

Sommario Maggio 2009

- 97 **Corsivo redazionale**
- 99 Due parole sul Convegno di Taormina di Ezio Leotta
- 100 Cassa Nazionale Notariato: completamento del ruolo dell'assemblea dei delegati di Luciano Guarnieri
- 101 La congiura del silenzio di Fabrizio Amato
- Argomenti**
- 104 In tema di accordi di separazione tra coniugi (nota a sentenza Cass. I^a sezione civile n. 2997/2009) di Antonio Testa
- 107 ... e a tal proposito una bozza di accordo dalla Scuola di Notariato della Lombardia
- 109 Un esempio da non seguire: una sentenza ed un commento (amministratore di sostegno e trascrizione) di Michele Ferrario Hercolani
- 112 Una interessante sentenza "COREDI" in materia di indagine sulla volontà delle parti segnalata da Maria Nives Iannaccone
- Società & Co.**
- 115 Cancellazione di società e sopravvenienze attive immobiliari – (Cass., 15 ottobre 2008, n. 25192) di Fabio Valenza
- 122 Ancora sull'abolizione del libro soci di Michele Ferrario Hercolani
- 124 **Utili da leggere** a cura di Franco Treccani
- Notaio contro**
- 134 Trasferimento all'estero: causa di scioglimento? di Cesare Felice Giuliani
- 136 Notaio due volte contro: imposta fissa di registro per più cessioni di quote a cura di Massimo Caspani
- 139 **Attività sindacali**
- Verbale dell'assemblea dei delegati del 14 marzo 2009 a cura di Carlo Munafò

Corsivo redazionale

Quando in redazione si è cominciato ad impostare questo numero del giornale eravamo intorno alla metà di marzo e sul tema del corsivo non c'era alcun dubbio. Ci siamo detti: "come possiamo non parlare del problema del giorno? della "querelle" con i commercialisti? della pubblicazione o meno della famosa lettera sul sito? delle dimissioni o meno del Consiglio Nazionale?"

Imperversavano, in lista sigillo, le discussioni più accese; gli stessi Consigli Notarili Distrettuali, in alcuni casi, ritenevano di prendere apposite deliberazioni.

In vista di questo intervento, per almeno due riunioni di redazione, abbiamo discusso accanitamente anche noi ed abbiamo curiosamente scoperto che al nostro interno le posizioni rispecchiavano quasi esattamente le stesse percentuali che erano emerse all'interno del CNN: circa il 65 per cento sulla linea della maggioranza e circa il 35 per cento sulla linea della "opposizione".

Questo naturalmente non aveva alcuna importanza: il mandato al Direttore (che normalmente redige i corsivi anche se poi vengono vagliati, corretti e perfezionati dall'intera redazione) era nel senso di esporre con chiarezza le opposte ragioni, senza necessariamente prendere posizione.

Ma poi sono passati i giorni, sull'argomento si è scritto davvero di tutto in lista sigillo, tutte le possibili variabili sono state soppesate e sezionate fino nei minimi particolari.

Ed anche Federnotai ha preso posizione, come era giusto che facesse, con un intervento in lista sigillo del suo Presidente. Quindi oggi quando scriviamo questo corsivo (e siamo intorno alla metà di aprile) ci pare davvero inutile riassumere, raccontare, discutere. Ci sembra più importante trarre un insegnamento ed una morale ed è quello che cercheremo di fare in chiusura di questo intervento.

Sulla vicenda nel suo complesso crediamo opportuno solo accennare ad alcuni aspetti, per certi versi marginali, ma che ci paiono gli unici non sufficientemente sottolineati nell'ampia discussione che si è svolta.

Questo facciamo senza prendere posizione in alcun modo e ciò non per ignavia o paura, ma nel rispetto assoluto di ogni opinione.

La prima considerazione è la curiosa assimilazione che si è fatta quasi unanimemente tra la famosa lettera all'Antitrust con la promessa di pubblicazione della stessa sul sito e la eventualità della "condanna" da parte della stessa Antitrust. Quasi tutti i contrari hanno detto: "il danno all'immagine creato dalla lettera e dai conseguenti articoli di Italia Oggi e del Sole 24 Ore, è stato enorme e non dissimile da quello che ci avrebbe creato la condanna. Tanto valeva resistere."

A noi pare davvero sbagliata questa identificazione: la lettera ha esaurito il suo effetto in quei due articoli e nelle poche prese di posizione del Presidente dei Commercialisti nei giorni seguenti, sempre

su quei giornali (fra l'altro pubblicate con la "risposta" del CNN); la condanna per infrazione eventualmente comminata dall'Antitrust sarebbe sicuramente finita su tutti i quotidiani nazionali, sulla Rai, su Mediaset e quant'altro. Basta vedere quel che succede quando vengono condannate le Banche o le società dei "telefonini" e simili. Con il sicuro utilizzo di tutto il corredo di luoghi comuni sul notariato che ben ci possiamo immaginare. Quegli articoli sono stati letti da pochi "addetti ai lavori", quest'altra notizia sarebbe andata a tutti i cittadini.

Ciò, ripetiamo, non vuole assolutamente significare nulla. Infatti i sostenitori della tesi della resistenza ben potrebbero dire che anche quel danno sarebbe stato più sopportabile di quello creato dalla "marcia indietro". Qualcuno, anche in redazione, lo dice e lo dice del tutto legittimamente. Quello che volevamo evidenziare è la stranezza del fatto che della diversa portata mediatica dei due possibili scenari, si sia parlato così poco.

La seconda considerazione è riferita a quella "corrente di pensiero" minoritaria, ma non irrilevante, che ha sostenuto più o meno, questa posizione: "Il Consiglio Nazionale, del quale ben s'intende non ci spingiamo a chiedere le dimissioni, prenda tuttavia atto della crescente opposizione della "base" e non proceda alla pubblicazione sul sito. Ci è parsa una posizione che ha dell'incredibile. Come potrebbe un organo collegiale che ha legittimamente assunto, sia pure a maggioranza, una precisa delibera dalla

quale è scaturita la lettera e la "promessa" di pubblicazione sul sito, tirarsi indietro senza che tutti, tutti, i consiglieri nazionali, sia che abbiano votato a favore, sia che abbiano votato contro, non si dimettano ?

Speriamo davvero che i sostenitori di questa posizione non assumano mai cariche pubbliche perché, su questa linea di doppiezza, il loro comportamento potrebbe apparire sleale e tale, questo sì, da farci fare bruttissime figure.

L'ultima considerazione di carattere generale è riferita alla cosiddetta "minoranza" od "opposizione" all'interno del Consiglio Nazionale. Non occorre neppure scrivere, perché è del tutto evidente, che essa è non solo legittima, ma anche utile per far riflettere tutti e perché dalla dialettica dei pareri nascono le decisioni più meditate.

Quello che non ci è piaciuto è stato il modo di far conoscere all'esterno la propria posizione. Prima ancora del verbale (che ha giustamente permesso di rilevare i diversi pareri) e prima ancora di conoscere la decisione, abbiamo conosciuto il "proclama" dei dissidenti.

Questo ci è parso davvero scorretto, offensivo per la maggioranza, non rispettoso del giusto modo di lavorare in un organo collegiale e nell'insieme davvero censurabile. Strano che in lista sigillo pochi lo abbiano sottolineato.

=O=O=O=O=

Fin qui le riflessioni che la vicenda ci ha suggerito.

Quello che ci pare davvero importante, tuttavia, è trarne un insegnamento ed una "morale".

L'esistenza di "due anime" del notariato è stata commentata da quasi tutti i colleghi intervenuti in lista, e questo per almeno due aspetti in qualche modo "trasversali".

Una prima distinzione è fra le strategie da adottare nel difficile momento storico che ci vede attaccati da diversi fronti.

C'è chi ritiene che ciò sia indice di una volontà di annientamento del notariato che merita una difesa ad oltranza, fatta attraverso l'affermazione della nostra pubblica funzione di fronte a tutto e a tutti, della nostra "differenza" rispetto agli altri professionisti, del nostro valore, della nostra preparazione, etc.

C'è chi ritiene che questa strategia sia pericolosa e perdente perché non di attacco generale e preordinato si tratta, ma solo di singole rivendicazioni di gruppi, di fronte alle quali è meglio perdere qualche piccola battaglia che la guerra e quindi la strada giusta è quella della moderazione, del lavoro quotidiano di relazioni, del compromesso quando necessario.

Poi c'è un'altra contrapposizione di "anime" relativa non più alle strategie, ma più direttamente ai comportamenti.

C'è chi dice che bisogna valorizzare la qualità ad ogni costo, che bisogna approvare finalmente i protocolli più rigorosi, che bisogna combattere e vincere gli "attifici", applicare il tetto repertoriale, riportare il notariato alla sua funzione pubblica più pura e più tradizionale,

difendere la tariffa fino alla morte e così via.

C'è chi è più possibilista e, pur non negando certo la necessità del rigore e della professionalità, ritiene tuttavia che il notariato non possa non rendersi conto del mutare dei tempi e delle diverse esigenze dei cittadini.

Non necessariamente le due distinzioni possono unificarsi, in realtà si mescolano e non necessariamente chi in tema di strategia pensa in un modo, pensa poi in modo coerente in tema di comportamenti.

Quello che vogliamo ancora una volta ribadire con grande forza è una cosa che ripetiamo da molto tempo, ma che queste ultime vicende ci pare abbiano confermato in maniera incontrovertibile.

Non è più possibile votare i consiglieri nazionali solo per il loro "cursus honorum", per la loro specchiata onestà e professionalità, per la loro disponibilità.

Bisogna assolutamente sapere come la pensano su questi grandi temi che abbiamo cercato di tratteggiare e che lasciamo ai colleghi di integrare, visto che tutti ben capiamo di cosa stiamo parlando.

Bisognerebbe, ma bisognerebbe assolutamente e una volta per tutte, che in ogni zona elettorale fossero candidati almeno due colleghi, uno schierato da una parte e uno dall'altra e che ciascuno indichi chiarissimamente la propria opinione.

Solo così le diverse "anime" (che sono, oramai è chiaro, anche due diversi schieramenti elettorali) ver-

rebbero allo scoperto, giocherebbero a carte scoperte e permetterebbero, questa volta davvero, di contattarci senza quel gioco a cui pure abbiamo assistito in lista sigillo, de-

gli “aderisco” all’una o all’altra proposta, quando ognuno sbandierava numeri e pretendeva “vittorie” sulla base del 3 o del 6 per cento dei notai italiani.

DUE PAROLE SUL CONVEGNO DI TAORMINA

Come di consuetudine nel fine settimana che si chiude con la Domenica delle Palme si è tenuto il tradizionale Convegno di Taormina. Appuntamento importante non solo per i notai siciliani ma per l'intera categoria, sia per il livello scientifico degli argomenti trattati, sia perchè è diventato un appuntamento anche di rilevanza politica. Esso infatti si svolge a metà anno, tra un congresso e l'altro, vi partecipano sempre i massimi livelli istituzionali del notariato e costituisce quindi un momento di informazione politica importante. Quest'anno poi, nelle settimane immediatamente precedenti, la categoria ha vissuto momenti di particolare fermento e quindi c'era una particolare attesa per questo appuntamento

Per me poi si trattava di una partecipazione molto particolare, infatti ero a Taormina per portare i saluti di Federnotai di cui, da poche settimane, sono il Presidente.

Nella migliore tradizione siciliana, l'ospitalità è stata straordinaria, i colleghi Macrì Pellizzeri, (Presidente del Consiglio Notarile di Messina) e Pilato (Presidente del Comitato Regionale della Sicilia) hanno fatto una (involontaria?) gara di

gentilezze con un risultato di assoluta parità, ma tutti siamo prontissimi a concedere loro una prova d'appello!

Nel porgere i tradizionali saluti il Presidente Pilato, dopo aver ricordato l'apporto dato al notariato dal collega Guido Monforte, ora in pensione e che è stato ideatore e instancabile organizzatore del Convegno (e a cui è andato un lunghissimo applauso di ringraziamento e di riconoscenza), si è soffermato su alcuni aspetti generali e ha trovato modo per indicare Federnotai tra le "istituzioni" del notariato, e per fare un appello all'unità del notariato inteso nel senso più ampio, di intera categoria.

Anche per me il momento dei saluti ha costituito l'occasione per esprimere alcune considerazioni di carattere generale, considerazioni che voglio qui riprendere, non solo per una esigenza di cronaca, ma anche per avere l'occasione di avviare, da queste pagine, riflessioni su punti che richiedono approfondimento di idee.

Dopo i saluti veri e propri ho sottolineato, in particolare, due aspetti che richiedono attenzione:

1) ho espresso la convinzione che, specialmente in questo momento, è fondamentale che il notariato sappia a quali autorità esso è sottoposto cioè, per essere chiari, è venuto il momento di sapere se il notariato è sottoposto alla legge, e quindi al Ministro di Giustizia, al Governo e al Parlamento, o se ci sono altre autorità che hanno poteri di controllo sull'organizzazione del notariato; e in questo caso bisogna sapere, con la dovuta chiarezza, quali sono queste autorità e quali poteri esse hanno. E questa verifica va fatta non sulle questioni recentemente dibattute e che hanno portato ad uno scontro con altra categoria professionale su un problema di pubblicità comparativa; questa verifica, a mio avviso, va invece fatta su altre questioni che riguardano esclusivamente il notariato (vincolatività delle tariffe, codice deontologico, ordinamento del notariato ...) e alle quali è strettamente legata la peculiarità della nostra funzione.

2) ho accennato all'esigenza di verificare se alcuni aspetti organizzativi dell'intero sistema del notariato non possano essere in qualche modo ripensati e resi più attuali, più vicini a un nuovo modo di rappresentare le peculiarità del notaio libero professionista e pubblico ufficiale. Ho fatto l'esempio, che qui riprendo, della necessità imprescindibile di mantenere l'aspetto organizzativo di libera professione, che è l'unico sistema per garantire efficienza e qualità, ma sottolineando anche l'aspetto pubblico della nostra funzione che, per essere collegato alla qualità e personalità della presta-

zione, deve passare anche attraverso l'individuazione di un limite alla attività del singolo notaio. Io non so dire, adesso, come raggiungere e rendere cogente questo limite, ma credo fermamente che sia arrivato il momento che di queste cose si discuta seriamente. Sono convinto che i tempi sono maturi per ragionare senza pregiudizi, e senza soluzioni preconfezionate, anche su questi argomenti, non trascurando neanche il fatto che proprio argomenti come questo possono essere campi su cui, molto opportunamente, si possono fare quelle verifiche sulle autorità cui il notariato è effettivamente sottoposto.

Infine voglio approfittare per inviare, da queste pagine, un ringraziamento personale, veramente sentito, ai colleghi Macrì Pellizzeri e Pilato per l'affetto spontaneo che mi hanno voluto dimostrare pur senza una precedente amicizia.

E al collega Pilato voglio anche manifestare, e questa volta nella mia veste di presidente di Federnotai, i sentimenti di apprezzamento per quello che ha detto dal tavolo della Presidenza. Per la considerazione che ha dimostrato di avere verso Federnotai che ha indicato come "istituzione del notariato", e lo ha fatto volutamente più volte proprio per sottolineare che non è stata una esternazione improvvisata, ma una verità ormai assodata. Per l'appello sentito, quasi accorato, affinché si realizzi una unità solida del notariato, e non solo delle sue istituzioni e organizzazioni, ma di tutti i notai, senza odiose distinzioni

geografiche; cosa che rappresenta anche un mio desiderio profondo, e per la cui realizzazione spenderò tutte le mie energie. Infine per ricordare, non certo a lui che non ne ha bisogno, la sua promessa di un impegno per la rinascita della associazione sindacale della Sicilia a cui auguro di raggiungere una efficien-

za e una vitalità consone al ruolo che il notariato siciliano ha avuto e continua ad avere nel panorama nazionale del notariato, ed anche in Federnotai: Istituzione del Notariato.

Ezio Leotta - presidente di Federnotai

CASSA NAZIONALE NOTARIATO: COMPLETAMENTO DEL RUOLO DELL'ASSEMBLEA DEI DELEGATI

Alla domanda uscita dal congresso di Firenze di riformare celermente, in senso proporzionale e rappresentativo di tutto il territorio, l'elezione degli organi amministrativi di Consiglio e Cassa, possiamo rispondere affermativamente almeno per quanto riguarda gli organi amministrativi della Cassa.

La risposta è basata sul fatto che esistono le strutture ed i presupposti per riformare in tal senso lo statuto della Cassa.

In sede di commissione per i problemi della previdenza e assistenza avevo suggerito quale criterio di riforma del metodo elettivo il sistema duale delle società per azioni.

Non mi ero accorto che il sistema duale l'avevamo già.

Stava scritto, e neppure così velatamente, nello statuto della Cassa.

Bastava elaborare e raffinare le funzioni dell'assemblea dei rappresentanti.

All'assemblea dei rappresentanti va delegata la nomina del Consiglio di Amministrazione e del Collegio Sindacale.

Con questa modifica statutaria si realizza compiutamente il disegno già previsto nella istituzione di una assemblea dei rappresentanti delegata dall'intera categoria alla cura della funzione previdenziale e quindi, come organo di secondo grado, anche alla nomina ed al controllo degli organi amministrativi.

Peraltro nel campo della previdenza questa è la regola adottata da quasi tutti gli ordini professionali.

Ho esaminato gli statuti degli ordini degli avvocati, dei commercialisti, dei ragionieri e periti commerciali, degli ingegneri, degli architetti e dei geometri.

In tutti questi statuti si prevede che la nomina del consiglio di Amministrazione e del collegio Sindacale è

delegata all'assemblea dei rappresentanti.

L'assemblea rappresenta compiutamente la categoria notarile ed è competente in materia per la delega ricevuta da tutti i notai in materia previdenziale.

E' pertanto la più idonea alla funzione di nomina del Consiglio di amministrazione e del collegio sindacale.

Potremmo chiederci perchè non abbiamo previsto questo meccanismo sin dall'inizio cioè al momento dell'approvazione dello statuto in sede di privatizzazione della nostra Cassa, così come hanno fatto gli altri ordini.

Ritengo che ciò non sia stato fatto in parte per pigrizia ed in parte per furbizia.

La prima ipotesi è legata a mancanza di una visione complessiva dei problemi della previdenza, la seconda attiene al conservatorismo della categoria ed al mantenimento del potere di certi settori del notariato a discapito dell'innovazione e del cambiamento.

Cos'altro vogliamo aggiungere.

Molto poco dopo quello che è già stato manifestato dalla parte maggioritaria del notariato al congresso di Firenze.

Si proceda celermente alle modifiche statutarie auspiccate, mandando finalmente in soffitta il vecchio metodo di elezione basato sulle rappresentanze regionali, e conformandoci alle più moderne visioni della previdenza, così come hanno già deliberato tutti gli ordini professionali delle altre categorie e delegando all'organo più competente,

oltre che più rappresentativo, cioè alla assemblea dei rappresentanti, la nomina del consiglio di Amministrazione e del collegio sindacale della Cassa.

Alla fine del percorso qui tracciato porteremo a compimento il ruolo dell'assemblea dei rappresentanti che costituirà lo snodo istituzionale dedicato alla funzione previdenziale del notariato, aggiungendo al ruolo di sorveglianza e controllo, che gli è già proprio, il nuovo compito della nomina del consiglio di gestione, cioè del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale della Cassa.

Col conferimento di questa nuova funzione si porrà fine anche a quel senso di frustrazione che ha pervaso sino ad oggi l'assemblea dei rappresentanti, confinata alla sola approvazione dei bilanci ed alla ratifica di decisioni prese da altri organi e che non giustifica i notevoli oneri personali e monetari a carico della categoria.

Assumerà quindi per l'avvenire maggiore importanza la nomina nelle assemblee distrettuali dei delegati all'assemblea dei rappresentanti che diverrà in pratica il vero gestore della previdenza, attraverso un potenziamento dei suoi organi direttivi, e che provvederà a nominare, scegliendoli al suo interno oppure anche all'esterno purché nell'ambito della categoria, i membri delegati alla gestione dell'ente il quale a mio parere non dovrà più essere così pletorico.

Si attuerà infine l'armonizzazione delle regole sia elettive che gestionali in materia previdenziale con

quelle degli altri ordini professionali, come richiesto anche dall'autorità governativa di controllo.

Purtroppo questo metodo di facile e moderno impiego non si può prospettare per l'altro ramo dei nostri organi amministrativi.

Mi riferisco ovviamente al Consiglio Nazionale del Notariato. Lascio per-

tanto alla perizia di altri colleghi suggerire e proporre soluzioni idonee e più consone alla pari dignità di tutti i notai, operando su ipotesi basate sulla rappresentanza regionale in senso proporzionale.

Luciano Guarnieri

LA CONGIURA DEL SILENZIO

Un alieno che sbarcasse da un mondo lontano, avendo sott'occhio la figura del notaio quale emergeva dai romanzi di Balzac, potrebbe credere che tra noi tutto proceda normalmente: è passata l'onda dei Giavazzi, Sartori e C. contro i notai (ma si può almeno domandare chi, o che cosa, l'abbia scatenata, e in virtù di che cosa si sia esaurita?); non è passato l'emendamento Lulli, che ci avrebbe messo al tappeto; l'abolizione delle tariffe ci ha nuocuto, ma non troppo (d'altronde, non è vero che il nostro rapporto col cliente si basa sull'intuitus personae? E, anche se così non fosse, ne scapiterebbe forse la nostra immagine se, a causa della concorrenza - non più illecita - al ribasso, i consumatori beneficiassero di una bella sforbiciatina delle parcelle notarili, che comunque la vulgata ritiene esose?); la crisi economica non è tragica, e forse non è nemmeno drammatica, come sostengono autorevoli esponenti del Gover-

no (ma intanto le imprese chiedono a gran voce "soldi veri", lasciando intendere che finora siano balenati soldi non veri, i dipendenti privati di imprese grandi e piccole temono che ogni giorno possa loro recare lettere di licenziamento, e neanche i dipendenti pubblici, che risentono della crisi meno degli altri, se la passano troppo bene).

Tutto sommato, allora, pare che il peggio sia passato.

Ma questa è un'illusione: la polvere è stata nascosta, neanche troppo bene, sotto il tappeto, pronta ad uscire fuori da un momento all'altro, non appena il circo mediatico abbia consumato l'attenzione generale su altri argomenti. I nostri problemi non occupano più la scena, tutto qui: ma, non essendo stati risolti, fanno capolino, e può darsi che ce li ritroviamo davanti quando meno ce li aspettiamo.

In questa situazione, mi sarei aspettato un dibattito vivace tra noi, tra noi e i nostri organi rappresenta-

tivi, e tra questi e il Governo e le pubbliche amministrazioni, almeno sul problema dei problemi, cioè la tenuta dei conti, e sulle sue possibili soluzioni: queste ultime, ridotte ai minimi termini, sono assai semplici: o s'incrementano le entrate, o si riducono le spese.

Ma questo discorso non lo sento fare da nessuno. Come mai?

C'è un'espressione, nel linguaggio delle popolazioni meridionali, che sembra adattarsi perfettamente alla situazione: "pare brutto". Non è facile comprenderne il vero significato; ma essa può tradursi, con una certa approssimazione, in "non è conveniente", "non è opportuno", "metterebbe in cattiva luce", "finirebbe per aggravare la situazione". In effetti, sembra che la parola d'ordine sia "tutti zitti", o "facciamo finta di niente", forse nella speranza che presto passi la nottata, e che, calate le vendite, ritornino almeno i mutui.

Sono emersi anche i cabalisti che profetizzano il ritorno al mattone, come in passato è accaduto puntualmente ad ogni ribasso prolungato dei corsi di borsa (e, in effetti, le principali Borse mondiali hanno perduto nell'ultimo anno quasi metà del loro valore), e il ritorno ciclico ai mutui, che sarebbero oggi divenuti più convenienti a fronte dei rilevanti ribassi dei tassi di riferimento operati dalle Banche centrali. Ma nessuno interviene a zittire questi falsi profeti, obiettando che la propensione per il mattone più che per la finanza presuppone la fiducia (che non c'è più) nella possibilità di attuare i propri programmi finanziari, e

capitali da investire. Ma questi non ci sono, oppure - ciò che è perfettamente identico - sono in mano a persone che non sanno, o non vogliono, investirli: ed è assiomatico che la ricchezza sia direttamente proporzionale alla velocità dei passaggi della moneta da un soggetto all'altro e alla molteplicità dei suoi successivi utilizzi.

Qualcuno ha sentito, per caso, denunciare l'atteggiamento delle banche, che, a fronte delle ultime riduzioni dei tassi di riferimento, hanno elevato lo spread, che ha raggiunto negli ultimi giorni il livello scandaloso di 3,5 punti percentuali? Io ho sentito rappresentanti di istituti di credito, anche blasonati, balbettare ai loro clienti le giustificazioni più assurde per la mancata applicazione, ad operazioni di mutuo avviate precedentemente, delle riduzioni dei tassi di riferimento intervenute "in corso d'opera" (del tipo: "è stato ridotto l'Euribor, così abbiamo aumentato lo spread; ma il costo complessivo dell'operazione di mutuo è rimasto identico a quello che era stato preventivato"), come se, al cliente a cui avessimo preventivamente comunicato il costo di un atto, dicessimo che all'ipotetica (di quarto grado!) riduzione delle imposte si dovesse accompagnare il corrispondente aumento dei nostri onorari!

Il silenzio assordante della stampa, delle lobbies di protezione dei consumatori, dei sindacati dei lavoratori, dei nostri stessi organi rappresentativi, è stato rotto soltanto dalle mie flebili obiezioni, zittite però dai mutuatari, disposti a sopportare

qualsiasi sopruso piuttosto che rinunciare al mutuo.

Allora, anche se "pare brutto", prima o poi bisogna che ci decidiamo a rimettere i conti in ordine. Ciò richiede l'incremento delle entrate o la riduzione delle spese (o entrambi)? Ora, se il primo rimedio non appare praticabile, o meglio non dipende da noi, non ci resta che il secondo. Così, dopo sette (e forse più) anni di vacche grasse, si assiste, per ora sporadicamente, e a macchia di leopardo, a licenziamenti di nostri dipendenti o a riduzioni di orari di lavoro, a limature di spese di "rappresentanza" (in taluni cesti natalizi la bottiglia di spumante ha preso il posto di quella di champagne, e il panettone industriale il posto di leccornie artigianali). Già taluni di noi si stanno accorgendo di "galleggiare", se non addirittura di non riuscire a coprire nemmeno le spese. Può anche darsi che finora si sia largheggiato: le case di software si sono date da fare nel proporci anche programmi di cui si poteva fare a meno, i fornitori di hardware lo stesso, imbonitori di ogni genere ci hanno indotto a continui aggiornamenti del personale, a prezzi di affezione. Forse è stata effettuata qualche assunzione di troppo, magari per non dare l'impressione di voler "spremere" i collaboratori.

Adesso, però, ci si sta cominciando ad abituare all'idea che, finita la ricreazione, si debba correre ai ripari.

