli di parentela

nonché entità giuridiche, trust e fiduciarie.

3. Segregazione e protezione del patrimonio conferito. Il contraente beneficia della protezione del patrimonio presente in una polizza vita, in quanto impignorabile ed insequestrabile ai sensi (e nei limiti) dell'art. 1923 c.c. In questo senso si veda anche la recentissima sentenza della Cassazione civile SS.UU 31/3/2008 n.2871.

4. Ottimizzazione fiscale e detassazione in capo ai beneficiari. Se da un lato il capitale conferito in una polizza non è assoggettato a imposte sulle donazioni, dall'altro l'assicurazione vita beneficia della esenzione da imposte di successione/donazione in capo al beneficiario in caso di premorienza dell'assicurato: i proventi percepiti dal/i beneficiario/i sono infatti esenti da qualsiasi imposta sia sul capitale sia successoria, in quanto acquisiti a titolo originario.

5. Personalizzazione e flessibilità negli investimenti sottostanti grazie alla creazione di un "fondo dedicato" all'interno del contratto di assicurazione. Il contraente gode di una gestione finanziaria personalizzata e amministrata in base alla strategia di investimento e al profilo di rischio prescelti dal contraente stesso. Le giurisdizioni di paesi come il Lussemburgo garantiscono un'ampia flessibilità in termini di possibili investimenti sottostanti:

a. Possono essere inclusi ad esempio Fondi, Sicav, Fondi Hedge

esteri non armonizzati, azioni e obbligazioni;

b. Non sono tuttavia consentite proprietà fisiche come immobili, yacht, quadri e metalli preziosi.

6. Riservatezza: pur trattandosi di un paese CEE dell'area Euro, il Lussemburgo ha una legislazione che garantisce la massima privacy in materia finanziaria. La sottoscrizione di una polizza tramite fiduciaria garantisce inoltre l'anonimato.

Riportiamo ora alcuni esempi, a titolo puramente illustrativo, di situazioni in cui un prodotto di "Private Insurance" può trovare applicazione :

1. Coppie di fatto e coppie/individui senza eredi diretti. Nel caso di coppie di fatto, che vogliono tutelare uno dei partner, e di coppie senza eredi diretti che intendono effettuare lasciti a terzi, la sottoscrizione di una polizza di cui sopra permette di garantire la sicurezza e riservatezza del lascito senza pagare l'imposta di successione, pur conservando la possibilità di modificare il beneficiario durante la vita dell'assicurato;

2. Coniugi con figlio debole/disabile. Nel caso di coppie con un figlio disabile che devono garantire un lascito per le cure del figlio, come alternativa alla creazione di un trust è possibile sottoscrivere una polizza vita con beneficiario un trust. In questo modo si evita di pagare l'imposta di donazione sui conferimenti al trust, beneficiando della successiva detassazione in

capo al beneficiario e mantenendo comunque la possibilità di poter riscattare anticipatamente o modificare il beneficiario, dovessero cambiare le circostanze.

La soglia minima di investimento per questa tipologia di prodotto è normalmente intorno ad un milione di Euro. I costi per il veicolo assicurativo e la fiduciaria si aggirano mediamente intorno allo 0,5% annuo, a cui si aggiungono i costi della gestione patrimoniale personalizzata associata, i quali variano a seconda dell'ammontare del patri-

monio e degli investimenti sotto-stanti prescelti.

In conclusione una polizza di Private Insurance racchiude in sé quegli elementi di sicurezza, riservatezza, ottimizzazione fiscale e flessibilità fortemente ricercati da un cliente sempre più esigente che desidera avere a propria disposizione soluzioni personalizzate e trasparenti ai fini della gestione e pianificazione successiva del patrimonio.

(in collaborazione con Simona Gatti e Marina Prati di Banca Euromobiliare Private Banking)

Società & Co.

LA TRASCRIZIONE DELLA CONSULTAZIONE SCRITTA E DEL CONSENSO ESPRESSO PER ISCRITTO

Il legislatore della riforma ha affiancato, come noto, per la s.r.l., a quello collegiale, che resta il sistema residuale per le decisioni dei soci, la consultazione scritta ed consenso espresso per iscritto, per rispondere all'esigenza di semplificazione degli aspetti procedurali di funzionamento interno della società invocata dalla legge delega.

L'opzione se usufruire o meno queste modalità è rimessa ai soci, che devono espressamente prevederne l'utilizzo nello statuto.

Non tutte le decisioni possono essere assunte con le modalità extra

– assembleari: l'art. 2479 impone la forma collegiale per le modificazioni dello statuto e per le operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci.

E non va dimenticato che il quarto comma dell'art. 2479 consente in ogni momento ai soci che rappresentino almeno un terzo del capitale e a ciascun amministratore di richiedere che una determinata decisione venga assunta col metodo collegiale.

Caratteri distintivi delle modalità extra – assembleari rispetto all’assemblea sono la non necessità della convocazione e l’assenza di collegialità nel senso di contestualità spazio – temporale; caratteri comuni sono la necessità di informazione e documentazione ed il diritto di partecipare al procedimento, in misura proporzionale alla quota posseduta.

La mancata diffusione di questo strumento, pur in presenza di statuti che ne prevedano l’utilizzo, potrebbe essere la conseguenza delle incertezze interpretative relative al loro pratico funzionamento, legate alla mancanza di norme ad esso dedicate.

La legge non chiarisce infatti né cosa debba intendersi per “consultazione scritta” e “consenso espresso per iscritto”, né detta regole per il loro funzionamento (la cui disciplina è pertanto rimessa allo statuto), limitandosi a richiedere (art. 2479, comma 3) che “dai documenti sottoscritti dai soci risultino con chiarezza l’argomento della decisione ed il consenso alla stessa”.

Sono state formulate varie ipotesi sulla distinzione tra “consultazione scritta” e “consenso espresso per iscritto”, ed in particolare sul fatto se considerarle una figura unitaria od invece due distinti procedimenti. La maggior parte degli interpreti si è mostrata favorevole alla seconda soluzione (anche per dare significato alla terminologia utilizzata dal legislatore: una analoga distinzione si

ritrova solo nel code de commerce francese, nel quale l’art. L223 – 27 parla di consultation écrite e consentement de tous les associés exprimé dans un acte).

