

FEDERNOTIZIE

NUMERO DI LUGLIO 2010

Sommario

133 **Corsivo redazionale**

135 Appunti per la Cassa

di Luciano Guarnieri

Argomenti

137 Le sanzioni residuali ... residuano?

142 Impianto fotovoltaico e leasing

di Arturo Brienza

a cura di Manuela Agostini e

Maria Clementina Binacchi

di Fabio Valenza

di Piercarlo Colnaghi

di Antonio Reschigna

144 Conflitto di interessi e diritto societario – I gruppi di società

153 Mediazione e conciliazione

168 Trust, viaggio nella prassi professionale tra interessi privati, fini pubblici e benefici

Corrispondenza

172 Una comunicazione

di Francesco Grasso

Errata Corrige

172 A proposito dell'articolo "Gli enti non profit e le imposte indirette"

a cura della Redazione

Corsivo redazionale

*“Annuntio vobis gaudium magnum”:
abbiamo i nuovi Presidenti!*

Il “gaudium” sarà davvero “magnum” soprattutto per quei colleghi (piuttosto numerosi) che in lista sigillo si erano scandalizzati per il tempo trascorso dalle votazioni senza che i nuovi Consigli si riunissero per procedere alla elezione delle cariche e da ciò avevano tratto motivo per immaginare dietrologie, campanilismi, odii incrociati, insomma tutto un insieme di brutte cose che sono state cumulativamente definite come “rumors”.

In realtà il fatto è che per l’insediamento dei nuovi Consigli (perlomeno per il Consiglio Nazionale, forse per la Cassa non è proprio così) occorre prima la proclamazione degli eletti da parte del Ministero con pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale. Questo è sempre avvenuto, forse negli anni addietro questi aspetti formali avevano tempi più ristretti, ma, almeno per le ultime 4 / 5 “legislature”, è sempre stato così. Non c’era quindi alcun motivo di scandalo.

Inoltre (e qui rischiamo di diventare noiosi per quante volte continuiamo a ripetere gli stessi concetti) questi mesi che vanno dall’elezione all’insediamento diventano tanto più preziosi quanto più si continua a procedere con questo pessimo sistema elettorale che ottiene il brillante risultato di riunire venti persone (quindici per la Cassa nazionale) che il più delle volte non si conoscono fra di loro, non hanno la minima idea delle posizioni di politica di categoria da ciascuno sostenute e devono quindi utilizzare questo periodo per “annusarsi”, capirsi, far scaturire dei possibili destinatari di cariche istituzionali, etc.

Forse possiamo attenuare la noia inferta ai lettori dal ripetere spesso questi concetti cogliendo l’occasione per precisare, una volta per tutte, che noi non sosteniamo affatto l’opportunità di scardinare l’attuale sistema con la creazione di liste nazionali che non tengano in alcun pregio le rappresentanze locali, ma semplicemente di poter creare, fermo l’attuale sistema di

elezione per zone, degli aggregati di persone (ciascuno nella propria zona) che facciano riferimento ad una linea politica di categoria comune e magari si riconoscano fin dal principio in un possibile "capolista futuro presidente". In questo modo avremo una maggioranza ed una minoranza che rispecchieranno davvero le posizioni degli elettori e che potranno ugualmente lavorare con impegno comune proprio per la chiarezza delle posizioni espresse fin dal principio.

Comunque ora la reciproca conoscenza è avvenuta, forse è avvenuta anche qualche trattativa (cosa assolutamente normale oltre che lecita) e si è raggiunto infine il risultato, sia pure in maniera diversa fra i due organi istituzionali.

Il Consiglio Nazionale infatti ha eletto le proprie cariche interne in maniera plebiscitaria, mentre il Consiglio di amministrazione della Cassa Nazionale ha dovuto procedere a numerose votazioni per arrivare all'indicazione degli eletti.

Comunque adesso è il momento per un augurio non formale, ma sincerissimo, a tutti i nuovi consiglieri dei due organi istituzionali (ed in particolare ai due nuovi presidenti) di buon lavoro, di coesione, di impegno, per la migliore difesa del notariato, mai esclusivamente corporativa, ma sempre sostanziale.

Ed è anche il momento per un ringraziamento non formale, ma sincerissimo, a tutti i consiglieri uscenti dei due organismi (ed in particolare ai due presidenti) che, al di là delle diverse idee circa le strategie ed indipendentemente dalla valutazio-

ne che si possa dare dei risultati ottenuti (la nostra valutazione è ben nota e non merita qui di essere sottolineata) sicuramente hanno dedicato un impegno assoluto e costante nel solo interesse del notariato.

Ma torniamo ai due nuovi presidenti: Giancarlo Laurini e Paolo Pedrazzoli.

E' davvero curioso (o forse non lo è affatto) quante assonanze esistano fra i due personaggi.

Non ci riferiamo certo al carattere personale, od ai tratti fisici od a quelli geografici. Sono cose queste che, sia pure tirate in ballo da qualcuno, a noi non interessano affatto.

Ci riferiamo invece al fatto che entrambi hanno già ricoperto la stessa carica negli anni scorsi e ritornano sul proscenio dopo un periodo di interruzione.

Ciò merita qualche considerazione di tipo ... sociologico: forse che il notariato non sia più capace di esprimere personaggi nuovi? Forse che i giovani notai valgano di meno o perlomeno si impegnino di meno? Forse che il notariato, generalmente conservatore, preferisca la sicurezza e l'esperienza alla giovinezza, all'entusiasmo, al "nuovo"?

Crediamo che quest'ultima sia l'affermazione che più ci avvicina al vero. Non c'è dubbio che questo è un momento davvero difficilissimo per il notariato, forse il più difficile in assoluto dei tempi moderni (intendiamo dal 1913) e ciò sia per l'attacco concentrico e generalizzato alla funzione, sia per il più temporaneo (forse), ma non meno grave, problema della crisi economico-finanziaria.

Ed allora in questa situazione ci si affida all'esperienza ed alla sicurezza del "deja vu".

In una recente trasmissione televisiva, si affermava che l'uomo, di fronte ad un grave pericolo, o di fronte ad un grave stato di ansia o di angoscia, invoca istintivamente "la mamma" e ciò anche se ha un coniuge amatissimo o dei figli ugualmente amati.

Crediamo che non debbano averne a male gli amici Giancarlo e Paolo, anzi che possano essere onorati di essere considerati "la mamma del notariato", ma l'impressione è proprio questa: che di fronte al grave pericolo, ci si sia voluti aggrappare ai punti fermi, alle sicurezze, alle esperienze.

Del resto il valore dei due colleghi è certamente assoluto e fuori discussione e quindi se il notariato si aspetta molto da loro, siamo certi che faranno tutto il possibile per non deluderlo.

Un'ultima assonanza li unifica: entrambi, per ragioni anagrafiche, po-

tranno rimanere in carica per un solo triennio pur essendo stati eletti (rieletti) per la prima volta.

Ed allora ci è tornato alla mente quanto si è detto a suo tempo ed ogni tanto si continua a ricordare a proposito della elezione del Pontefice Giovanni XXIII. Si dice che il Sacro Collegio in Conclave possa aver preso la decisione di quella elezione anche perché si trattava di un Cardinale anziano che avrebbe dovuto rimanere in carica per pochi anni e questo avrebbe facilmente permesso un eventuale "ripensamento".

Ebbene, ammesso (e non concesso naturalmente) che pensieri analoghi siano passati per la mente anche dei colleghi elettori dei due nostri organismi, non ci resta che augurare a Giancarlo ed a Paolo che si ripeta la stessa vicenda, visto che quel Papa è stato forse il migliore degli ultimi cento anni, e certamente il più amato.



APPUNTI PER LA CASSA

Mi interesso ai problemi degli organismi previdenziali dei professionisti, ed in particolare dei problemi della nostra Cassa Nazionale del Notariato, da diversi anni.

E' materia che mi incuriosisce e che ho particolarmente approfondito. Non mi sarebbe dispiaciuto, quindi, ora che sono pensionato e quindi anche direttamente interessato, potere confrontare le mie idee con quelle degli altri componenti del Consiglio di amministrazione operando dall'interno dello stesso.

Invece una serie di veti incrociati, basati più su pregiudizi e preconcetti che sul confronto delle idee, non mi ha permesso questa soddisfazione.

Poco male: lo farò dall'esterno servendomi delle pagine di questa rivista della quale sono redattore da molto tempo e sulla quale tuttavia scrivo assumendomi personalmente tutta la responsabilità di quanto sostengo.

Svolgo quindi ora qualche considerazione da rimettere alla riflessione del nuovo Consiglio di Amministrazione.

I problemi più urgenti attengono ai seguenti argomenti:

- Sistema elettorale
- Stato patrimoniale
- Proporzionalità delle pensioni agli anni di contribuzione.

Del sistema elettorale abbiamo già ampiamente parlato nel precedente

articolo ed attendiamo con fiducia dal nuovo Consiglio qualche proficuo sviluppo.

Dello stato patrimoniale della Cassa nessuno parla.

Sia al Congresso di Venezia che nell'intervista al Bollettino della Cassa n.1/2010 abbiamo sentito affermare dal Presidente Attaguile che la situazione patrimoniale della Cassa è florida e migliorata negli ultimi sei anni.

Non ho voluto contestare tali affermazioni in sede di Congresso e davanti a varie autorità e terzi interessati e lo faccio ora.