Questo potrebbe forse anche bastare, a livello individuale: ognuno di noi, come un (buon) padre di fa-

miglia, sa bene che non si può mantenere un determinato tenore di vita, se non si dispone (o non si dispone più) delle entrate sufficienti, pena la rovina economica (e il fallimento, se il legislatore ci considerasse alla stregua di imprenditori - come siamo, nostro malgrado, diventati - e non continuasse a gingillarsi con l'ingenua oleografia del notaio dell'Ottocento, munito soltanto di carta, penna e calamaio).

Ma che cosa trapela, di tutta la problematica che ci attanaglia, nel dibattito interno alla categoria e nell'atteggiamento dei nostri organi istituzionali? Qui il silenzio è, se possibile, ancora più assordante, anche perché accompagnato da atteggiamenti non privi di aspetti grotteschi.

Con lettera circolare n. prot. 18556 del 28 dicembre 2007, ad esempio, il Presidente della Cassa Nazionale del Notariato si è pregiato (sic!) di informarci che, di fronte alla marcata riduzione degli onorari repertoriali dell'anno precedente, la Cassa aveva deliberato l'aumento percentuale del contributo dovutole; ma, si badi alla delicatezza, la comunicazione ricorda che l'operazione è stata condotta secondo legge, anzi nel rispetto di tutta la defatigante procedura prevista: parere favorevole dell'Assemblea dei Rappresentanti, delibera del Consiglio di Amministrazione della Cassa, approvazione dei Ministeri Vigilanti (è scritto proprio così, con le maiuscole!). La stessa solfa ha udito chi ha partecipato al Congresso Nazionale di Firenze: gli onorari nazionali continuano a diminuire, e così i contri-

buti devono, per forza di cose, ineluttabilmente aumentare. La stessa pappina ci è stata ammannita nelle assemblee dello scorso febbraio dai tesorieri distrettuali: alla riduzione degli onorari deve corrispondere l'aumento della tassa consiliare, perché, è stato detto, altrimenti non possono essere svolti tutti i compiti di istituto.

Dobbiamo ringraziare il cielo che non si sia verificato il dimezzamento degli onorari: avrebbe determinato per caso il raddoppio di tasse e contributi?

Orbene, se l'importo di tasse e contributi imposti fino a pochi anni fa fosse irrisorio, non sembrerebbe significativo nemmeno un rilevante aumento percentuale. Ma se così non fosse, se cioè quanto pagavamo in passato era, per così dire, congruo, non è possibile, allora, giudicare corretto il comportamento di chi, dichiarando di operare nell'interesse del gruppo sociale che lo finanzia, pretenda di determinare a priori il livello della spesa preventivabile, e su di esso modulare l'entità degli importi da richiedere al gruppo sociale stesso: cioè, avendo bisogno di un budget predeterminedato e, sostanzialmente, fisso, è costretto, magari a malincuore, a tirare un po' il collo ai contribuenti. Non faceva così anche lo sceriffo di Nottingham, prima che arrivasse Robin Hood?

Variatis variandis, siffatto modo di agire ricalca lo schema mentale di chi sia abituato a farsi rimborsare le spese a pie' di lista, senza porsi il problema che il finanziatore possa avanzare, non dico un sospetto, ma

neanche un'ombra di osservazione critica sulle singole voci di spesa.

D'altra parte, desta vero sconcerto l'analisi delle voci dei bilanci dei consigli distrettuali: la stragrande maggioranza della spesa è, infatti, destinata al finanziamento delle Commissioni Regionali di Disciplina e delle Scuole di Notariato, e, a livello più strettamente locale, di corsi di formazione e all'aggiornamento (professionale e dei siti telematici), che a loro volta necessitano della collaborazione di personale, che non può non gravare sui singoli Distretti.

Mi riprometto di sottoporre a critica, nel merito, le cennate voci di spesa, che mi paiono peccare, quale più, quale meno, di gigantismo e di non sempre soddisfacente rapporto qualità – costo. Ma come si fa a negare, almeno in via di principio, la possibilità di (e quindi a omettere tutti gli sforzi necessari per) arginare e contenere le spese, in un'epoca in cui gli stessi organi dello Stato, delle Regioni e di altri Enti pubblici si sono posti, finalmente, il problema della riduzione dei costi delle loro attività, e della politica in generale, correggendo gli sprechi più insopportabili?

Non ci si obietti, per favore, che taluni costi sono incompressibili perché imposti da norme di legge, com'è, tanto per dire, dei gettoni di presenza dei componenti le Commissioni di disciplina, la cui misura sarebbe determinata dalle commissioni stesse. Innanzitutto la legge, che in tesi è giusta, altrettanto ineluttabilmente è iniqua, se ben ricordo l'insegnamento di Giovanni Gen-

tile, secondo cui la norma, appena approvata, non è più adeguata alle istanze del corpo sociale, le quali sono soggette a continua evoluzione: si tratterebbe di una sorta di replica della famosa corsa di Achille e della tartaruga. Quindi, seppure la legge stabilisca che le Commissioni possano autodeterminare l'importo delle loro spese, imponendole ai relativi distretti notarili, sarebbe il caso di proporre subito la modifica. Tutte le leggi, infatti, possono essere modificate, ma mai senza che vi sia una proposta in tal senso: non sarebbe ipotizzabile, per esempio, che i nostri Reggitori proponessero l'abolizione dei gettoni almeno per i componenti notai? E a chi obietti che costoro perdono il loro tempo per partecipare alle sedute delle commissioni, si replichi pure che quelle cariche (al pari di altre) sono elettive, che gli eletti (al pari degli altri notai eletti ad altre cariche) sono quasi sempre coloro che hanno richiesto il voto ai colleghi, e che - con le sole recenti, e non scevre da ombre, eccezioni dei Presidenti e Vicepresidenti del Consiglio e della Cassa nazionali del Notariato - gli incarichi sono stati per noi sempre onorifici. Si deve osservare anche che, se competesse ai notai eletti nelle commissioni in discorso una sorta di risarcimento (per danno da lucro cessante?), analogamente si dovrebbe, per equità, provvedere - anche a costo di una modifica di legge, se occorresse per accontentare i soloni di turno - per tutti i notai componenti degli organi nazionali e distrettuali del notariato, e, perché no?, delle commissioni di studio,

dei comitati, dei gruppi di lavoro, dei consigli direttivi di associazioni e fondazioni attinenti al notariato, dei corpi docenti delle scuole di notariato e delle università, e forse anche di chi rediga una rivista, o scriva per essa: sempre di perdita di tempo (se davvero è perdita) si tratta!

Quella che mi piacerebbe sentire, invece, dagli organi di categoria, è tutt'altra musica: un richiamo generale (cioè innanzitutto diretto a se stessi e agli organi di grado inferiore, e poi a tutti i singoli colleghi) all'austerità, un invito alla moderazione, e un deciso taglio - tanto più drastico quanto maggiore sia la riduzione degli onorari - a tutte le spese comprimibili, relative anche al personale (le piante organiche, per esempio, rappresentano davvero una variabile indipendente, o, a fronte dell'utilizzo massiccio dell'informatica, se ne rende opportuna una verifica?), alla rappresentanza, ai viaggi, alle conferenze, ai congressi, anzi una riformulazione dei compiti e degli obiettivi, che negli ultimi tempi, attraverso successive estensioni, si stanno allargando a macchia d'olio, producendo risultati più di apparenza che di sostanza (è lecito dubitare dell'utilità in concreto di taluni eventi, la cui partecipazione, gratuita o a pagamento, tenda al conseguimento dei mitici crediti formativi?), a costi sempre crescenti in misura esponenziale.

E poi, mi piacerebbe che i miei generali rincuorassero le truppe, ne ricomponessero le file scompaginate, suggerissero rimedi, attuassero

politiche capaci davvero di contenere i danni, per esempio distribuendo assai meglio il lavoro che c'è, arginando le riduzioni tariffarie, le suditanze nei confronti di procacciatori, di promotori, di agenti, e il disordine determinato dal disancoramento del notaio dalla sua sede, secondo cui è legittima l'attività del titolare della sede, posta all'estremo sud del distretto, nello studio secondario situato nel Comune posto all'estremo nord, a distanza di quasi 200 chilometri.

Mi piacerebbe che i singoli notai non venissero lasciati soli a fronteggiare gli eventi, come oggi sostanzialmente avviene, in un'allucinante riedizione dell'8 settembre (con la mitica esortazione "arrangiatevi"), conseguendo il risultato, sotto gli occhi di tutti, che ciascuno affronti la crisi in ordine sparsissimo, cercando di difendere l'osso con le buone o con le cattive (cioè con ulteriori riduzioni di tariffe e maggior propensione ad "accontentare" clienti, banche ed affaristi di ogni risma).

Mi piacerebbe, lo confesso, sentire ancora l'esortazione che il Sindaco della mia città - ex segretario della federazione provinciale del P.C.I.! - rivolse agli imprenditori locali, chiamati a collaborare allo sviluppo del territorio ("arricchitevi!"); però, più modestamente, mi accontenterei di non vedere nei miei organi nazionali i complici, ancorché inconsapevoli, del mio impoverimento, o dell'aggravamento delle mie condizioni economiche, impliciti nella richiesta di pagamento di maggiori importi contributivi, giustificata

paradossalmente proprio dalla contrazione degli utili, e nella congerie sempre crescente di voci di spesa, simili talvolta a balzelli, più o meno discutibili (che cosa pensare dei versamenti per il fondo per la maternità e il fondo di garanzia? E che cosa dire del costo, politico s'intende, appena cinquecento euro, del programma per trasmettere i dati statistici, indispensabili, si capisce, al Consiglio Nazionale?).

Mi piacerebbe, insomma, una sterzata, un ripensamento generale, su ciò che, in un passato anche recente, quando l'economia (specialmente la nostra) tirava, i singoli notai hanno tollerato, o avallato, purtroppo colpevolmente, per viltà, per disinteresse, o per inconsapevolezza. Quando, allora, ci veniva proposta una nuova spesa, o una riduzione di onorari, o la rinuncia ad essi, per pretese superiori esigenze politico-sociali, non stavamo tanto a cincischiare: ma sì, facciamo anche questo, accettiamo anche quello. Tanto, alla fine i conti tornavano lo stesso.

I costi che si potevano sopportare quando le vacche erano grasse, divengono tuttavia insopportabili quando esse divengono magre, specialmente quando si presagiscono ulteriori dimagrimenti: collochiamo pure, nel quadro generale, l'impatto del maxi aumento dei posti in tabella, subito forse troppo precipitosamente quale male minore in uno scenario che repentinamente è mutato (dimissioni del Ministro, caduta del Governo, nuove elezioni, ritorno del centrodestra alla guida del Paese, crisi economica), e che

rischia di avere sul notariato lo stesso effetto dirompente che avrebbe avuto l'approvazione del famigerato emendamento Lulli, o che avrà la polemica con i commercialisti sulle cessioni di quote sociali.

L'accesso al notariato mi aveva richiesto grandi sacrifici, e l'esercizio dell'attività mi ha procurato non poche ansie e preoccupazioni, ma mi aveva assicurato, sotto l'aspetto

economico, l'indipendenza dalle ingerenze di poteri più o meno forti.

In questo momento, invece, mi pare di essere diventato fragile come il vetro più sottile, e che una minima scossa mi possa frantumare. Mi sembra, in certi momenti, di dover finanche trattenere il respiro. E non è una sensazione piacevole...

Fabrizio Amato

Argomenti

IN TEMA DI ACCORDI DI SEPARAZIONE TRA CONIUGI (nota a sentenza Cass. I^a sezione civile n. 2997/2009)

Con la sentenza in commento la Suprema Corte pone un significativo accento su una questione che, invero, anche a causa della tuttora discussa natura degli accordi di separazione in vista della cessazione in via consensuale degli effetti della convivenza, resta alquanto controversa: il valore da attribuire agli accordi economici intercorsi tra i coniugi prima dell'omologazione della separazione e gli effetti che a tali accordi possano riconoscersi prima dell'intervento omologatorio.

La questione riveste una indiscutibile rilevanza anche notarile sotto l'ottica di ritenere ammissibile (ma entro quali limiti e con quali accorgimenti?), o meno, il ricevimento di

negozi giuridici, anteriori al giudizio di omologazione, con i quali i coniugi effettuino trasferimenti patrimoniali, di natura mobiliare o immobiliare, anteriormente alla pronuncia omologatoria sulla separazione ma in vista della medesima.

Di fatto, la sentenza qui richiamata non dà una soluzione diretta alla "querelle", ma certamente dispone più di un indizio che possa consentirci di raggiungere una discreta consapevolezza giuridica sul punto. Sostanzialmente la Corte, con la sentenza in epigrafe, afferma la piena conservazione di validità ed efficacia agli accordi di contenuto meramente patrimoniale (nel caso di specie si trattava di accordi con i

quali i coniugi avevano stabilito le modalità di ripartizione delle proprietà immobiliari della famiglia con riguardo all'imminente percorso di separazione consensuale che essi si apprestavano ad intraprendere) intercorsi tra i coniugi, prima dell'omologazione della separazione consensuale, nell'ipotesi in cui, successivamente, uno di essi, abbandonasse la strada del procedimento consensuale per addivenire, invece, ad una separazione giudiziale.

Sul punto, i Giudici di Piazza Cavour hanno sottolineato come l'omologazione della separazione consensuale non possa assurgere alla funzione di "presupposizione" alla quale le parti abbiano inteso collegare gli effetti degli accordi da essi raggiunti. Richiamando gli aspetti giuridici della "presupposizione" quale elemento estraneo all'accordo, non individuato dalle parti come elemento condizionante del proprio consenso, ma che tuttavia costituisce una tacita condizione del consenso medesimo, si ricorda come la rilevanza della "presupposizione" è essenzialmente legata al ricorso di due circostanze:

a) la rappresentazione di un evento che, se da un lato non deve assumere i caratteri dell'incertezza, dall'altro non deve nemmeno dipendere dalla volontà delle parti;

b) la necessaria rappresentazione dell'evento presupposto da parte di entrambi i contraenti, non essendo sufficiente una mera rappresentazione volontaristica interna da parte di uno dei due. Tali principi non sembrano ricorrere, invece, nella

fattispecie considerata, sia perché la scelta di addivenire ad una separazione consensuale, piuttosto che ad una giudiziale, è lasciata alla mera volontà dei coniugi e non dipende da un fatto estraneo ad essi, sia perché nulla induce a ritenere che la circostanza della consensualità della separazione fosse effettivamente assorta quale presupposto comune alle intenzioni di entrambi i coniugi.

Ancor meno è sembrato, ai Giudici della Suprema Corte, ritenere ammissibile che l'omologazione della separazione consensuale possa funzionare, rispetto agli accordi patrimoniali intervenuti tra i coniugi, come una "condicio juris" in quanto, se è vero che gli accordi stessi erano stati assunti dai coniugi in vista della separazione, l'omologazione della separazione non poteva assumere valenza condizionante rispetto all'efficacia degli accordi medesimi poiché il contenuto di tali accordi atteneva a questioni che non erano strettamente connesse alla procedura, ancorché posti in essere con riferimento alla cessazione della convivenza. Quindi, se per un verso è innegabile come la separazione personale tra i coniugi abbia la valenza di causa ultima delle attribuzioni patrimoniali sancite dall'accordo (dimodoché è ovvia la venuta meno degli effetti di tale accordo in presenza di una situazione di riconciliazione), per altro verso l'intervento dell'omologazione è del tutto ininfluenza sulla validità e sull'efficacia di elementi volontaristici privati che non attengano, tecnicamente parlando, all'ambito di

quegli elementi rilevanti ai fini del giudizio di omologazione. Sicché quegli accordi possono continuare a spiegare integralmente i propri effetti in presenza di una separazione personale che segua un percorso procedurale diverso da quello consensuale.

Alla luce di tali conclusioni, sembra, perciò, che il problema della conservazione, o meno, dell'efficacia degli accordi tra i coniugi intervenuti in una sede diversa ed in un tempo anteriore all'omologazione del proprio ricorso di separazione consensuale, si giochi tutto sul campo dei contenuti degli accordi medesimi, nel senso di valutare quali di questi accordi siano connessi all'ambito procedurale sul quale incide ed è rilevante l'attività omologatoria del giudice e quali altri, invece, possano considerarsi indipendenti dal controllo omologatorio e conservare perciò i propri effetti a prescindere da quello.

E' risaputo come la separazione consensuale unisca aspetti strettamente privatistici ed aspetti più squisitamente pubblicistici; il che ha determinato l'incertezza sulla esatta natura giuridica da attribuire al procedimento di omologa, visto da alcuni come vero e proprio momento costitutivo della separazione, da altri come elemento giuridicamente condizionante la produzione degli effetti degli accordi intercorsi tra i coniugi, da altri ancora come elemento completativo di una fattispecie a formazione progressiva.

Ora, dalla lettura della norma civilistica che regola la separazione consensuale nel testo rivisitato dal-

la riforma sul diritto di famiglia, è possibile individuare un notevole sviluppo dell'importanza attribuita all'autonomia privata, perfino nell'ambito della strutturazione degli interessi della famiglia nel momento patologico dell'interruzione della convivenza, con l'unico limite della intangibilità di quegli interessi superiori, costituiti dalla tutela degli interessi dei figli per quanto concerne il loro mantenimento ed il loro affidamento, che, in quanto appartenenti ad un apparato di tutela pubblicistica, non possono essere derogati da accordi meramente privatistici.

Il testo dell'art. 158 C.C. è esplicito, infatti, nel senso di denegare il giudizio omologatorio nel caso in cui gli accordi tra i coniugi abbiano a ledere questi specifici interessi superiori che sopravvivono comunque alla separazione personale e all'interruzione della convivenza.

Posto questo principio di massima, secondo il quale l'autonomia e la libertà di disposizione dei coniugi si arresta solo di fronte alla impossibilità di violare interessi superiori che si pongono e vanno tutelati al di sopra e al di là della continuazione della convivenza familiare, il problema sarà quello di individuare quali altri interessi, oltre quelli riferibili al mantenimento e all'affidamento della prole, che sono poi quelli testualmente previsti dal secondo comma dell'art. 158 C.C., debbano considerarsi sottratti all'autonomia privata e quindi subordinati, quanto alla loro validità e all'efficacia dei patti che li riguardino, al controllo omologatorio del giudice. Ed in effetti la richiamata norma nulla dice

rispetto agli ulteriori aspetti che dovrebbero costituire il contenuto necessario dell'accordo di separazione e anche la dottrina e la giurisprudenza successive alla riforma del diritto di famiglia non hanno assunto orientamenti del tutto univoci, si da conservare alla questione una certa "paludosità".

E' ben vero, tuttavia, come nell'area della indisponibilità dei diritti possano essere ricompresi non soltanto tutti gli accordi che facciano riferimento alle questioni inerenti il mantenimento e l'affidamento della prole, ma altresì tutte le altre questioni che abbiano una incidenza diretta sugli obblighi e sui doveri familiari la cui necessaria tutela superi il mantenimento del rapporto di convivenza. Così, ad esempio: gli elementi relativi al diritto-dovere di reciproca assistenza tra i coniugi, quelli relativi alla determinazione delle prestazioni alimentari a favore del coniuge più debole che versi in condizioni di bisogno e, più in generale, tutti gli elementi che, direttamente o indirettamente, si riconnettono a quelli che vengono individuati dall'articolo 160 C.C. come diritti e doveri inderogabili previsti dalla legge per effetto del matrimonio. Ma nulla esclude che, come spesso accade, possano entrare a far parte del contenuto degli accordi tutta una serie di pattuizioni che esulano da elementi strettamente connessi alle vicende inderogabili inerenti la separazione e che quindi, quali elementi meramente accessori all'accordo di separazione, sebbene "causati" dalla separazione stessa, possono esclusivamente

dipendere dall'autonomia privata delle parti rispetto alla quale il controllo omologatorio può dirsi del tutto estraneo, limitandosi, semmai, ad un controllo circa l'effettiva libertà del consenso prestato.

Quanto detto porta a poter distinguere, in seno agli accordi intervenuti tra i coniugi in vista della propria prossima separazione, una serie di elementi necessari, in quanto direttamente connessi alla sistemazione di un quadro di interessi facenti comunque capo alla famiglia con riferimento alla cessazione degli effetti della convivenza prima e del matrimonio poi, ed altri elementi, meramente accessori, che possono ad esempio contenere attribuzioni patrimoniali dell'un coniuge nei confronti dell'altro e che, rendendosi del tutto autonomi ed indipendenti dagli obblighi di assistenza o alimentari, rispondono esclusivamente ad uno specifico interesse di sistemazione di rapporti patrimoniali in riferimento all'evento "separazione", anche in funzione di prevenire o eliminare "in nuce" controversie su questioni non strettamente riguardanti la separazione.

Fatta questa distinzione e a condizione che sia possibile evincere con certezza, dalla letteralità del testo degli accordi, che la sistemazione patrimoniale intervenuta con quegli accordi non attenga ad elementi economici inderogabilmente sottoposti ad una tutela pubblicistica (come l'assegno alimentare o il mantenimento dei figli), si può concludere nel senso che il controllo omologatorio sia indispensabile ed imprescindibile solo con riferimento

al cosiddetto "contenuto necessario" degli accordi di separazione e non si richieda, invece, per le pattuizioni accessorie considerate compatibili con questo. Infatti, mentre con riferimento al detto "contenuto necessario" il controllo di merito da parte del giudice è del tutto imprescindibile in funzione della tutela di quegli interessi superiori della famiglia che gli accordi potrebbero ledere, al contrario, con riferimento alle pattuizioni volte alla sistemazione di interessi diversi, pur considerati con riferimento alla separazione personale, non sembra che il sindacato giudiziale (eventuale) possa estendersi al di là di un mero giudizio di legittimità, volto, ad esempio, a promuovere una reazione dell'ordinamento avverso eventuali vizi del consenso lamentati da uno dei coniugi la cui manifestazione di volontà sia stata coartata o addirittura estorta. Ma ciò nulla ha a che vedere con la necessità di un giudizio omologatorio, in assenza del quale gli effetti dell'accordo patrimoniale, nei termini e nei limiti evidenziati, possono comunque prodursi, non potendosi, al contrario, ritenersi vincolanti ed efficaci, in assenza dell'intervenuta omologa, gli accordi che attengano alla sistemazione di interessi riguardanti il mantenimento e l'affidamento dei figli, il mantenimento ed il pagamento di assegni alimentari a favore del coniuge debole e, in generale, gli accordi che si riferiscano alla tutela dei diritti e dei doveri sanciti dall'articolo 160 C.C.

Ciò induce a ritenere, in conclusione, comunque pienamente ricevibili

da parte del notaio, accordi stipulati dai coniugi in considerazione della loro prossima separazione, ma anteriormente rispetto al giudizio omologatorio, coi quali essi dispongano consensualmente trasferimenti patrimoniali, dall'uno all'altro. E ciò perfino quando tali accordi prevedano uno spostamento patrimoniale che trovi la propria causa nell'assunzione spontanea di un obbligo di mantenimento dell'un coniuge rispetto all'altro (almeno nel caso in cui il coniuge beneficiario, coi propri redditi, sarebbe comunque in grado di superare la soglia del bisogno e quindi tale obbligo di mantenimento non rientri in una dimensione di obbligatorietà legale, ma meramente volontaria). Di tali accordi, quelli che ineriscano o possano inerire aspetti che derogano, sia pure potenzialmente, ai diritti e ai doveri previsti dalla legge, potranno produrre i loro effetti solo in conseguenza dell'accertamento giudiziale della loro piena legalità, attraverso l'intervenuto giudizio omologatorio; quelli che, invece, pur essendo collegati alla separazione (in assenza della quale sarebbero svuotati della loro causa propria), si riferiscano ad aspetti patrimoniali accessori rispetto alla sistemazione di interessi inderogabilmente tutelati dalla legge, potranno esplicare gli effetti a prescindere dall'omologazione e addirittura nonostante l'eventuale mancato intervento della stessa come, per la fattispecie trattata dalla sentenza in argomento, nel caso in cui alla separazione consensuale si sostituisca la procedura giudiziale. E, se dunque nel primo caso l'effi-

cacia degli accordi deve restare ovviamente sospensivamente condizionata all'intervento dell'omologazione, con tutte le conseguenze del caso in materia di pubblicità dei diritti di cui si dispone, nel secondo caso nulla vieta l'immediata adozione dell'efficacia dell'accordo, salva sempre la possibilità di adire il giudice ordinario per un eventuale vizio di legittimità.

Non pare, infine, superfluo ricordare come, sebbene tali accordi patrimoniali estranei al contenuto necessario della separazione, possano colorarsi, a seconda dei casi, dei

tratti della gratuità o dell'onerosità, non per questo essi assumono la causa tipica dei corrispondenti contratti ordinariamente preposti alla soddisfazione di quella causa (donazione, vendita, permuta, etc.), in quanto sottostanti comunque alla causa "separazione" e, più segnatamente, restando essi regolati da una causa normalmente solutoria collegata a determinati obblighi assunti dai coniugi con riferimento alla loro separazione personale.

Antonio Testa - notaio in Monza

...E A TAL PROPOSITO UNA BOZZA DI ACCORDO

A corredo della nota a sentenza qui sopra pubblicata, ci è parso interessante riportare una bozza di possibile atto di accordo di separazione personale, studiato e predisposto nell'ambito del corso "Singoli Contratti I" tenuto presso la Scuola di Notariato della Lombardia

N. del **Repertorio** - N. della **Raccolta**
ACCORDO DI SEPARAZIONE PERSONALE
PORTANTE TRASFERIMENTO DI IMMOBILE
REPUBBLICA ITALIANA

L'anno il giorno del mese di (tutto in lettere e per esteso) in..., presso il mio studio sito in via...

Avanti a me dott..., Notaio in..., iscritto presso il Collegio Notarile di...

Sono presenti i Signori:

da una parte:

- **TIZIO** (nome, cognome, data e luogo di nascita, domicilio o residenza) (codice fiscale);

dall'altra parte:

- **CAIA** (nome, cognome, data e luogo di nascita, domicilio o residenza) (codice fiscale).

Io Notaio sono certo dell'identità personale dei comparenti i quali,

PREMETTONO CHE

- in data... hanno contratto matrimonio in...;

- in data hanno acquistato in regime di comunione legale l'unità immobiliare di cui appresso con atto ricevuto al n. di rep. dal Notaio..., registrato a... il ... al n. e trascritto a ...il ... ai n.ri...;

- in data... dal loro matrimonio nasceva la figlia MEVIA;

- i rapporti fra i coniugi si sono progressivamente logorati, rendendo ad oggi non più possibile il proseguimento della convivenza;

- i coniugi si trovano attualmente in regime di comunione legale dei beni;

- in conseguenza della situazione sopra descritta e dopo lunga riflessione, le parti intendono ricorrere al Tribunale al fine di veder dichiarata tra loro la separazione personale consensuale. In vista del predetto ricorso congiunto e

TUTTO CIO' PREMESSO

e considerato presupposto essenziale e integrante di quanto segue, le parti convengono e stipulano le seguenti condizioni della separazione:

ART. 1 I coniugi vivranno separati nel reciproco rispetto.