Pur con varie sfumature, molti ritengono che la consultazione scritta sia una forma più strutturata, assimilabile al sistema referendario e caratterizzata da un interpello, con il quale si chiede ai soci di esprimere parere favorevole o contrario ad una proposta immutabile, mentre il consenso espresso per iscritto prescinderebbe da una proposta, e si sostanzierebbe nel consenso maggioritario dei soci in qualunque modo formatosi attorno ad una determinata operazione da compiersi. Tuttavia non è dato rinvenire alcun riscontro testuale che giustifichi tale differenziazione tra consultazione scritta e consenso espresso per iscritto, dal momento che il legislatore, oltre a non fornirne una definizione, neanche stabilisce una disciplina differenziata per le due fattispecie, facendo perdere qualsiasi rilevanza ai tentativi di individuare una diversificazione tra le due figure.

Senza con ciò arrivare a dire che non si possa, nell’ambito dell’autonomia statutaria riservata ai soci, prevedere dei meccanismi di differenziazione delle due procedure.

Il fatto che non vi sia una previsione normativa delle modalità di funzionamento dei metodi extra – assembleari ha fatto sì che, pur con la lo-

devole finalità di evitare incertezze procedurali, lacune o conflitti tra i soci, sia stata spesso avvertita la necessità di definirne in modo talmente puntuale il procedimento, da averne probabilmente scoraggiato l'utilizzo.

Si è detto che l'unico requisito formale richiesto dal terzo comma dell'art. 2479 per la consultazione scritta ed il consenso espresso per iscritto è che le dichiarazioni dei soci siano contenute in documenti dagli stessi sottoscritti, da cui risultino con chiarezza l'argomento oggetto della decisione ed il consenso alla stessa. La forma scritta assolve alla funzione di fornire un riscontro della correttezza della procedura e delle manifestazioni di volontà espresse dai soci. L'importanza che alla documentazione del procedimento attribuisce il legislatore è confermata dall'obbligo di conservazione imposto dall'art. 2478, benchè, ai fini degli adempimenti pubblicitari e dell'eventuale impugnazione, si debba fare riferimento alla trascrizione del procedimento nel libro delle decisioni dei soci.

Le dichiarazioni dei soci possono risultare da un unico documento o da più documenti, che possono avere o meno identico contenuto, purchè sia possibile risalire alla volontà manifestata da ognuno ed individuare con certezza il contenuto della decisione approvata. Il riferimento alla forma scritta sembra consentire l'uso, oltre che della

forma cartacea, anche della firma digitale od elettronica certificata.

Per l'invio delle dichiarazioni agli altri soci od al soggetto deputato a dirigere il procedimento potranno essere viceversa utilizzati anche il fax, il messaggio di posta elettronica con allegato il documento scansionato, od anche il sito web della società, nel quale sia predisposto ad esempio un apposito link riservato e dedicato alla corrispondenza tra i soci, o quant'altro le nuove tecnologie saranno capaci di offrire al fine di semplificare e velocizzare l'iter formativo della volontà sociale, ferma restando la necessità di conservazione degli originali dei documenti presso la sede sociale, e la discrezionalità del responsabile del procedimento nell'accettare i documenti anticipati con le modalità sopra indicate, proclamando il risultato senza aver ricevuto i documenti originali.

Secondo un'opinione (C.A. BUSI) il procedimento terminerebbe nel momento della sua trascrizione sul libro, in quanto è da tale momento che vengono fatti decorrere i termini per un'eventuale impugnativa. Tuttavia, seguendo questo ragionamento, si verrebbe ad avere una differente disciplina a seconda che la decisione sia assunta in assemblea o con modalità non collegiali. Nel primo caso, infatti, è pacifico che la decisione debba ritenersi assunta nel momento della sua deliberazione, indipendentemente dal momento in cui l'assemblea viene

verbalizzata o da quello della sua eventuale iscrizione nel registro delle imprese, che vale a rendere efficace la decisione nei confronti dei terzi.

Sarebbe quindi incongruo pensare che per le decisioni extra – assembleari la chiusura del procedimento coincida con la loro trascrizione a libro, formalità che riveste una funzione analoga alla verbalizzazione delle assemblee.

L'art. 2478, primo comma, n. 2), pone tra i libri obbligatori della società quello delle decisioni dei soci, che sostituisce il libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'assemblea di cui al previgente art. 2490, nel quale vanno trascritti sia i verbali delle assemblee, anche se redatti per atto pubblico, sia le decisioni assunte con i metodi della consultazione scritta o del consenso espresso per iscritto. La formulazione utilizzata prende pertanto atto delle nuove modalità di assunzione delle decisioni introdotte dal legislatore della riforma.

Attraverso l'obbligo di trascrizione viene tutelata la garanzia di informazione dei soci, ed in particolar modo di quelli che non hanno partecipato alla decisione.

L'importanza attribuita a questa formalità si coglie appieno anche dalla lettura dell'art. 2479 ter, che fa decorrere i termini per l'impugnazione delle decisioni dei soci dal momento della loro trascrizione nell'apposito libro, e questo anche nel caso in cui la decisione

sia soggetta ad iscrizione presso il registro delle imprese.

Il libro delle decisioni dei soci è tenuto, sempre ai sensi dell'art. 2478, a cura degli amministratori. La norma non specifica a chi competa la trascrizione delle decisioni assunte mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto, anche se non si può dubitare che questa funzione rientri tra quelle facenti capo all'organo amministrativo. Piuttosto va verificato se anche ai soci od ai sindaci possa riconoscersi la facoltà di trascrivere la decisione, nel caso in cui gli amministratori, per diverse ragioni (assenza, morte, impedimento, negligenza ecc.), non vi abbiano provveduto.

Dal momento che la trascrizione costituisce un passaggio necessario sia ai fini di eventuali obblighi pubblicitari (si pensi alla trasmissione al registro delle imprese del bilancio approvato) sia ai fini del decorso dei termini per eventuali impugnazioni, deve ritenersi in questi casi legittima una trascrizione effettuata anche dal singolo socio o a cura del collegio sindacale, se presente.