L'unico elemento che caratterizza e riassume lo stato di salute di un ente previdenziale è il rapporto patrimonio-riserve rispetto alle uscite correnti.

Se l'ammontare del patrimonio-riserve nel confronto delle uscite previdenziali è elevato, la sicurezza e l'autonomia dell'ente è assicurata, altrimenti la situazione entra in crisi. E' solo questo rapporto che documenta la buona o cattiva salute dello stato patrimoniale di ciascun ente previdenziale.

Al di là del disposto della legge statale che prevede per gli enti previdenziali privati un minimo di riserva pari a cinque volte le uscite previdenziali (D.L. 509/94), la costituzione materiale del nostro ente è sempre stata nel senso di elevare al più alto grado la garanzia patri-

moniale mediante costituzione di riserve rivolte al raggiungimento di un rapporto pari a 10 rispetto alle uscite correnti.

Questa inoltre è la misura che l'autorità politica ha in animo di richiedere agli enti previdenziali privati al fine di assicurare loro una piena autonomia.

Ricordo ancora la figura di Aristotile Morello che negli anni 70, nel suo volontarismo ottimistico consigliava a noi giovani di conseguire un capitale sufficiente a garantire l'autofinanziamento della Cassa almeno per il 50% delle uscite correnti.

Siamo ben lontani da queste prospettive dal momento che il rapporto in questione è continuamente disceso negli ultimi decenni da 8 al 6 attuale, avvicinandosi pericolosamente al livello di guardia disposto dallo Stato per gli enti previdenziali privati.

Analizzando infatti l'ultimo bilancio della Cassa per l'anno 2009 consideriamo le uscite correnti costituite dalle seguenti voci:

- Pensioni	= Euro
	172.754.044
- Indennità di cessazione	= Euro
	25.888.808
- Integrazioni	= Euro
	2.286.981
- Polizza sanitaria	= Euro
	<u>11.032.419</u>
	Euro
	211.962.252

E non ho considerato altre uscite correnti come le indennità per i pensionati non autosufficienti, i

sussidi per lo studio per i notai di nuova nomina, i premi studio per i figli di notai ecc.

Qualcuno potrebbe osservare che la polizza sanitaria costituisce una voce assistenziale e non previdenziale.

Rispondo che la strategia e la politica intrapresa dalla Cassa considera la polizza un onere corrente e da conservare nel tempo futuro e quindi una spesa costante ed analoga ad una voce previdenziale.

Considerato che il patrimonio netto ammonta a Euro 1.256.999.910 e che le uscite correnti ammontano a Euro 211.962.252, dobbiamo quindi correttamente affermare che le riserve attuali rispetto alle uscite correnti corrispondono ad un rapporto inferiore a 6 e non a 7,5 come ripetutamente affermato dal vecchio Consiglio.

Ciò comporta che la Cassa è tenuta a provvedere al più presto ad un serio esame dei conti economici a lungo termine reintegrando le riserve a valori più sostenibili come dettato dalla tradizionale e prudente gestione del notariato di sempre e come è opportuno e necessario in vista dei possibili provvedimenti governativi rivolti a costituire nuovi parametri a tutela delle Casse previdenziali private.

Il Sottosegretario Brambilla ne ha accennato più volte.

Abbiamo sempre vantato che il nostro Istituto è basato su un sistema misto contributivo e a capitalizzazione.

Così è sempre stato e così ha da essere in avvenire.

Ma per far fronte a tale definizione la capitalizzazione non può essere inferiore 10 volte le uscite correnti, pena la sua insignificanza.

Dal suddetto bilancio si ricava peraltro che i contributi aumentano a Euro 199.928.686 a fronte di uscite correnti di Euro 211.962.252.

Si capisce quindi l'importanza della riserva che con la sua rendita oltre a sopperire alla differenza tra entrate e uscite correnti deve provvedere alle normali spese di amministrazione del personale e degli organi amministrativi della Cassa, nonché alla nuova patrimonializzazione a seguito dell'aumento delle uscite previdenziali.

Se esaminiamo ancora il bilancio vediamo che l'avanzo economico pari a Euro 25.000.000 è frutto di operazioni contabili e di giro relative a plusvalenze immobiliari che non incidono in un reale incremento del patrimonio.

Teniamo altresì conto che questo trend negativo è costante e che la situazione patrimoniale della Cassa non è stata compromessa dalla crisi finanziaria mondiale seguita alle note vicende del 2008 e ciò per l'intuizione e la competenza in campo mobiliare di Rogantini Picco.

Ciò che voglio sottolineare è che manca una strategia di lungo termine nella amministrazione del nostro patrimonio.

Quando rivendico un nuovo ruolo dell'Assemblea dei rappresentanti, voglio dire che deve crescere nella

categoria l'interesse per i problemi previdenziali e che solo dall'interno di tale gruppo più specializzato possono nascere le competenze necessarie nonché le conoscenze, per effetto della dialettica interna, dei notai più idonei e preparati alla gestione del patrimonio.

Sono tempi difficili per tutti ma soprattutto per i sistemi previdenziali e vanno affrontati con serietà e competenza.

Il terzo urgente argomento da sottoporre all'esame del nuovo Consiglio è il riequilibrio del calcolo della pensione nel rispetto degli anni di esercizio attivo così da renderlo proporzionale al periodo effettivo di contribuzione.

L'attuale normativa, basata sulla corresponsione dopo 10 anni di attività di una pensione corrispondente ad una somma maggiore della metà della pensione massima corrisposta dopo 40 anni di attività, non regge più e va radicalmente modificata in senso proporzionale agli anni di attività e quindi agli anni di contribuzione.

La riforma è tanto più urgente in quanto va radicandosi nella categoria la prassi di anticipare la pensione rispetto al limite di 75 anni.

Nulla di illecito ovviamente.

Ciascuno è autorizzato ad andare in pensione quando vuole nel rispetto dei limiti statutari.

Però allargandosi il numero dei nuovi utenti si aggrava l'onere della Cassa nella liquidazione delle pensioni anticipate.

In primo luogo corrispondendo una pensione non proporzionale, ma più elevata, rispetto agli anni di contribuzione.

In secondo luogo versando la pensione per un maggior numero di annualità per effetto della più giovane età di pensionamento.

Il meccanismo di riforma non è complicato e consiste nell'elevare il periodo minimo di attività a 20 anni di esercizio, prevedendo a 20 anni di contribuzione una pensione pari alla metà della pensione massima.

Per ovviare ai casi di morte e di inabilità assoluta e permanente durante i primi 20 anni di esercizio si dovrebbe modificare la corrispondente normativa disponendo che in tali situazioni la pensione da corrispondere sarebbe equivalente a quella con 20 anni di contribuzione. Per ora non mi resta che augurare buon lavoro al nuovo Consiglio.

Luciano Guarnieri



Argomenti

LE SANZIONI RESIDUALI ... RESIDUANO?

Con queste annotazioni si intende proporre un punto di vista differente ed alternativo sulla nota questione se l'avvertimento e la censura possano ancora considerarsi sanzioni generiche residuali per le infrazioni prive di sanzione specifica.

Mi sembra che sia sfuggita ai sostenitori della tesi negativa¹ una serie di argomentazioni e, principal-

mente, la generalizzazione del carattere amministrativo del procedimento con l'unificazione delle competenze di primo grado avanti la CO.RE.DI. e l'accentuata doverosità dell'azione disciplinare.²

A) L'AZIONE DISCIPLINARE E' OBBLIGATORIA

¹ Tenore-Celeste, La responsabilità disciplinare del notaio, Giuffrè, Milano 2008, pag. 106. La tesi fa leva, in modo incoerente, sul principio di tipicità degli illeciti.

² Gli Autori citati nella precedente nota, pur avendo evidenziato a pag. 30 il principio di obbligatorietà dell'azione disciplinare, non ne traggono le dovute conseguenze nella successiva trattazione.

Partiamo da alcuni dati normativi sottovalutati o trascurati, ma molto significativi:

“Art. 93

Il Consiglio, oltre quelle altre attribuzioni che gli sono demandate dalla legge:

1) vigila alla conservazione del decoro nell'esercizio della professione, e nella condotta dei notari iscritti presso il medesimo, ed alla esatta osservanza dei loro doveri...”

“Art. 93-bis. - 1. Il Consiglio notarile distrettuale vigila sull'osservanza, da parte dei notai iscritti al collegio, dei principi e delle norme di deontologia professionale elaborati dal Consiglio nazionale del notariato secondo quanto previsto dall'articolo 2, comma primo, lettera f), della legge 3 agosto 1949, n. 577, e successive modificazioni.

2. Al fine di controllare il regolare esercizio dell'attività notarile, i consigli notarili distrettuali, tramite il presidente o un loro componente, delegato dal consiglio, possono:

a) effettuare accessi agli studi ed esaminare atti, repertori, indici, registri, libri e documenti contabili del notaio;

b) esaminare gli estratti repertoriali conservati presso gli archivi notarili distrettuali con facoltà di ottenerne copia, dandone preventivo avviso ai notai interessati;

c) assumere informazioni presso le amministrazioni e gli uffici pubblici.

3. Il Consiglio nazionale del notariato vigila sull'applicazione dei sud-

detti principi e norme da parte dei consigli notarili distrettuali e adotta tutte le iniziative opportune per la loro applicazione”.