ART. 2 La figlia minore Mevia viene affidata congiuntamente ad entrambi i coniugi con prevalente collocamento presso la madre, con la quale continuerà a vivere nell'abitazione familiare in... di cui infra. Il padre potrà vedere e tenere con sé la figlia nei seguenti periodi della settimana e nelle seguenti vacanze:

Tizio si impegna a versare entro il giorno di ogni mese a Caia la somma di Euro ... a titolo di contributo al mantenimento della figlia Mevia, oltre al 50% delle spese scolastiche, ludico-sportive e mediche non mutuabili. Tale somma verrà rivalutata annualmente secondo i parametri dell'indice ISTAT/costo vita a decorrere da...

ART. 3 TIZIO, con ogni garanzia di legge, anche per i casi di evizione, turbative e molestie, in esecuzione dell'obbligo di mantenimento verso il coniuge, nascente dalla futura separazione legale di cui in premessa, e salva la condizione sospensiva di cui infra al successivo articolo 7, cede e trasferisce a CAIA, che accetta ed acquista, la proprietà della quota di 1/2 (un mezzo) della seguente unità immobiliare:

(segue descrizione dell'immobile, dati catastali e confini...).

a) La cessione è consentita ed accettata con ogni accessione, accessorio, dipendenza, pertinenza, servitù attiva e passiva esistente o nascente dalla legge, dalla situazione dei luoghi, con i relativi diritti di comproprietà delle parti condominiali dell'intero complesso come per legge e per regolamento di condominio, nello stato di fatto e di diritto in cui l'unità immobiliare si trova e come acquistata con atto ricevuto... (titoli di provenienza del ventennio).

b) Il cedente dichiara e garantisce che la sua quota di proprietà di 1/2 (un mezzo) dell'unità immobiliare ceduta è di sua esclusiva proprietà e nella sua piena disponibilità, franca e libera da pesi, oneri, diritti di terzi, oneri condominiali pregressi, imposte e tasse arretrate a qualsiasi titolo dovute, formalità ipotecarie comunque pregiudizievoli, in alcun modo promessa o vincolata a favore di terzi. Il trasferimento della predetta quota avverrà dalla parte cedente alla parte cessionaria dal giorno dell'avveramento della condizione di cui al successivo articolo 7. del presente atto. Da tale momento la parte cedente immetterà nel possesso la parte acquirente, surrogandola in ogni diritto, azione o ragione in precedenza spettanti in virtù dei citati titoli di provenienza.

c) Ai sensi dell'art. 40 della L. 28/2/1985 n. 47, e successive modificazioni, consapevole delle conseguenze penali per le dichiarazioni false di cui all'art.76 del D.P.R. 28/12/2000 n.445, Tizio dichiara che i lavori di costruzione del fabbricato oggetto della presente vendita sono stati iniziati in

data antecedente all'1 settembre 1967 e che da tale data ad oggi non risultano eseguiti lavori od opere soggetti a sanatoria.

d) Dichiarano congiuntamente le Parti che l'immobile in oggetto non possiede le caratteristiche, e che lo stesso non ha subito interventi od opere, per le quali si renda necessaria l'allegazione dell'attestato di certificazione/qualificazione energetica ai sensi del D.L. 19 agosto 2005 n. 192 come modificato dal D.L. 29 dicembre 2006 n. 311, e successive modificazioni..., e che, sempre con riferimento all'unità immobiliare in oggetto, non sono stati ottenuti o richiesti incentivi o sgravi fiscali per spese sostenute per il miglioramento energetico.

e) Il cedente rinuncia all'ipoteca legale e alla sua iscrizione, esonerando da ogni responsabilità al riguardo il Conservatore dei Registri Immobiliari di...

ART. 4 La casa coniugale sita in ... (EVENTUALMENTE DIVERSA DALL'IMMOBILE DI CUI SOPRA), di proprietà comune dei coniugi e che rimarrà tale in seguito alla separazione, viene assegnata a Caia, con quanto in essa contenuto, fino al termine di...

Tizio si impegna a lasciare la casa coniugale entro e non oltre.... giorni dalla data di omologazione della separazione personale, portando seco i seguenti beni, oltre agli effetti personali:

La predetta assegnazione sarà trascritta ai sensi di legge.

ART. 5 Ciascuna parte rimarrà esclusiva proprietaria del denaro e dei titoli che si trovano attualmente sui conti correnti e depositi bancari di ciascuno.

ART. 6 La parti dichiarano che con l'adempimento delle obbligazioni di cui ai precedenti articoli non avranno reciprocamente più null'altro a che pretendere, con riferimento all'obbligo di mantenimento nascente dalla separazione, fermo restando il diritto per entrambe di chiedere la revisione delle condizioni della separazione nei casi previsti dalla legge, e fermo restando tutti gli altri obblighi e diritti nascenti dal matrimonio.

ART. 7 Il presente atto, gli obblighi in esso assunti e in particolare il trasferimento immobiliare sopra previsto avranno efficacia dal giorno in cui si produrranno gli effetti legali della separazione personale tra i coniugi e quindi dall'omologazione della stessa da parte del Presidente del Tribunale competente, e i predetti effetti non si produrranno retroattivamente.

Nel caso in cui successivamente al presente atto abbia luogo la riconciliazione tra i coniugi o comunque le parti non presentino il ricorso congiunto per la separazione consensuale (o qualora una o entrambe le parti, entro il medesimo termine, presentino domanda giudiziale di separazione), gli accordi di cui sopra non produrranno alcun effetto e le parti saranno sciolte da ogni impegno concluso in questo atto, rimanendo libere di convenire

accordi diversi o di non convenire alcun altro accordo.

ART. 8 Ai sensi degli art. 177 e 2659 cod. civ. Tizio e Caia dichiarano di essere coniugati in regime di comunione legale dei beni, ma il trasferimento immobiliare di cui sopra produrrà i suoi effetti nel momento in cui sarà omologato il presente accordo e quindi le parti si troveranno in regime di separazione dei beni; conseguentemente la quota immobiliare in contratto verrà acquistata in via esclusiva dal solo Tizio.

ART. 9 Le parti si obbligano ad allegare copia autentica del presente accordo di separazione nel futuro ricorso congiunto di separazione personale consensuale.

ART. 10 Il valore della quota immobiliare oggetto del presente atto, ai soli fini fiscali e dell'iscrizione del presente atto a repertorio, è dichiarato dalle parti in Euro...

Il presente atto è soggetto all'art. 14 del D.P.R. 26 aprile 1986 n. 131, in quanto atto soggetto per legge ad omologazione da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria, e pertanto il termine per la richiesta di registrazione di cui all'art. 13 della D.P.R. medesimo decorrerà dal giorno in cui i soggetti tenuti alla registrazione avranno notizia del provvedimento di omologazione da parte del Tribunale.

Ai sensi dell'articolo 19 della L. 6 marzo 1987 n.74, così come modificato dalla sentenza n. 154 del 1999 della Corte Costituzionale, il presente atto è totalmente esente dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa.

Le spese del presente atto relative e conseguenti sono a carico di ...

Richiesto io Notaio ricevo quest'atto da me letto ai comparenti i quali l'approvano e con me lo sottoscrivono alle ore...

Consta...

UN ESEMPIO DA NON SEGUIRE: UNA SENTENZA ED UN COMMENTO (amministratore di sostegno e trascrizione)

LA CORTE DI APPELLO DI ROMA
SEZIONE PRIMA CIVILE
VOLONTARIA GIURISDIZIONE

così composta:

Dott. Riccardo Redivo, Presidente;
Dott. Massimo Crescenzi, Consigliere;
Dott. Gerardo Sabeone, Consigliere
Relatore;

riunita in camera di consiglio ha emesso il seguente

DECRETO

nel procedimento iscritto al n. ... del ruolo generale per gli affari da trattarsi in Camera di Consiglio, dell'anno 2008 e vertente

TRA

XX, quale amministratore di sostegno provvisorio di MA elettivamente

domiciliato in Roma, alla via, presso il proprio studio e rappresentato e difeso da se medesimo, reclamante

E

AGENZIA DEL TERRITORIO, elettivamente domiciliata in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12, presso gli uffici dell' Avvocatura Generale dello Stato che la rappresenta e difende per legge, resistente

E

M.P., elettivamente domiciliata in Roma, alla via, presso il proprio studio e rappresentata e difesa da se medesima, resistente

E

A.R., elettivamente domiciliata in Roma, alla via, presso lo

studio dell'avvocato A.... che la rappresenta e difende in uno con l'avvocato per delega in calce alla comparsa di costituzione e di risposta, resistente

E

PROCURATORE GENERALE
PRESSO LA CORTE DI APPELLO
DI ROMA, interveniente

OGGETTO: reclamo ex articolo 113
ter, terzo comma, disp. att. c.c.,

CONSIDERATO IN FATTO

Con decreto, depositato il ... il Giudice tutelare presso il Tribunale di Roma, nel dichiarare l'apertura della procedura di amministrazione di sostegno di M.A., ha disposto l'interdizione del compimento degli atti di straordinaria amministrazione e, più in particolare, del compimento di atti di disposizione della proprietà dell'immobile sito in Roma, alla via ... adibito ad abitazione della amministrata stessa.

L'amministratore di sostegno provvisorio ha, pertanto, richiesto al Conservatore dei Registri Immobiliari di Roma 1 la trascrizione del suddetto decreto, che è stata effettuata, però, con riserva in data (n. reg. part. e n. reg. gen.).

Con ricorso del l'amministratore di sostegno provvisorio ha, di conseguenza, proposto reclamo al Tribunale di Roma, ai sensi degli articoli 2674 bis c.c. e 113 ter. disp. att. c.c., per ottenere la chiesta trascrizione senza riserva alcuna.

Con il decreto depositato in data sulla resistenza dell'Amministrazione convenuta, di A.R. e di M.P. rispettivamente madre e sorella dell'amministrata, il Tribunale di Roma ha, però, rigettato il ricorso

ed ha compensato le spese del procedimento.

Con reclamo, depositato in data, l'amministrazione di sostegno provvisorio ha impugnato il provvedimento di prime cure ribadendo il proprio buon diritto all'accoglimento della domanda di trascrizione senza riserva del decreto del Giudice Tutelare.

Nel costituirsi, l'Agenzia del Territorio richiamandosi alle difese esperite nel precedente grado, ha sostanzialmente rimesso a questa Corte la valutazione della fondatezza o meno del reclamo. Nel costituirsi, a loro volta, A.R. e M.P. hanno aderito in toto alla richiesta della parte reclamante.

Lo stesso Procuratore Generale, con parere depositato il 2 gennaio 2009, ha richiesto l'accoglimento del reclamo.

Alla udienza dal 12 gennaio 2009 la Corte, dopo la rituale discussione orale ad opera dalle parti, ha riservato la propria decisione.

RITENUTO IN DIRITTO

La Corte considera il reclamo meritevole di accoglimento.

Giova premettere, invero, come in generale il sistema codicistico non possa essere considerato non suscettibile di qualsiasi adeguamento, per volontà dello stesso legislatore ovvero per l'opera d'interpretazione evolutiva della giurisprudenza, al c.d. diritto vivente, nel senso indicato dal Giudice delle leggi. Si pensi, per l'appunto, all'istituto dell'amministrazione di sostegno, introdotto dalla legge 9 gennaio 2004 n.6, che ha affiancato, alle tradizionali figure di assistenza

dell'incapace quali l'interdizione e l'inabilitazione caratterizzate, però, dalla spiccata formalità della procedura e dalla rigidità dell'assistenza stessa, la nuova figura dell'amministratore di sostegno, con caratteristiche di maggior snellezza nel procedimento e di elasticità nell'amministrazione del soggetto incapace di provvedere, anche temporaneamente ovvero parzialmente, ai propri interessi. Nell'ottica del suddetto intervento evolutivo del legislatore non sembra a questa Corte che possa negarsi, con particolare riferimento alla tutela dell'incapace temporaneo o parziale, la volontà di affiancare al tradizionale sistema c.d. patologico ed esperibile ex post anche una forma di tutela fisiologica e preventiva.

In altri termini, se da un lato non può negarsi, sia per gli atti compiuti dall'interdetto o dall'inabilitato (articolo 427 c.c.) che dall'amministrato (articolo 412 c.c.), il normale potere di esperire l'azione di annullamento nei confronti di quegli atti commessi in violazione dei limiti propri della capacità é, d'altra parte, indubitabile come lo stesso legislatore, con la ulteriore novella di cui al decreto legge 30 dicembre 2005 n. 273 convertito nella legge 23 febbraio 2006 n.51, abbia voluto indicare una nuova forma di tutela dell'incapace, per così dire, fisiologica e preventiva.

La Corte accoglie, quindi, con favore, il suggerimento della parte reclamante consistente nell'estrapolare, dal contesto normativo in subiecta materia, la volontà del legislatore di consentire, in

via preventiva ed ordinariamente, che chiunque possa e debba avere contezza dell'esistenza di limitazioni alla circolazione di beni immobili per la temporanea ovvero parziale diminuita capacità del titolare del relativo diritto dominicale.

L'articolo 2645 ter c.c., infatti, consente la trascrizione, al fine di rendere opponibili ai terzi il vincolo di destinazione, degli atti in forma pubblica con cui beni immobili siano destinati, per un certo periodo di tempo, alla realizzazione d'interessi meritevoli di tutela riferibili, tra l'altro, a persone con disabilità.

Questa Corte è consapevole che la norma, interpretata in senso stretto, abbia come precipui destinatari i c.d. trust (sebbene la rubrica abbia una portata più generale) e, cioè, quei patrimoni vincolati per un lasso di tempo alla realizzazione di interessi superiori a vantaggio di particolari soggetti, persone fisiche con disabilità o persone giuridiche private e pubbliche.

D'altra parte, però, il decreto di un Giudice Tutelare, che abbia ad oggetto l'indisponibilità di un bene immobile di proprietà dell'incapace sottoposto all'amministrazione di sostegno non sembra discostarsi dai requisiti richiesti per l'applicabilità dell'indicato articolo 2645 ter c.c. (atto in forma pubblica, beni immobili destinati alla realizzazione d'interessi meritevoli di tutela, vantaggio per persone con disabilità).

Le previste forme di pubblicità, quali l'annotazione a cura del cancelliere in apposito registro nonché l'annotazione a cura dell'ufficiale

dello stato civile a margine dell'atto di nascita, non sembrano, in ogni caso, pienamente idonee alla effettiva tutela dell'amministrato: la consultazione di tali annotazioni non risulta essere compiuta, di regola, nella preparazione degli atti pubblici di trasferimento della proprietà di immobili.

A ciò si aggiunga come, da un lato, l'amministrazione si sia rimessa alle determinazioni dei giudicanti mentre, d'altra parte, il Procuratore Generale, come in primo grado il Procuratore della Repubblica, abbiano espresso parere favorevole alla possibilità di trascrizione.

Non evidenziandosi, dunque, nè essendo state aliunde prospettate valide motivazioni, in fatto o in diritto, che impediscano una positiva valutazione della richiesta ecco che appare conforme a giustizia l'accoglimento del proposto reclamo, con tutte le conseguenze in ordine all'effettiva trascrizione.

Le spese del presente procedimento, per concludere, possono essere compensate tra le parti a cagione della particolare natura della controversia,

PQM

la Corte di Appello di Roma, Sezione Prima Civile, così provvede:

a) accoglie il reclamo e per l'effetto ordina al Conservatore dei Registri Immobiliari di Roma 1, con esonero da ogni responsabilità, la trascrizione a favore e contro M.A. del decreto 20 marzo 2008 del Giudice Tutelare presso il Tribunale di Roma con riferimento all'immobile sito alla via

b) dichiara le spese del procedimento interamente compensate tra le parti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio in data

=O=O=O=O=O=O=

Negli ultimi anni il legislatore ha introdotto nell'ordinamento due strumenti innovativi: la amministrazione di sostegno e il vincolo di destinazione. Si tratta di strumenti duttili perché modulabili sulle specifiche esigenze del caso concreto: i poteri dell'amministratore di sostegno - e la corrispondente limitazione di capacità dell'amministrato - possono variare da un massimo in cui il beneficiario non può compiere alcun atto giuridico rilevante, ad un minimo in cui il beneficiario può compiere anche l'attività di straordinaria amministrazione con la semplice assistenza dell'amministratore. Il vincolo di destinazione può essere costituito per i più svariati scopi, purché meritevoli di tutela.

Questa duttilità però espone questi istituti all'abuso, non solo da parte del privato, ma altresì da parte del giudice, come è accaduto nella sentenza in commento. L'utilizzo indiscriminato è un rischio che si pone soprattutto nell'ambito della tutela di soggetti deboli, poiché anche lo strumento del vincolo di destinazione fino ad oggi ha trovato terreno fecondo proprio con riferimento ai medesimi (al di là del suo ampio raggio di applicazione soggettiva), ossia gli incapaci, gli anziani, i minori. Fino ad oggi, precedenti editi si riscontrano in tema di

crisi matrimoniale e nella prospettiva di rafforzare l'obbligo di mantenimento del genitore non affidatario verso i figli minori (Tribunale di Reggio Emilia 23 marzo 2007); e nella famiglia di fatto, sempre a tutela dei figli minori (Tribunale di Trieste 19 settembre 2007).

Nella prassi, i due strumenti spesso si combinano. Il giudice tutelare di Milano, per esempio, di frequente oggi individua nel vincolo di destinazione (o nel trust) una soluzione idonea ed efficace, che completa la tutela apprestata dall'amministrazione di sostegno. Significativa è una pronuncia del Tribunale di Bologna del 19 settembre 2008, che ha riconosciuto l'ammissibilità e la meritevolezza di un trust costituito a favore di un beneficiario dell'amministrazione di sostegno.

Occorre applicare questi istituti rispettando la relativa previsione normativa e la *ratio* ad essa sottesa. L'art. 2645 ter c.c. non può essere invocato per trascrivere qualsiasi atto che si reputi opportuno rendere opponibile, in virtù di un supposto principio generale, perché non sussiste un diritto alla pubblicità dei negozi; e non può invocarsi per supplire alle lacune normative in questa materia. Analogamente, l'amministrazione di sostegno non può essere concessa con larghezza e leggerezza, per superare gli inconvenienti pratici legati alle difficoltà materiali dei soggetti.

Ad esempio, non appare legittimo – come pure si è sostenuto – nominare un amministratore di sostegno alla persona anziana, ma perfettamente lucida di mente, che fa fatica

a uscire di casa per andare a fare la spesa. Su questa strada, l'amministrazione di sostegno diventa un istituto quasi da temere, su iniziativa di figli e parenti troppo premurosi..., invece che essere uno strumento di aiuto per i soggetti deboli. Nella sentenza in commento, si afferma che la trascrizione del decreto di nomina dell'amministratore è diretta a garantire una adeguata opponibilità del medesimo. Ma il sistema di doppia pubblicità del decreto (annotazione a margine dell'atto di nascita e in apposito registro presso il tribunale) è lo stesso previsto per la tutela di minori e interdetti. In particolare, il registro delle amministrazioni di sostegno tenuto presso il giudice tutelare è pubblico, ed è onere del notaio consultarlo, quando sia richiesto di ricevere atti immobiliari da parte di soggetti incapaci. Questa forma di pubblicità può non essere efficace, ma il limite è del sistema ed è superabile solo con un intervento normativo.

In ogni caso, l'inammissibilità della trascrizione del decreto di nomina deriva essenzialmente dalla circostanza che esso non costituisce un titolo da cui scaturisca una separazione patrimoniale, una destinazione di un bene di un soggetto a favore di un altro soggetto (che qui è viceversa uno solo: l'amministrato), che invece è il presupposto imprescindibile per l'applicazione dell'art. 2645 ter c.c. Il giudice tutelare avrebbe potuto suggerire la costituzione di un vincolo di destinazione, da parte dell'amministratore; giammai ad un simile risultato può arri-

varsi su impulso del giudice chiamato a pronunciarsi sulla riserva compiuta dal Conservatore in sede di trascrizione.

Questa pronuncia si espone ad una critica fin troppo facile, nella fragilità degli argomenti utilizzati. Essa tuttavia si segnala perché è emblematica: per la superficialità delle motivazioni di certa giurisprudenza di merito; per la scarsa conoscenza degli istituti di nuovo conio (non è vero che l'art. 2645 ter c.c. sia diret-

to a permettere la trascrizione dei trust: questa era praticabile anche prima della introduzione della norma, la quale ha portata ben più ampia, introducendo nell'ordinamento un negozio di portata generale idoneo a realizzare separazioni di patrimonio, in deroga all'art. 2740 c.c.); e infine per la biasimevole aspirazione creativa della giurisprudenza medesima.

Michele Ferrario Herculani

UNA INTERESSANTE SENTENZA "COREDI" IN MATERIA DI INDAGINE SULLA VOLONTA' DELLE PARTI

LA COMMISSIONE AMMINISTRATIVA REGIONALE DI DISCIPLINA
DI

Il Collegio composto dai signori
.....

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

nel procedimento disciplinare promosso dal conservatore capo dell'archivio notarile di

NEI CONFRONTI

del notaio residente in
..... con l'assistenza del difensore avvocato del Foro di

INCOLPATO

dell'infrazione disciplinare prevista e punita dagli articoli 47 comma 2 e 138 della legge notarile, per avere, in un atto (racc....) con cui era stato asseritamente ricevuto in deposito, ad ogni effetto di legge ed in parti-

colare al fine dell'iscrizione nel registro delle imprese un documento estero (costituzione da parte di un notaio lussemburghese di società in Lussemburgo, con coinvolgimento di formalità da espletarsi in Italia), invece preso in effettivo deposito, contrariamente a quanto asserito a verbale, non il detto documento, né in originale né in copia, ma una sua semplice traduzione fatta dal francese.

Deliberazione adottata nella camera di consiglio del sulle seguenti conclusioni:

per il ricorrente: accertarsi l'avvenuta violazione delle norme di legge di cui all'incolpazione e conseguente applicazione a carico dell'incolpato della sanzione prevista dall' articolo 138 della legge notarile;

per il resistente incolpato: andare assolto perché il fatto non sussiste o, in subordine, riconoscersi le attenuanti di legge.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO
Con istanza del il dirigente reggente capo dell'archivio notarile di richiedeva a questa Commissione Amministrativa Regionale di Disciplina l'avvio di procedimento disciplinare ai sensi dell' art. 153 I° comma lettera c) legge notarile nei confronti del notaio con sede in per i fatti disciplinari in epigrafe descritti ed emersi durante l'ispezione biennale 2006/2007 verbalizzata il giorno

Il Presidente di questa Commissione fissava per la discussione il giorno

L' incolpato presentava in data memoria difensiva ed in data atto di nomina dell'avvocato del Foro di quale suo difensore e procuratore speciale ex art. 156 bis legge notarile.

All'udienza di discussione intervenivano il conservatore procedente, il notaio incolpato ed il di lui difensore.

Il conservatore procedente illustrava personalmente le proprie ragioni, sostenendo che l'incongrua allegazione di cui al capo di incolpazione aveva determinato la violazione del dovere di adeguamento della volontà della parte alla norma giuridica, venendo così meno l'attuazione di tale volontà nel rispetto dell'art. 47 comma 2 l.n.

Il notaio incolpato, tramite il difensore, e da ultimo avendo avuto personalmente la parola, si difendeva

sostenendo che l'ipotesi di che trattasi è estranea al campo di applicabilità della norma assunta come violata date le circostanze di fatto con cui la vicenda si era svolta, le quali attestano che non mancò la necessaria guida alla volontà delle parti.

Le parti concludevano come in epigrafe.

MOTIVI DELLA DECISIONE

I fatti per cui è causa interrogano in ordine alla ragionevole estensione da attribuirsi, in seno all'attività notarile, al concetto di guida delle volontà delle parti, non essendo peraltro revocabile in dubbio che questa, intesa come sussidio tecnico-giuridico fornito al fine di conseguire in armonia con l'ordinamento lo scopo voluto, rappresenti comunque connotato fondante dell'attività medesima; di talché ogni atto negoziale ricevuto da notaio non può prescindere dall'assunzione di tale onere.

La materia è specificamente disciplinata dagli articoli 47 comma 2 della legge notarile e 67 del relativo regolamento.

La norma di legge è stata modificata dall'articolo 12 comma 1 lettera b della legge 28 novembre 2005 n. 246, mentre quella regolamentare è rimasta immutata rispetto all'originaria formulazione. Così determinandosi tra l'altro una parziale incongruenza tra le due discipline; fenomeno questo non di certo inconsueto nel nostro ordinamento.

Dovendosi prestare tuttavia premiente attenzione alla norma di legge, non può non rilevarsi che la citata novellazione - attraverso

l'eliminazione degli incisi "spetta al notaio soltanto indagare" e "dirige personalmente" e la simmetrica introduzione degli essenziali termini "indaga" e "direzio- ne", non diversamente qualificati ed accompagnati al solo concetto di "propria responsabilità"- appare ispirata (non diversamente da quanto accade ad altre figure che operano nel campo economico) dalla mutazione intervenuta nel tempo in ordine alle effettive modalità di esercizio delle funzioni facenti capo al notaio, la cui espressione professionale è sempre meno inquadrabile nell'archetipo costituito da una figura isolata ed autosufficiente di tipo artigianale, evolvendo invece verso un ruolo complesso di natura direttiva ed organizzativa, al vertice di strutture anch'esse complesse, del cui operato il notaio medesimo mantiene comunque sempre piena responsabilità.

Sicché, per ciò che riguarda l'obbligo, gravante sul notaio, di indagine della volontà delle parti e di direzione nella compilazione dell'atto, la concezione che esso sia da espletare personalmente in senso strettamente fisico è stata sostituita da quella di un personalismo attuato attraverso una direzione responsabile.

Dato tale quadro, permane comunque fermo, emergendo chiaramente dalla norma, il principio secondo cui la funzione di indagine della volontà delle parti è inderogabilmente affidata all'esclusiva competenza notarile, ancorché esercitata nell'ambito della anzidetta complessità.

Non appare pertanto ammissibile che il notaio:

- non assuma ruolo partecipativo e di indirizzo nell'allestimento dei contenuti sostanziali dell'atto, ricorrendo al proprio patrimonio culturale giuridico, e che vi sia invece altro soggetto al quale venga consentito effettuare indagini sulla volontà e direzioni di compilazione con poteri decisionali autonomi ed esclusivi;

- fornisca la propria prestazione supinamente recependo in modo acritico ed indifferente, senza nulla verificare o controllare, atti anche *aliunde* concordati senza il di lui intervento. Trattasi di ipotesi dequalificanti la funzione pubblica, che verrebbe così degradata a mera attività amanuense. In questa sede di giudizio si ritiene che - fermo sempre l'ossequio dovuto alle norme applicative tecniche in sede di materiale stipulazione (obbligo di lettura, di interpello, di sottoscrizione ecc.) - ove si evitino le suddette deviazioni, venga sostanzialmente rispettato in generale il compito di assistenza che integra la guida della volontà delle parti, rimanendosi così all'interno della competenza che qualifica il corretto esercizio della pubblica funzione.

Con la precisazione - la quale è considerata fondamentale da questa commissione, a chiarimento del reale rango rivestito dall'art.47 comma 2 l.n. che, ai sensi di tale norma, l'attività di guida deve valutarsi con riferimento precipuo alla integralità della prestazione resa dal notaio; altri e differenti essendo i presidi, ovunque disseminati nell'ordinamento disciplinare, che

sovrintendono al governo delle singole fasi in cui la prestazione stessa si frammenta.