Dall'utilizzo del termine trascrizione (ed in assenza ancora una volta di indicazioni specifiche) pare potersi dedurre che il legislatore non richieda un resoconto dettagliato dello svolgimento dell'intera procedura, essendo sufficiente che venga riportato a libro il testo della decisione, la data in cui la decisione deve intendersi presa (fatta salva

l'opinione sopra esposta in merito al momento di chiusura del procedimento) e quella della sua trascrizione, oltre alle dichiarazioni di voto dei soci.

Nulla vieta che vengano fornite informazioni ulteriori rispetto a quelle indicate, quali, ad esempio, il testo di decisione proposto, se difforme da quello approvato, le modalità e la data di invio della stessa ai soci, le modalità con cui i soci hanno trasmesso le loro dichiarazioni, od i vari passaggi che hanno caratterizzato l'iter procedurale, il rispetto dei termini previsti dallo statuto, ma si tratta in ogni caso di una facoltà di chi procede alla trascrizione.

La trascrizione è sottoscritta da chi ha proceduto alla relativa stesura.

La legge impone agli amministratori di conservare la documentazione relativa ai procedimenti negli atti della società. Dovranno quindi essere conservati sia i documenti relativi all'atto di impulso ed alla sua trasmissione, la documentazione ad esso allegata, le dichiarazioni dei soci, sottoscritte in originale o con firma digitale, ed, in genere, tutto quanto serva a dimostrare la correttezza del procedimento, l'informazione dei soci, e la possibilità data a tutti di prendervi parte.

La richiesta del legislatore di semplice conservazione sembra escludere la necessità di allegazione di tale documentazione alla trascrizione.

Il fatto che il legislatore richieda la conservazione dei documenti raf-

forza quanto sostenuto in ordine al contenuto minimo che deve avere la trascrizione delle decisioni: se tutte le informazioni desumibili dai documenti raccolti dovessero essere riportate anche a libro, l'obbligo di conservazione costituirebbe un sovrabbondante e per certi versi inutile formalismo.

Non è previsto un termine per la trascrizione: l'art. 2478, n.2 dice unicamente che deve essere effettuata "senza indugio". Per quanto nessun pregiudizio possa derivare, ai fini di un'eventuale impugnazione, da un ritardo della trascrizione, è tuttavia importante che sia data sollecitamente pubblicità alla decisione, anche in ragione del fatto che non è previsto un obbligo di comunicazione dell'esito della procedura, e pertanto anche i soci che vi abbiano preso parte potrebbero dover attendere l'adempimento della formalità per avere conoscenza di quanto deciso.

La pubblicità nel registro delle imprese delle decisioni assunte con modalità extra – assembleari (non molte in realtà sono le ipotesi in cui si può verificare questa eventualità, tra queste la nomina degli amministratori e dei sindaci) può essere effettuata sulla base di un estratto notarile del libro delle decisioni, riportante la trascrizione della decisione. Alternativamente dovrebbero poter essere prodotti o copia autentica dell'unico documento in cui è riportato il testo della decisione approvata e le sottoscrizioni dei soci che

rappresentino la maggioranza richiesta dallo statuto, o copie autentiche dei diversi documenti sottoscritti dai soci, dalla somma dei quali risulti l'assunzione della decisione, per quanto quest'ultima ipotesi possa risultare di difficile attuazione nella pratica.

Non sono peraltro previste sanzioni specifiche per la mancanza di forma scritta delle dichiarazioni dei soci, o per l'omissione della trascrizione nel libro o della conservazione della documentazione.

Si condivide in proposito l'opinione di chi fa rientrare queste fattispecie

tra le ipotesi di decisioni non prese in conformità della legge o dell'atto costitutivo, e quindi nell'ambito di applicazione del primo comma della norma in esame, con la conseguente sanzione dell'annullabilità. Va riportata l'opinione di chi (G.A. Rescio) ritiene che in caso di mancata trascrizione la decisione sarebbe sempre impugnabile, anche se iscritta nel registro delle imprese.

Monica De Paoli



Tribuna giovani

USUCAPIONE NON ACCERTATA E ATTIVITÀ NEGOZIALE

Una recente pronuncia della Corte di cassazione (Cass. n. 2485 del

2007, rel. Triola, in Notariato, 2007, 628, con note alle pagg. 629 e 663)

è tornata ad occuparsi di un problema di rilevante interesse notarile, quello della commerciabilità del bene acquistato per usucapione non accertata giudizialmente. In particolare, conformandosi all'orientamento comunque già prevalente, i giudici hanno ritenuto di rifiutare la tesi secondo la quale la vendita di un bene di cui l'alienante assume di essere diventato proprietario per usucapione sarebbe nulla se non preceduta dall'accertamento giudiziale.

Alla luce di tale confermato orientamento, si ritiene utile sintetizzare qui alcune indicazioni operative per l'attività professionale sul tema in oggetto.

È pacifica l'opinione secondo la quale l'acquisto per usucapione operi ipso iure - per effetto del solo possesso e del decorso del tempo - e la sentenza dalla quale risulta abbia quindi valore meramente dichiarativo (cfr. TORRENTE-SCHLESINGER, Manuale di diritto privato, Milano, 2004, 385, CARUSI, Il negozio giuridico notarile, Milano, 1994, 695, BIANCA, Diritto civile, VI, Milano, 1999, 816, GAMBARO, Il diritto di proprietà, Milano, 1995, 856, Cass. n. 2717 del 1982, Cass. n. 8650 del 1994, Cass. n. 10372 del 2000, Cass. n. 5447 del 2008).

Si ricorda per inciso che non sono usucapibili i beni appartenenti al demanio dello stato, delle province, dei comuni (arg. ex artt. 823-824 e 1145 Cod. civ.) o delle regioni (art.