“Art. 93-ter. - 1. Se viene rilevata l'inosservanza di leggi, di regolamenti, di principi e norme deontologiche elaborati dal Consiglio nazionale del notariato ovvero la violazione di altri doveri da parte del notaio, il Consiglio notarile del distretto al quale il notaio è iscritto promuove, per il tramite del presidente, procedimento disciplinare ai sensi dell'articolo 153 ovvero se, al tempo della commissione del fatto, il notaio era iscritto al collegio di altro distretto, ne dà notizia al consiglio di tale distretto”.

Art. 93-ter. - 1. Se viene rilevata l'inosservanza di leggi, di regolamenti, di principi e norme deontologiche elaborati dal Consiglio nazionale del notariato ovvero la violazione di altri doveri da parte del notaio, il Consiglio notarile del distretto al quale il notaio è iscritto promuove, per il tramite del presidente, procedimento disciplinare ai sensi dell'articolo 153 ovvero se, al tempo della commissione del fatto, il notaio era iscritto al collegio di altro distretto, ne dà notizia al consiglio di tale distretto».

“Art. 128. - 1. Nell'anno successivo ad ogni biennio, i notai presentano personalmente, o per mezzo di speciale procuratore, i repertori, i registri e gli atti rogati nell'ultimo biennio all'archivio notarile distrettuale per l'ispezione.

2. Il notaio che non adempie a tale obbligo, fatto salvo l'esercizio dell'azione disciplinare, è sospeso in via cautelare fino a quando non vi abbia ottemperato, con provvedimento della commissione amministrativa regionale di disciplina, adottato senza indugio, a richiesta dell'autorità che procede all'ispezione, ai sensi dell'articolo 158-sexies, in quanto compatibile.

3. Nel corso di tali ispezioni va accertato, in particolare, se, nella redazione e conservazione degli atti, nella tenuta e nella conservazione dei registri e dei repertori e nei versamenti all'archivio, siano state osservate le disposizioni di legge".

"Art. 129. - 1. Le ispezioni sono eseguite:

a) agli atti, registri e repertori dei notai, dal presidente del consiglio notarile o da un consigliere da lui delegato e, anche disgiuntamente, dal capo dell'archivio notarile del distretto nel quale il notaio è iscritto. Se colui che temporaneamente svolge le funzioni di capo dell'archivio notarile non ha la qualifica di conservatore e in genere in tutti i casi nei quali ragioni speciali lo consigliano, il direttore dell'ufficio centrale degli archivi notarili può conferire l'incarico al conservatore di altro archivio;

b) agli atti, registri e repertori del presidente del consiglio notarile distrettuale e dei consiglieri da esso delegati per l'ispezione, dal capo della circoscrizione ispettiva.

2. Il presidente del consiglio notarile distrettuale o il consigliere da lui de-

legato rilevano, in occasione dell'ispezione, anche le violazioni delle norme deontologiche. Nel caso di cui alla lettera b) del comma 1, l'ispettore informa il consiglio notarile distrettuale competente per l'azione disciplinare delle violazioni deontologiche riscontrate.

3. Gli archivi notarili forniscono al consiglio notarile distrettuale tutti gli elementi in loro possesso in merito a tali violazioni".

"Art. 135. - 1. Le sanzioni disciplinari per i notai che mancano ai propri doveri sono:

a) l'avvertimento;

b) la censura;

c) la sanzione pecuniaria;

d) la sospensione;

e) la destituzione..."

"Art. 153. - 1. L'iniziativa del procedimento disciplinare spetta:

a) al procuratore della Repubblica presso il tribunale nel cui circondario aveva sede il notaio quando è stato commesso il fatto per il quale si procede;

b) al presidente del consiglio notarile del distretto nel cui ruolo era iscritto il notaio quando è stato commesso il fatto ovvero, se l'infrazione è addebitata allo stesso presidente, al consigliere che ne fa le veci, previa delibera dello stesso consiglio. La stessa delibera è necessaria in caso di intervento ai sensi dell'articolo 156-bis, comma 5.

c) al capo dell'archivio notarile territorialmente competente per l'ispezione di cui all'articolo 128, limitatamente alle infrazioni rilevate du-

rante le ispezioni di cui agli articoli 128 e 132 o nel corso di altri controlli demandati allo stesso capo dell'archivio dalla legge, nonché al conservatore incaricato ai sensi dell'articolo 129, comma 1, lettera a), secondo periodo. 2. Il procedimento è promosso senza indugio, se risultano sussistenti gli elementi costitutivi di un fatto disciplinamente rilevante. 3. Nella richiesta di procedimento l'organo che lo promuove indica il fatto addebitato e le norme che si assumono violate e formula le proprie conclusioni".

Le analisi fino ad oggi elaborate hanno concentrato l'attenzione solo sulla nuova formulazione degli artt. 136, 144 e 147 L.N., trascurando il contesto generale.

Dalle norme sopra riportate si deduce con tutta evidenza che il Consiglio Notarile, per il tramite del suo Presidente, e l'Archivio Notarile, per il tramite del suo Sovrintendente, sono soggetti affidatari di un "munus", quindi, titolari di una "potestà": essi hanno potere e diritto di agire e dovere d'intervenire; la loro attività costituisce "un dovere giuridico fondamentale, di comportarsi in modo da ottenere il miglior risultato per l'interesse che...è affidato in cura.." (M.S. Giannini) e "consiste nella possibilità di produrre mediante un atto giuridico modificazioni nel mondo giuridico" ed ha "come suo correlativo la soggezione, che è la situazione in cui vengono a trovarsi i soggetti nei confronti dei quali l'esercizio del potere ha la

possibilità di produrre tali modificazioni" (Sandulli).

In altri termini a questa "potestà" corrisponde sempre un potere sanzionatorio senza il quale quel "munus" non ha ragione di esistere. L'esercizio del potere sanzionatorio è, pertanto, doveroso: l'azione disciplinare non ha carattere discrezionale, tanto che i Consigli Distrettuali sono sottoposti alla vigilanza del Consiglio Nazionale (art. 93 bis, 3^a comma, L.N.)

In concreto: che senso ha questo potere di vigilanza e di intervento disciplinare se la norma infranta non può essere sanzionata in alcun modo? Ha senso limitarsi a constatare una violazione senza poterla contestare, poiché comunque non è prevista alcuna sanzione espressa? Ai "doveri" corrisponde sempre uno stato di soggezione.

E' compito dell'interprete colmare le eventuali lacune del sistema ricorrendo all'applicazione dell'art. 12, 2^a comma, delle Preleggi, in modo tale che comportamenti doverosi se violati siano sanzionati.

A meno che si voglia sostenere che il notaio, garante del diritto e della certezza, sia egli esonerato dall'osservanza della legge e quindi sia esente da qualsiasi responsabilità come nei casi che seguono e che lo hanno visto assolto: utilizzo di atti provenienti dall'estero non legalizzati o privi di *apostille*; mancata traduzione di atti provenienti dall'estero; redazione di un atto non del tutto conforme alle prescrizioni dell'autorizzazione rilasciata ai ge-

nitori del minore d'età; mancanza della specifica autorizzazione ex art. 1395 C.C per contrarre con sé medesimo; utilizzo di una procura speciale autenticata per costituire una società di capitali; mancata menzione nell'inventario di tutela

(artt. 367 e 424 C.C) dell'interpello al tutore da parte del notaio se quegli ha ragioni di credito o di debito nel confronti dell'incapace; ecc...

B) AUTONOMIA E GRADUALITA' DELLE SANZIONI DELL'AVVERTIMENTO E DELLA CENSURA	
<i>Vecchio testo art. 136 L.N.</i>	<i>Nuovo testo art. 136 L.N.</i>
L'avvertimento consiste in un rimprovero al notaio per la <i>mancanza</i> commessa, con esortazione a non <i>ricadervi</i> .	L'avvertimento consiste in un rimprovero al notaio per l' <i>infrazione</i> commessa con esortazione a non <i>reiterarla</i> . <i>L'avvertimento si infligge per le trasgressioni più lievi di quelle sanzionabili con la censura.</i>
La censura è una dichiarazione formale di biasimo per la <i>mancanza</i> commessa, e copia del relativo provvedimento deve rimanere affissa per 15 giorni alla porta esterna della sala delle riunioni del Consiglio notarile.	La censura è una dichiarazione formale di biasimo per l' <i>infrazione</i> commessa, e copia del relativo provvedimento deve rimanere affissa per 15 giorni alla porta esterna della sala delle riunioni del Consiglio notarile distrettuale del collegio al quale è iscritto il notaio.