Il principio qui delineato impone di ritenere, quale corollario, che la guida della volontà intesa nel senso anzidetto non venga meno ove, una volta che ne sia stato assunto l'onere, durante il suo esercizio abbiano luogo errori applicativi nelle particolari modalità esecutive: le quali sono diversa cosa, (da intendersi quale *posterius*) rispetto all'attività di guida intesa nel suo insieme, (da intendersi quale *prius*) salvo rari casi limite, da valutarsi volta per volta in concreto, connotati da errore di dimensione o meglio madornalità tale da comprovare di per sé la palese inesistenza di ogni indagine sulla volontà.

In caso contrario bisognerebbe postulare che qualsiasi sbaglio e/o equivoco imputabile al notaio nell'allegazione documentale o nella trascrizione di quanto dalle parti presentato, espresso, dichiarato o convenuto, e non *aliunde* sanzionato dal sistema di disciplina integri mancanza di indagine sulla volontà e debba necessariamente assimilarsi a violazione dell'articolo 47 comma 2 della legge notarile. Il che equivarrebbe ad attribuire alla norma un contenuto atipico sanzionatorio *de residuo*, con applicabilità altamente discrezionale, al limite riferibile anche ad oggettive minuzie.

Si costituirebbe così un *genus* composto da una infinita serie di innominate fattispecie consistenti in comportamenti variamente viziati, nessuno dei quali preventivamente

catalogabile e tutti a priori sanzionabili con imponente pena edittale (sospensione) a prescindere dalla sostanziale effettiva gravità!

A tale categoria sembra in ipotesi poter provvedere in modo più esauriente il vigente sistema deontologico, dotato di appropriata atipicità e duttilità.

L'articolo 47 comma 2 in parola non si ritiene invece possa essere distolto dal suo naturale ruolo di norma di competenza a portata generale. Diversamente parrebbe avere luogo una vera e propria degenerazione interpretativa di natura estensiva, non altrimenti qualificata se non da sostanziale idoneità a suscitare arbitrio nel soggetto controllore, sebbene ispirato da eventuale e lodevole intento medicinale, ed irragionevoli e paralizzanti timori nell'operatore pratico.

E' dunque nell'anzidetta ottica di diritto che, rimosso qualsivoglia inquietante scenario, va serenamente esaminato, a parere di questa commissione l'atteggiamento tenuto dal notaio incolpato.

Non vi è dubbio che egli non abdicò al compito, che gli competeva in via generale ed esclusiva, di indagine sulla volontà delle parti né a quello di responsabile direzione dell'atto.

Ne è prova la condotta antecedente, contemporanea e susseguente all'atto medesimo, vale a dire:

- la circostanza, non contestata ed emergente dalla memoria difensiva in atti, che egli, prima di redigere il documento, svolse opportune attività preliminari, contattando addirittura lo studio del notaio lussemburghese da dove giungeva il testo da

riceversi in deposito, per verificare la correttezza delle modalità di provenienza;

- la circostanza, documentalmente comprovata dall'atto medesimo, che furono da lui verificate le ragioni e le finalità del deposito nonché il sostanziale contenuto delle pattuizioni inserite nel testo da depositare; e ciò nel totale rispetto delle norme redazionali canoniche (presenza della parte, interpello in ordine alla sua volontà, lettura ad essa data dell'atto);

- la pronta e dimostrata correzione (della quale si dà atto nelle stesse note ispettive acquisite in causa), attraverso un apposito verbale integrativo (contenente il deposito dell'esatto documento), da lui allestito una volta accertata l'esistenza dell'errore.

Senza poi contare che l'insieme delle attività svolte dal notaio conseguì al fine il sostanziale scopo voluto: vale a dire iscrizione nel registro delle imprese.

E' innegabile che *l'aliud pro alio* consistente nell'incongrua materiale allegazione di un sottoprodotto, peraltro qualificato (traduzione legalizzata), del documento che in effetti si sarebbe dovuto allegare (e successivamente allegato in via correttiva, ma comunque, si badi bene già esistente *ab initio*) possa farsi risalire a latente negligenza o disattenzione sul punto specifico.

E' tuttavia altrettanto innegabile che tale deficienza si è esternata proprio durante e nell'ambito dell'attività di guida della volontà delle parti. Perciò quest'ultima non ne viene esclusa, ma addirittura confermata, ancorché le circostanze attestino un difetto di vigilanza in uno dei momenti materiali applicativi.

Conclusivamente si ritiene che la lamentata patologia, pur parzialmente incidendo sul livello di qualità delle modalità procedurali di esecuzione per il cui tramite si è realizzata la guida della volontà delle parti curata dal notaio incolpato, non abbia assolutamente alcuna attitudine ad escludere nell'anzidetto senso complessivo l'esercizio della guida medesima, il cui onere era già stato inequivocabilmente assunto ed è stato sostanzialmente attuato né è dato rinvenire l'esistenza di validi argomenti dottrinali e/o giurisprudenziali che portino a diversa soluzione.

Ne consegue la mancata sussistenza dell'invocata violazione.

Per questi motivi

LA COMMISSIONE AMMINISTRATIVA REGIONALE DI DISCIPLINA
DI

assolve

il notaio dall'incolpazione ascritta perché il fatto non sussiste.

(segnalata da Maria Nives Iannaccone)

Società & Co.

**CANCELLAZIONE DI SOCIETÀ E SOPRAVVENIENZE ATTIVE
IMMOBILIARI - (Cass., 15 ottobre 2008, n. 25192)**

Società – cancellazione – effetti – nuova normativa – carattere interpretativo – applicabilità anche alle società di persone.

...Omissis

Costituiva ius receptum sulla base della giurisprudenza di legittimità che l'atto formale di cancellazione di una società dal registro delle imprese aveva funzione di pubblicità, e non ne determinava l'estinzione, ove non fossero ancora esauriti tutti i rapporti giuridici facenti capo alla società stessa e che, conseguentemente, fino a tale momento, permaneva la legittimazione processuale in capo alla società e doveva escludersi, anche con riferimento alle successive fasi di impugnazione, che, intervenuta la cancellazione, il processo già iniziato dovesse proseguire nei confronti o su iniziativa delle persone fisiche che la rappresentavano in giudizio o dei soci (cfr.: cass. civ., sez. III, sent. 15 gennaio 2007, n. 646, cass. civ., sez. V, sent. 26 aprile 2001, n. 6078; cass. civ., sez. II, sent. 2 aprile 1999, n. 3221).

La correttezza dell'interpretazione che giustificava il diritto vivente è stata, tuttavia, messa in discussione e negata dalla modifica apportata all'art. 2495, c.c., dall'art. 4, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della l. 3 ottobre 2001, n. 366), che, seppure non facendo riferimento alle società di persone, dopo avere imposto la richiesta della cancellazione della

società dal registro delle imprese dopo l'approvazione del bilancio finale di liquidazione, al 2° co. ("fermo restando l'estinzione della società, dopo la cancellazione i creditori sociali non soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione...") ravvisa la vigenza nell'ordinamento del diverso generale principio che la cancellazione dal registro delle imprese comporta l'estinzione della società.

La natura meramente ricognitiva dell'inciso contenuto nella norma esclude che la necessità di immediato adeguamento dell'interpretazione delle norme a tale principio trovi ostacolo nell'entrata in vigore della modifica normativa in data 1 gennaio 2004, atteso che la funzione esegetica ad essa attribuibile ne impone un'applicazione retroattiva ed in relazione ad ogni forma societaria, con la sola esclusione dei rapporti giuridici già esauriti e degli effetti già in precedenza irreversibilmente verificatisi.

Ne consegue che, dovendo ritenersi estinta la società ricorrente l'8 gennaio 2003 con la sua cancellazione dal registro delle imprese, il ricorso per cassazione notificato il 21 aprile 2004 avverso la sentenza depositata il 12 febbraio 2004 avrebbe dovuto essere proposto dai soci della società Alfa s.n.c. e non dal suo cessato amministratore e legale rappresentante, non essen-

do la società estinta più legittimata al giudizio e non avendo l'amministratore alcuna ulteriore capacità di rappresentarla (cfr. cass. sez. L., sent. 18 settembre 2007, n. 19347; cass. civ., sez. I, sent. 28 agosto 2006, n. 18618).
Omissis...

1. La sentenza riportata in epigrafe sviluppa e consolida il nuovo orientamento della Suprema Corte in tema di effetti della cancellazione di società dal Registro delle Imprese, alla luce dell'articolo 2495, secondo comma, cod. civ., nel testo introdotto dall'art. 4 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6.

Tale nuovo orientamento era stato avviato dalla precedente pronuncia del Supremo Collegio, n. 18618 del 28 agosto 2006¹, con la quale si era affermato che la cancellazione dal registro delle imprese produce l'effetto costitutivo dell'estinzione irreversibile della società anche in presenza di crediti insoddisfatti e di rapporti di altro tipo non definiti, ed era stato ribadito dalla Suprema Corte, anche nei confronti dei consorzi con attività esterna ed anche con riferimento alle cancellazioni intervenute in epoca anteriore all'entrata in vigore della nuova norma, dalla successiva pronuncia, n. 19347 del 18 settembre 2007².

Il nuovo orientamento viene ulteriormente ribadito dalla pronuncia in epigrafe anche con riferimento alle società di persone.

¹ In *Fallimento*, 2007, 1, 100.

² In *Giust. civ., Mass.*, 2007, 9

2. E' noto che nel vigore della precedente normativa il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'argomento vedeva, da un lato, la giurisprudenza ricondurre l'estinzione della società non al solo presupposto formale della sua cancellazione dal registro delle imprese, ma anche a quello sostanziale dell'esaurimento e liquidazione di tutti i rapporti facenti capo alla società³, salvo il limite temporale di un anno dalla cancellazione per la dichiarazione di fallimento della società⁴, e, dall'altro, la dottrina dividersi tra chi criticava l'orientamento giurisprudenziale, ritenendo che presupposto sostanziale dell'estinzione della società fosse non già l'effettivo esaurimento di tutte le operazioni di liquidazione, ma l'avvenuto compimento di un regolare procedimento di liquidazione con l'avvenuta devoluzione di tutto l'attivo al soddisfacimento di tutte le passività note ai liquidatori⁵ e chi sostanzialmente aderiva all'orientamento giurisprudenziale, pur distinguendo tra società di persone, la cui cancellazione si riteneva avesse una efficacia meramente dichiarativa, come tutto il sistema della pubblicità relativa agli atti delle società di persone, sempre nel

³ Cfr., per tutte, Cass., 26 aprile 2001, n. 6078, in *Boll. Trib.*, 2003, 699, ed in *Mass. Gius. It.*, 2001; Cass., 2 aprile 1999, n. 3221, in *Mass. Giur. It.*, 1999; Cass., 28 dicembre 1989, n. 5803, in *Società*, 1990, 471; Cass., 11 febbraio 1988, n. 1473, in *Rep. Foro It.*, 1988, *Società*, n. 773, e, da ultimo, Cass., 15 gennaio 2007, n. 646, in *Impresa*, 2007, 4, 635.

⁴ Cfr. Corte cost., 21 luglio 1999, n. 66, in *Foro it.*, 1999, I, 1381; Corte cost., 21 luglio 2000, n. 319, in *Corr. Giur.*, 2000, 1174.

⁵ Cfr. Minervini, *La fattispecie estintiva delle società per azioni e il problema delle cosiddette sopravvenienze*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1952, 1032 ss.; Pavone La Rosa, *Il registro delle imprese*, Milano, 1954, 423 ss.; Ragusa Maggiore, *Il registro delle imprese*, Milano, 1989, 273 ss.

presupposto di un effettivo esaurimento di tutti i rapporti giuridici facenti capo alla società⁶, e società di capitali, di cui si riconosceva l'efficacia costitutiva della formalità di cancellazione, in conformità al generale valore costitutivo della pubblicità degli atti delle società di capitali, affermando, peraltro, che se, nonostante l'avvenuta cancellazione, vi fossero stati debiti sociali non soddisfatti, l'iscrizione della formalità di cancellazione doveva considerarsi operata invalidamente ed avrebbe potuto essere cancellata anche d'ufficio ai sensi dell'art. 2191 cod. civ.⁷

3. La pronuncia in epigrafe, valorizzando l'espressione letterale dell'inciso iniziale del secondo comma dell'articolo 2495 cod. civ., nuovo testo, "*ferma restando l'estinzione della società*", afferma il carattere interpretativo della nuova disposizione, ciò che ne consente, conformemente ai principi, l'applicazione anche a situazioni pregresse, vale a dire a società cancellate dal registro delle imprese in data anteriore all'entrata in vigore della nuova normativa (1 gennaio 2004), con la sola esclusione dei rapporti giuridici già esauriti e degli effetti già in precedenza irreversibilmente verificatisi⁸.

In questo modo, si è chiarito che la portata normativa dell'articolo 2495, co. 2°, cod. civ. riguarda, non i pre-

supposti della cancellazione della società dal registro delle imprese, ma gli effetti della stessa, e che il significato dell'inciso iniziale "*ferma restando l'estinzione della società*" sarebbe proprio quello di privilegiare nell'interpretazione della norma le esigenze di certezza nella definizione dei rapporti giuridici, già fatte valere da larga parte della dottrina in critica al precedente orientamento giurisprudenziale.

Del resto, che il riformatore societario abbia massimamente tenuto presenti le esigenze di certezza nella definizione dei rapporti giuridici particolarmente nella fase della liquidazione delle società si ricava anche dall'articolo 2490, ult. co., cod. civ., per il quale, qualora per tre anni consecutivi non vengano depositati i bilanci intermedi di liquidazione previsti dallo stesso articolo 2490 cod. civ., la società viene cancellata d'ufficio dal registro delle imprese, con gli effetti previsti dall'art. 2495 cod. civ.

La norma da ultimo citata in tema di cancellazione d'ufficio non è sfuggita alla dottrina, la quale ha osservato come proprio questa disposizione determini, a differenza di quanto previsto da altri ordinamenti, l'impossibilità di procedere alla riapertura della liquidazione in caso di beni ancora nella titolarità della società estinta (le c.d. *moribund* o *defunct companies*)⁹.

Non è questa la sede per esprimere valutazioni sulla scelta interpretati-

⁶ Cfr. Di Sabato, *Manuale delle società*, Torino, 1992, 4ª ed., 189.

⁷ Cfr. Di Sabato, *op. cit.*, 657.

⁸ Considera la formulazione della nuova norma quale interpretazione autentica della norma previgente, Salafia, *sub art. 2495*, in *Codice commentato delle nuove società*, a cura di Bonfante, Corapi, Marziale, Rordorf, Salafia, s.l., ma Milano, 2004, 1190.

⁹ Cfr. Vaira, *sub artt. 2492-2496*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, 3, Bologna, 2004, 2144-2145, nota 25; Pasquariello, *sub art. 2495*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, III, Padova, 2005, 2282, nota 10.

va (e non solo) del riformatore societario.

Almeno per quanto concerne le società di capitali l'opzione legislativa è chiara ed occorre prenderne atto¹⁰, salvo a verificarne le ricadute operative nei casi concreti ed in alcune ipotesi particolari, come appunto quella, di particolare interesse per l'attività notarile, di sopravvenienze attive immobiliari.

Meritevole di ulteriore approfondimento sembra, invece, essere la questione dell'applicabilità della nuova norma, pur considerando la sua portata interpretativa, anche alle società di persone, rispetto alle quali l'adempimento delle formalità pubblicitarie non ha mai, nel sistema del codice civile, valore costitutivo, ma dichiarativo, anche in considerazione del fatto che il nuovo articolo 2495 cod. civ. è inserito nell'ambito del capo VIII del libro quinto del codice civile, intitolato allo "scioglimento e liquidazione delle società di capitali" e quindi sembra riguardare direttamente soltanto queste ultime e non anche le società di persone.

E' stato, tuttavia, già osservato in dottrina che la nuova formulazione dell'articolo 2495 cod. civ. fornisce una regola interpretativa, che potrebbe rivelarsi utile nell'applicazione degli articoli 2312 e 2324 dettati in materia di società di persone, atteso che anche rispetto a queste ultime società sussiste

¹⁰ Considera la nuova formulazione dell'articolo 2495 cod. civ. un ostacolo normativo insormontabile per qualsivoglia tentativo di operare distinzioni tra un'estinzione "formale" ed un'estinzione "sostanziale" della società, Parrella, *sub art. 2495*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003, 3, 306.

la medesima esigenza di individuare con certezza il momento estintivo dell'ordinamento societario, di guisa che, a fronte di una medesima esigenza di certezza delle situazioni giuridiche, potrebbe ravvisarsi una ingiustificata disparità di trattamento, qualora si ritenesse che una società di capitali si estingue con la cancellazione dal Registro delle imprese, mentre una società di persone solo con la completa definizione di tutti i rapporti ad essa facenti capo¹¹.

4. Esaminando il contenuto normativo del secondo comma dell'articolo 2495 cod. civ., occorre evidenziare la cessazione del vincolo di destinazione degli elementi dell'attivo patrimoniale "dimenticati" o "scoperti successivamente", in quanto dopo la cancellazione i creditori sociali non soddisfatti, senza poter agire sui beni "sopravvissuti", possono sì far valere i loro crediti nei confronti dei soci, fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione, ma in concorso con i creditori personali di questi ultimi¹².

E' rimasta, invece, confermata la possibilità per i creditori sociali di agire anche nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da colpa di questi.

La dottrina, che si è occupata della sorte di eventuali sopravvenienze o sopravvivenze attive, richiamandosi a quella tesi dottrinale sostenuta sotto il vigore del precedente orien-

¹¹ Cfr. Pasquariello, *op. cit.*, 2281, nota 8; 2287, nota 26.

¹² Cfr. Pasquariello, *op. cit.*, 2295-2296; Porzio, *La cancellazione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 4, Torino, 2007, 92, testo e nota 64.

tamento giurisprudenziale, che riteneva che eventuali beni o crediti non considerati nella liquidazione andavano a ricadere in successione *pro quota* in capo agli *ex soci*¹³, afferma che, pur nel silenzio del legislatore, la soluzione più coerente con l'irreversibilità del fenomeno estintivo conseguente alla cancellazione della società è che gli elementi dell'attivo patrimoniale "sopravvissuti" spettino *pro quota* ai singoli soci secondo le norme sulla comunione ed in proporzione alla quota di riparto attribuita a ciascun socio¹⁴, preannunciando, peraltro, "spinose" questioni di ordine pratico, rispetto alle quali si rimanda alla capacità degli operatori di risolvere i delicati inconvenienti che si presenteranno nell'esperienza quotidiana¹⁵.

5. Prima di affrontare la soluzione di tali "spinose" questioni (non solo di ordine pratico, come si vedrà), particolarmente sotto il profilo pubblicitario e fiscale, sembra, peraltro, opportuno soffermarsi sulla natura giuridica dell'effetto patrimoniale riguardante gli elementi dell'attivo "sopravvissuti", che, dopo la cancellazione, cessano di appartenere alla società e divengono di proprietà comune dei singoli soci in proporzione alle rispettive quote di riparto.

¹³ Cfr. Niccolini, *Scioglimento – Liquidazione ed estinzione delle società per azioni*, in *Trattato delle s.p.a.*, a cura di Colombo-Portale, Torino, 1997, 707.

¹⁴ Cfr. Vaira, *op. cit.*, 2146; Pasquariello, *op. cit.*, 2294. Afferma che la contitolarità del residuo dà luogo, in caso di diritti di credito, ad una ipotesi di solidarietà attiva, Porzio, *op. cit.*, 91. L'affermazione non è, tuttavia, convincente, dovendo il vincolo solidale tra creditori risultare dalla legge o dalla volontà delle parti: cfr. Bianca, *Diritto civile*, IV, Milano, 1990, 708.

¹⁵ Cfr. Pasquariello, *op. cit.*, 2294-2295.

Il meccanismo di tale effetto patrimoniale sembra essere quello di una successione nei diritti.

L'effetto successorio non è però un effetto negoziale, in quanto si produce *ope legis*, a prescindere dalla volontà dei soci ed anche qualora i soci, nell'atto di scioglimento di società di persone, dichiarando l'inesistenza di debiti ed attività da ripartire, avessero richiesto la cancellazione della società senza apertura della fase di liquidazione.

Trattandosi di effetto legale successorio non sono applicabili e non ne costituiscono presupposto l'osservanza di quelle forme e l'inserimento di quelle menzioni, che, invece, si rendono necessarie per il prodursi di un effetto negoziale successorio.

Potrebbe ancora chiedersi se si tratta di un effetto successorio a titolo particolare o a titolo universale. La questione sembra essere, peraltro, priva di una effettiva rilevanza pratica, in quanto la disciplina applicabile prescinde, in questo caso, da astratte classificazioni dogmatiche, riguardando, da un lato, non già singoli beni, ma tutti gli elementi sopravvissuti e limitandosi, dall'altro, la responsabilità, pur solidale¹⁶, del socio per i debiti non soddisfatti alla quota di liquidazione, intendendosi, in tal modo, fare riferimento non ai beni attribuiti (effetto negoziale) o sopravvenuti (effetto legale) al socio, bensì all'effettivo valore di detti beni¹⁷.

¹⁶ Cfr. Pasquariello, *op. cit.*, 2288.

¹⁷ Cfr. Pasquariello, *op. cit.*, 2288, nota 32.

D'altra parte, la tutela dei creditori sociali nei confronti della cancellazione della società dal registro delle imprese sembra doversi ricercare, non tanto nell'ambito delle norme regolanti l'istituto della separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede, quanto nello specifico ambito del diritto societario, con riferimento a quelle norme che disciplinano la facoltà di opposizione dei creditori alla riduzione volontaria del capitale sociale con l'effetto, in caso di accoglimento dell'opposizione, non già di far rivivere la società o di impedire la distribuzione del patrimonio tra i soci, ma semplicemente di impedire la cessazione del vincolo di destinazione, consentendo la ripresa dei beni distribuiti o "sopravvissuti"¹⁸.

Ed ancora, dal punto di vista processuale, rispetto ai beni "sopravvissuti", potrà al limite trovare applicazione l'art. 110, cod. proc. civ., piuttosto che l'art. 111, stesso codice, non già perché trattasi di successione a titolo universale, ma in quanto il presupposto dell'art. 111, cod. proc. civ., che il processo possa proseguire tra le parti originarie, non può certo verificarsi nel caso in esame, proprio a causa dell'estinzione della società a seguito della sua cancellazione dal registro delle imprese.

Sempre dal punto di vista processuale, d'altra parte, non sembra avere un significativo valore sistematico-ricostruttivo nemmeno

l'ultimo periodo del secondo comma dell'articolo 2495 cod. civ., per il quale "la domanda, se proposta entro un anno dalla cancellazione, può essere notificata presso l'ultima sede della società". Ed infatti la dottrina non ha mancato di osservare che tale norma vuole introdurre soltanto una facilitazione e una agevolazione procedurale, peraltro di dubbia utilità pratica e/o legittimità costituzionale¹⁹, fermo restando che l'azione dei creditori sociali verso i soci non costituisce la continuazione, nei confronti dei successori a titolo universale, di una domanda già proposta nei confronti della società estinta, ma l'introduzione di un nuovo giudizio nei confronti dei soci, ciascuno dei quali risulta obbligato in solido, sia pure nei limiti del valore dei beni sociali pervenutigli, e non pro quota, come, invece, sarebbe, se dovessero trovare automatica applicazione le regole della successione *mortis causa* a titolo universale (cfr. art. 754 cod. civ.)²⁰.

Eppure non può revocarsi in dubbio, almeno con riguardo agli elementi dell'attivo "sopravvissuti", la ricorrenza di un fenomeno di successione nei diritti.

Non sembra, infatti, cogliere nel segno quella dottrina, che si esprime in termini di riemersione della comunione tra i soci: secondo tale impostazione, estinta la struttura sociale, sui beni residui *riappare* la comunione tra i soci²¹.

¹⁸ Cfr. Vaira, *op. cit.*, 2145, testo e nota 27; Pasquariello, *op. cit.*, 2296. Il problema è affrontato e risolto positivamente da Trib. Monza, 12 febbraio 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, 91, che ritiene ammissibile l'opposizione ex art. 2445 cod. civ.

¹⁹ Cfr. Vaira, *op. cit.*, 2147-2148; Pasquariello, *op. cit.*, 2293.

²⁰ Cfr. Vaira, *op. cit.*, 2147.

²¹ Cfr. Porzio, *op. cit.*, 91.

Tale prospettazione, infatti, sembra avere un valore meramente descrittivo del fenomeno, senza spiegare secondo quale meccanismo giuridico si verifichi un mutamento di titolarità – dalla società ai soci – dei beni “sopravvissuti”.

E poiché, stante la distinta soggettività dell’ente societario rispetto a quella dei soci, è indubbio il verificarsi di un mutamento di titolarità, che, di per sé, implica un fenomeno di sostituzione di un soggetto ad un altro nella relazione giuridica con un bene o con un diritto, il meccanismo giuridico che determina questo mutamento di titolarità non può che essere un meccanismo di successione *ope legis* nei diritti.

Occorre, a questo punto, chiedersi quale sia la sorte dei beni “sopravvissuti” e pervenuti *pro quota* ai soci dopo la cancellazione della società, nel caso in cui venga dichiarato il fallimento della società entro l’anno dalla cancellazione ai sensi dell’articolo 10 L.F.

Premesso che, nel caso di una società che ha concluso la fase liquidatoria e depositato il bilancio finale, l’insolvenza deve essere valutata in ragione del residuo attivo ripartito ai soci o ancora da ripartire o “sopravvissuto”, ma potrebbe risultare anche in conseguenza dell’incapacità dei soci a restituire quanto ricevuto²², si ritiene che la dichiarazione di fallimento della società cancellata, senza far rivivere la stessa, determini il venir meno della cessazione del vincolo di destinazione dei beni pervenuti ai soci

in seguito al riparto o per effetto del meccanismo legale successorio relativo ai beni “sopravvissuti”, con la conseguenza che il curatore può apprendere al fallimento tali beni secondo un meccanismo analogo a quello che si verifica nel caso di fallimento dell’imprenditore defunto²³. Se, peraltro, i soci, nel periodo intercorrente tra la cancellazione della società e la dichiarazione di fallimento, avessero compiuto degli atti di disposizione, aventi ad oggetto i beni “sopravvissuti” (o anche i beni oggetto di riparto e di assegnazione), troverebbero applicazione, rispetto a tali atti, gli articoli 64 ss. L.F.

6. Le riflessioni condotte fin qui introducono proprio ad una delle “spinose” questioni di ordine pratico suscitate dal meccanismo successorio legale relativo ai beni “sopravvissuti”: gli atti di disposizione aventi ad oggetto tali beni dopo la cancellazione della società e cioè dopo che si è verificata l’irreversibile estinzione della stessa.

Il primo problema che si pone al riguardo è quello della legittimazione all’atto dispositivo.

Atteso che dopo la cancellazione dal registro delle imprese si è verificata in modo irreversibile l’estinzione della società, non può residuare alcun potere di rappre-

²² Cfr. Pasquariello, *op. cit.*, 2297, nota 67.