11 l. n. 281 del 1970) (cfr. Cons. Stato n. 148 del 1998, in Foro amm., 1998, 407); così come - d'altro canto - sono imprescrittibili i diritti demaniali su beni altrui (arg. ex artt. 823 e 825 Cod. civ. e art. 11 l. n. 281 cit.). Analoga disciplina riguarda - come pacificamente si riconosce (rif. in CNN, Commerciabilità dei terreni soggetti ad uso civico, studio n. 777 del 1994, est. Casu) - i diritti di uso civico; più precisamente non sono suscettibili di essere acquistate per usucapione le terre di proprietà della stessa collettività usuaria: c.d. usi civici gravanti su terre pubbliche (arg. ex art. 9, comma 3, l. n. 1766 del 1927).

Conseguentemente si ammette come valida la vendita della proprietà di un bene acquistata per usucapione non dichiarata giudizialmente (cfr. Cass. n. 2485 del 2007, cit., Cass. n. 10372 del 2000, Cass. n. 13184 del 1999, CNN, Appunti sugli acquisti a titolo originario per usucapione, studio n. 1516 del 1997, est. Avagliano, ID., Negozi accertativi in materia immobiliare, studio n. 176 del 2008, est. Baralis; conf. la stessa Relazione al Codice civile, § 1074; contra Cass. n. 9884 del 1996, in Riv. not., 1998, 995, con nota contraria di GIOFFRÈ, e Cass. n. 2612 del 1999. In dottrina cfr., nel senso del testo, CATTI, Il notaio e l'usucapione, in Vita not., 1995, 1618, VITUCCI, Acquisto per usucapione e legittimazione a disporre, in Apparenza, pubblicità e legittimazione, Napoli, 2004, 17,

D'ORAZI, Alienazione di immobili acquistati per usucapione non accertata giudizialmente, in Riv. not., 2006, 81).

Particolare cautela andrebbe prestata nel caso si fosse richiesti di ricevere un atto - anziché di compravendita - di donazione del bene usucapito, per il dubbio che detto atto incorra nel divieto di cui all'art. 771 Cod. civ., da una parte della dottrina applicato estensivamente alla donazione di beni altrui (cfr. per tutti TORRENTE, La donazione, 2a ed. a cura di Carnevali e Mora, Milano, 2006, 497, ed ivi rif. In giurisprudenza, hanno sostenuto la nullità della donazione di beni altrui Cass. n. 6544 del 1985 e Cass. n. 11311 del 1996, in Contratti, 1997, 460; l'ha negata, invece, Cass. n. 1596 del 2001, in Notariato, 2001, 454). Invero, nel caso in esame, quand'anche risultasse che l'usucapione non si è verificata, comunque non si tratterebbe di una donazione (obbligatoria) di beni altrui, bensì della diversa fattispecie della evizione (per la quale il donante non è di norma tenuto a garanzia: cfr. art. 797), sicché l'applicazione dell'art. 771 ne resterebbe - secondo noi - in ogni modo esclusa.

Neppure la fattispecie in esame deve confondersi con quella - diversa e sicuramente vietata (l'atto sarebbe nullo, ai sensi degli art. 1418 e 1325, per impossibilità dell'oggetto: cfr. Cass. n. 8528 del 1996 e Cass. n. 9884 del 1996; ult. rif. in PE-

TRELLI, Formulario notarile commentato, II, Milano, 2001, 514) - della "alienazione del possesso". Data la premessa per cui l'acquisto per usucapione opera ipso iure (independentemente dalla sentenza che l'accerta), non si tratta qui, infatti, del trasferimento del possesso di un immobile in sé e per sé considerato, bensì - direttamente - del trasferimento del diritto cui il possesso corri-sponde.

Il notaio che fosse, dunque, richiesto della stipula di un simile atto di alienazione (cioè del bene usucapito) dovrebbe - ovviamente - innanzitutto avvertire le parti delle problematiche connesse al mancato accertamento giudiziale, ovvero (i) del rischio dell'evizione della cosa (art. 1483), nel caso in cui venisse successivamente accertata l'insussistenza di alcuno dei presupposti previsti dalla legge per l'acquisto ad opera dell'usucapiente, e comunque (ii) della sicura difficoltà che l'acquirente avrebbe nel rivendere il bene o nel compiere sullo stesso altri atti di disposizione (per es. la concessione di un'ipoteca: ben difficilmente il bene in oggetto verrebbe accettato come idonea garanzia da parte dell'istituto di credito cui l'acquirente intendesse rivolgersi per ottenere un finanziamento) (cfr. GAMBARO, op. cit., 854).

Data la situazione, sarebbe poi necessario - trattandosi di vendita - che nel testo contrattuale si indi-

casce con speciale chiarezza (cfr. D'ORAZI, op. cit., 102 e segg.):

a) se il venditore assume la garanzia per evizione sicché, se si verificherà tale eventualità, il compratore avrà diritto, oltre alla restituzione del prezzo ed al rimborso delle spese, anche al risarcimento dell'eventuale maggior danno subito (artt. 1476 n. 3 e 1483).

A tal fine si rende particolarmente opportuno specificare che il venditore riconosce la buona fede del compratore per gli effetti di cui al combinato disposto degli artt. 1483, comma 1, 1479 e 1223, avendogli prospettato l'acquisto per usucapione come certo;

b) se il venditore è esonerato dalla suddetta garanzia sicché, se si verificherà l'evizione, il compratore potrà pretendere dal venditore soltanto la restituzione del prezzo ed il rimborso delle spese (art. 1488, comma 1);

c) se si tratta di una vendita a rischio e pericolo del compratore sicché questi nulla potrà pretendere dal venditore se si verificherà l'evizione (art. 1488 comma 2).

In ogni caso il notaio dovrebbe verificare la complessiva vicenda che gli viene presentata dalle parti con estrema prudenza e prestarsi a ricevere l'atto di vendita di cose usucapite (in assenza dell'accertamento giudiziale) solo in casi realmente eccezionali, quali: la modestia dell'operazione economica, tale da non giustificare le spese giudiziali e professionali per

l'intervento giurisdizionale; la necessità pratica di un trasferimento immediato per le ragioni più diverse; l'estrema difficoltà di individuare l'originario proprietario e così via (D'ORAZI, op. cit., 93, CNN, Negozi accertativi in materia immobiliare, cit.).