La nuova formulazione introduce il criterio della gradualità tra le due sanzioni che hanno piena e reciproca autonomia e connotazione. Normalmente la censura è applicata quando il notaio è ricaduto nella mancanza che ha dato luogo all'applicazione dell'avvertimento, ma nulla vieta che una mancanza sia punita per la prima volta con la censura, così come nulla vieta che l'avvertimento sia applicato più volte per la stessa mancanza, salvo che la reiterazione consigli una sanzione più incisiva. La scelta tra le due sanzioni sarà operata tenuto

conto della gravità del fatto e della condotta del notaio.³ Questo principio di gradualità tra le due sanzioni esclude che la gamma applicativa dell'avvertimento coincida con quella della censura. Secondo la tesi qui respinta l'avvertimento è, in sostanza, configurato come sanzione "processuale" e non sostanziale, applicabile unicamente in sede di riconoscimento di circostanze attenuanti alla più grave sanzione della censura. Senonché il riconoscimento delle circostanze attenuanti opera sul pi-

³ Santarcangelo, Il procedimento disciplinare a carico dei notai, Giuffrè Milano, 2007, pagg. 49 e ss.

ano processuale e non su quello sostanziale; esse non rilevano “*ab origine*” nella sfera applicativa dell’art. 136 L.N. Le circostanze attenuanti come quelle aggravanti operano sulla concreta applicazione della sanzione e, pertanto, sono esterne alla sua struttura. Se avvertimento e censura si riferissero alla medesima previsione punitiva, non avrebbe senso richiedere il concorso delle circostanze attenuanti per sostituire l’avvertimento alla censura, essendo la *minore gravità* un concetto diverso dalla punibilità attenuata da specifiche circostanze. Infine il termine “*infrazione*” è da riferire più alla *legalità* che alla *moralità* o alla *deontologia*; esso individua un’inesatta esplicazione della funzione notarile tale, però, da non destare un allarme sociale così elevato da poter ricondurre l’infrazione all’art. 147 L.N. sul presupposto, eccessivo e sproporzionato, che sia stato offeso il *decoro e il prestigio della classe notarile* ovvero che sia stata intaccata la *funzione* violando il Codice deontologico.

C) IL PRINCIPIO “*NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE*” (art. 25, 2^a c., Costituzione)

Conosciuto anche come *principio di legalità*: esso tende a salvaguardare i cittadini in particolare contro eventuali abusi del potere giudiziario, tende cioè ad evitare operazioni creatrici di illeciti per opera della giurisprudenza⁴.

Il *principio di legalità* ha come destinatari sia il legislatore sia il giudice e si articola in quattro sotto-principi: 1) la riserva di legge; 2) la tassatività o determinatezza dell’illecito; 3) l’irretroattività della norma incriminatrice; 4) il divieto di analogia.

In merito a questi sotto-principi si precisa che:

- 1) la riserva di legge: esprime il divieto di punire un determinato fatto in assenza di una norma *preesistente*;
- 2) la tassatività o determinatezza dell’illecito: concerne la formulazione della fattispecie che deve essere il più possibile precisa allo scopo sia di consentire al destinatario di conoscere con sufficiente chiarezza il contenuto, cioè il comportamento doveroso, sia di impedire al giudice interpretazioni arbitrarie; significa anche che la norma non può rimettere all’arbitrio del giudice la scelta del tipo di sanzione e la sua durata;
- 3) l’irretroattività: è prevista dall’art.25 della Costituzione e dall’art.11 delle Disposizioni preliminari: (“*La legge non dispone che per l’avvenire: essa non ha effetto retroattivo*”) ed è consacrato anche dall’art. 2 del Codice Penale;
- 4) Il divieto di analogia: si ricava dall’art 14 della Disposizioni preliminari e dagli artt. 1 e 199 del Codice penale: il procedimento analogico non è consentito poiché è creativo di una norma in-

⁴ Fiandaca-Musco, Diritto Penale, Parte generale, Zanichelli Bologna, 1999, pagg. 47 e ss.

criminatrice nuova che prima non esisteva.

Dunque punire la violazione di regole prive di sanzione specifica (rectius: espressa direttamente nel contesto della prescrizione) violerebbe il sotto-principio n. 2.

I sostenitori della tesi qui avversata (“*non costituisce illecito disciplinare la violazione di una norma priva di sanzione*”) si sottraggono però all’onere di provare che il sistema non prevede alcun tipo di sanzione. E’ accettabile che essi invochino il principio di legalità allorché ci si debba confrontare con concetti quali dignità, reputazione, decoro, prestigio (art. 147 L.N.); è altresì corretto affermare in relazione a tali concetti che il sistema disciplinare è un sistema *elastico* nel quale quel principio non si modella con le stesse caratteristiche del sistema penale. Infatti si tratta di elementi normativi extragiuridici che rinviano a norme sociali o di costume variabili nel tempo, frutto di un determinato contesto storico-sociale e, cioè, del prevalente comune sentire della categoria e della società: l’indeterminatezza di quei parametri valutativi rende difficoltoso il criterio di giudizio e mette a rischio il principio di legalità.⁵

E’ però evidente che l’asserita non punibilità delle infrazioni prive di espressa sanzione non ha alcun legame con il principio di legalità e può ammettersi solo dimostrando la necessità che quelle infrazioni debbano avere la sanzione esplicitata

nel loro contesto e cioè che non sia possibile *chiudere* il sistema con sanzioni di portata generale quali l’avvertimento e la censura, sanzioni tipiche ed autonome.⁶

Anche altri sistemi disciplinari conoscono sanzioni di tipo *generale* previste cioè per una serie indeterminata di illeciti; si veda ad esempio l’Ordinamento degli Avvocati:

“R.D.L. 27-11-1933, n. 1578 *Ordinamento delle professioni di avvocato e di procuratore*.”

Art. 38 : Salvo quanto è stabilito negli articoli 130,131 e 132 del codice di procedura penale e salve le disposizioni relative alla polizia delle udienze, gli avvocati ed i procuratori che si rendano colpevoli di

6

Cassazione n. 11128/97: “Quindi, in caso di redazione di atto da parte del notaio in violazione dell’art. 54 reg. not., non essendo applicabili gli artt. 28 e 138 l. not., non trattandosi di atto nullo in modo assoluto, mancando un’esplicita sanzione per la violazione dell’obbligo di cui all’art. 54 l. not., il notaio sarà punibile con la censura o con l’avvertimento, cioè con quelle sanzioni che non sono comminate per violazioni specificamente indicate, ma genericamente, come emerge dall’esame dell’art. 136 l. not., per mancanze ai propri doveri da parte dei notai”.

Cassazione n. 1766/98: “In argomento va rilevata anche la netta differenza esistente tra l’art. 136 e gli artt. 137, 138, 139 e 142 l. not.

Mentre il primo contiene una fattispecie aperta, riferibile a qualsiasi violazione della l. not. posta in essere dal notaio, gli artt. 137, 138, 139 e 142, contengono la previsione di fattispecie tipiche.

Tali ultime disposizioni fanno, infatti, riferimento per la loro applicabilità a determinate violazioni della legge notarile. Vale, perciò, rispetto ad esse il principio della tassatività: se la violazione non è puntualmente prevista da una delle disposizioni in esame, la relativa sanzione non può essere applicata. Si badi che ciò si enuncia non come conseguenza di una scelta di campo sulla dibattuta questione se il principio della tassatività sia applicabile anche agli illeciti disciplinari, anche se in modo meno rigoroso, rispetto a quanto stabilito dall’art. 25 Cost. per gli illeciti penali (per quanto un’evoluzione verso questo senso si va effettuando, pur con le opportune precisazioni, v. Cass. sez. lav. 18.6.1996, n. 5583), ma come effetto della tecnica legislativa con la quale la normativa in questione è stata formulata. Avendo il legislatore formulato una norma di tipo generale (art. 136 l. not.) con cui sanziona ogni “mancanza commessa” dal notaio, e, successivamente norme con cui sanziona specifici comportamenti, è proprio la specialità di dette norme (e la specificità dei comportamenti ivi indicati) che comporta l’inapplicabilità delle stesse, rispetto alla norma generale, al di fuori dei casi espressamente previsti”.

⁵ Fiandaca-Musco, Op. cit., pagg. 70 e ss.

abusi o mancanze nell'esercizio della loro professione o comunque di fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale sono sottoposti a procedimento disciplinare.

Art. 40 Le pene disciplinari, da applicarsi secondo i casi, sono: 1° l'avvertimento, che consiste nel richiamare il colpevole sulla mancanza commessa e nell'esortarlo a non ricadervi, ed è dato con lettera del Presidente del Consiglio dell'ordine; 2° la censura, che è una dichiarazione formale della mancanza commessa e del biasimo incorso; 3° la sospensione dall'esercizio della professione per un tempo non inferiore a due mesi e non maggiore di un anno, salvo quanto è stabilito nell'art. 43; 4° la cancellazione dall'albo; 5° la radiazione dell'albo.

Articolo 2 del Codice Deontologico degli Avvocati. Potestà disciplinare.

Spetta agli organi disciplinari la potestà di infliggere le sanzioni adeguate e proporzionate alla violazione delle norme deontologiche. Le sanzioni devono essere adeguate alla gravità dei fatti e devono tener conto della reiterazione dei comportamenti nonché delle specifiche circostanze, soggettive e oggettive, che hanno concorso a determinare l'infrazione".

In conclusione, i sostenitori della tesi qui respinta hanno ribaltato l'onere della prova partendo da un'applicazione meccanica del principio di legalità che correttamente inteso nella materia disciplinare ha solo questo significato: sono da escludere *sanzioni automatiche,*

quasi di diritto. La scelta della sanzione è rimessa alla sensibilità del giudicante che dovrà individuarla tra quelle predeterminate dal legislatore in relazione alla gravità dei comportamenti e alle specifiche circostanze oggettive e soggettive.⁷

Infine non bisogna tralasciare la seguente considerazione: se il legislatore ha ritenuto che vi siano interessi meritevoli di tutela, imponendo al notaio una determinata condotta, non è concepibile che il notaio disconosca impunemente la tutela di quegli interessi che hanno indotto il legislatore medesimo ad imporre una prescrizione.