²³ Cfr. Cass., 28 dicembre 1998, n. 12846, in *Fallimento*, 1999, 9, 1012, per la quale “il fallimento *post mortem* dell’imprenditore comporta l’acquisizione del patrimonio da questi relitto all’attivo fallimentare, nonché la separazione del patrimonio stesso da quello degli eredi (se tale effetto non è stato ottenuto mediante l’accettazione con beneficio d’inventario), al fine di permettere ai creditori dell’imprenditore defunto, ammessi al fallimento, di soddisfarsi in via preferenziale rispetto ai legatari e ai creditori degli eredi”.

sentanza in capo ai liquidatori e pertanto gli unici legittimati a compiere l'atto dispositivo sono tutti i soci, divenuti comproprietari pro quota dei beni "sopravvenuti" proprio in virtù di quel meccanismo successorio legale sopra descritto²⁴.

7. Altro problema, che viene ad emergere sul piano pratico, ma che esige una risposta anche sotto il profilo teorico-ricostruttivo, è quello relativo alla tutela della bontà dell'acquisto immobiliare dei beni "sopravvissuti" da parte dell'avente causa dai soci.

La soluzione di questo problema rende necessario esaminare il meccanismo successorio legale avente ad oggetto i beni "sopravvissuti", avendo presente il sistema di pubblicità immobiliare previsto dagli articoli 2643 ss. cod. civ., allo scopo, da un lato, di verificare la possibilità di rendere pubblico con il mezzo della trascrizione il meccanismo successorio legale avente ad oggetto i beni "sopravvissuti" e, dall'altro, in caso di verificata trascrivibilità dell'effetto successorio legale, di accertare il tipo di efficacia ed il valore di tale pubblicità.

Seguendo la direttiva di ricerca appena tracciata, non sembra che l'effetto successorio legale dei beni "sopravvissuti", a differenza di quanto ritenuto in dottrina con riferimento alla trasformazione da società di capitali in comunione

d'azienda²⁵, possa assimilarsi ad alcuno degli effetti soggetti a pubblicità previsti dall'articolo 2643 cod. civ., in quanto nel meccanismo successorio in esame non vi è alcun atto o provvedimento, che sia diretto a produrre alcun effetto traslativo o costitutivo di diritti reali.

L'effetto successorio legale dei beni sopravvissuti non dipende, infatti, da un atto o un provvedimento, ma dal compimento di una fattispecie complessa che si compone di due presupposti: l'esistenza di beni "sopravvissuti" o la sopravvenienza di elementi dell'attivo e la cancellazione o, meglio, l'estinzione irreversibile della società.

Al verificarsi di questi due presupposti si completa la fattispecie e si verifica l'effetto successorio.

Da questo punto di vista, il meccanismo in esame è più facilmente accostabile al fenomeno successorio a causa di morte, differenziandosene, peraltro, per la mancanza di un titolo autentico, quale è, per gli acquisti a causa di morte, l'atto di accettazione dell'eredità o il verbale di pubblicazione del testamento, che dispone il legato.

Eppure l'automatismo dell'effetto successorio legale dei beni "sopravvissuti" richiama incontestabilmente l'automatismo dell'effetto acquisitivo del legato, sì da rendere possibile il compimento, in forma di atto pubblico o di scrittura privata con sottoscrizione autenticata, di un atto ricognitivo – anche implicito, come potrebbe riscontrarsi nella indicazione della provenienza del be-

²⁴ La legittimazione spetterà a tutti i soci anche per il consenso alla cancellazione di una ipoteca a suo tempo iscritta in favore della società. Su questa ipotesi, cfr. Salafia, *op. cit.*, 1190.

²⁵ Cfr. Maltoni, in Maltoni – Tassinari, *La trasformazione delle società*, s.l., ma Milano, 2005, 305.

ne in sede di atto di compravendita – da parte dei soci dei beni “sopravvissuti” o “sopraggiunti”, con la loro esatta descrizione anche catastale, al fine di renderne possibile la trascrizione.

Tale trascrizione, riferendosi ad un effetto successorio, che ha, tra i suoi presupposti, proprio l'esistenza di beni “superstiti” o “sopraggiunti”, cioè di beni, che, al momento della cancellazione, erano di titolarità della società, non può dispiegare alcuna efficacia di opponibilità dell'acquisto ex art. 2644 cod. civ., in quanto nessun conflitto può sorgere tra i soci (subentranti nella stessa posizione giuridica della società) ed aventi causa dalla società prima della sua cancellazione, in quanto, se la società ha disposto del bene prima della sua estinzione, non può dirsi esistente alcun bene “sopravvissuto” al momento della sua cancellazione, nella cui titolarità possano subentrare i soci. L'efficacia della trascrizione del meccanismo successorio legale dei beni sopravvissuti può, quindi, essere soltanto quella prevista dall'articolo 2650 cod. civ., ai fini della continuità delle trascrizioni, analogamente a quella della trascrizione degli acquisti *mortis causa*²⁶.

Se l'automatismo dell'effetto legale successorio dei beni “superstiti” richiama l'automatismo dell'acquisto del legato, la circostanza, che tale effetto legale successorio riguardi tutto l'attivo “superstite” o “soprag-

giunto”, a prescindere dalla concreta determinazione ed attuale individuazione dei suoi elementi, sembrerebbe richiamare l'universalità del subentro ereditario, così da ritenere i soci subentranti nella intera posizione giuridica che la società aveva, prima della sua estinzione, rispetto a tutti gli elementi dell'attivo patrimoniale.

Questa considerazione della posizione giuridica dei soci, alla stregua di successori universali nell'attivo patrimoniale della società, consentirebbe di riconoscere adeguata tutela all'avente causa dagli stessi, rispetto a possibili aventi causa dalla società, qualora la trascrizione dell'acquisto dell'avente causa dai soci e la trascrizione dell'effetto legale successorio in loro favore siano, entrambe, anteriori alla trascrizione dell'avente causa-acquirente dalla società pur con atto anteriore alla sua cancellazione, in modo del tutto analogo al ruolo giocato, secondo autorevole dottrina, dalla trascrizione dell'acquisto dell'erede nella soluzione del conflitto tra gli aventi causa dall'erede e gli aventi causa dal *de cuius*²⁷.

²⁶ Cfr. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, 2, Milano, 1993, 102-103; G.Mariconda, *La trascrizione*, in *Trattato Rescigno*, 19, Torino, 2ª ed., 1997, 136-137.

²⁷ Cfr. G.Mariconda, *op. cit.*, 137; L.Ferri, *La trascrizione degli acquisti <<mortis causa>> e problemi connessi*, Milano, 1951, 134-135; *contra* Gazzoni, *op. cit.*, 224-225, il quale distingue tra acquisto *a non domino* ed acquisto *da ex domino*, ritenendo che l'avente causa dall'erede non possa, in ogni caso, prevalere rispetto all'avente causa dal defunto per atto tra vivi. Può, tuttavia, affermarsi, proprio con riguardo all'effetto legale successorio in esame, l'esistenza di una assoluta continuità tra la titolarità della società e la contitolarità degli ex soci. Assoluta continuità – rispetto all'intera posizione giuridica che la società aveva, prima della sua estinzione, in ordine a tutti gli elementi dell'attivo patrimoniale – che, sia pure soltanto dal punto di vista descrittivo, potrebbe esprimersi con la formula che “la società sono ormai gli ex soci”, e che potrebbe giustificare l'attribuzione di un preciso ruolo alla trascrizione dell'effetto legale successorio nella soluzione del conflitto tra gli aventi causa dagli ex soci e gli aventi causa dalla società.

8. Per quanto concerne gli aspetti fiscali, occorre chiedersi, da un lato, se sia in sé soggetto a tassazione l'effetto legale successorio e, dall'altro, quale sia il trattamento fiscale dell'atto ricognitivo (esplicito o implicito) di tale effetto.

Sotto il primo profilo, si potrebbe, con buona fondatezza, ritenere che l'effetto legale successorio non sia, in sé, soggetto a tassazione.

Esso, infatti, non può rientrare nell'ambito impositivo dell'imposta sulle successioni e donazioni, la quale, pur colpendo, non gli atti, ma i trasferimenti, riguarda soltanto la successione a causa di morte, cioè vicende successorie derivanti dalla morte di persone fisiche, e le vicende caratterizzate dallo spirito di (e dai caratteri della) liberalità, certamente non ricorrenti nella fattispecie in esame.

L'effetto legale successorio dei beni "sopravvissuti" non può, in sé, rientrare nemmeno nell'ambito impositivo dell'imposta di registro, la cui applicazione non può prescindere dall'esistenza di un atto produttivo dell'effetto giuridico da sottoporre a tassazione (cfr. art. 20 D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131), mentre, nel caso in esame, come si è visto, non è possibile riscontrare l'esistenza di un atto, da cui dipenda il prodursi dell'effetto legale successorio.

Più articolata, ma sostanzialmente analoga, è la verifica rispetto all'ambito impositivo dell'iva.

Ed, infatti, potrebbe ritenersi che l'effetto legale successorio dei beni sopravvissuti non rientri nell'ambito dell'ipotesi prevista dal n. 6) del secondo comma dell'articolo 2 del

D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, in quanto non costituisce l'effetto di un atto di assegnazione ai soci, riguardando, invece, beni che, in quanto "dimenticati" o "sopraggiunti", non potevano, per definizione, costituire l'oggetto di una attribuzione negoziale.

Considerazioni analoghe potrebbero indurre a ritenere non ricorrente nemmeno l'ipotesi prevista dal n. 5) del secondo comma dell'articolo 2 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, in quanto anche la destinazione di beni all'uso o al consumo personale o familiare dell'imprenditore, pur se determinata dalla cessazione dell'attività, presuppone un atto o anche semplicemente un comportamento di consapevole distacco e/o sottrazione del bene dalla sfera produttiva a quella personale dell'imprenditore, che, invece, non costituisce certamente il presupposto dell'effetto legale successorio in esame²⁸.

Le considerazioni condotte fin qui non possono ovviamente nascondere il rischio di un utilizzo abusivo e di una artificiosa costruzione, da parte dei soci, magari con la complicità del/i liquidatore/i, della fattispecie, dalla quale scaturisce tale effetto legale successorio, all'unico fine di ottenere lo stesso risultato di una assegnazione di beni senza soggiacere al relativo trattamento fiscale.

Ebbene, riteniamo che, in tali casi, possa soccorrere il generale princi-

²⁸ Cfr. Ris. Min. 24 ottobre 1978, n. 361708, per la quale l'autoconsumo è fuori dal campo di applicazione dell'iva quando avviene per cessione dell'attività, se essa è causata dalla morte o dal fallimento del soggetto.

pio dell'abuso del diritto, anche di recente affermato dalla Suprema Corte in ambito fiscale²⁹, quale generale principio antielusivo di diretta derivazione costituzionale, secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili, che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale³⁰, con la conseguenza che, in tali casi, l'effetto legale successorio, in realtà voluto e "costruito" dai soci, rimarrà soggetto all'ambito impositivo dell'iva o, rispettivamente, dell'imposta di registro, a seconda della ricorrenza dei relativi presupposti.

Con riguardo al trattamento fiscale dell'atto ricognitivo dell'effetto legale successorio dei beni "sopravvissuti", occorre previamente ribadire

che tale momento ricognitivo può essere sia esplicito e/o costituire l'unico contenuto di un atto *ad hoc*, sia implicito, come, ad esempio, potrebbe riscontrarsi nella indicazione, da parte dei soci venditori, della provenienza del bene "sopravvissuto" in sede di atto di compravendita dello stesso.

In entrambi i casi trattasi di un atto non traslativo, ma di natura dichiarativa, e quindi soggetto ad imposta di registro con aliquota 1%, ai sensi dell'art. 3 della Tariffa, parte prima, allegata al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131³¹ ed alle imposte ipotecaria e catastale in misura fissa, ai sensi dell'articolo 4 della Tariffa allegata al D.lgs. 31 ottobre 1990, n. 347 e, rispettivamente, ai sensi dell'articolo 10, stesso decreto.

Con riguardo, infine, alle imposte dirette sembra, invece, dover prevalere il rilievo oggettivo³² dello spostamento patrimoniale dei beni "sopravvissuti", considerati al loro valore normale, anche alla luce di quanto disposto dagli articoli 85, comma 2 (beni alla cui produzione o scambio è diretta l'attività dell'impresa) e 86, comma 1, lett. c) e comma 3 (beni diversi), T.U.I.R., dai quali si ricava la volontà del legislatore di non risparmiare dall'imposizione diretta alcuna ipotesi, così come, rispetto ai soci, il valore normale dei beni "sopravvissuti" o "sopraggiunti" si aggungerà

²⁹ La Suprema Corte, con le tre sentenze 30055, 30056 e 30057 a Sezioni Unite del 23 dicembre 2008, in *Fisco on line*, 2009, e, in precedenza, con alcune pronunce della Sezione Tributaria (Cass., 21 aprile 2008, n. 10257, in *Mass. Giur. It.*, 2008, e Cass., 17 ottobre 2008, n. 25374, in *L'iva*, 2008, 58), ha riconosciuto l'esistenza, nel nostro ordinamento, di un generale principio antielusivo, il principio del divieto dell'abuso di diritto, sorto in ambito Iva per giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue (caso Halifax e caso Huddersfield), e discendente, nell'ordinamento giuridico-tributario-costituzionale italiano, dai principi di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione: "i principi costituzionali della capacità contributiva e della progressività dell'imposizione che informano l'ordinamento tributario ostano al conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti attraverso strumenti giuridici, l'adozione ovvero l'utilizzo dei quali sia unicamente rivolto, in assenza di ragioni economicamente apprezzabili, al risparmio d'imposta, anche laddove non ricorra alcuna violazione o contrasto puntuale ad alcuna specifica disposizione". Si è precisato che incombe all'Amministrazione finanziaria l'onere della prova, anche con metodo di accertamento semplificato, della pratica abusiva, vale a dire l'individuazione dell'impiego abusivo di una forma giuridica, mentre grava sul contribuente l'onere di dimostrare che l'uso della forma giuridica corrisponde ad un reale scopo economico.

³⁰ Sull'abuso di diritto in ambito fiscale, cfr., in dottrina, Vitale, *L'abuso del diritto quale nuovo principio antielusione dell'ordinamento tributario*, in *Il fisco*, 2008, f. 1, 7901 ss.

³¹ Potrebbe, in subordine, prospettarsi la tassazione, ai sensi dell'articolo 9 della Tariffa, parte prima, allegata al D.P.R. 131/86, con aliquota 3%, quale atto a contenuto patrimoniale diverso da quelli altrove indicati.

³² Sembra degno di rilievo che, anche dal punto di vista letterale, la disciplina relativa alla imposizione diretta è tutta incentrata, oggettivamente, sui concetti di valore normale, plusvalenze patrimoniali e beni ricevuti.

a quello dei beni e/o delle somme ripartiti per raffrontarsi, ai fini della determinazione di eventuali plusvalenze, con il costo fiscalmente riconosciuto delle azioni o quote possedute dai soci nella società estinta (cfr. art. 86, comma 5bis, T.U.I.R.).

Fabio Valenza – notaio in Parma

ANCORA SULL'ABOLIZIONE DEL LIBRO SOCI

L'abolizione dell'obbligo di tenere il libro dei soci, nella società a responsabilità limitata, di cui all' art. 16 del decreto legge 29 novembre 2008 n. 185, convertito in legge 28 gennaio 2009 n. 2, è oggi entrata in vigore e pone una serie di interrogativi all'interprete, che sono stati affrontati negli ultimi mesi in più sedi, e che qui cerco di riassumere. In primo luogo, occorre esaminare l'ipotesi in cui lo statuto sociale non preveda la "sopravvivenza" del libro soci (che trova ad oggi conforto nella massima n. 115 della Commissione società del Consiglio Notarile di Milano), perché in sede di costituzione della società si è voluto escluderne la previsione. Se invece la società non ha ancora avuto occasione di "adeguarsi" alla nuova realtà normativa, la citata massima ritiene che il riferimento al libro soci contenuto negli statuti sia sufficiente a far mantenere il libro stesso e la sua funzione di regola organizzativa per l'acquisto della legittimazione all'esercizio dei diritti sociali. In un sistema senza libro soci, per quanto riguarda i rapporti interni alle parti, una eventuale cessione di partecipazioni in violazione di limiti

statutari di prelazione, gradimento o anche di divieti di alienazione, deve ritenersi valida ed efficace. Di conseguenza, il notaio non potrà rifiutarsi di riceverla, né di depositare l'atto al Registro delle imprese. Non si verifica infatti una violazione di legge, bensì la violazione di una norma statutaria privata, e l'obbligo di ricevere l'atto che compete al notaio quale pubblico ufficiale non viene meno. Sul piano professionale, il notaio avrà però l'obbligo di verificare la compatibilità della cessione con lo statuto, ed illustrare alle parti eventuali contrasti, alla stessa stregua di quanto è avvenuto fino ad oggi.

D'altro canto, lo statuto non potrebbe prevedere ipotesi di invalidità dell'atto di cessione, come sanzione per la violazione di norme statutarie, in quanto una tale previsione è appannaggio esclusivo del legislatore, con riferimento ai requisiti sostanziali dei negozi (un'eccezione è costituita dalla possibilità di prevedere requisiti di forma, a pena di nullità, per la futura conclusione di negozi, in forza dell'art. 1352 c.c., ma tale norma dispiega efficacia comunque e solo

tra le parti che l'hanno prevista, in omaggio al principio di relatività del contratto).

Il Registro delle imprese non può parimenti rifiutare il deposito e la successiva iscrizione di una cessione di partecipazione in violazione di clausole statutarie. Questo ufficio è deputato ad esercitare un controllo di mera regolarità formale dell'atto, nel quale non rientra il controllo circa il rispetto di regole private contenute negli statuti sociali. Al di là del fatto che i Registri non sono attualmente "attrezzati" per esercitare un simile controllo, esso è contrario alla cultura dei pubblici registri nostrani e, in definitiva, non è nemmeno auspicabile. L'esperienza spagnola di questi tempi, in cui si assiste ad uno scontro tra notariato e pubblica amministrazione proprio in merito all'esercizio delle prerogative di controllo sostanziale degli atti, può essere un valido monito.

Le risultanze del Registro delle imprese costituiranno quindi il riferimento per tutti gli aspetti formali che anteriormente si evincevano dal libro soci, e in particolare: per il domicilio dei soci ai fini della convocazione delle assemblee e per ogni comunicazione in genere da parte della società; per la compagine sociale rilevante ai fini delle cessioni di partecipazioni, nonché ai fini della regolare costituzione delle assemblee. Il notaio o l'organo amministrativo chiamato a compiere uno di questi atti od operazioni dovrà consultare il Registro delle imprese e fare riferimento a quanto in esso risultante, anche qualora

sia in possesso o conosca comunque elementi in contrasto con tali risultanze.

Si riscontra, peraltro, l'errore tecnico del legislatore, nella parte in cui si prevede che l'opponibilità della cessione di partecipazione decorre già dal momento del suo deposito presso il Registro delle imprese, e non dalla sua iscrizione presso il medesimo. Sebbene lo scarto temporale tra deposito e iscrizione sia minimo, rimane il problema derivante dalla impossibilità di verificare con certezza, dall'esterno, l'avvenuto mero deposito della cessione, anteriormente alla sua iscrizione.

All'interno di questo contesto normativo, è opportuno domandarsi se l'organo amministrativo abbia strumenti per arginare l'effetto, verso la società, di cessioni di partecipazioni in violazione dello statuto.

E' stata profilata la possibilità del ricorso al provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., quando si prospetti una violazione delle clausole che limitano la circolazione delle partecipazioni.

L'atto di cessione sarebbe comunque valido, sul piano sostanziale, come già ricordato, e quindi non appare possibile chiedere al giudice una limitazione dell'autonomia privata del disponente – in sede d'urgenza – oppure una dichiarazione di inefficacia della cessione – in sede di cognizione ordinaria. A mio parere, non può nemmeno ottenersi dal giudice una tutela inibitoria, diretta a imporre al Registro il rifiuto dell'iscrizione della cessione. Lo stesso valga per una declaratoria di

illegittimità, in via cautelare o in sede di giudizio di cognizione, della qualità di socio verso la società, con la possibilità di chiedere la cancellazione dal Registro delle imprese dell'iscrizione della cessione, avvenuta in violazione dello statuto.

In presenza di un atto pienamente valido sul piano sostanziale, e in presenza di una norma di legge, pur non imperativa, che colleghi espressamente l'effetto, verso la società, dell'acquisto della qualità di socio al deposito presso il Registro, sembra plausibile ammettere la mera tutela risarcitoria in capo alla società, in seguito alle violazioni statutarie relative alla circolazione delle partecipazioni.

Può essere quindi opportuna e consigliabile, quanto vi sia un forte interesse a garantire la "chiusura" della compagine sociale, la previsione di penali a carico dei soci che trasgrediscano ai limiti statuari, quando non si preferisca inserire nello statuto l'obbligo di tenuta del libro soci. Nulla impedisce, infatti, che lo statuto contempli espressamente previsioni in tal senso, determinando l'ammontare della penale e la disciplina a cui essa soggiace, in corrispondenza dell'indebitamento, da parte dei soci, a specifici obblighi statuari. Anzi, la penale appare l'unico efficace strumento per tutelare l'interesse della società al rispetto di questo tipo di clausole societarie, e in questo contesto.

Considerazioni affini valgono per i limiti statuari oggetto di "diritti particolari" dei soci, ai sensi dell'art.

2468 c. 3° c.c. Come è noto, attraverso questa previsione, è possibile attribuire a un socio – a livello statutario - un diritto individuale in tema di utili o di amministrazione, che compete al titolare direttamente, senza la necessità di alcuna intermediazione della società e che non può essere di regola modificato senza il consenso di tutti i soci. Ad esempio, può attribuirsi al socio il diritto vitalizio di nominare un amministratore; oppure, di percepire una certa quota di utili che risultino a bilancio, indipendentemente dalla delibera assembleare di distribuzione dei medesimi. Ebbene, tali diritti possono estendersi fino a comprendere un diritto individuale di prelazione o di gradimento. Anche in tali casi, si pone il problema delle conseguenze, in caso di violazione del diritto. All'interno di un sistema in cui l'opponibilità della qualità di socio è legata alla pubblicità nel Registro delle imprese, la tutela di queste posizioni soggettive si riduce anch'essa all'ambito meramente risarcitorio, non apparendo praticabili due regimi differenti e concorrenti, in cui sia previsto il mantenimento del libro soci solo per l'opponibilità di alcune ipotesi di circolazione della partecipazione.

Per ottenere una tutela che vada oltre l'ambito meramente risarcitorio, è possibile prevedere nello statuto il mantenimento del libro soci, secondo la disciplina e con gli effetti previsti dal codice civile anteriormente alla novella legislativa in oggetto. La citata massima del Consiglio Notarile di Milano afferma tale facoltà, al fine di subordinare

l'efficacia delle cessioni di quote, nei confronti della società, all'iscrizione, oltre che previamente nel Registro delle imprese, anche al libro soci. Similmente a quanto avvenuto fino ad oggi, l'organo amministrativo in tal caso potrà rifiutare l'iscrizione nel libro soci di una modifica della compagine sociale, avvenuta in violazione dello statuto, e sebbene essa sia stata già iscritta al Registro delle imprese.

La norma abrogativa dell'obbligo di tenuta del libro soci, del resto, non appare avere una portata imperativa. Non si tratta di prevedere una causa di invalidità delle future cessioni di quote, il che non sarebbe possibile, come ricordato. Si tratta piuttosto di subordinare gli effetti di un atto, limitatamente alla società e non nei confronti dei terzi, ad un adempimento successivo al momento negoziale in cui tali effetti trovano titolo. Il che rientra all'interno dell'autonomia statutaria, analogamente alla clausola, fino ad oggi ritenuta valida, che subordina l'effetto verso la società delle cessioni di partecipazioni al rispetto dello statuto e della relativa disciplina in tema di prelazione e/o di gradimento.

La previsione statutaria del libro soci non costituisce, inoltre, una illegittima limitazione del diritto di voto, come ventilato da alcuni commentatori. Si può concordare con l'opinione che ritiene non ammissibile prevedere limitazioni di voto diverse da quelle consentite dalla legge, e quindi subordinare l'esercizio di voto al trascorrere di un lasso temporale dopo l'iscrizione

a libro soci (in tal senso, v. massima del Triveneto I.B.7). Ma nel caso di specie, non si tratta di limitare il diritto di voto, perché la clausola che prevede il mantenimento del libro soci ha come scopo diretto la tutela da una violazione di legittime norme statutarie, e solo indirettamente comporta, per il socio che ne sia colpito, l'impossibilità di esercitare il voto.

Nella redazione della clausola in esame, occorre innanzi tutto precisare se il mantenimento del libro dei soci costituisca un obbligo o una facoltà per la società, e in particolare per l'organo amministrativo. Quindi, è opportuno richiamare la normativa vigente fino a ieri, al fine di dare rilevanza al libro soci per tutti gli aspetti legati alle sue risultanze: non solo ai fini dell'assunzione della qualità di socio verso la società, ma anche ai fini della individuazione del domicilio dei soci, per le comunicazioni e le convocazioni; ai fini della legittimazione ad intervenire in assemblea, etc. E' infine opportuno prevedere la validazione del libro soci così istituito, ai sensi dell'art. 2218 c.c.

La clausola statutaria potrebbe avere il seguente tenore:

"LA SOCIETA' E' TENUTA AL MANTENIMENTO DEL LIBRO SOCI ED E' COMPITO DELL'ORGANO AMMINISTRATIVO MANTENERLO SECONDO LA DISCIPLINA DI LEGGE IN VIGORE ANTERIORMENTE ALL'ENTRATA IN VIGORE DELL'ART. 16 DEL DECRETO LEGGE 29 NOVEMBRE 2008 N. 185, CONVERTITO IN LEGGE 28 GENNAIO 2009 N. 2, PER LA CONSERVAZIONE DEI LIBRI SOCIALI, ANCHE SE NON E' PIU' OBBLIGATA PER LEGGE. OGNI TRASFERIMENTO DI PARTECIPAZIONE E OGNI COSTITUZIONE DI DIRITTI REALI SULLE STESSE E' OPPOIBILE ALLA SOCIETA' SOLO SE ISCRITTA NEL REGISTRO DELLE IMPRESE E

SUCCESSIVAMENTE ISCRITTA NEL LIBRO DEI SOCI DALL'ORGANO AMMINISTRATIVO, CHE PUO' RIFIUTARE TALE ULTIMA ISCRIZIONE SE IL TRASFERIMENTO O LA COSTITUZIONE DEL DIRITTO PREDETTI SIANO AVVENUTI IN VIOLAZIONE DEL PRESENTE STATUTO.”