Il citato studio n. 176/2008 del Consiglio nazionale (Negozi accertativi in materia immobiliare) suggerisce, in particolare, cautela nel rappresentare in atto una documentazione che abbia fini probatori a sostegno della dichiarazione del cedente; il rischio è quello di dar conto nell'atto notarile di qualcosa che somigli alla precostituzione di un mezzo probatorio, assunzione come è noto vietata al notaio stesso.

L'atto di vendita dovrebbe essere normalmente trascritto nei pubblici registri contro il venditore usucapiente (cfr. CNN, Negozi accertativi in materia immobiliare, cit.), con l'avvertenza che è – giuridicamente - del tutto irrilevante la soluzione nella continuità delle trascrizioni che in questo modo si produce, dato che il disposto dell'art. 2650 Cod. civ. rileva solo con riferimento agli acquisti a titolo derivativo e non agli acquisti a titolo originario come l'usucapione (detto altrimenti: le trascrizioni e iscrizioni prese a carico dell'usucapiente producono effetto a prescindere dalla trascrizione del suo acquisto). Cfr. Cass. n. 2161 del 2005, secondo cui:

«In tema di trascrizione, il conflitto fra l'acquirente a titolo derivativo e

quello per usucapione è sempre risolto, nel regime ordinario del cod. civ., a favore del secondo, indipendentemente dalla trascrizione della sentenza che accerta l'usucapione e dall'antiorità della trascrizione di essa o della relativa domanda rispetto alla trascrizione dell'acquisto a titolo derivativo, atteso che il principio della continuità delle trascrizioni, dettato dall'art. 2644 cod. civ., con riferimento agli atti indicati nell'art. 2643 cod. civ., non risolve il conflitto tra acquisto a titolo derivativo ed acquisto a titolo originario, ma unicamente fra più acquisti a titolo derivativo dal medesimo dante causa.»

D'altro canto la continuità delle trascrizioni mancherebbe anche nel caso in cui fosse trascritta la sentenza che accerta l'usucapione, posto che detta trascrizione ha solo effetti di pubblicità notizia (cfr. GAZZONI, La trascrizione immobiliare, II, Milano, 1991, 239 e segg., CNN, Negozi accertativi in materia immobiliare, cit.), sicché nessuna maggiore garanzia recherebbe al riguardo l'ottenimento di una pronuncia giudiziale.

La voltura catastale verrebbe eseguita a favore dell'acquirente con annotazione di riserva (RIS 1 – “atti pass. interm. non esist.”) (art. 4, comma 7, e art. 8 Dpr n. 650 del 1972). A tal fine il pubblico ufficiale dovrebbe segnalare nell'apposito campo del modello unico (i.e. nel campo previsto per l'inserimento delle “riserve”) che il trasferimento

è preceduto da passaggi (usucapione) non convalidati da atti legali (art. 5, comma 2, del Dpr. n. 308 del 2000) (in argomento cfr. CNN, Effetti catastali dell'usucapione decennale prevista dall'art. 1159 del Codice civile, studio n. 169 del 1967, est. Casu).

Sempre con riferimento alla materia catastale si rammenta che, giusta l'art. 2 del Dm. n. 701 del 1994, è fatto obbligo al notaio di fare menzione, nell'atto e nella relativa nota di trascrizione, della discordanza fra la ditta iscritta in catasto e quella dalla quale si fa luogo al trasferimento stesso (cioè del venditore), per il fatto che il passaggio intermedio dell'usucapione non è stato convalidato da atti legali.

Ai fini fiscali deve infine ritenersi che, contenendo un implicito negozio di accertamento dell'intervenuta usucapione, l'atto in oggetto sarebbe soggetto ad una doppia imposizione: una (a carico del venditore) per il trasferimento dall'originario proprietario al venditore usucapiente; un'altra (a carico dell'acquirente) per il trasferimento dal venditore usucapiente all'acquirente (arg. ex art. 22 Dpr. n. 131 del 1986).

E ciò con la precisazione che:

– al negozio di accertamento dell'intervenuta usucapione, così come all'analogo accertamento per via giudiziale, per il quale espressamente dispone la nota II bis all'art. 8 della Tariffa allegata al Dpr. n. 131, si applicano le imposte proprie degli atti di trasferimento

(cfr. LANZILLOTTI-MAGURNO, Il notaio e le imposte indirette, Roma, 1998, 293; conf. PETRELLI, op. cit., 1004);

– la tassazione dell'immobile usucapito è determinata in base al valore rilevato al momento del passaggio in giudicato della sentenza (Cass. n. 10372 del 2000, in Riv. not., 2001, 172) ovvero – deve ritenersi - al momento della stipulazione del negozio di accertamento; resta comunque escluso che a tal fine possano essere considerati ulteriori beni e, specificamente, fabbricati non esistenti al momento di maturazione dell'usucapione (Cass. n. 10372 cit., Cass. n. 13973 del 2000, Cass. n. 5590 del 2003);

– è controverso se la citata nota II bis all'art. 8 della Tariffa valga a rendere applicabili agli atti accertativi dell'usucapione le norme agevolative degli atti di trasferimento a titolo oneroso ed in particolare i benefici per l'acquisto della prima casa (l'escludono Cass. n. 5447 del 2008 e Cass. n. 23900 del 2007; l'ammettono Cass. 10802 del 2007, Comm. Trib. Prov. III n. 30 del 2005, in Fisco, 2005, 6973, Comm. Trib. Lombardia n. 58 del 2004, Cass. n. 2660 del 2001).

* * *

Si propone in conclusione una bozza dell'atto di compravendita.

1. Tizio vende a Caio, che compra, la piena ed esclusiva proprietà del seguente bene immobile:...

A norma dell'art. 2 del D.M. n. 701 del 1994 si dà atto che per l'immobile in oggetto non vi è concordanza fra la ditta iscritta in catasto (Sempronio) e quella dalla quale si fa luogo al trasferimento (Tizio), per il fatto che non è stato convalidato da atti legali il passaggio intermedio dell'usucapione a favore dell'attuale venditore.

2. La vendita è a corpo, per il convenuto prezzo di euro ..., che la parte acquirente paga all'alienante, qui e ora, ricevendone quietanza.