Anche per tale ultima considerazione non è pertinente invocare il principio di legalità in relazione ad infrazioni prive di sanzione tipizzata (*rectius*: contestualizzata nella prescrizione medesima).

D) LEGALITA' E DEONTOLOGIA

Nel tentativo di superare alcune delle obiezioni sopra illustrate, alcune COREDI hanno deciso che le infrazioni a quelle disposizioni che sarebbero prive di sanzione specifica rilevano disciplinarmente ai sensi dell'art. 147, lettera b, L.N. per aver violato in modo non occasionale le norme deontologiche di cui alle lettere a) e b) dell'art. 42 del Codice che impongono al notaio "a) di informare le parti sulle possibili conseguenze della prestazione richiesta, in tutti gli aspetti della nor-

male indagine giuridica demandatagli e consigliare professionalmente le stesse, anche con la proposizione di impostazioni autonome rispetto alla loro volontà ed intenzione; b) scegliere la forma giuridica più adeguata alle decisioni assunte dalle parti, accertandone la legalità e la reciproca congruenza, svolgendo le richieste attività preparatorie e dirigendo quindi la formazione dell'atto nel modo tecnicamente più idoneo per la stabilità del rapporto che ne deriva e per la completa efficacia dell'atto".⁸

Così ragionando si crea un altro equivoco; infatti alla singola infrazione corrisponde l'inosservanza del dovere di diligenza, la cui norma base è nell'art. 1176, 2^ac., del Codice Civile, che impone al notaio modelli comportamentali atti ad assicurare sempre e comunque il rispetto della piena "legalità" nella redazione degli atti e la conformità di questi ultimi alle norme dell'ordinamento, norme che tutelano interessi pubblici e privati.

Altra cosa è l'inesatta esplicazione della funzione notarile il cui accertamento non dipende da una singola infrazione bensì da una serie di indici di anomalia che nel loro complesso denotano un modello comportamentale patologico ovvero, se si preferisce, un esercizio della professione privo di quelle qualità che sono garanzia di certezze, di sicu-

rezze giuridiche, di stabilità e di credibilità.

Tale distinzione è chiaramente formulata dal Consiglio Nazionale del Notariato in relazione ai Protocolli dell'attività; più precisamente al punto 3 della Regola n. 1 si legge:

"Nella valutazione dei comportamenti del notaio ...rileva non tanto l'osservanza della regola nel singolo caso quanto il comportamento complessivo del notaio, in funzione del livello di correttezza e qualità...Sotto questo aspetto generalmente non è la singola violazione di una regola che può determinare la sanzione ma una violazione ripetuta e continuata...<le violazioni> in ogni caso non mirano a stigmatizzare un singolo episodio ma, sussistendone i presupposti, una condotta scorretta complessivamente valutata".

Quindi il ricorso all'art. 147 L.N., per sanzionare una singola infrazione anche se priva di sanzione specifica, non è corretto poiché si confonde la legalità con la deontologia ovvero con la funzione con l'effetto di rendere quella violazione ancora una volta irrilevante poiché essendo unica è anche "occasionale".

Ne consegue che la singola infrazione a norme di legge o di regolamento potrà essere contestata indifferentemente dal Presidente del Consiglio Notarile o dal Sovrintendente dell'Archivio Notarile; il ruolo del Sovrintendente è di collaborazione solo per le violazioni alle norme deontologiche e, cioè, alle norme poste a tutela della condotta

complessiva del notaio. Infatti l'art. 129 L.N. ai nn. 2 e 3 dispone:

“2. Il presidente del consiglio notarile distrettuale o il consigliere da lui delegato rilevano, in occasione dell'ispezione, anche le violazioni delle norme deontologiche...3. Gli archivi notarili forniscono al consiglio notarile distrettuale tutti gli elementi in loro possesso in merito a tali violazioni”.

CONCLUSIONI

La tesi qui avversata si basa su formali modifiche lessicali del testo legislativo trascurando il dato sistematico. La debolezza del ragionamento deve essere supportata ricorrendo al principio di legalità, la cui applicabilità è una forzatura; quella tesi, inoltre, ha determinato una spaccatura nelle Co.re.di., sovvertendo un orientamento consolidato e condiviso della Cassazione e, infine, ha depotenziato non solo l'iniziativa disciplinare del Capo degli Archivi Notarili ma degli stessi Consigli Notarili. Infatti se è rilevata una lieve infrazione priva di sanzione espressa, le soluzioni sono: a) l'archiviazione da parte del

Consiglio Notarile; b) il non luogo a procedere della Co.re.di. se è stato promosso il procedimento; c) l'esercizio dell'azione disciplinare con la richiesta obbligata della censura suggerendo alla Co.re.di di sostituirla con l'avvertimento concedendo le attenuanti.

Parimenti se fosse corretta la tesi qui criticata anche tutti i casi di annullabilità ed inefficacia di un atto, che la Cassazione aveva sottratto dall'orbita dell'art. 28 L.N., non sarebbero più sanzionabili con l'avvertimento o la censura ma diventerebbero irrilevanti disciplinarmente; il ricorso all'art. 147 L.N. sarebbe un'altra evidente forzatura in tutti quei casi in cui si tratta di un'infrazione isolata che non intacca, come detto, la funzione notarile, essendo occasionale.

Si ritiene pertanto che l'orientamento espresso dalla Cassazione con le sentenze 11128/1997 e 1766/1998 sia ancora attuale per le ragioni sopra esposte.

Arturo Brienza – Notaio in Milano

IMPIANTO FOTOVOLTAICO E LEASING

(TASSAZIONE DELLA VENDITA DEL DIRITTO DI SUPERFICIE DA ENTE PUBBLICO TERRITORIALE A SOCIETA' DI LEASING FINALIZZATA AD OPERAZIONE DI LEASING DI IMPIANTO FOTOVOLTAICO)

Sui numeri di luglio e di settembre del 2009 pubblicammo alcuni schemi ed una tabella riassuntiva concordate fra il Consiglio Notarile di Milano e la "Assilea – Associazione Italiana Leasing" relativamente a diverse possibili tipologie di contratti di leasing. Questa volta gli stessi enti hanno concordato i documenti che seguono per una fattispecie particolare che tuttavia sempre più spesso capita di incontrare.

Alle società di leasing viene spesso richiesto anche da enti pubblici territoriali di finanziare la realizzazione di impianti fotovoltaici. A tale fine le stesse devono acquisire la proprietà dell'impianto da concedere in locazione finanziaria, senza divenire proprietarie del terreno o dei tetti e lastrici solari, sui quali gli impianti sono installati. Lo strumento idoneo è stato individuato dalla prassi nel diritto di superficie; tale diritto viene in genere costituito con una durata superiore a quella del contratto di leasing.⁹

Il diritto di superficie è disciplinato dagli articoli 952 e seguenti del Codice Civile. Esso attribuisce la proprietà della costruzione ad un soggetto (superficiario) diverso dal proprietario del suolo (concedente) ossia attribuisce al superficiario la possibilità di fare e mantenere al di sopra e/o al di sotto del suolo altrui una costruzione. Se la costituzione del diritto è, come di solito avviene, a tempo determinato, allo scadere del termine, il diritto di superficie si estingue ed il proprietario del suolo diviene automaticamente proprietario anche della costruzione.

L'articolo 1350 numero 2) del Codice Civile impone che il contratto costitutivo del diritto di superficie sia stipulato, a pena di nullità, per iscritto. Tale contratto deve essere trascritto a norma dell'articolo 2643 del Codice Civile e pertanto occorre la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata con le sottoscrizioni autenticate.

Al fine di individuare il regime di tassazione della costituzione a titolo oneroso del diritto di superficie sotto il profilo delle imposte indirette - IVA, registro, ipotecaria e catastale - occorre fare riferimento all'articolo 2 del D.P.R. 633/1972. Tale articolo prevede che costituiscano cessioni di beni imponibili gli atti a titolo oneroso, che importano il trasferimento di diritti reali di godimento su beni di ogni genere, con l'eccezione - ai sensi del terzo comma dello stesso articolo - delle cessioni dei terreni non suscettibili di utilizzazione edificatoria. Occorre pertanto, al fine di determinare il regime fiscale, valutare la natura del terreno: i) edificabile ovvero ii) non suscettibile di utilizzazione edificatoria.

Per quanto attiene ai terreni edificabili al fine della determinazione dell'imponibilità IVA è altresì necessario verificare se la cessione viene effettuata nell'esercizio di impresa da parte dell'ente pubblico territoriale: la Circolare del Ministero delle Finanze numero 8 del 14 giugno 1983 ha chiarito il trattamento ai fini dell'IVA di talune attività poste in essere dagli enti locali precisando che "*esulano dal campo di applicazione dell'IVA non solo le assegnazioni delle aree edificabili acquisite con esproprio, ma anche quelle acquisite*

⁹

Indipendentemente dalla durata del diritto di superficie, l'ente pubblico sarà nuovamente pieno proprietario del bene nel momento in cui eserciterà l'opzione finale di acquisto ovvero in caso di riscatto anticipato.

con atti negoziali nell'ambito di attività svolta dal Comune in veste di pubblica autorità".¹⁰

Pertanto la costituzione a titolo oneroso del diritto di superficie su terreno suscettibile di utilizzazione edificatoria da parte di ente pubblico territoriale, che agisce nell'ambito di attività di impresa, sarà soggetta ad IVA e, per il principio della alternatività IVA/imposta di registro, sconterà quest'ultima imposta in misura fissa. Nella stessa misura saranno dovute le imposte ipotecaria e catastale.