Nel complesso, l'abolizione del libro soci nella s.r.l., ben lungi dal realizzare una semplificazione nella circolazione della quote, almeno allo stato attuale, si inserisce in un quadro normativo più ampio, diretto più o meno consapevolmente ad avvolgere le s.r.l. in un alone di incertezza. Da una parte, la possibilità di compiere cessioni di partecipazioni senza alcuna garanzia (notarile) circa la validità del negozio che contiene la cessione, circa l'identità delle parti e circa la data certa del

trasferimento (oltre la data certa della comunicazione al Registro delle imprese); dall'altra, la possibilità di compiere cessioni in spregio ai diritti di prelazione e/o di gradimento previsti dallo statuto, ma nonostante questo con efficacia verso i terzi. Se la s.r.l. fino ad oggi era assistita da una disciplina normativa che conferiva certezza alla circolazione giuridica, in seguito alla recenti modifiche legislative può divenire uno strumento poco affidabile, che espone a rischi rilevanti a fronte di un risparmio di costi e di formalità irrisori.

Michele Ferrario Hercolani

Utili da leggere

DIRITTO COSTITUZIONALE

Proprietà privata e Costituzione dopo le sentenze della Consulta nn.348 e 349 del 2007.

Sull'ultimo numero di Diritto e Società, ed. CEDAM, 2008 p.669, compare un interessante saggio di Anna Moscardini (prof.ssa associata di Diritto Pubblico presso l'Università della Tuscia e docente di Diritto pubblico comparato presso l'Università Luiss Guido Carli di Roma) che si propone di indagare gli effetti prodotti dalle sentenze della Corte Costituzionale nn.349 e

349 del 2007 sulla garanzia costituzionale del diritto di proprietà privata.

Le sentenze sono sintetizzate come segue:

a - Corte cost. sent. 24 ottobre 2007, n.348.

In materia di determinazione dell'indennità di espropriazione per pubblica utilità di aree edificabili, la Corte dichiara, ai sensi dell'art.27 della legge 11 marzo 1953, n.87, l'illegittimità costituzionale dell'art.5-bis, commi 1 e 2, del D.L. 11 luglio 1992, n.333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubbli-

ca), convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n.359 per violazione dell'art.111, primo e secondo comma, Cost., in relazione all'art.6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali (CEDU) ed all'art.1 del primo Protocollo della Convenzione stessa nonché dell'art.117, primo comma. Cost., in relazione ai citati artt.6 CEDU e 1 del primo Protocollo. Deve essere conseguentemente dichiarata l'illegittimità costituzionale anche dei commi 1 e 2 dell'art.37 del D.P.R. 8 giugno 2001, n.237 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità) che contengono norme identiche a quelle dichiarate in contrasto con la Costituzione dalla presente sentenza.

b – Corte cost. sent. 24 ottobre 2007, n.349.

L'art.5-bis, comma 7-bis, D.L. 11 luglio 1992, n.333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n.359, introdotto dall'art.3, comma 65, L. 23 dicembre 1996, n.662 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica), non prevedendo un ristoro integrale del danno subito per effetto dell'occupazione acquisitiva da parte della pubblica amministrazione, corrispondente al valore di mercato del bene occupato, è in contrasto con gli obblighi internazionali sanciti dall'art.1 del Protocollo addizionale alla CEDU e per ciò stesso viola l'art.117, primo comma. Cost..

Come dire: esiste forse anche un limite all'interpretazione "sociale" del diritto e soprattutto che anche la magistratura nella sua incontrastabile "libertà" interpretativa delle norme deve alla fine riconoscere la sussistenza di limiti "superiori".

L'innovazione più rilevante è senza dubbio costituita dall'inversione dell'onere della prova, a carico del legislatore e degli organi della pubblica amministrazione, in ordine alla giustificazione di misure dimidiate di calcolo dell'indennità di espropriazione (che il giudice è chiamato a valutare nella sua opera di bilanciamento alla luce dei vincoli internazionali di natura pattizia, parametro integrativo dell'art.117, comma 1, Cost.).

Anche se poi l'ampliamento delle "chances" di tutela dei diritti dei proprietari viene, in ogni caso, assorbito dalla funzione sociale della proprietà, cuore della garanzia costituzionale del diritto: argomento invocato dalla Consulta a tutela di diritti fondamentali previsti dalla Costituzione ed espressione, unitamente all'art.2 Cost., di doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale.

Il saggio si rivela comunque di assoluto interesse, sia perché evidenzia l'orientamento giurisprudenziale costituzionale italiano in materia di proprietà, sia perché sul tema del diritto di proprietà illustra due sentenze della Corte Costituzionale (sfuggite alla maggior parte dei pratici) di elevato contenuto economico-giuridico-sociale (per l'ordinamento italiano) e di notevole implicazione (priorità e dipen-

denze) per i diversi ordinamenti. Inoltre il breve saggio apre al giurista-civilista le prospettive politiche dell' "universo costituzionale" e contemporaneamente del diritto comparato sul tema della "proprietà", individuando nel contempo significativi collegamenti e delimitazioni tra diritto nazionale ed internazionale e rivelando le diversità di interpretazione ed apertura politica dei diversi sistemi ordinamentali in argomento. Del resto il diritto di proprietà ha sempre costituito la "cartina di tornasole" del difficile equilibrio di potere tra Stato e cittadino, rivelando l'assolutismo e/o la democraticità dei diversi sistemi e nello stesso tempo il differente atteggiamento sentimentale (di amore ed odio) nel cuore non solo della popolazione ma anche dei dottrinari e della magistratura.

Per quanto concerne l'attività notarile, mi domando se mai detti principi (afferenti al valore di comune commercio dei beni interessati da un'attività amministrativa) possano in qualche modo trovare applicazione anche nella determinazione del valore da parte dell'ente territoriale (Comune) relativamente agli immobili soggetti a rivendita.

DIRITTO CIVILE

Il diritto di sopraelevazione nel sistema dei diritti reali.

Sembra opportuno sottolineare questo breve saggio (e l'ulteriore riportato in materia) in quanto di prossima potenziale stringente attualità con l'introduzione della nuova normativa in tema di aumento di

cubatura edificabile. Lo scritto è a cura di Michela Cavallaro (prof.ssa straord. dell'Università di Catania) ed è pubblicato sulla Rivista di diritto civile, ed. CEDAM, 2009, II, p.47 ss..

L'A. opera una ricostruzione della situazione soggettiva attiva nel sistema ordinamentale dei diritti reali, cercando di collegare le non poche recenti sentenze di legittimità succedutesi in argomento:

Cass. 15 febbraio 1999 n.1263,

Cass. 21 agosto 2003 n.12292,

Cass. 22 novembre 2004 n.22032,

Cass. 10 giugno 2005 n.12880,

Cass. 24 febbraio 2006 n.4258,

Cass. S.U. 30 luglio 2007 n.16794,

Cass. 7 febbraio 2008 n.2865,

Cass. 11 febbraio 2008 n.3196.

"Particolarmente controversi appaiono la natura della situazione regolamentata dall'art.1127 c.c. e correlativamente il meccanismo acquisitivo attraverso cui i due soggetti ivi indicati (proprietario dell'ultimo piano e proprietario esclusivo del lastrico solare) acquistano la titolarità della sopraelevazione e, più in generale, il complessivo assetto di interessi che la norma finisce col delineare (p.49)". Ai fini dell'inquadramento sistematico entrano in gioco il diritto di superficie (titolare del lastrico solare) (Bianca-Pugliese-Trabucchi) e l'accessione (proprietario dell'ultimo piano) (Salis), oppure le facoltà connesse al diritto di proprietà (Comporti), ovvero infine un autonomo diritto reale (Furguele).

La ricostruzione di Salis, che suscita ancora oggi grande suggestione in giurisprudenza di legittimità, è ad

avviso dell'A. "alquanto distante dal dato normativo. In particolare, essa non sembra tenere in debito conto quanto disposto dall'art.1117 c.c." che attribuisce a tutti i condomini, salva diversa previsione del titolo, la titolarità del tetto e del lastrico. "Alla luce di siffatta regola, invero, l'attribuzione del sopralzo per l'operare di strumenti ordinari dovrebbe far propendere per la condominialità del sopralzo."

Ma così non è, ai sensi dello stesso art.1127 c.c.. Donde il riferimento al diritto di superficie: tuttavia "la <<impredicabilità>> per il diritto di sopralzo del carattere della temporaneità, (ex art.954, co.4, c.c. n.d.r.) implicito in quello della prescrittibilità, preclude, a mio modo di vedere, la sua riconducibilità nell'alveo del diritto di superficie e, più in generale, dei diritti reali su cosa altrui (p.51)."

Ai fini della qualificazione della situazione giuridica soggettiva contemplata dall'art.1127 c.c. e nella prospettiva di ricondurre la fattispecie a istituti di rilevanza sistematica non può, per altro, -secondo l'A.-, non tenersi conto dell'insieme delle norme desumibili dalla disposizione richiamata. Al riguardo, un ruolo particolare sembra essere assolto dalla previsione di un obbligo di corrispondere un'indennità a favore degli altri condomini, quale <<corrispettivo>> a fronte della sopraelevazione, che, stando al tenore letterale della disposizione, grava tanto sul proprietario dell'ultimo piano quanto sul proprietario in via esclusiva del lastrico solare (anche nell'eventualità in cui questo sia

proprietario del suolo). "In considerazione sia del fatto che l'art.1127 c.c. è una norma attributiva di un potere, sia del fatto che predispone l'obbligo di corresponsione dell'indennità anche a carico del titolare del lastrico solare (di per sé già legittimato a effettuare la costruzione), sia infine del fatto che fissa il parametro per determinare detto obbligo indennitario nel valore attuale dell'area da occuparsi con la nuova fabbrica, sembra avvalorata l'impostazione della dottrina "che attribuisce al rimedio portata latamente <<compensativa>> (non remuneratoria n.d.r.) e considera la somma prevista dal comma 4° dell'art.1127 c.c. come un ristoro rispetto al sacrificio (economico) che l'esercizio del diritto di sopralzo comporta nei confronti degli altri condomini, non tanto e non solo perché li priva di una facoltà che deriverebbe loro dalla contitolarità, ai sensi dell'art.1117 c.c., del lastrico (o del suolo), quanto per il fatto che la sopraelevazione rappresenta pur sempre un appesantimento della struttura e una riduzione della quota individuale delle parti in comune. In conclusione, la precedente ricostruzione non solo è l'unica che consente di giustificare alla luce del sistema la previsione dell'indennità riportando ad unità di ratio le due posizioni contemplate dalla norma, ma altresì spiana la strada alla possibilità di inquadrare il diritto di sopralzo all'interno delle situazioni reali tipiche, esercitabili in via immediata ed esclusiva da parte del titolare (p.53-54)."

Superato lo scoglio del riferimento al diritto di superficie e ricondotta la fattispecie normativa all'interno della logica proprietaria, resta da valutare se sia preferibile definire il diritto di sopraelevazione come <<un potere contenuto nel diritto di proprietà dell'ultimo piano>>, ossia come <<un particolare contenuto di tale proprietà>> (Comporti), ovvero come un diritto reale autonomo, dotato di un suo specifico contenuto (Furgiuele-Triola).

Secondo l'A., "il vero è che il fondamento del diritto in oggetto e la fonte di giustificazione della sua anomalia rispetto al sistema (autonomia negoziabilità n.d.r.) si rinviene proprio nella norma che lo istituisce, la quale – a differenza del precedente del codice del 1865 – non si limita a disciplinare un conflitto di interessi sorto per la realizzazione in via di fatto di una sopraelevazione, ma rappresenta la norma costitutiva di un potere, dotato di un suo specifico contenuto. Detto ciò, occorre rilevare come la contrapposizione fra le due tesi da ultimo richiamate, netta sul piano teorico, non sempre comporta sul piano applicativo soluzioni differenti (p.55-56)".

Ai nostri fini pratici vale tuttavia la pena di accennare agli ulteriori problemi che emergono dalla fattispecie normativa: ad esempio l'ammissibilità di un atto di rinuncia all'indennità, da ricondursi al tema della derogabilità del disposto di cui all'art.1127 c.c.. "Al riguardo, occorre rilevare che se il dato testuale è esplicito quando, nell'attribuire il diritto di sopraelevare al proprietario

dell'ultimo piano, fa salvo un diverso titolo, analoga considerazione non può farsi con riguardo al profilo che qui ci interessa, visto che la stessa disposizione lascia insoluta la questione dell'estensibilità del patto contrario all'obbligo di indennizzo, affidando in tal guisa all'interprete il compito di un'eventuale estensione analogica della norma (p.58-59)". Un dato sembra comunque desumibile all'A. del saggio dalla norma più volte citata e dalle altre disposizioni dettate in materia di condominio, "e cioè che la deroga alla normativa generale, ai fini della sua rilevanza, deve essere resa in contesti e secondo forme specifici. In particolare, il titolo contrario all'applicazione dell'art.1127 c.c., ivi incluso – se ammissibile – l'atto di rinuncia all'indennizzo, deve essere coevo alla costituzione del condominio, inserito nel contratto di divisione o nel primo atto di alienazione da parte del costruttore o dell'originario unico proprietario e posto a conoscenza dei successivi acquirenti dallo stesso, ovvero incluso all'interno di un regolamento c.d. contrattuale alla cui approvazione abbiano preso parte tutti i condomini. Per ciò che riguarda più specificamente il tipo di pubblicità a cui sottoporre questo tipo di atto, tanto la forma e la natura dell'atto che recepisce la rinuncia, quanto la qualificazione degli interessi in gioco, comunque riferibili alla titolarità dei diritti reali immobiliari, potrebbero giustificare la trascrizione (p.59.60)".

Altre questioni attengono.

- alla prescrivibilità del diritto di sopraelevazione, che in coerenza con l'impostazione prospettata deve pertanto ritenersi imprescrivibile;

- alla posizione degli altri condòmini circa la possibilità di contestare la stabilità dell'edificio (diritto imprescrivibile, in quanto trova fondamento nella violazione del diritto di proprietà) e l'aspetto architettonico ovvero la diminuzione dell'aria e della luce dei piani sottostanti (diritto di servitù, come tale soggetto ad un termine ventennale di prescrizione);

- alla cedibilità del diritto di sopraelevazione: "al riguardo sembra doversi pervenire a diversa soluzione a seconda che si consideri il diritto di sopraelevare come un potere riconosciuto dalla disciplina del condominio in capo al proprietario dell'ultimo piano o del titolare esclusivo del lastrico, ovvero si consideri un diritto reale autonomo. Nel primo caso di dovrebbe, in modo coerente alla premessa, escludere la cedibilità del diritto, almeno nei termini e con le caratteristiche desumibili dall'art.1127 c.c.; alla stregua del secondo orientamento la negoziabilità del diritto in questione sarebbe – in via astratta – ammissibile, fermo restando che l'ipotesi del trasferimento di un diritto di sopraelevare svincolato dalla titolarità del lastrico sembra esulare dall'ambito di applicazione dell'art.1127 c.c. (se effettuata a favore di soggetto non condomino, come meglio precisato nel saggio di Gabrielli in appresso n.d.r.) e generare una fattispecie diversa da quel-

la ivi regolamentata (diritto di superficie, n.d.r.)".

Facoltà di sopraelevazione dell'edificio condominiale ed autonomia privata.

Il saggio breve di Giovanni Gabrielli (prof. emerito dell'Università di Trieste) è pubblicato sulla Rivista di diritto civile, ed. CEDAM, 2009, I, p.37 ss. e costituisce quasi la logica continuazione dell'articolo precedente.

L'esimio A. fa un'ampia riflessione sulla derogabilità della disciplina contenuta nell'art.1127 c.c. attraverso quattro punti d'indagine.

1 – L'ammissibilità dell'attribuzione della facoltà di sopraelevazione (evidentemente in forza di titolo negoziale) a soggetto diverso da quello che secondo la norma ne è titolare. La prima ipotesi, par di capire, riguarda l'attribuzione della facoltà a soggetto diverso disposta dal "titolo del condominio": ciò è consentito letteralmente dalla norma in questione ("...salvo che diversamente risulti dal titolo"). E' evidente la possibilità sia di sottrazione, sia di limitazione, sia di successiva licenziazione (anche ad altro soggetto) della facoltà di sopraelevazione da parte del titolo condominiale, ovvero del "gruppo dei condomini" (p.38).

2 – Indennità dovuta dall'esercente la facoltà di sopraelevazione: è prevista per legge dall'art.1127 c.c. ed è quindi dovuta sia dall'esercente la facoltà, sia dall'eventuale soggetto diverso e successivo.

E' derogabile sia dal titolo del condominio sia da titolo successivo.

Ma tale deroga spiega effetto nei confronti degli aventi causa da condòmini che l'avevano accettata, anche se nel successivo atto di acquisto la sottrazione stessa non sia stata affatto menzionata (cosa che talora/spesso accade nei nostri titoli, immemori del regolamento condominiale contrattuale)?

Come si può opporre tale deroga ai soggetti entrati nella compagine condominiale in tempo successivo? L'A. afferma che la deroga non è implicita nell'attribuzione di un diritto esclusivo sullo spazio sovrastante l'edificio. D'altro canto non risulta neppure agevole trascrivere nei registri immobiliari il titolo (con effetti obbligatori) che prevede tale sottrazione, stante la lacunosità del nostro ordinamento civilistico in materia di pubblicità.

3 – Circolazione successiva della facoltà di sopraelevare. La cessione della facoltà di sopraelevazione da parte del titolare è generalmente ritenuta ammissibile sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza. “La sopraelevazione è oggetto di una facoltà, ossia di una delle componenti del diritto di proprietà, non già di un autonomo diritto (p.42)” a sé stante o di superficie...Vero è piuttosto che la facoltà del proprietario, una volta trasferita ad altri, muta natura, configurandosi come un autonomo diritto reale sulla cosa altrui: così accade, appunto nel caso di cessione della facoltà di edificare, che in capo all'acquirente non proprietario” (di porzioni condominiali) “diviene diritto di superficie, a norma dell'art.952 c.c.” (prescrittibile per non uso ventennale ex art.954, ul-

timo comma, c.c., diversamente dalla facoltà inerente al diritto di proprietà). Occorre quindi distinguere, per l'A., in particolare al fine di ammettere o no la prescrizione, secondo che il trasferimento della facoltà di sopraelevare avvenga per effetto di alienazione o di riserva in capo all'alienante dell'ente condominiale cui la facoltà medesima è concessa, in favore di altro condomino o di estraneo al gruppo condominiale: nell'un caso non verificandosi prescrizione, nel secondo (diritto di superficie a favore dell'estraneo) verificandosi la prescrizione.

Per quanto concerne la pubblicità nei registri immobiliari della cessione della facoltà di sopraelevare è “evidente l'oggettiva esigenza di darvi corso in ogni caso, al fine dell'opponibilità all'avente causa dal cedente, il quale si vedrebbe in difetto sottratta, senza che la circostanza sia stata resa da lui conoscibile, una facoltà che egli ha ragione di ritenere connessa, in forza di legge o di titolo, con la proprietà dell'ente condominiale acquistato. Tale esigenza deve indubbiamente essere soddisfatta, a norma dell'art.2643, n.2, c.c., se la cessione si traduce in costituzione di un diritto di superficie” (come nel caso in cui cessionario sia un estraneo al condominio). “(p.44) Dubbio è, invece, che possa esserlo nel caso in cui, circolando la facoltà di sopraelevare all'interno della compagine condominiale, non può dirsi costituito un diritto reale su cosa altrui: dubbio” che si inserisce nella già rilevata lacuna del sistema ordina-

mentale civilistico italiano che non prevede la trascrizione anche degli atti che modificano il contenuto della proprietà immobiliare. Secondo l'A. "occorre che l'interprete si arroghi il potere di colmare la lacuna dell'art.2643, n,1, c.c...per assolvere un compito di razionalizzazione del sistema, anche in casi diversi da quello ora in esame: con riguardo, per esempio, al patto di indivisione di cui all'art.1111, comma 2°...(p.45)".

4 – Derogabilità dei limiti legali alla facoltà di sopraelevazione. La facoltà di sopraelevazione è soggetta a limiti (art.1127, comma 2° e 3°, c.c.) che ne precludono l'esercizio, in assoluto o con determinate modalità. Tali sono le condizioni statiche (normalmente inderogabili, salvo il rafforzamento statico a cura e spese del sopraelevante previo consenso degli altri condomini) ed il pregiudizio architettonico e di godimento dell'aria e luce da parte di chi occupa i piani sottostanti (derogabili con il consenso sempre dei condomini e non costituenti quindi una "preclusione assoluta -p.46").

Divisione e sistema dei contratti.

Lo scritto di Angelo Luminoso (prof. ord. dell'Università di Cagliari) riportato sulla Rivista di diritto civile, ed. CEDAM, 2009, I, p.1 ss, riprende e sviluppa la relazione presentata al Convegno Contratto di divisione e autonomia privata, organizzato dalla Fondazione Italiana per il Notariato, svoltasi al Forte Village (Santa Margherita di Pula-Cagliari) nei giorni 30-31 maggio 2008.

Il testo appare oltremodo significativo, sia per la lucidità dell'analisi e

delle conclusioni (natura costitutiva degli effetti della divisione), sia per il procedere dell'argomentazione, esemplare per chiarezza espositiva.

Scopo dell'indagine è denunciata-mente "quello di analizzare il fenomeno divisionale dall'angolo visuale del sistema dei contratti", donde la prima constatazione, che trattasi di "contratto legalmente tipico", quantunque privo di una definizione normativa.

La seconda considerazione è che "la divisione non è l'unico strumento capace di sciogliere una comunione, di far venir meno cioè una situazione di contitolarità di diritti (reali)", basti pensare alla divisione nella comunione ereditaria (artt.713.768 c.c.), alla divisione nella comunione ordinaria (artt.1111.1116 c.c.), alla divisione nella comunione legale tra coniugi (art.194 c.c.), alla divisione nella liquidazione delle società di persone (art.2283 c.c.), alla divisione testamentaria (art.734 c.c.), alla collazione (art.737 c.c.) al patto di famiglia (art.768-bis ss. c.c.).

In relazione alla <<tecnica divisionale>> (fonte?) rileva l'A. che "l'ordinamento positivo prevede oltre alla divisione contrattuale (o amichevole) la divisione giudiziale".

Nel cammino di avvicinamento verso gli effetti e la natura del contratto divisorio, viene in considerazione l'intento pratico delle parti che ha tuttavia spesso portato all'identificazione della divisione con la permuta. Dall'analisi dell'intento (insieme dei risultati programmati) si origina l'oggetto del

contratto e da questo il contenuto del contratto tipizzato.

“Per stabilire se si tratti di permuta o di divisione bisogna accertare quale sia l’oggetto dell’accordo delle parti. Se l’oggetto è <<lo scambio dei diritti di comproprietà>> il contratto è una permuta, se invece il contratto <<mira a rendere concreta, come si suol dire, la quota astratta di ognuno>>, se ciascuno dei condòmini <<desidera ricevere, al posto della sua quota astratta di comproprietà, la proprietà esclusiva di una quantità di beni il cui valore stia a quello dei beni spettanti agli altri nello stesso rapporto delle quote indivise>>, il contratto è una divisione (p.4)”.

L’intento pratico delle parti, il risultato che i condividenti si propongono di raggiungere, è innanzitutto quello “di vedere concretata la loro quota astratta di comproprietà nella proprietà solitaria di uno o più beni determinati”, ossia di passare da una situazione di contitolarità a quella di unica titolarità di beni di valore corrispondente alla rispettiva quota (artt.726 comma 2 e 1114 c.c.).

Nel risultato primario risulta incluso un secondo risultato: lo scioglimento della comunione (che da taluno –Amadio– si è ritenuto di poter escludere dagli “elementi” propri della divisione).

Dalla valutazione degli intenti non potevano essere esclusi i patti con funzione preparatoria della futura divisione (“contratto preliminare” divisionale) ed i patti con funzione impeditiva della divisione stessa (“patto di rimanere in comunione” –

art.1111 c.c.- per un tempo massimo di dieci anni: patto con effetti non meramente obbligatori, avendo rilevanza anche nei confronti degli aventi causa dei paciscenti).

Si giunge così alla parte centrale e più rilevante del saggio, là dove si afferma che ricadono nell’area di questo contratto la divisione mediante conguagli (art.728 c.c.), la licitazione dei beni in natura ad uno dei condividenti con attribuzione all’altro o agli altri di somme di denaro (artt.757, 720 e 719 c.c.), la vendita di beni ad un terzo con distribuzione del ricavato tra i condividenti (argomentando ex art.720 c.c.), l’assegnazione convenzionale di beni comuni ad uno solo dei condividenti con attribuzione da parte di questi agli altri di beni in natura estranei alla comunione (argomentando ex artt.719 e 720 c.c.), poiché “il nocciolo duro del negozio divisorio è costituito, in definitiva, dall’apportionamento proporzionale (p.7)”. Deve pertanto “negarsi natura divisionale a quei contratti misti o complessi nei quali l’intreccio tra funzione distributiva e funzione di scambio (o di transazione) escluda l’elemento dell’apportionamento proporzionale alla quota. Diverso discorso deve farsi, s’intende, in relazione alle ipotesi nelle quali, pur qualificando le parti il concreto contratto come <<vendita>>, <<permuta>> o <<transazione>>, l’effettivo significato economico dell’operazione sia rappresentato dall’attribuzione a ciascuna di esse di valori proporzionali alle rispettive quote. E’ attraverso questo percorso che già nell’ultimo quarto di se-

colo decorso si è radicato nella dottrina italiana il concetto unitario di (contratto di) divisione, indipendente tanto dalla provenienza dei beni che ne formano oggetto quanto dalla apparente configurazione giuridica che venga data dalle parti all'operazione."

Gli elementi caratterizzanti il tipo legale contrattuale di divisione sono:

1) i soggetti del contratto (tutti i comunisti, la mancanza di uno dei quali rende il contratto nullo, come si desume anche dall'art.784 c.p.c. che ravvisa un litisconsorzio necessario tra tutti i compartecipi). A seconda dei casi il contratto assume i caratteri di un negozio bilaterale ovvero plurilaterale –ovviamente senza comunione di scopo-. Sono quindi compatibili sia la divisione c.d. per gruppi, sia la c.d. divisione a stralcio.

2) I beni del contratto: sono i beni comuni. Oltre all'ipotesi fisiologica (c.d. divisione in natura), si devono annoverare la divisione parziale, la divisione avente "ad oggetto oltre beni già comuni anche beni estranei alla comunione: si tratta delle ipotesi in cui le parti prevedono il pagamento di conguagli ovvero l'attribuzione di denaro o di altri tipi di beni non comuni per la formazione delle porzioni", a compensazione delle ineguaglianze in natura. Rientrano nel fenomeno divisorio (anche se non costituiscono contratti di divisione, ma vendite o permutate), la divisione avente ad oggetto unicamente beni non facenti parte della comunione, come accade nei casi di vendita di beni

comuni ad un estraneo e di ripartizione del ricavato fra i partecipi in proporzione alle rispettive quote.

3) L'effetto giuridico, implicito e riflesso, del venir meno della situazione di contitolarità, al posto della quale subentra una situazione di titolarità solitaria sui singoli beni. Effetto implicito, in quanto implicato dal risultato distributivo (artt.764 comma 1, 1111 e 1112 c.c.) ed effetto riflesso, in quanto originato da vicende del più vario contenuto (a: costitutivo –ad es. usucapione della cosa comune da parte del singolo compartecipe-, b: estintivo –ad es. rinuncia abdicativa della propria quota da parte di uno dei due comproprietari-, c: traslativo –ad es. trasferimento da parte di un comunista all'altro comunista della propria quota sul bene comune o del trasferimento da parte dei condomini ad un terzo di tutte le loro quote).