... (Dichiarazioni delle parti ai sensi del Dl. n. 223 del 2006.)

3. Il possesso giuridico corrispondente al diritto ceduto si intende trasferito all'acquirente dalla data odierna, come le parti espressamente riconoscono.

La parte alienante espressamente dichiara di assumere a proprio carico l'obbligazione di consegna di cui all'art. 1476 n. 1 Cod. civ.

4. La parte alienante garantisce l'acquirente dall'evizione e dai vizi, a norma di legge; attesta quindi che il diritto ceduto è di sua ed esclusiva titolarità e non è gravato da garanzie reali o da vincoli derivanti da pignoramento o da sequestro, che, relativamente al trasferimento di esso, non esistono soggetti aventi diritto di prelazione a qualunque titolo e che l'immobile in oggetto non è gravato da oneri, limitazioni legali della proprietà o diritti di terzi in genere.

La parte alienante, confermando in particolare di assumere a proprio

carico la garanzia per evizione, dichiara espressamente a tal fine di riconoscere la buona fede del compratore per gli effetti di cui al combinato disposto degli artt. 1483, comma 1, 1479 e 1223, avendogli prospettato come certo l'acquisto per usucapione di cui infra.

(Oppure): Le parti convengono espressamente di escludere la garanzia per evizione del bene in oggetto, nei limiti di cui all'art. 1487 Cod. civ. Se si verificherà l'evizione, la parte acquirente potrà quindi pretendere dall'alienante soltanto la restituzione del prezzo ed il rimborso delle spese; non il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito.

La parte alienante presta invece, comunque, la garanzia per i vizi dell'immobile, a norma di legge.

(Oppure): Le parti precisano che la presente vendita è convenuta a rischio e pericolo del compratore, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1488, comma 2, Cod. civ. Se si verificherà l'evizione, la parte acquirente non potrà quindi pretendere dall'alienante né il risarcimento del danno né la restituzione del prezzo ed il rimborso delle spese.

La parte alienante presta invece, comunque, la garanzia per i vizi dell'immobile, a norma di legge.

5. La parte alienante dichiara che la proprietà dell'immobile in oggetto le è pervenuta per usucapione, ai sensi dell'art. 1158 Cod. civ., garantendo al riguardo di aver posseduto il bene in modo continuato,

pacifico, palese ed ininterrotto per oltre vent'anni con l'animo di esserne piena ed esclusiva proprietaria.

La parte acquirente, espressamente avvertita da me notaio dei rischi connessi a tale specifica circostanza, ed in particolare del rischio dell'evizione della cosa nel caso in cui venisse successivamente accertata l'insussistenza di alcuno dei presupposti previsti dalla legge per l'acquisto ad opera dell'usucapiente, dichiara di non aver alcuna eccezione da sollevare in relazione al suddetto titolo di provenienza.

6. La parte alienante rinuncia all'ipoteca legale, con esonero per il conservatore dei registri immobiliari da ogni responsabilità al riguardo.

7. ... (Dichiarazioni delle parti e allegazioni ai sensi del Dpr. n. 380 del 2001, del D.lgs. n. 192 del 2005 e del Dm. Sviluppo economico n. 37 del 2008.)

8. Le parti chiedono la registrazione di questo atto:

a) per l'enunciata usucapione a favore della parte alienante, con le seguenti aliquote ... da applicare alla base imponibile dalle stesse indicata in euro ...;

b) per il trasferimento a favore della parte acquirente, con le seguenti aliquote ... (eventualmente agevolate) da applicare alla base imponibile di euro ...

Le spese del presente atto e le altre accessorie sono a carico della parte acquirente.

(Oppure): Restano a carico della parte alienante le imposte dovute per l'enunciazione dell'usucapione a suo favore. Tutte le altre imposte

e spese del presente atto sono a carico della parte acquirente.

Jacopo Balottin

Notaio contro

TRASCRIZIONI PER CAUSA DI MORTE, PRINCIPIO DI CONTINUITÀ ED ESECUZIONE FORZATA IMMOBILIARE

TRIBUNALE ORDINARIO DI TREVISO

Cancelleria esecuzioni immobiliari
All'Illustrissimo Giudice delle Esecuzioni

presso il Tribunale di Treviso Dr. Alberto Valle

Il sottoscritto notaio Paolo Forti, in qualità di Presidente del Consiglio di Amministrazione dell'A.P.E.T. "Associazione Professionale per le Esecuzioni della provincia di Treviso", associazione notarile tra tutti i notai del Distretto Notarile di Treviso iscritti nell'elenco di cui all'art. 179 ter c.p.c.;

espone

quanto segue.

1) Ai sensi dell'art. 2648 c.c., si devono trascrivere l'accettazione dell'eredità e l'acquisto del legato che importino acquisto di diritti reali su beni immobili o liberazione dai

diritti medesimi. La trascrizione si opera:

- per l'accettazione espressa di eredità, in base alla dichiarazione del chiamato (art. 2648 comma 2);
- se il chiamato ha compiuto uno degli atti che importano accettazione tacita dell'eredità, sulla base di quell'atto (art. 2648 comma 3 c.c.); sia la dichiarazione del chiamato di voler accettare, sia l'atto da cui è desumibile l'intervenuta accettazione tacita, devono essere contenuti in un documento avente forma idonea ai fini della trascrizione (art. 2657 c.c.): sentenza, atto pubblico, scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente;
- in caso di legato, sulla base di un estratto autentico del testamento (art. 2648 comma 4 c.c.).