Dall'altro lato la costituzione a titolo oneroso del diritto di superficie su terreno suscettibile di utilizzazione edificatoria da parte di ente pubblico territoriale, che non agisce nell'ambito di attività di impresa, come pure la costituzione a titolo oneroso del diritto di superficie su terreno insuscettibile di utilizzazione edificatoria, ma non con destinazione agricola, non saranno soggette ad IVA e sconteranno l'imposta di registro in ragione dell'8% e le imposte ipotecaria e catastale in ragione rispettivamente del 2% e dell'1%.

Per quanto attiene ai terreni agricoli, con la risoluzione numero 112/E del 28 aprile 2009 l'Agenzia delle Entrate ha esaminato il trattamento della cessione di un terreno agricolo per l'installazione sullo stesso di un impianto fotovoltaico e ha sostenuto che *"il terreno sul quale si intende costituire il diritto di superficie è da qualificare come terreno non suscettibile di utilizzazione edificatoria e, per tale motivo, fuori dal campo di applicazione dell'IVA ai sensi del citato art. 2, comma 3, del dpr n.633/72. Pertanto il contratto costitutivo del diritto di superficie sarà assoggettato, in ragione della qualificazione soggettiva della parte che acquista il diritto di superficie (società commerciale) all'imposta di registro con applicazione dell'aliquota del 15% ai sensi dell'articolo 1, della Tariffa, Parte I, allegata al dpr 131/86, unitamente alle imposte ipotecaria e catastale in misura proporzionale"*.

Qualora invece la costituzione a titolo oneroso del diritto di superficie abbia ad oggetto il lastrico solare o la falda del tetto su cui verrà collocato l'impianto fotovoltaico da parte di un ente pubblico territoriale, che agisce nell'ambito della propria attività di impresa, la stessa sarà in ambito IVA e, sempre per il principio della alternatività IVA/imposta di registro, sconterà quest'ultima imposta in misura fissa. Nel caso si tratti di bene strumentale, le imposte ipotecaria e catastale saranno dovute in misura proporzionale (articolo 1 bis della Tariffa allegata al D.Lgs. 347/1990), ma ridotta alla metà, essendo l'acquirente una società di leasing (articolo 35 comma 10 ter della Legge 248/2006): rispettivamente 1,5% e 0,5%.

Se infine la cessione di diritto di superficie abbia ad oggetto il lastrico solare o la falda del tetto da parte di un ente pubblico territoriale, che non agisce nell'ambito di attività di impresa, la stessa sarà soggetta all'imposta di registro ed alle imposte ipotecaria e catastale nella misura ordinaria rispettivamente del 7%, 2% e 1%.

¹⁰

La Circolare Agenzia delle Entrate n. 46/E del 19 luglio 2007 ha altresì rilevato come, in taluni casi, la vendita dell'energia eccedente rispetto al fabbisogno "domestico", anche se effettuata da privati o enti non commerciali, configura svolgimento di attività commerciale, con conseguenti obblighi ai fini IVA.

Per quanto attiene alla responsabilità del pagamento dell'imposta di registro non opera per lo Stato la solidarietà tra le parti ai sensi del comma 7 dell'articolo 57 del D.P.R. 131/1986. Tuttavia l'Agenzia delle Entrate - con Risoluzione numero 254 del 31 luglio 2002 - ha precisato che tale disposizione non trova applicazione nei confronti di comuni, province e regioni.

La base imponibile è costituita ai fini IVA dal corrispettivo, mentre ai fini dell'imposta di registro dal valore venale del diritto trasferito alla data dell'atto (articolo 43 del D.P.R. 131/1986), valore suscettibile di rettifica da parte dell'Ufficio. La base imponibile così determinata è valida anche per le imposte ipotecaria e catastale a seguito dei rinvii contenuti nel citato decreto legislativo.

A differenza dell'usufrutto, non esistono regole specifiche che disciplinano la determinazione del valore del diritto di superficie.

Dalla prassi degli uffici fiscali locali è emerso che il valore attribuibile al diritto di superficie in oggetto è connesso alla conformazione della porzione occupata dall'impianto (se inclinata o meno) ovvero ai possibili utilizzi alternativi. In alcuni casi è stato evidenziato come il valore del diritto di superficie possa essere determinato sulla base dei millesimi di proprietà. In altri casi è stato affermato che il valore del diritto di superficie non può comunque prescindere dalla futura destinazione d'uso di quella porzione destinata all'installazione di pannelli fotovoltaici e quindi il valore sarà connesso alla redditività dell'impianto. Tale rendita, in particolare, sarebbe determinata come ciò che "residuerrebbe" una volta che tutti i fattori produttivi connessi alla costruzione e gestione dell'impianto fotovoltaico siano stati remunerati (così di fatto determinandosi la redditività associata al fattore produttivo "coperto del fabbricato")¹¹.

In conclusione si suggerisce pertanto di ricorrere ad una perizia di stima¹², che determini il valore con criteri di ragionevolezza, verificando pertanto la congruità del corrispettivo.

A titolo esemplificativo si allega un prospetto riepilogativo della tassazione ai fini delle imposte di registro, ipotecaria e catastale degli atti di cessione del diritto di superficie da parte di un ente pubblico territoriale nei confronti di una società di leasing.

(a cura di Manuela Agostini e Maria Clementina Binacchi – notai in Milano)

11

Aspetto quest'ultimo non di poco conto, considerando che da questo assunto deriverebbe la necessità, sin dalla stipula dell'atto, di tenere in considerazione la futura destinazione del coperto dell'edificio (n.b. il valore del coperto sarebbe in questo caso più elevato rispetto a coperti della medesima natura non destinati ad accogliere un tale tipo di infrastruttura).

12

È opportuno che siano presenti, tra l'altro, i seguenti elementi:

- la maggiore o minore ampiezza del diritto edificatorio riconosciuto al beneficiario, nei limiti stabiliti dagli strumenti urbanistici;
- il carattere temporaneo o perpetuo del diritto reale concesso e, nel primo caso, la specifica durata;
- la previsione o meno di un obbligo di rimborso dei costi sostenuti dal titolare del diritto di superficie, una volta che questo si sia estinto.

Ente Pubblico Territoriale	Tipo bene	Regime Iva	Registro	Ipotecar.	Catast.	Base imponibile
Soggetto passivo IVA	Terreno edificabile	IVA	168	168	168	===
	Lastrico solare/ falda del tetto	IVA	168	1,5%*	0,5%*	Valore venale del diritto alla data dell'atto**
	Terreno non agricolo e non edificabile	fuori campo IVA	8,0%	2,0%	1,0%	Valore venale del diritto alla data dell'atto**
	Terreno agricolo	fuori campo IVA	15,0%	2,0%	1,0%	Valore venale del diritto alla data dell'atto**
No Soggetto passivo IVA	Terreno edificabile	fuori campo IVA	8,0%	2,0%	1,0%	Valore venale del diritto alla data dell'atto**
	Lastrico solare/ falda del tetto	fuori campo IVA	7,0%	2,0%	1,0%	Valore venale del diritto alla data dell'atto**
	Terreno non agricolo e non edificabile	fuori campo IVA	8,0%	2,0%	1,0%	Valore venale del diritto alla data dell'atto**
	Terreno agricolo	fuori campo IVA	15,0%	2,0%	1,0%	Valore venale del diritto alla data dell'atto**

* Qualora si tratti di bene strumentale (le imposte ipotecaria e catastale sono ridotte alla metà, essendo l'acquirente una società di leasing); altrimenti le imposte ipotecaria e catastale sono dovute in misura fissa

** Si suggerisce una perizia di stima che determini il valore con criteri di ragionevolezza, verificando la congruità del corrispettivo.

CONFLITTO DI INTERESSI E DIRITTO SOCIETARIO I GRUPPI DI SOCIETA'

Corte di Appello di Roma, 4 febbraio 2010, n. 477

Società di capitali inserite nel medesimo gruppo – Autonomia giuridica e funzionale – Efficacia vincolante dei contratti intervenuti tra le stesse – Limiti.

Stante l'autonomia giuridica e funzionale delle società di capitali ancorchè caratterizzate dall'inserimento nel medesimo "gruppo" o da rapporti di controllo o collegamento economico e/o amministrativo, le intese e i contratti che inter-

vengono tra le stesse hanno la medesima efficacia vincolante, essendo perfettamente concepibile un'attività giuridicamente vincolante tra soggetti inseriti, in qualsivoglia posizione, all'interno del medesimo gruppo; salvo, potendosi ipotizzare un caso di abuso dei poteri di controllo da parte della società controllante, la facoltà di esercitare le azioni predisposte contro gli atti compiuti in condizioni di conflitto di interessi con i soci o con gli amministratori, o di violazione della buona fede o di abuso di potere.