La questione della qualifica della natura degli effetti resta tuttavia aperta, nonostante l'individuazione del predetto effetto tipico, "perché il problema è proprio quello di capire quale congegno giuridico-formale produca l'effetto di sciogliere la comunione (p.10)". Alla luce dell'art.757 c.c. l'A. ritiene che "il nostro legislatore ha attribuito, di massima, al c.d. effetto dichiarativo il ruolo di fattispecie dell'effetto estintivo della contitolarità. Deve tuttavia escludersi che costituisca effetto necessario ed immancabile del contratto di divisione la c.d. efficacia dichiarativa prevista dall'art.757 c.c., ossia l'acquisto con efficacia retroattiva, da parte di

ciascun condividente, dei beni assegnatigli in forza dello stesso titolo costitutivo della comunione (p.10)". Infatti questo tipo di effetto non accompagna sempre e in tutti i casi la divisione e appunto per tale motivo non rappresenta un elemento caratterizzante il tipo contrattuale divisorio. Tuttavia "la disposizione, in quanto richiamata anche (per la divisione) nella comunione ereditaria (art.1116 c.c.)...assume il valore di un principio generale valido per qualunque contratto divisorio. Il problema è quello di determinarne il preciso significato e l'esatta portata (p.12)". Certo è che la divisione non dà luogo ad un acquisto e ad una perdita di diritti e che quindi nessun trasferimento di diritti si opera per effetto della divisione dall'uno all'altro dei condomini (G. Deiana). L'art.757 c.c. "non si limita quindi a statuire che l'acquisto dei beni assegnati in proprietà esclusiva a ogni coerede opera con effetto retroattivo dall'apertura della successione, ma stabilisce che il titolo di acquisto di tali beni è rappresentato, con efficacia ex tunc, dalla successione mortis causa (p.13)" Di qui una serie di corollari, tra cui, ad esempio, che la divisione non può costituire <<titolo idoneo>> ai fini dell'applicazione delle norme sugli acquisti a non domino ed in particolare delle norme degli artt.1153 e 1158 c.c.; che la trascrizione della divisione non produce gli effetti di cui all'art.2644 c.c., ma quelli più limitati dell'art.2646 c.c.. "La dottrina tradizionale qualificava questo tipo di vicenda effettuale in termini di <<efficacia dichiarativa>> e di qui

traeva l'illazione di una pretesa natura dichiarativa della divisione. La dottrina più moderna ha rimosso quasi completamente l'equivoco ed assegna al dogma della dichiaratività della divisione l'unico significato plausibile, ossia che ciascun condividente non può considerarsi un avente causa dalla pluralità dei partecipanti alla comunione sia come universitas sia come singoli. ...Non può mettersi seriamente in dubbio, quindi, la natura costitutiva degli effetti della divisione, giacché la situazione giuridica preesistente alla divisione (ossia la contitolarità indivisa pro quota dei beni ereditari) è diversa dalla situazione che si instaura in conseguenza della divisione (proprietà esclusiva della porzione). Il predetto regime effettuale caratterizza non solo la divisione ereditaria ma anche gli altri fenomeni divisionali (argomentando ex art.1116 c.c.) (p.14).

Trattandosi di un effetto che si traduce in una vicenda (acquisitiva) di diritti reali si comprende la ragione per la quale la legge (art.1350 n.11 c.c.) prescrive per il contratto di divisione la forma solenne ad substantiam nei casi in cui abbia ad oggetto beni immobili (così come le menzioni urbanistiche -con l'eccezione per le divisioni ereditarie-).

L'efficacia retroattiva del negozio divisorio non è piena ed assoluta ma trova dei limiti: a- non rimangono travolti gli atti di esercizio dei diritti in comunione; b- i frutti prodotti dai beni comuni maturati e separati durante la comunione costituiscono una separata massa da dividere tra

i compartecipi; c- le servitù costituite per destinazione del padre di famiglia durante lo stato di indivisione si conservano.

Resta dubbia in dottrina la derogabilità pattizia dell'art.757 c.c..

Alla luce dei tratti caratteristici sopra individuati, la causa del contratto divisorio sembra consistere nell'attribuzione a ciascuno dei compartecipi di una porzione di beni (in proprietà esclusiva) di valore proporzionale alla quota, finalizzata allo scioglimento della comunione. Con una formula di sintesi può dirsi che la funzione divisororia è quella di apporzionare i comunisti in misura proporzionale alle rispettive quote, facendo venir meno la contitolarità originaria (causa e funzione del negozio sono infatti la sintesi degli effetti giuridici essenziali dello stesso).

Tuttavia mi sembra, da ultimo, assai interessante segnalare il contenuto del capitolo finale del saggio di A. Luminoso, in cui pare progressivamente emergere una distinzione tra causa e funzione del negozio divisorio (p.25-26).

“Quanto alla riconduzione nell'ambito di un'unica categoria concettuale designata <<distribuzione proporzionale>> o <<funzione distributiva>>, delle varie figure negoziali ricordate – divisione contrattuale, divisione testamentaria, patto di famiglia – ho già rilevato sopra che, a mio avviso, tra ciascuno di questi negozi sussistono differenze significative. Con specifico riguardo alla configurabilità e utilità della <<distribuzione proporzionale>> come categoria funzionale di

carattere generale, vorrei osservare che la dottrina, nel catalogare i diversi <<genera>> di cause giustificative degli spostamenti patrimoniali, già da tempo ha raggruppato i vari titoli giustificativi in altrettanti schemi funzionali generici (si pensi alle iustae causae di scambio, di liberalità, creditizia, di garanzia, gestoria, e via dicendo). Se ciò è vero, è anche vero però che occorre non perdere di vista che ciascuna delle figure negoziali riconducibili alle diverse <<famiglie>> di cause giustificative delle attribuzioni patrimoniali è caratterizzata da una sua causa specifica e soprattutto che a ognuna di esse corrisponde un diverso tipo negoziale...Nulla in contrario quindi ad aggiungere alla lista delle iustae causae la <<funzione distributiva>> purchè però non si arrivi a giustificare in toto lo schema funzionale generico (che funge da criterio unificatore del raggruppamento) con la causa specifica che contrassegna ciascun tipo negoziale.”

DIRITTO COMMERCIALE

Autonomia negoziale nella s.r.l. e compagine familiare: la personalizzazione della partecipazione.

Luigi Balestra (prof. straord. dell'Università di Bologna) si inserisce su questo interessante tema con un breve ma significativo studio (in onore di Giorgio Cian), che compare sulla Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, ed. Giuffrè, 2009 p.11 ss: quasi un “obiter dottrinale” per la rivista, che tuttavia non disdegna di sollecitare l'attenzione dei giuristi

sull'argomento sia per l'analisi della tipologia societaria focalizzata sia per i riferimenti operativi.

La società a responsabilità limitata è stata pensata dal legislatore del 1942 come una piccola società per azioni, i cui vantaggi "rispetto al modello di riferimento andavano individuati nella maggiore flessibilità del regime statutario e nei minori costi di costituzione e di funzionamento.(p.11)"

Responsabilità limitata con costituzione di un organismo a capitale modesto ed assetto di governance con possibilità di interazione continuativa tra i soci hanno offerto sufficienti motivi per la diffusione di questo tipo societario soprattutto nell'ambito familiare ma anche tra estranei (soprattutto poco numerosi).

"La riforma del diritto societario ha significativamente inciso sulla disciplina delle s.r.l. – restituendola, secondo una efficace espressione, alla libertà (Spada) – attraverso un'innovazione delle linee essenziali cui si era in passato ispirata la regolamentazione: essa, secondo un'indicazione rinvenibile nei lavori preparatori della riforma, da piccola società per azioni si è trasformata – rectius: è divenuta suscettibile di trasformarsi – in società di persone a responsabilità limitata. E' infatti aumentato il grado di derogabilità della normativa...(p.13-14), valorizzando alcuni istituti quali il conferimento di prestazione d'opera o di servizi, i sistemi di amministrazione pluripersonale non collegiale (disgiuntiva, congiuntiva, mista), l'introduzione di deroghe – per

l'adozione delle principali decisioni di competenza dei soci (incluse l'approvazione del bilancio e quelle inerenti alla nomina degli amministratori) – al metodo assembleare, l'attribuzione ad uno o più familiari di una c.d. golden quote ex art.2468, commi 3° e 4°, c.c. (p.15)."

La s.r.l. rappresenta un istituto suscettibile di oscillazioni di tale ampiezza che, a seconda del grado di utilizzo dell'autonomia negoziale, può avvicinarsi ad una società di persone ovvero rimanere fedele alla tradizionale configurazione di piccola società azionaria. "Dire, dunque, oggi di essere in presenza di una s.r.l., vale soltanto ad indicare una società con limitazione di responsabilità, ma non ad identificare le modalità attraverso le quali l'attività sociale può essere svolta e, dunque, le regole cui soggiace. A tal fine, si rende necessario un esame dello statuto allo scopo di verificare se ed in quale misura i soci si siano avvalsi degli ampi poteri di regolamentazione concessi dalla riforma giacchè la s.r.l., quale modello legale rinvenibile nel codice, rimane pur sempre orientata verso la s.p.a. (p.16)".

L'autonomia negoziale concessa "rappresenta un indubbio <<valore>>, idoneo a consentire l'emersione della specifica dimensione familiare sottostante a quella imprenditoriale." Tuttavia detta disciplina contiene non poche <<pillole avvelenate>> (Poli-Vancini, Magliulo-Tassinari): basti pensare all'azione di responsabilità verso gli amministratori, alla legittimazione

dei soci ad ottenere la revoca dell'amministratore, alla responsabilità personale del socio, a determinate condizioni, al diritto di ispezione, che rappresentano senza alcun dubbio "momenti attraverso cui la riforma, indipendentemente dal ricorso all'autonomia contrattuale, ha accentuato la connotazione in senso personalistico della s.r.l." e che potrebbero scongiurare il ricorso al <<tipo>> societario in quanto forieri di potenziali iniziative ricattatorie da parte di soci marginali che non hanno nulla da perdere.

"La riforma del diritto societario, con riferimento alla disciplina della partecipazione, ha seguito quale criterio guida quello della rilevanza centrale dell'azione nelle s.p.a. e della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci nelle s.r.l.. In tale differenziazione si è colta l'esigenza del riformatore di connotare in senso personalistico la partecipazione nelle s.r.l., la quale, intesa come espressione di una molteplicità di situazioni soggettive e passive, si caratterizza per l'inerenza ad uno specifico socio. In tale prospettiva, si è affermato il principio della libera determinazione del valore della partecipazione": l'art.2468 c.c. ha decretato l'abbandono del necessario rapporto di proporzionalità tra conferimento e partecipazione ed inoltre ha previsto la possibilità di attribuzione di diritti particolari ad un singolo socio.

a – Il <<privilegio>> personalizzato consentito dalle vigenti disposizioni normative, può consistere in una partecipazione di valore maggiore

rispetto all'entità dei conferimenti. E' infatti possibile "prevedere che la partecipazione di uno o più soci non sia proporzionale al valore dei conferimenti, fatto salvo in ogni caso il rispetto della regola per cui il valore dei conferimenti non può essere complessivamente inferiore all'ammontare globale del capitale sociale (art.2464, comma 1, c.c.) (p.19). ...L'ipotesi estrema del conferimento non proporzionale è quella del socio che acquisisca una partecipazione senza effettuare alcun conferimento, all'uopo provvedendo un altro socio. Può essere il caso, secondo un esempio prospettato, di un genitore che costituisca una società con due figli conferendo un unico bene di sua proprietà imputato per la misura di due terzi a conferimento, in parti uguali, da parte dei figli. L'operazione, realizzabile anche mediante la donazione di una quota pari ad un terzo del bene a ciascuno dei figli onde consentire loro di effettuare il conferimento, reca con sé il pregio di consentire al genitore, a fronte di un conferimento in parti uguali, di confezionare partecipazioni non proporzionali; con l'evidente risultato che, nonostante il <<privilegio>> riconosciuto ad uno dei figli in ordine alla complessiva posizione all'interno della società, ai fini del calcolo della quota di legittima dovrà ritenersi che ciascuno di essi abbia beneficiato di una liberalità di medesimo ammontare (p.20-21)".

b – Diverso è invece il <<privilegio>> personalizzato in relazione al profilo dei contenuti della partecipazione di uno o più soci.

Quest'ultima può essere strutturata contemplando nell'atto costitutivo "diritti particolari concernenti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili (p.21)".

1 – Non v'è dubbio che possa attribuirsi ad uno dei soci l'incarico di amministratore ovvero il potere di nominare uno o più amministratori (amministratore revocabile dai soci solo per giusta causa); inoltre è possibile contemplare il diritto di un singolo socio di autorizzare la realizzazione di determinate operazioni o di deciderne direttamente il compimento (ferma la responsabilità di cui all'art.2476, comma 7°, c.c.). Dubbia è invece la possibilità di incidere sul diritto di voto che l'art.2479, comma 5°, c.c. riconosce a ciascun socio in misura proporzionale alla partecipazione.

2 – Può stabilirsi, in relazione agli utili, "che un determinato socio abbia diritto ad un utile maggiorato rispetto a quanto competerebbe in base alla partecipazione; ovvero il diritto all'assegnazione di una data aliquota degli utili netti di bilancio o, ancora, il diritto alla percezione degli utili indipendentemente da ogni decisione sulla distribuzione (p.23-24)".

Tutti i diritti in questione non sono modificabili, in assenza di una diversa clausola dell'atto costitutivo, senza il consenso unanime dei soci ed inoltre "l'inerenza dei diritti particolari alla persona del socio spinge a sostenere che essi non rientrino nel contenuto della partecipazione, la quale, se trasferita, non comprenderà gli anzidetti diritti (p.24)".

La possibilità di plasmare la partecipazione societaria implica, alla base, una sorta di <<giudizio di valore>> dell'apporto e del ruolo di ciascun socio e, per tali ragioni, appare particolarmente congeniale alle realtà familiari.

"Il genitore potrebbe, ad esempio, conferire le partecipazioni societarie di cui è titolare in una nuova società costituita con i figli, riservandosi una partecipazione di modesta entità che, tuttavia, gli attribuisca il diritto ad una percentuale di utili maggiorata ed indipendente da una distribuzione dei medesimi, così garantendosi un reddito per il futuro e lasciando ai figli il compito di provvedere alla gestione (p.26)" (diritti modificabili solo con il consenso unanime dei soci).

Infine "il genitore che non abbia interesse alla conservazione di forme di guadagno provenienti dalla società potrebbe ugualmente tenere per sé una partecipazione di modesta entità riservandosi, a titolo di diritto particolare, la possibilità di continuare ad incidere sulla gestione della società".

Come può constatarsi la costruzione di s.r.l. come "abiti su misura" è ormai una realtà.

FILOSOFIA E SOCIOLOGIA DEL DIRITTO

Perchè siamo post-secolari

Questa esile rubrica, spesso dimentica e sommaria ma talvolta ambiziosa di senso, mette ogni tanto in conto di non lasciar trascorrere invano articoli come quello di Jürgen Habermas (prof. emerito di Fi-

losofia all'Univ. J.W. Goethe di Francoforte), apparso sul n.108/2008 (luglio-agosto) del periodico *Reset*, (ed. Reset), per la vasta eco suscitata, per i continui commenti e le prese di posizione - favorevoli e distintive- che non cessano di susseguirsi in argomento ed infine per i temi culturali e socio-giuridici implicati, tutti di stringente attualità internazionale, costituzionale e civilistica (vita/morte: testamento biologico, diritto ambientale, bioetica, controllo delle nascite e rapporti interpersonali).

Come nell'intera società, anche nel Notariato si rileva una certa qual tensione (e, forse, già una evidente spaccatura) tra cosiddetti laici e laicisti, per cui è decisamente opportuno soffermarsi su una riflessione di autorevole provenienza e non sospetta di inquinamento religioso o ideologico, sfruttando il sunto del pensiero di un illustre e insigne Autore.

Quella che secondo il filosofo tedesco si sta combattendo sul fronte del rapporto tra cultura/religione e sfera pubblica è una vera, importante e primaria battaglia culturale. Nel rilanciare la validità della distinzione laici-laicisti (già segnalata in questa rubrica gli anni scorsi), lo studioso francofortese, mette in guardia da chi vuole confinare le religioni – e con esse le preziose risorse di senso di cui sono portatrici – nella dimensione privata.

Avanza poi una provocazione: “Io mi chiedo se un'ipotetica mentalità laicistica della gran massa dei cittadini non finirebbe per essere altrettanto poco desiderabile quanto

una deriva fondamentalistica dei cittadini credenti.”

Tra religione e politica l'obiettivo è quello di una convivenza riflessivamente illuminata. Le religioni possono assumere il ruolo di <<comunità della interpretazione>> e – su temi determinati – influenzare la formazione pubblica dell'opinione e della volontà, fornendo contributi che risultano ogni volta importanti.

Nei conflitti sulle questioni come la legalizzazione dell'aborto, le cure terminali, il testamento biologico, i problemi bioetici della medicina riproduttiva, la tutela animale e le variazioni climatiche, noi ci misuriamo con un quadro argomentativo così complesso, che non possiamo mai sapere quale partito disponga delle giuste intuizioni morali.

Lo Stato laico non deve integrare le minoranze nell'egualitarismo civico in modo così drastico da svellere gli individui dai loro contesti identitari. Ci sono donne musulmane che “rifiutano la maniera con cui Hirsi Ali (Il 2 novembre 2004, in Olanda, l'uccisione di Theo van Gogh scatenò una appassionata discussione pubblica non soltanto sulla vittima, ma anche su Mohammed Bouyeri, l'assassino, e su Ayaan Hirsi Ali, il vero obiettivo della furia omicida – p.27-) accolla all'islamismo e non alle singole culture regionali e tribali – la responsabilità della loro oppressione”. I musulmani saranno integrabili nella società occidentale non a dispetto della loro religione, ma soltanto in armonia con essa.

A che serve una disputa accesa tra un relativismo culturale imbellettato

e un laicismo antireligioso e demodè?

E poi ci sono i voltagabbana passati a destra e che si alleano con i neocom.

Bisogna quindi distinguere tra laici e laicisti. I secondi continuano a pensare che la religione è una sopravvivenza premoderna del pensiero e che i contenuti di fede sono scientificamente screditati. Questo pregiudizio scientificistico li spinge a polemizzare con vivacità contro le tradizioni religiose. I laicisti chiedono che la religione si ritiri dalla sfera pubblica e che non avanzi la pretesa di essere “presa sul serio” come risorsa. Ma i laici non devono escludere a priori la possibilità di scoprire, nei contributi religiosi, dei contenuti suscettibili di essere utilmente tradotti sul piano dell’argomentazione pubblica.

Tolleranza significa che credenti e non credenti si concedono a vicenda convinzioni pratiche e forme di vita che essi magari non approvano affatto. Questa concessione deve poggiare sulla base comune di quel <<reciproco riconoscimento>> che consente di mettere tra parentesi (senza cancellarle) le dissonanze ripugnanti (ad es., per una certa parte, da ultimo, i matrimoni tra omosessuali).

“Tuttavia, la neutralità ideologica dello Stato non vieta affatto di ammettere contributi religiosi all’interno della sfera pubblica politica, purchè il processo *istituzionale* di <<decision making>> a livello parlamentare, giudiziario, ministeriale e amministrativo rimanga sempre nettamente separato dalla

informale partecipazione dei cittadini alla comunicazione pubblica e alla formazione dell’opinione. Il principio della <<separazione di Stato e Chiesa>> richiede un filtro tra queste due sfere: un filtro attraverso il quale pervengano alle agende formalizzate delle istituzioni statali soltanto i contributi che, tratti fuori dalla babilonica confusione linguistica della sfera pubblica, siano stati preventivamente *tradotti* in linguaggio secolare.

Due ordini di motivazioni parlano in favore di questa liberale apertura. In primo luogo, bisogna permettere di partecipare – anche in lingua religiosa – alla formazione politica della volontà anche alle persone che non sappiano, o non desiderino, scindere le loro convinzioni morali e i loro vocabolari in una componente profana e in una componente religiosa. In secondo luogo, è opportuno che lo Stato democratico non riduca preventivamente la complessità polifonica delle diverse voci pubbliche, in quanto esso non può mai sapere se, così facendo, non stia privando la società di risorse utili alla fondazione del senso e dell’identità. Soprattutto riguardo a settori vulnerabili della convivenza sociale, le tradizioni religiose dispongono della capacità di articolare in maniera convincente sensibilità morali e intuizioni solidaristiche (pagg.31-32)”.

Entrambe le parti dovranno impegnarsi – ciascuna dal suo punto di vista – a interpretare il rapporto <<fede-religione>> in maniera tale da rendere possibile una convivenza riflessivamente illuminata.

Sul numero successivo n.109/2008 (settembre-ottobre) del periodico *Reset*, (ed. Reset) compare sempre sul tema del filosofo francofortese l'articolo di Giovanni Fornero (allievo di Abbagnano e noto ai più per l'aggiornamento della *Storia della filosofia* e del *Dizionario di Filosofia*) dal titolo **Laicità, idee a parole da riordinare.** Secondo l'A. occorre fare chiarezza sull'ambiguo termine di laicità, distinguendo con nettezza due significati: una laicità debole e una forte (Vattimo?). Secondo la prima, laico è colui che di attiene ai valori e alle procedure dell'autonomia discorsiva; per la seconda, è colui che pensa e vive *etsi Deus non daretur*, ossia a prescindere da Dio e da qualsivoglia credo religioso.

Lungi dall'aver una portata valutativa <<debole>> e <<forte>> hanno una valenza descrittiva e alludono soltanto a distinte gradazioni di radicalità. Entrambe le accezioni sono legittime, tant'è che ogni tentativo di misconoscere uno dei due significati conduce ad una inevitabile forzatura lessicale e semantica e ad una distorsione dell'esistente. In un certo linguaggio dotto, il significato forte è stato messo da parte e sostituito con l'accezione debole, delegittimando così uno dei significati storicamente più importanti del termine laico, inteso come non credente. E questa delegittimazione viene non solo da studiosi cattolici, ma anche da esponenti di pensiero laico. Occorre chiarire che il laico in senso forte non connota necessariamente un <<laicista>> (nel senso corrente e polemico del termine).

Infatti la laicità in senso forte ospita due possibili atteggiamenti: il primo, <<a-religioso>>, rimanda a un essere senza Dio e senza religione; il secondo, <<anti-religioso>>, a un modo di vivere ostile a Dio e alla religione.

(Forse anche nelle diverse anime del Notariato sussistono tendenze <<forti>> e <<deboli>> sul modo di vedere e interpretare la professione, così come pure nelle tendenze <<forti>> coesistono visioni a-Statali, fortemente decentrate e autonomistiche ed anche anti-Statali, anarchiche).

Ancora: sul numero n.111/2009 (gennaio-febbraio) del periodico *Reset*, (ed. Reset) interviene sul tema la giovane voce di Carlo Invernizzi Accetti (dottorando in scienze politiche alla Columbia University di New York) con l'articolo **Lo <<spettro che si aggira>>: il post-secolarismo.** L'A. ricorda che le prime formulazioni <<scientifiche>> della teoria della secolarizzazione furono avanzate dai fondatori della sociologia moderna: Max Weber e Emile Durkheim, nonostante l'idea che abbia radici profonde nella filosofia dell'Illuminismo l'affermazione che la modernità implichi un declino della religiosità. Weber, per riferirsi al processo costitutivo della modernità, usava il termine <<razionalizzazione>>, cui corrispondeva, quale esito, il termine *Entzauberung* (<<disincanto>> o <<demagificazione>>): solo negli ultimi scritti tale duplice processo viene qualificato <<secolarizzazione>>.

Charles Taylor nell'introduzione di *Secular Age* scrive: <<tutti gli esseri umani>> hanno un <<bisogno ontologico>> di orientare la loro vita in relazione alla trascendenza e su questa base arriva alla conclusione per cui il risorgere della religione si spiegherebbe come reazione al senso di *malaise* provato dall'immanentismo della modernità. Secondo l'A. la secolarizzazione delle nostre società non deve portare a un declino dell'importanza so-

ciale e politica della religione. Anzi, le ragioni della sua persistenza possono essere trovate precisamente in alcuni dei processi costitutivi della secolarizzazione stessa: il fatto che la fede tende a diventare un fatto <<volontario>>, la differenziazione della sfera dell'agire umano e la costituzione della società civile.

(a cura di Franco Treccani)

Notaio contro

TRASFERIMENTO ALL'ESTERO: CAUSA DI SCIoglIMENTO?

CAMERA DI COMMERCIO DI
FROSINONE

Registro Imprese

Oggetto: RIFIUTO DI ISCRIZIONE
IL CONSERVATORE DEL REGI-
STRO DELLE IMPRESE

Preso atto della comunicazione di trasferimento della sede legale all'estero relativa alla Società "ALFA - Srl", R.E.A., presentata in data con prot....., pratica telematica, del tutto speculare alla pratica inviata in data.....;

Visto l'art. 2189 c.c.;

Visti gli artt. 11 e 14 del D.P.R. 581/95;

Considerato che, in data, sono decorsi oltre 30 gg. dagli inviti

ad integrare la pratica, inviati il e il relativamente alla pratica e ribaditi in data relativamente alla pratica

DISPONE

il rifiuto della suddetta denuncia con la seguente motivazione:

- Il trasferimento all'estero della sede legale, quale fattispecie estintiva della società nel territorio nazionale, produce effetti analoghi a quelli che derivano dalla liquidazione del complesso aziendale di pertinenza dell'impresa e, quindi, configura sostanzialmente un'ipotesi di scioglimento per deliberazione dell'assemblea (art.2484, comma 1 n.6, c.c.).

Non si ritiene pertanto sufficiente la presentazione della mera comunicazione del trasferimento della sede legale all'estero, in quanto tale procedura consentirebbe l'estinzione senza previa liquidazione della società stessa, in violazione dell'art. 2487 c.c., oltre che l'elusione della normativa fiscale sulla tassazione a valore di realizzo (art. 166 D.P.R. 917/86).

Si ritiene al contrario imprescindibile, qualora la società trasferisca la propria sede legale all'estero, la formalizzazione della procedura di liquidazione, sia quale strumento di garanzia dei diritti dei creditori sociali che quale procedura obbligatoria per pervenire alla cancellazione della società stessa.

Avverso il presente provvedimento gli interessati possono ricorrere, nel termine di 8 giorni, al Giudice del Registro presso il Tribunale di Frosinone.

IL CONSERVATORE
(Dr.ssa Antonietta Sarra)
IL RESPONSABILE
(Dr.Mauro Catracchia)

==ooOOoo==

TRIBUNALE di FROSINONE
RICORSO ex ART.2189 c.c.