2) Mancando (o non essendo stata eseguita in modo corretto, tanto da doversi ritenere invalida ex art. 2665 c.c.) detta trascrizione, si producono conseguenze negative rilevanti ai fini della commerciabilità del bene ereditario:

- difetto di continuità delle trascrizioni di cui all'art. 2650 comma 1 c.c., per cui le successive trascrizioni o iscrizioni a carico dell'acquirente sono inefficaci (salvo il c.d. effetto prenotativo di cui al comma 2 dell'art. 2650 c.c.: una volta eseguita la trascrizione omessa, le successive trascrizioni o iscrizioni producono effetto secondo il loro ordine rispettivo);

- inapplicabilità delle norme a tutela dell'acquirente dall'erede apparente ex art. 534 c.c.;

- mancata produzione della c.d. efficacia sanante della trascrizione, in particolare nelle fattispecie di cui agli artt. 2652 n. 6, 7 e 8 c.c.;

- impedimento ad una corretta iscrizione e rinnovazione delle ipoteche ai sensi degli artt. 2829 e 2851 c.c.;

- impedimento all'usucapione abbreviata regolata dall'art. 1159 c.c.;

ed altro ancora (si vedano tra gli altri G. Petrelli, "Note sulla trascrizione degli acquisti mortis causa", in *Rivista del Notariato*, 1993, p. 271; S. Tondo, "Sulla trascrizione di acquisti immobiliari a causa di morte", in *Studi e materiali CNN*, 2002, 1, p. 52, ed in *Vita Notarile*, 2001, p. 1182; A. Pischetola, "Accettazione tacita dell'eredità e relativa trascrizione", in *Vita Notarile*, 2002, p.

1712; P. Forti, "La trascrizione degli acquisti mortis causa" in *FederNotizie*, 2002, 2, p. 63).

3) In relazione più specificamente al processo esecutivo, la mancanza o l'invalidità di una trascrizione per causa di morte nei venti anni anteriori al pignoramento (e fino ad un titolo di acquisto a favore dell'esecutato o dei suoi danti causa, anche anteriore) può gravemente danneggiare la posizione dell'aggiudicatario del bene esecutato.

In primo luogo, essendo l'acquisto dell'aggiudicatario a titolo derivativo, il difetto della trascrizione per causa di morte lo rende inevitabilmente inefficace (art. 2650 c.c.). Così come esso sarebbe inefficace qualora fosse stata omessa qualsiasi altra forma di pubblicità nei Registri immobiliari. Peraltro il difetto di trascrizione mortis causa rende l'acquisto dell'aggiudicatario ancora più pericoloso, stante l'inapplicabilità delle citate norme a tutela degli acquirenti dall'erede apparente e sulla efficacia sanante della trascrizione; rendendo quindi inoperanti proprio gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento giuridico per bilanciare il rischio dell'acquirente circa la effettiva sussistenza e stabilità del titolo a succedere del suo dante causa.

Inoltre, qualora si ritenesse (come è opinione prevalente) che l'art. 2650 c.c. è applicabile anche al pignoramento, il difetto di una trascrizione

mortis causa nei venti anni anteriori renderebbe anche questo inefficace (ordinanza Tribunale di Verbania 07/02/2003, R.G. n. 110/99, con nota di G. Petrelli, "Trascrizione degli acquisti mortis causa e espropriazione forzata immobiliare", in *Notariato*, 2003, 5, p. 485; ove citate ampia dottrina e giurisprudenza).

4) Sembra quindi ineludibile che, in presenza di un difetto di trascrizione per causa di morte interessante i beni pignorati nei venti anni anteriori al pignoramento, si ricorra alla sanatoria del vizio, provvedendo ad eseguire non appena possibile la formalità omessa o invalida. In virtù del citato effetto prenotativo di cui al comma 2 dell'art. 2650 c.c., le trascrizioni o iscrizioni successive riprenderebbero efficacia secondo il loro rispettivo ordine.

Ne sarebbe salvaguardato l'acquisto dell'ag-giudicatario.

Verrebbe inoltre meno la inefficacia (secondo la tesi ricordata e prevalente di applicabilità dell'art. 2650 c.c.) del pignoramento e, pertanto, non si avrebbe la conseguente improcedibilità della esecuzione.

A parere del ricorrente infatti non possono condividersi l'ordinanza e la pur autorevole dottrina sopra citate, nella misura in cui ritengono che la improcedibilità della esecuzione, conseguente alla inefficacia del pignoramento per difetto di continuità delle trascrizioni, sia definitiva e insanabile.

In primo luogo, non sembra giustificabile una disparità di valutazione

interpretativa, in merito alla applicabilità alla procedura esecutiva del primo e del secondo comma dell'art. 2650. Se il difetto di continuità nuoce al pignoramento e le conseguenze sono quelle dettate dal primo comma (inefficacia), deve ritenersi applicabile anche il secondo comma (effetto prenotativo e quindi possibilità di sanatoria).

Inoltre, il principio di continuità (con la sanzione della inefficacia in difetto) è diretto:

- in via immediata, ad assicurare la completezza dei Registri Immobiliari a beneficio dei terzi che li ispezionino per l'accertamento della titolarità dei diritti sui beni;

- in via mediata, a garantire una agevole e sicura circolazione dei beni in questione.

Non sembra allora possa esistere un termine ultimo per l'esecuzione delle formalità necessarie alla continuità, se nulla al momento osta al raggiungimento di questa duplice finalità. L'esecuzione (tardiva con efficacia sanante) di formalità per fini di continuità appare ammissibile ed elimina ogni conseguenza pregiudizievole del difetto di continuità, se il diritto dei terzi alla conoscenza delle vicende immobiliari non viene leso. E' ammissibile, in sostanza, finché un terzo che abbia correttamente ispezionato i Registri Immobiliari non abbia acquistato un diritto incompatibile con la tardiva esecuzione della formalità omessa.

5) Nell'esame della documentazione depositata ex art. 567 comma 2

c.p.c., i notai delegati alle esecuzioni immobiliari dalla S.V. Illustrissima hanno riscontrato, in più fascicoli, difetti di trascrizioni per causa di morte. Tra le note di trascrizione ed iscrizione depositate, ovvero nelle certificazioni notarili sostitutive, sono stati infatti reperiti titoli che avrebbero dovuto, e non sono invece stati trascritti (o lo sono stati in modo non corretto) anche per le finalità di cui all'art. 2648 c.c.. In particolare, si è spesso riscontrata la mancata trascrizione contro il de cuius ed a favore degli eredi di atti che importavano accettazione tacita dell'eredità (art. 2648 comma 3 c.c.).