1. Conflitto di interessi, diritto societario e mercato. La tematica del conflitto di interessi assume una rilevanza particolare nel diritto societario. In esso, com'è noto, si sono per decenni contrapposte la teoria contrattualista, che individua l'interesse sociale in quello comune dei soci, di guisa che, ad esempio, l'interesse sociale di una grande azienda automobilistica sarebbe quello di costruire automobili nell'interesse degli azionisti e non in quello dei consumatori (cfr. Supreme Court of Michigan, 1919, *Dodge vs. Ford Motor Co.*), e la teoria istituzionalista, che individua l'interesse sociale in quello dell'impresa in sé (della *Unternehmen an sich*), di guisa, ad esempio, secondo un'ipotesi divenuta ormai emblematica, che il dovere degli amministratori di una società di navigazione sarebbe non già di distribuire dividendi agli azionisti, bensì di far navigare "i battelli sul Reno". In ogni caso emerge un interesse sociale distintamente imputabile ad un nuovo soggetto di diritto, rispetto al quale l'interesse individuale del singolo socio o dell'amministratore può, di volta in volta, trovarsi in conflitto. E così, con riferimento alla situazione di

conflitto di interessi in cui può venirsi a trovare il socio, possono richiamarsi quegli articoli espressivi di una disciplina giuridica che ha costituito la base per l'elaborazione della teoria dell'interesse extrasociale della maggioranza densa di interrelazioni con la tematica dell'abuso del diritto¹³, vale a dire l'articolo 2373 cod. civ., in tema di società per azioni, per il quale "la deliberazione approvata con il voto determinante di soci che abbiano, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società è impugnabile a norma dell'articolo 2377 qualora possa recarle danno", e l'articolo 2479-ter, co. 2°, cod. civ., in tema di società a responsabilità limitata, per il quale "qualora possono recare danno alla società sono impugnabili le decisioni assunte con la partecipazione determinante di soci che hanno, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società". Ma nell'ambito del diritto societario la tematica del conflitto di interessi coinvolge anche gli organi ed i soggetti cui viene affidata

¹³ Cfr., per tutti, Maisano, *L'eccesso di potere nelle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Milano, 1968; Cassottana, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, Milano, 1991; Preite, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, Torino, 1993.

dall'ordinamento la funzione di controllo: collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato interno di controllo, revisore contabile esterno, società di revisione. Alla logica di evitare situazioni di conflitto di interessi sono infatti ispirate tutte quelle norme che prevedono, in capo a detti soggetti ed organi, particolari requisiti, che dovrebbero assicurarne l'indipendenza e l'imparziale professionalità.

Con il tema del conflitto di interessi interferisce certamente la prassi dei patti parasociali, che tendono sempre più a svuotare di contenuto e di significato le riunioni assembleari, che si riducono spesso a formalizzare decisioni prese altrove, secondo dinamiche che privilegiano sovente i rapporti di forza economica ed i correlati interessi individuali dei singoli paciscenti, piuttosto che l'interesse sociale, comunque lo si voglia definire, distintamente imputabile alla società.

La tematica del conflitto di interessi in ambito societario riguarda, peraltro, oggi più che mai, non solo i rapporti interni alla società, ma anche i rapporti della società verso l'esterno, verso il mercato finanziario, verso i risparmiatori, verso l'intero sistema economico, nazionale e globalizzato, evidenziando una crisi acuta del capitalismo avanzato¹⁴, in cui a poco sembrano essere serviti i richiami alla necessità di un'etica degli affari, avanzati con forza, ormai già da un decen-

nio, da un illustre Premio Nobel¹⁵ e spesso fatti propri, per lo più a fini di promozione pubblicitaria, da questa o quella società.

Riservandoci di ritornare in altra sede al profilo esterno della tematica del conflitto di interessi in ambito societario, sembra opportuno fare riferimento alla recente sentenza a Sezioni Unite della Cassazione, 29 agosto 2008, n. 21933, per la quale "l'approvazione del bilancio contenente la posta relativa ai compensi degli amministratori non è idonea a configurare la specifica delibera di determinazione del compenso richiesta, in caso di omessa previsione statutaria, dall'articolo 2389, comma 1, cod. civ."¹⁶, decisione che sottende una situazione di conflitto di interessi, quanto meno potenziale, tra la società e l'organo amministrativo, che, predisponendo i documenti di bilancio, potrebbe essere indotto a "far passare" per implicita, con l'approvazione del bilancio, l'accettazione, da parte dell'assemblea, di una posta di compenso, non oggetto di specifico esame.

Tale decisione risulta di particolare attualità, stante l'acceso dibattito – giuridico e non – sulla spesso esageratamente non proporzionata determinazione dei compensi del *management*, anche attraverso l'ormai famigerato strumento delle *stock options*, che può, di fatto, ac-

¹⁴ Cfr., in tal senso, Rossi, *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003.

¹⁵ Cfr. Amartya Sen, *On ethics and economics*, Malden-Oxford-Carlton Victoria, 1987

¹⁶ Massima già pubblicata su questa rivista, con mia nota di commento al tema correlato delle delibere implicite, numero di Marzo 2009, 79-88.

centuare la posizione di conflitto di interessi degli amministratori, i quali potrebbero essere indotti, al fine di massimizzare il guadagno personale, ad aumentare il più possibile, contro l'interesse sociale ed anche attraverso manipolazioni di ogni tipo, la quotazione in borsa delle azioni della società.

2. Gli interessi di amministratori di s.p.a. La posizione di conflitto di interessi dell'organo amministrativo che rimane sullo sfondo della recente decisione n. 21933/2008 delle Sezioni Unite, riguardando l'organo nel suo complesso e soprattutto un profilo di dialettica generale di determinazione contrattuale del compenso del mandatario, si differenzia da quella avuta presente dalla disciplina specifica della situazione di conflitto di interessi in cui può venirsi a trovare un singolo amministratore.

La normativa *ante* riforma si limitava a prevedere, sull'argomento, secondo una regolamentazione di carattere formale, che l'amministratore, che in una determinata operazione avesse avuto, per conto proprio o di terzi, interesse *in conflitto* con quello della società, avrebbe dovuto *darne notizia* agli altri amministratori e al collegio sindacale, *astendosi* dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa, e che, solo in caso di mancata astensione dell'amministratore in conflitto, la delibera adottata avrebbe potuto essere impugnata entro tre mesi dagli amministratori assenti o dis-

senzienti e dai sindaci, qualora avesse potuto arrecare danno alla società, e sempre che il voto dell'amministratore in conflitto fosse stato determinante per il raggiungimento della maggioranza richiesta¹⁷.

La nuova disciplina dettata per le società per azioni¹⁸ impone, invece, agli amministratori un obbligo di informazione per *ogni loro interesse* e quindi non solo per gli interessi in conflitto, ma anche per quelli neutri o convergenti, stabilendo che l'amministratore delegato deve astenersi dal compiere l'operazione, investendone il consiglio, mentre l'amministratore unico, per il quale non si prevede il divieto di compiere l'atto, deve riferirne alla prima assemblea utile. Più in particolare, la nuova normativa non si incentra più sul dovere di astensione dell'amministratore interessato a seguito di una generica comunicazione del proprio interesse in conflitto¹⁹, ma sulla compiutezza della

¹⁷ Sul doppio presupposto cui era legata l'impugnazione della delibera e cioè che avesse potuto recare danno alla società e che senza il voto in conflitto la delibera non si sarebbe potuta adottare, cfr. Kustermann, *Delle società, Commentario*, Milano, 1988, 417.

¹⁸ Sulla nuova disciplina degli interessi degli amministratori di s.p.a., anche con riguardo alla riduzione della rilevanza penale del comportamento dell'amministratore in conflitto, salvo quanto disposto dal nuovo art. 2629 *bis* per le società quotate in borsa o diffuse, cfr. Ventoruzzo, in *Amministratori* (a cura di Ghezzi), *sub art.* 2391, Milano, 2005, 423 ss.; Enriques-Pomelli, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, *sub art.* 2391, Padova, 2005, 758 ss.; Minervini, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 2, Torino, 2006, 582 ss.

¹⁹ Si discute, peraltro, se l'amministratore che abbia comunicato il proprio interesse sia ammesso al voto in ogni caso oppure soltanto a condizione che il suo voto non sia determinante per la delibera. Cfr., nel primo senso, Ventoruzzo, *op. cit.*, 425, nel secondo senso Candellero, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, *sub art.* 2390-2391, Bologna, 2004, 757. A ben vedere, la questione da porre non è tanto se

informazione richiesta, che deve riguardare la natura, i termini, l'origine e la portata del proprio interesse, e sulla necessaria ponderazione della deliberazione, che deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza, per la società, dell'operazione. Si prevede, conseguentemente, che la delibera può essere impugnata, qualora possa arrecare danno alla società, non solo nel caso di partecipazione determinante dell'amministratore in conflitto, ma anche nei casi di inosservanza degli obblighi di esauriente comunicazione e di adeguata motivazione. Nell'ambito di tale regolamentazione, si è tradizionalmente collocata anche la norma, che, specificamente, riguarda la responsabilità dell'amministratore in conflitto di interessi: secondo la vecchia formulazione della norma, contenuta nel secondo comma del previgente art. 2391 cod. civ., in caso di inosservanza agli obblighi di comunicazione e di astensione, l'amministratore rispondeva delle perdite, che fossero derivate alla società dal compimento dell'operazione; secondo il penultimo comma dell'attuale art. 2391 cod. civ., l'amministratore risponde dei danni, derivati alla società dalla sua azione od omissione.