Ill.mo Signor Giudice del Registro delle Imprese,
il sottoscritto dr. Cesare Felice Giuliani, Notaio in Roma, con studio ivi in via Oslavia n.14, ed elettivamente domiciliato ai fini del presente ricorso in Frosinone, via Casilina Nord - Comp. "Le Querce" cap 03100, presso lo studio del Notaio Carlo Fragomeni,

PREMESSO

- che il Conservatore del Registro Imprese di Frosinone ha comunicato ai sensi di legge con raccomandata ricevuta dal sottoscritto notaio in data 27 giugno 2008, il rifiuto di iscrizione (doc.1) del verbale dell'assemblea dei soci della "ALFA - Srl", r.e.a., verbale ricevuto dal sottoscritto notaio in data
....., rep....., nel quale la detta società, tra altro, deliberava il trasferimento della sede all'estero (doc.2);
- che prima di ricevere detto rifiuto formale, il sottoscritto notaio, ha già partecipato ed evidenziato via e-mail alla Camera di Commercio i motivi della legittimità della iscrizione di detto verbale, chiedendo di provvedervi;
- che detto rifiuto formale è il necessario epilogo di posizioni purtroppo contrastanti tra il registro imprese ed il sottoscritto notaio, ufficiale omologante, circa la legittimità della sua iscrizione;
- che da parte del Registro Imprese si è provveduto all'iscrizione di detto verbale solo per la parte relativa al cambio di amministratore;
- che pertanto si rende necessario ricorrere alla S.V. illustrissima ai fini dell'iscrizione di detto verbale per la parte riguardante il trasferimento della sede sociale all'estero.

CONSIDERATO

- che non sono previste ipotesi di scioglimento implicito per le società di capitali (art.2484 c.c. primo comma);
- che lo statuto della società della cui deliberazione dei soci si chiede l'iscrizione, non prevede il trasferi-

mento all'estero come causa di scioglimento (art.2484 c.c. primo comma n.7);

- che nessuna legge prevede il trasferimento all'estero di una società come causa di scioglimento (art.2484 c.c. secondo comma);

- che le ipotesi di scioglimento sono tutte elencate in detto articolo 2484 c.c., e sono tipiche;

- che le considerazioni del registro imprese che, viceversa, ipotizzano uno scioglimento implicito, non solo tradirebbero la reale volontà dei soci, ma introdurrebbero arbitrariamente una nuova causa di scioglimento da aggiungersi a quelle tipiche, espressamente e tassativamente elencate nell'art.2484 c.c.;

- che le considerazioni del registro imprese, infine, renderebbero superfluo ed insignificante il primo comma dell'articolo 2473 c.c. che, legalizzando un'ipotesi tipica di recesso del socio, prevede espressamente il trasferimento all'estero di una società;

VALUTATO

- che, ai sensi dell'art.2436 c.c. primo comma, il sottoscritto notaio ha verificato l'adempimento delle condizioni tutte stabilite dalla legge in relazione alla deliberazione dei soci della società "ALFA – Srl", verbalizzata dal sottoscritto notaio in data, con atto rep. n.....;

- che appare contrario al disposto della legge il doppio giudizio omologatorio che di fatto si è venuto a verificare, non avendo il Conservatore disposto il rifiuto di iscrizione per irregolarità formale del relativo atto ai sensi dell'art.2436 c.c. se-

condo comma, ma avendo disposto il diniego di iscrizione dell'atto per motivi che praticamente riguardano la valutazione della legittimità dello stesso, valutazione che a lui non compete;

- che i motivi adottati dal Conservatore nel disporre il rifiuto formale, per quanto sopra tutto considerato, sono palesemente ultronei, come ultroneo è anche il conseguente riferimento fiscale;

Tutto ciò premesso, considerato e valutato, il sottoscritto notaio

CHIEDE

alla S.V. illustrissima di provvedere affinché detto verbale di trasferimento della sede sociale all'estero della "ALFA – Srl", r.e.a., ricevuto dal sottoscritto notaio in data, rep....., sia iscritto nel Registro Imprese di Frosinone, con conseguente cancellazione di detta società dal registro imprese, o in subordine, con cancellazione di detta società dal registro imprese una volta presentata al Registro Imprese di Frosinone l'avvenuta iscrizione all'estero della stessa.

Si allegano:

doc.1) Copia raccomandata rifiuto di iscrizione;

doc.2) Copia verbale rep.....

Con osservanza

Roma – Frosinone

Cesare Felice Giuliani – notaio in
Roma

==ooOOoo==

TRIBUNALE DI FROSINONE
IL GIUDICE DEL REGISTRO DELLE
IMPRESE

- letto il ricorso ex art. 2189 comma terzo c.c. proposto dal dott. Cesare Felice Giuliani, notaio in Roma, nell'interesse della "ALFA – Srl", con sede in, ed esaminati i documenti allegati;

- rilevato che il ricorrente si duole del rifiuto di iscrizione nel Registro delle Imprese della deliberazione assembleare della società in data, nella parte in cui è stato disposto il trasferimento della sede sociale all'estero, in

- ritenuto che non possono condividersi le motivazioni poste a fondamento del rifiuto di iscrizione adottato dal Conservatore;

- che infatti tra le cause normative tipizzate di scioglimento della società a responsabilità limitata (art. 2484 c.c.) non rientra il trasferimento della sede all'estero;

- che tale evento risulta, almeno indirettamente, contemplato come possibile nel sistema codicistico societario novellato, laddove l'art. 2473 c.c disciplina appunto il diritto di recesso del socio dissenziente rispetto a varia tipologia di deliberazioni assembleari, tra le quali appunto quella concernente il trasferimento della sede sociale all'estero;

- che va pertanto disposta l'iscrizione dell'atto richiesto in vista della successiva cancellazione dal Registro Imprese della società tra-

sferita, che andrà disposta quando risultino assolti gli adempimenti pubblicitari previsti dall'ordinamento di destinazione, dovendo ritenersi la delibera sospensivamente condizionata al riconoscimento del trasferimento nello stato estero;

P.Q.M.

- accoglie il ricorso ex art. 2189 comma terzo c.c. e per l'effetto ordina al sig. Conservatore del Registro delle Imprese di Frosinone l'iscrizione della deliberazione assembleare della "ALFA – Srl", in data, rogata per atto notar Giuliani rep., nella parte relativa al trasferimento della sede all'estero;

- autorizza la cancellazione della società dal Registro delle Imprese di Frosinone dopo l'assolvimento degli adempimenti pubblicitari previsti nell'ordinamento di destinazione;

- manda alla Cancelleria per la comunicazione di copia del presente provvedimento al ricorrente;

- si comunichi al Conservatore del Registro delle Imprese di Frosinone per l'iscrizione e l'esecuzione.

Frosinone,

IL GIUDICE DEL REGISTRO
(Dott. Antonello Bracaglia Morante)
IL CANCELLIERE "C1"
G. Battista Angelisanti

(Cesare Felice Giuliani – notaio in
Roma)

**NOTAIO DUE VOLTE CONTRO :
IMPOSTA FISSA DI REGISTRO PER PIU' CESSIONI DI QUOTE**

Nell'ultimo numero del giornale, alla rubrica "Notaio contro", abbiamo pubblicato gli schemi di ricorso del collega Piercarlo Mattea per opporsi alla pretesa dell'Erario di tassare con più tasse fisse una pubblicazione di testamento che contenesse anche l'acquiescenza allo stesso ed inoltre con più tasse fisse quanti siano gli eredi che prestano l'acquiescenza stessa.

Nel presentare tali ricorsi Piercarlo Mattea, di sfuggita, citava, a contrario, il caso di più cessioni di quote di Srl nello stesso atto, ritenendo in tale caso giustificabile l'applicazione di più imposte fisse.

Il collega Massimo Caspani di Como, è invece ... "Notaio due volte contro" perché ha presentato diversi ricorsi avverso tale pretesa dell'Erario, e finora diverse Commissioni di primo grado gli hanno dato ragione.

Pubblichiamo di seguito la bozza del possibile ricorso.

FACSIMILE RICORSO *

Commissione Tributaria Provinciale
di

Oggetto: Ricorso avverso atto di
..Agenzia delle Entrate ... di prot...,
notificato a mezzo.... in data

Atto di cessione di quote di srl. Im-
posta di registro in misura fissa.

Ricorrente

• XY natoil.... residente
in....c.f...rappresentato e difeso
dall'Avv./Dr. Rag.**, in forza di
procura a margine (o in calce)
del/al presente atto ed elettivamen-
te domiciliato presso il suo studio in
....

contro

Resistente

• Agenzia delle Entrate diin
persona del Direttore pro - tempore
Fattispecie

(descrizione dettagliata della fatti-
specie)

a) Con unico atto, contenente ces-
sioni di quote di srl , per autentica
del Notaio ricorrente, del, rep.
n., registratoal n.

sono state cedute, da parte dello
stesso soggetto (ovvero da parte di
soggetti diversi) quote della società
.....S.R.L. (vedi allegato 1).

b) Trattandosi di atto di cessione di
quote societarie la normativa fisca-
le, a fronte del servizio di registra-
zione, prevede l'applicazione della
tassa fissa di registro di € 168,00
(cfr. art. 11 tariffa allegata al Dpr
131/1986, Imposta di registro).

c) In datal'Agenzia delle Entra-
te di, in dipendenza dell'anzi
detto atto di cessione di quote noti-
ficava avviso di liquidazione prot. n.
...., per l'importo di € per liqui-
dazione di ulteriore imposta fissa di
registro (oltre quelle già pagata dal
ricorrente di € ...) (vedi allegato 2).

d) La pretesa impositiva dell'Ufficio
fiscale è così motivata: ...(di regola
la motivazione dell'atto impositivo
richiama i seguenti articoli del Dpr
131/1986: art. 1- 2 - 20 - 21 DPR
131 del 26/04/1986 e art. 11 tariffa
parte prima allegata)

Tutto ciò premesso, considerata la competenza per materia e territorio della Commissione Tributaria Provinciale di ..., il ricorrente (se assistito da un professionista abilitato)** ut supra rappresentato e difeso propone ricorso avverso l'avviso di liquidazione in oggetto emesso dall'Agenzia delle Entrate di ... ed espone quanto segue.

L'atto impositivo è fondato sul(l'errato) presupposto che l'atto in questione, in conseguenza della pluralità di disposizioni, ancorché contenute in un unico atto, vada assoggettato a tante imposte fisse di registro quante sono le autonome disposizioni negoziali.

Tanto premesso si espone, in sintesi, quale sia la "ratio" e la "natura" delle imposte fisse di registro ed il rapporto tra le imposte proporzionali e le imposte fisse.

Imposta di registro in misura fissa

a) L'art. 1 e 2 del Dpr 131/1986 dispongono che l'imposta di registro si applica, nella misura indicata nella tariffa allegata (cioè in misura proporzionale o fissa) agli atti soggetti a registrazione e a quelli volontariamente presentati per la registrazione.

Precisa, quindi, la norma che nell'ambito dell'imposta di registro occorre distinguere due forme di prelievo.

La prima comprende l'applicazione del tributo in misura proporzionale ed assume a presupposto (cioè fatto indicato dalla legge su cui è fondata l'obbligazione tributaria) la capacità contributiva manifestata con

la realizzazione di un atto o di una operazione e, a base imponibile, il valore dell'atto.

La seconda forma di prelievo riguarda le fattispecie di applicazione del tributo in misura fissa. In tali ipotesi il tributo assume a presupposto la prestazione del servizio amministrativo di registrazione e conserva il suo carattere originario di tassa, cioè di corrispettivo del servizio di registrazione che assicura la conservazione dell'atto cui attribuisce data certa (cfr. in Dottrina ex multis F. Tesauro Istituzioni di Diritto Tributario vol. 2 Parte Speciale Utet, 1999).

b) L'art. 20 del citato Dpr 131/1986 richiama il principio che il tributo colpisce gli atti in relazione al loro contenuto giuridico, vale a dire in relazione agli effetti giuridici che sono idonei a produrre.

Nella vicenda in esame non vi è dubbio che vada applicata l'imposta di registro in misura fissa secondo il dettato di cui all'art. 11 tariffa allegata al Dpr 131/1986 per cui sono soggetti a tassa fissa gli atti pubblici e scritture private autenticate aventi per oggetto la negoziazione di quote di partecipazione in società.

Il citato art. 20 riguarda, infatti, le diverse ipotesi in cui, indipendentemente dal nomen iuris, per l'applicazione del tributo di registro occorre aver riguardo al contenuto delle clausole negoziali ed agli effetti giuridici prodotti dall'atto.

c) Infine l'art. 21 del Dpr 131/1986 richiama il regime degli atti a contenuto plurimo secondo cui se un atto contiene più disposizioni, che non derivano le une dalle altre, cia-

scuna è soggetta ad imposta come se fosse un atto distinto.

Nella questione in esame si tratta di un unico atto contenente cessioni di quote soggetto ad imposta fissa, ex art. 11 tariffa allegata al Dpr 131/1986 che, testualmente, prevede una sola imposta fissa per “gli atti pubblici e le scritture private autentiche aventi ad oggetto la negoziazione di quote..”, con l’effetto che la tassa è dovuta esclusivamente in ragione dell’unica e complessiva formalità della registrazione e non per il contenuto giuridico dell’atto.

Imposta fissa ed imposta proporzionale

In via generale l’applicazione dell’imposta in misura fissa è basata su uno dei seguenti principi:

- 1) mancanza di indici rivelatori di capacità contributiva;
- 2) esistenza di altro trattamento tributario ove sia tassata la capacità contributiva;
- 3) trattamento fiscale agevolato.

In ognuna di queste ipotesi il legislatore fiscale ha disposto che tali atti scontino l’imposta di registro in misura fissa.

In buona sostanza, qualunque sia la ragione, non rileva la capacità contributiva del contribuente, di norma tassata con l’imposta proporzionale e determinata sulla base imponibile risultante dal contenuto economico dell’atto assunto quale presupposto di fatto; infatti il tributo in misura fissa costituisce, in concreto, la remunerazione del servizio di registrazione e, pertanto, deve essere corrisposto una sola volta

per l’unica formalità (arg. ex art. 41 Dpr 131/1986).

Tanto premesso la diversa conclusione secondo cui, nella fattispecie andrebbero applicati tanti tributi in misura fissa quante sono le disposizioni dell’atto, considerate quali autonomi indici di maggior capacità contributiva, violerebbe apertamente l’anzi detto principio che riserva, invece, alla sola imposta proporzionale la tassazione della capacità contributiva determinata a seconda che la pluralità di disposizioni siano o meno necessariamente connesse (per l’ipotesi di atto costituito da una pluralità di disposizioni la base imponibile soggetta ad imposta proporzionale è determinata per ciascuna di esse; quando, invece, le disposizioni dell’unico atto sono necessariamente connesse, l’imposta proporzionale si applica una sola volta ma sulla disposizione che comporta il regime fiscale più oneroso, cfr. art. 21 comma 1 e 2 Dpr 131/1986).

In breve l’applicazione dell’imposta fissa non è collegata ad una manifestazione di capacità contributiva, ma trova giustificazione nell’utilità aggiuntiva fornita dal servizio di registrazione.

Ne consegue che, indipendentemente dal contenuto più o meno plurimo dell’atto, unica è la formalità della registrazione che, pertanto, deve essere assoggettata ad una sola imposta fissa di registro.

Imposta fissa e cessione di quote di srl

Come accennato il regime fiscale degli atti pubblici e delle scritture private autentiche aventi ad ogget-

to la cessione di quote sociali è previsto dall'art. 11 Tariffa, parte I Dpr 131/1986. L'art. 2 Tariffa parte II prevede, invece, la registrazione in caso d'uso solo delle scritture private non autenticate quando abbiano per oggetto la negoziazione di quote di partecipazione in società.

Circa l'applicazione di una sola imposta fissa indipendentemente dalle convenzioni contenute e/o le parti intervenute in atto, la stessa Amministrazione finanziaria, richiamando l'unitarietà della formalità della registrazione ex art. 11 citato, aveva concluso per l'applicazione di un'unica imposta fissa in ragione dell'irrilevanza, ai fini impositivi, dello specifico contenuto negoziale evidenziato in atto (cfr. Ris. 4 febbraio 1982, n. 250529; Ris. 28 marzo 1983, n. 250970; Circ. 14 ottobre 1983, n. 88, allegata sub 3).

Richiamando le considerazioni già espresse può, quindi, affermarsi che l'imposta fissa di registro deve essere intesa come tributo connesso all'esecuzione della formalità. "Invero, l'imposizione in misura fissa non è collegata alla natura e agli effetti che l'atto presentato alla registrazione produce, bensì alla mera esecuzione della formalità e, pertanto, è unica e di ammontare predeterminato dall'art. 11 citato, sicché appare inequivocabilmente simile ad una tassa richiesta quale corrispettivo del servizio reso dallo Stato. In altri termini, l'imposta in misura fissa è richiesta indipendentemente dal valore del bene e dalla manifestazione di capacità contributiva, anche in assenza di una ba-

se imponibile, per fattispecie di per sé escluse dalla tassazione e addirittura in ragione della forma che assume l'atto" (Consiglio Nazionale Notariato Studio n. 4 /2008/T del 18/04/2008 pag. 10 e Studio n. 238/2008/T del 21/11/2008; in giurisprudenza cfr. Comm. Trib. Prov. di Como sez. VII, sent. del 12/01/2009 e sent. del 13/01/2009 vedi anche Il Sole 24 Ore di Sabato 17/01/2009 e di lunedì 26/01/2009, allegati sub 4).

In conclusione per gli atti di cessione di quote sociali l'imposta in misura fissa colpisce esclusivamente l'atto in ragione dell'unica formalità di registrazione (atto pubblico e scrittura privata autenticata) e nessuna rilevanza riveste il suo oggetto, cioè il trasferimento delle partecipazioni sociali. Ne consegue che la pluralità di cessioni di quote contenute in un unico atto soggetto a registrazione non potrà dare luogo ad una plurima applicazione di imposte di registro in misura fissa.

Premessa l'assoluta illegittimità della pretesa erariale in ragione dell'unicità dell'atto e dell'unicità della formalità di registrazione, assolutamente discrezionale ed infondata appare la pretesa fiscale del pagamento di ulteriori imposte fisse di registro per un importo pari a €

P.Q.M.

Tutto ciò premesso e con riserva di eventuale futura memoria e documenti, il ricorrente ** ut supra rappresentato e difeso

chiede

alla Commissione Tributaria Provinciale didi accogliere i motivi del presente ricorso e dichiarare illegittima la pretesa erariale.

Con vittoria di spese ed onorari.

Si notifica il presente ricorso, unitamente all'istanza di trattazione in pubblica udienza, all'Agenzia delle Entrate di... e si depositano i seguenti documenti:

1. atto di cessione di quote
 2. avviso di liquidazione con data di notifica
 3. Ris. 4 febbraio 1982, n. 250529; Ris. 28 marzo 1983, n. 250970; Circ. 14 ottobre 1983, n. 88
 4. estratto Consiglio Nazionale Notariato Studio n. 4 /2008/T del 18 aprile 2008 e Studio n. 238/2008/T del 21 novembre 2008
 5. originale del ricorso (ovvero copia del ricorso consegnato all'Agenzia delle Entrate, con ricevuta di deposito, ovvero copia del ricorso spedito a mezzo servizio postale con ricevuta spedizione per raccomandata a/r)
 6. ricevuta notifica istanza di pubblica udienza ad Agenzia entrate di..
- Luogo e data ...
Il Procuratore
Avv. Dr. Rag.
ovvero se non assistito**
Il ricorrente
Istanza di discussione in pubblica udienza ***
Il ricorrente nato ...cod. fisc....residente in ..., rappresentato e difeso ** dall'Avv./Dr. Rag. ...in forza di procura a margine (o in calce) del/al presente atto ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in..

chiede

ex art. 33 Dlgs. 546/1992 che la trattazione della causa avvenga in pubblica udienza.

Luogo e data

Il Procuratore

Avv. /Dr./Rag.

ovvero se non assistito**

Il ricorrente

Dichiarazione di conformità *****

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 22 comma 3 Dlgs. 546/1992, il presente atto è conforme all'originale trasmesso alla Agenzia delle Entrate di...

Data e luogo - Avv./Dr./Rag.

ovvero se non assistito**

Il ricorrente

Note

: * il ricorso va redatto in duplice esemplare: uno originale in bollo ed il secondo (copia) in carta libera. Entrambi vanno sottoscritti.

** per importi sino ad € 2.582,00 il contribuente può stare in giudizio senza assistenza

*** per opinione prevalente l'istanza di pubblica udienza può essere presentata contestualmente al ricorso introduttivo (cfr. Corte Cost. 23 aprile 1998, n. 141; Cass. 25 luglio 2001, n. 100099; Circ. Min. 12 ottobre 1998, n. 242/E).

****da apporre sulla copia del ricorso prima del deposito presso la segreteria della Commissione Tributaria

(a cura di Massimo Caspani – notaio in Como)

Attività sindacali

VERBALE DELL'ASSEMBLEA DEI DELEGATI DEL 14 MARZO 2009

La riunione si apre alle ore 10.30.

Il Presidente Leotta apre i lavori.

Sono presenti:

per la Lombardia: Marco Marchetti e Munafò

per il Lazio: Rummo, Bellelli, Casadei, Cesare Giuliani, Fortini

per il Triveneto: Luca Sioni e Fulvio Bidello

per la Sicilia: Magno e Minutoli

per il Piemonte: Liotta

per l'Abruzzo: Quaglione

per le Marche: Montali e Colangeli

per la Campania: Pappa Monteforte, Falconio, Fiordiliso

per l'Emilia Romagna: Lobuono, Manzini, Dondi, Tavalazzi

Il Presidente inizia l'esposizione riferendo all'Assemblea della proposta di locazione di una nuova sede all'interno dello stabile in corso di ristrutturazione in Via Flaminia; il canone richiesto da parte della Cassa risulta sensibilmente più elevato rispetto a quello attualmente corrisposto per la sede; pertanto si ritiene preferibile mantenere l'attuale sede salvo valutare eventuali proposte da parte della Cassa che non siano tuttavia più onerose.

Viene introdotta la questione della raccolta dei dati relativi agli iscritti di ciascuna associazione e si ribadisce la necessità che entro il termine di trenta giorni ciascuna associazione fornisca al Tesoriere i dati richiesti.

Il collega Bidello riferisce della prassi, non più attuale, degli anni passati di un coinvolgimento personale per la raccolta delle iscrizioni; auspica inoltre che la paternità di alcune iniziative, originariamente attribuibile a Federnotai, oggi fatte proprie da altri organismi del Notariato, venga riassunta dalla Federazione per una migliore diffusione e divulgazione di Federnotai che attiri l'adesione di altri colleghi; il collega Liotta evidenzia l'opportunità di incrociare i dati con quelli di FederNotizie; il collega Pappa Monteforte ribadisce che la difficoltà del momento comporta un problema nel coinvolgimento dei Notai nei meccanismi associativi.

L'assemblea auspica un impegno di ciascuna organizzazione locale per un maggior coinvolgimento dei colleghi.

Il collega Fiordiliso introduce la questione relativa alla partecipazione di Federnotai alla Confprofessioni.

Riferisce dei contatti avuti in passato con la piattaforma sindacale per l'approvazione di un protocollo sulla qualificazione dei "praticanti notai" e delle difficoltà avute con la Presidenza di Confprofessioni per far comprendere la peculiarità dei nostri praticanti rispetto a quelli degli altri professionisti. L'Assemblea auspica una ridefinizione dei rapporti tra Federnotai e Confprofessioni anche in base a nuovi colloqui con la Presidenza che ribadiscano l'importanza del ruolo del Notariato. Il Presidente a questo punto riferisce del proficuo incontro avuto con la Presidenza dell'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato e delle occasioni di lavoro comune che da tale incontro sono emerse con particolare riferimento alle surroghe.

Il Presidente riferisce altresì della questione relativa alla nascita di strutture organizzate per la gestione di massa delle surroghe e dell'opportunità di avviare un ragionamento sulla gestione di tale servizio in maniera analoga alle modalità già utilizzate per altri servizi come in passato per le dismissioni.

Il collega Fiordiliso propone l'adozione di uno schema contrattuale semplificato che, in linea con le previsioni di legge, agevoli la stipula di tale tipologia di atti, auspicando la creazione di una commissione che si occupi della predisposizione di tale schema.

Interviene il collega Falconio che rammenta che già il protocollo ABI-CNN prevedeva uno schema contrattuale semplificato; riferisce dell'esistenza di società di servizi – network organizzate da colleghi che hanno gestito in questi mesi le surroghe in modo centralizzato sul territorio nazionale; fa presente come sarebbe auspicabile promuovere strutture associative che diano risposte concrete all'esigenze della base.

Il collega Liotta, intervenendo sui rapporti con l'Antitrust, ribadisce l'esigenza che tale collaborazione con l'Autorità, pur opportuna e sicuramente proficua, venga comunicata anche alla categoria in maniera da far emergere che si tratta di una collaborazione tecnica che non implica alcuna presa di posizione sui rapporti notariato – normativa anti-trust.

Interviene il collega Marchetti che, ritornando su aspetti tecnici sulle modalità delle surroghe, ritiene non auspicabile adottare degli strumenti contrattuali che in qualche modo sminuiscano il ruolo del Notaio e auspica una riflessione sul punto.

La collega Manzini riferisce dell'iniziativa dell'Associazione Emilia Romagna per la festa dei Lustri nel mese di settembre il cui oggetto sarà una riflessione sul "marketing notarile".

Il Presidente introduce il problema dei rapporti con il CNN in relazione a due vicende rilevanti quali il rapporto con i commercialisti in relazione alla pubblicità e la raccolta dei dati richiesta dallo stesso attra-

verso un modulo informatico DSN da installare in ogni studio.

Il Presidente ritiene opportuno un confronto per evidenziare l'opportunità di un intervento di Federnotai sull'argomento.

Intanto il Presidente riscontra un difetto nella comunicazione da parte del CNN sulle finalità della raccolta di tali dati e sulle modalità e i tempi attraverso i quali se ne è imposta l'applicazione ma auspica comunque un appoggio a tale iniziativa.

Il collega Pappa Monteforte ritiene non immaginabile che il CNN abbia sottovalutato il problema delle conseguenze della pubblicità sulle cessioni di quote e ritiene che ciò sia legato alla difficoltà interna al CNN di delineare una linea politica unitaria e consapevole da parte dello stesso organo. Pur nella difficoltà del momento, ribadisce che si inviti il CNN ad avere una linea politica trasparente. Il collega Falconio ritiene indispensabile che siano illustrate dal CNN le modalità concrete

con le quali ha chiarito con i commercialisti l'intera questione della pubblicità fornendo l'eventuale scambio di corrispondenza intervenuto.

Il collega Montali parla di "silenzio assordante" che non ci fa comprendere la portata reale dei problemi pur criticando le posizioni emerse sulla lista sigillo limitate all'esborso richiesto per la pubblicità.

L'assemblea si associa alle conclusioni emerse nella riunione di Giunta di ieri e pertanto si ritiene comunque opportuno appoggiare l'iniziativa e non ostacolarne la diffusione chiedendo eventualmente uno slittamento dei termini per le difficoltà incontrate sul piano pratico alla luce dei difetti riscontrati nella comunicazione come esposti dal presidente.

La riunione si chiude alle ore 13.30

(a cura di Carlo Munafò)