6) Nella procedura esecutiva la responsabilità circa la stabilità dell'acquisto dell'aggiudicatario ricade in primo luogo sul creditore procedente, il quale ha operato la scelta del bene da pignorare e ne ha dichiarato la titolarità da parte dell'esecutato. In modo forse più sfumato (se non altro in termini di affidabilità del sistema), la responsabilità coinvolge anche l'ufficio giudiziario chiamato alla gestione della vendita forzata e quindi il notaio delegato alle operazioni di vendita. All'ufficio giudiziario e all'ausiliario delegato ex art. 591 bis c.p.c. la legge richiede un attento controllo, a cui soprattutto è finalizzato il deposito della documentazione ipotecaria ex art. 567 comma 2 c.p.c..

La necessità di procedere alla sanatoria del difetto di continuità riguarda quindi tutti i soggetti citati.

Tutto ciò esposto, il sottoscritto notaio, nella sua qualità di Presidente del Consiglio di Amministrazione dell'A.P.E.T.

chiede

che La S.V. Illustrissima valutate

le conseguenze della omissione o invalidità della trascrizione per causa di morte ai fini della procedura esecutiva, in relazione soprattutto alla esigenze di tutela dell'aggiudicatario degli immobili pignorati; ma anche in relazione all'affidabilità generale del sistema delle vendite giudiziarie;

valutati

i ridotti costi di esecuzione della formalità della trascrizione per causa di morte (tributi massimi: imposta ipotecaria in misura fissa oggi Euro 168,00; imposta di bollo forfetario per trascrizione oggi Euro 59,00; diritto erariale di esecuzione della formalità oggi Euro 35,00; onorari professionali minimi, in ragione della semplicità dell'adempimento); non solo in rapporto ai ben più elevati costi degli altri adempimenti della procedura, ma soprattutto a fronte della notevole pericolosità e quindi onerosità anche in termini economici della omissione o invalidità della trascrizione;

voglia

a) qualora omesse o in sospetto di invalidità ai sensi dell'art. 2665 c.c., disporre l'esecuzione di tutte le trascrizioni per causa di morte interessanti i beni pignorati nei vent'anni anteriori al pignoramento (e fino ad un titolo di acquisto a favore dell'esecutato o dei suoi danti causa, anche anteriore);

b) qualora lo ritenga opportuno, in ragione della:

- specifica competenza professionale in materia;

- approfondita e diretta conoscenza della documentazione ipotecaria nei singoli fascicoli della procedura, già esaminati in adempimento degli obblighi conseguenti alla delega;

- esigenza di celerità nell'esecuzione dell'adempimento, per ridurre al minimo il rischio del verificarsi delle conseguenze dannose sopra riportate;

conferire incarico per la esecuzione delle formalità omesse o invalide agli stessi notai delegati alle singole esecuzioni che rilevino il difetto della trascrizione; i quali adeguatamente motiveranno, riportando sinteticamente il difetto riscontrato nella richiesta di liquidazione delle relative spese e competenze, che verrà depositata presso la Cancelleria del Giudice delle Esecuzioni, espletato l'incombente, unitamente alle note di trascrizione eseguite;

c) porre la spesa per la trascrizione a carico del creditore procedente, il quale è responsabile per la stabilità dell'acquisto dell'aggiudicatario e avrebbe autonomamente già dovuto provvedere all'esecuzione della formalità una volta riscontrato il difetto, al momento della predisposizione e prima del deposito della documentazione di cui all'art. 567 comma 2 c.p.c..

Con osservanza

Treviso, li 28 aprile 2008

Il Presidente

dell'A.P.E.T.

Notaio Paolo Forti

Il G.E.

condivise le considerazioni suesposte al fine di assicurare il regime di continuità nelle trascrizioni, in possibile pregiudizio dell'aggiudicatario in sede di vendita coattiva (e conseguentemente del creditore procedente)

autorizza

i professionisti delegati ex art. 591 bis c.p.c. a porre in essere gli atti di cui alla lett. a) che precede, con spese a carico del creditore procedente nell'esecuzione.

Treviso, 21.5.2008

Il G.E.

Dott. Alberto Valle

(segnalazione di Paolo Forti – notaio in Treviso)

Attività sindacali

VERBALE DELL'ASSEMBLEA DEI DELEGATI DEL 13 GIUGNO 2008

Roma, presso la sede sociale, alla via Flaminia, 158.

L'assemblea si apre alle ore 11,20.

Sono presenti:

per il Lazio: Bellelli, Di Giovine, Forcella, Fortini, Pennazzi Catalani, Rummo;

per la Campania: Fiordiliso, Pappa Monteforte;

per le Marche: Colangeli;

per il Piemonte: Prevede;

per l'Emilia: Iannello, Manzini, Spadola;

per il Triveneto: D'Argenio;

per la Toscana: Ersoch.

Prende la parola il Presidente Fiordiliso che legge l'ordine del giorno:

- Comunicazioni del Presidente;
- Approvazione del bilancio della Federazione al 31/12/2007;
- Calendario delle riunioni della Giunta e dell'Assemblea dei delegati;
- Varie ed eventuali.

Ricorda ai presenti l'eccezionalità della situazione politica ed il difficile momento vissuto dalla categoria, ancora una volta bersaglio di avvocati e commercialisti, pronti a sottrarci competenze. Ridabisce che gli stessi organi istituzionali del notariato - mancanti di una politica di

lungo termine - non riescono a gestire, come dovrebbero, gli eventi.

Dà la parola al tesoriere Rummo, invitandolo ad una relazione sul bilancio, puntuale ma sintetica, tenuto conto della necessità di chiudere in tempi brevi l'odierna riunione per seguire da vicino l'evolversi dei fatti. Il tesoriere illustra le singole voci del documento contabile relativo all'esercizio 2007, evidenziando l'avanzo di gestione pari ad euro 100.850,10, nonostante le spese sostenute.

Conclude l'intervento chiedendo l'allegazione di una copia del bilancio al verbale della riunione..

Dopo ampia discussione, il bilancio viene approvato all'unanimità.

La discussione degli altri argomenti all'ordine del giorno viene rinviata ad altra assemblea.

Chiusura dei lavori alle ore 12,30

(a cura del segretario Vincenzo Pappa Monteforte)