L'oggetto del risarcimento, dunque, nella nuova norma, non è più costituito dalle "perdite", ma, più ampiamente, dal danno derivato alla

società dall'azione o dall'omissione dell'amministratore, sia sotto il profilo del danno emergente, sia sotto quello del lucro cessante. I danni risarcibili sono quelli legati all'operazione, ma pur sempre derivanti dall'inosservanza dei doveri dell'amministratore, e, particolarmente, da sue azioni od omissioni, quali, nell'ambito delle azioni, la partecipazione determinante alla deliberazione, ovvero, in caso di amministratore delegato, il compimento dell'operazione, e, nell'ambito delle omissioni, la violazione del dovere di informazione, sia quale mancanza della comunicazione dell'interesse, sia quale incompletezza della comunicazione stessa, ed ancora l'omissione di un atto vantaggioso per la società e svantaggioso per sé. Elemento essenziale della responsabilità dell'amministratore rimane il nesso di causalità tra l'azione od omissione dell'amministratore ed il danno arrecato alla società. In particolare, nel caso di responsabilità per omessa comunicazione dell'interesse, dovrà essere data la prova che la conoscenza delle informazioni, che l'amministratore avrebbe dovuto comunicare, avrebbe indotto il consiglio di amministrazione a non compiere l'operazione, poi rivelatasi dannosa.

3. Rapporti tra l'art. 2391 e l'art. 1394 cod. civ. La presenza, tanto nella vecchia, quanto nella nuova disciplina, di una norma, che preveda, specificamente, la responsabilità dell'amministratore per i danni

l'amministratore interessato debba o possa astenersi, quanto quella se il presidente possa escluderlo dal voto e la nuova formulazione della norma non sembra consentire questa possibilità di esclusione.

o le perdite derivati alla società dal suo comportamento in conflitto di interessi, costituisce indice di una non perfetta corrispondenza dell'insieme delle conseguenze, anche fattuali, che possono derivare dall'agire in conflitto dell'amministratore di società, rispetto all'agire in conflitto del comune rappresentante volontario. La disciplina del conflitto di interessi nella rappresentanza volontaria, di cui all'art. 1394 cod. civ., non è, come appare invece in ambito societario, tutta incentrata sul profilo della responsabilità per danni del rappresentante in conflitto, quanto, piuttosto, sulla facoltà concessa al rappresentato di respingere dalla propria sfera giuridica gli effetti e, quindi, le conseguenze, anche dannose, dell'agire in conflitto del rappresentante, attraverso l'esercizio dell'azione di annullamento, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo. In ambito societario, invece, l'espresso richiamo normativo alla responsabilità dell'amministratore in conflitto sembra sottendere la previsione di una *ampia* serie di casi, in cui non sia, in altro modo, possibile per la società respingere da sé le conseguenze pregiudizievoli dell'agire interessato dell'amministratore. Questa diversa prospettiva, in cui si pone il legislatore, nel disciplinare le conseguenze dell'agire interessato dell'amministratore di società, è tanto più evidente, ove si consideri che la norma sulla responsabilità dell'amministratore per conflitto di

interessi, nel nuovo articolo 2391 cod. civ., è posta immediatamente dopo la previsione della salvezza dei diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione consiliare impugnata²⁰.

L'esame del rapporto tra le due norme, quella del conflitto di interessi nella rappresentanza volontaria, di cui all'art. 1394 cod. civ., e quella in ambito societario, di cui all'art. 2391 cod. civ., evidenzia che, mentre quest'ultima norma presuppone l'impugnativa della deliberazione nel termine di novanta giorni, la potenzialità del danno e la prova della assenza di buona fede, cioè della mala fede del terzo, vale a dire della consapevolezza, da parte del terzo, della persistente rilevanza, potenzialmente dannosa, dell'interesse di un amministratore in conflitto, pur nell'esistenza di una delibera consiliare relativa a quella determinata operazione, per l'art. 1394 cod. civ. l'azione è proponibile nel termine di prescrizione di cinque anni e con la sola prova della conoscenza o conoscibilità del conflitto di interessi, in cui versa il rappresentante volontario.

Emerge subito, da questa breve analisi dei tratti differenziali di disciplina, che presupposto della norma, di cui all'art. 2391 cod. civ., è l'esistenza di una delibera del consiglio di amministrazione, nella quale ipotesi la semplice conoscibilità

²⁰ Cfr., sul punto, le considerazioni da me svolte in *Mala gestio per conflitto di interessi e transazione della società con altro coobbligato*, in *Le Società*, 2008, 189-190.

del conflitto di interessi, in cui versa un amministratore, non è sufficiente per far venir meno l'acquisto del terzo.

Il rapporto tra le due norme è stato, di recente, colto molto efficacemente dalla giurisprudenza del Supremo Collegio nella sentenza del 26 settembre 2005, n. 18792, per la quale "gli articoli 1394 e 2391 cod. civ. si pongono, tra di loro, in una relazione di reciproca esclusione, avendo ciascuno un proprio ambito di operatività. Mentre, in particolare, l'art. 1394 cod. civ. si applica agli atti compiuti dal rappresentante di società di capitali quando manchi una deliberazione del consiglio di amministrazione con la determinazione del contenuto del contratto, si applica, invece, l'art. 2391 cod. civ. nel caso in cui il conflitto di interessi emerga in sede deliberativa, anche quando l'attuazione del contratto sia affidata all'amministratore in conflitto di interessi con la società. Conseguentemente il contratto è suscettibile di venire annullato ai sensi dell'articolo 1394 se sia concluso dall'amministratore unico o dall'amministratore munito di potere di rappresentanza che, delegato o no, agisca senza una preventiva deliberazione consiliare. In ogni altra ipotesi la conclusione del contratto è deliberata dal consiglio di amministrazione e il conflitto di interessi si manifesta già nella fase della deliberazione, sicchè trova applicazione l'articolo 2391 e l'annullamento del contratto è possibile solo se sia prima annullata la

deliberazione che ne ha deciso la conclusione, previa dimostrazione della malafede del terzo. Ne deriva, in conclusione, una minore tutela della società rispetto all'ipotesi di contratto concluso dall'amministratore al di fuori di deliberazione consiliare"²¹.

Questa minore tutela per la società, derivante dalla disciplina di cui all'art. 2391 cod. civ., rispetto a quella di cui all'art. 1394 cod. civ., è stata tradizionalmente giustificata, considerando che le garanzie di ponderazione ed oculatezza, offerte dal metodo collegiale ridurrebbero i rischi di comportamenti pregiudizievoli, rispetto al caso di un atto compiuto dall'amministratore unico o delegato²².

Se, ad esempio, il presidente del consiglio di amministrazione in conflitto di interessi ha comunicato agli altri amministratori e al collegio sindacale la natura, i termini, l'origine e la portata del proprio interesse nell'operazione e la delibera del consiglio di amministrazione, adottata senza il voto determinante del presidente in conflitto, ha adeguatamente motivato le ragioni e la convenienza, per la società, dell'operazione, delegando lo stesso presidente al compimento dell'atto, potrà sempre dirsi sussistente la conoscibilità, da parte del terzo, della situazione di conflitto di interessi, in cui versa il legale rap-

²¹ Cfr. Cass., 26 settembre 2005, n. 18792, in *Guida al diritto*, 2005, f. 43, 81.

²² Cfr. Calandra Bonaura, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato Colombo-Portale*, 4, Torino, 1991, 173.

presentante, nonostante l'esistenza di una delibera consiliare autorizzativa, ma non per questo il terzo può considerarsi in mala fede, nel senso richiesto dall'art. 2391 cod. civ.

Affinché, in questa ipotesi, il terzo possa essere considerato in mala fede, occorrerebbe dimostrare la sua consapevolezza della persistente rilevanza, potenzialmente dannosa, dell'interesse in conflitto del presidente, pur nell'esistenza di una delibera consiliare relativa a quella determinata operazione, e ciò, ad esempio, qualora la delibera non avesse previsto dettagliatamente tutte le clausole e condizioni dell'atto da compiere, lasciando un certo margine di discrezionalità al presidente e questi abbia, in concreto, usato, nella consapevolezza del terzo, la discrezionalità concessagli a suo vantaggio ed a danno della società.

Rimarrebbe, in questa ipotesi, probabilmente, la possibilità di invocare l'applicazione dell'art. 1394 cod. civ., anche a prescindere dalla impugnabilità della precedente delibera consiliare.

4. Altri profili di disciplina. I gruppi di società (rinvio). Con riguardo alla disciplina del conflitto di interessi degli amministratori di società a responsabilità limitata, di cui all'articolo 2475-ter cod. civ., sono stati evidenziati in dottrina i tratti differenziali rispetto alla disciplina appena esposta in tema di società per azioni, sotto il profilo della omessa previsione di alcun obbligo di condotta preventiva, della previsione

della annullabilità delle decisioni consiliari adottate con il voto determinante dell'amministratore in conflitto, in presenza di un danno effettivo e non meramente potenziale e del diverso presupposto di applicazione, legato ad una situazione di conflitto e non di semplice compresenza di interessi dell'amministratore²³.

Ritornando alla disciplina del conflitto di interessi in tema di società per azioni, di particolare interesse sono, da un lato, la nuova regolamentazione della responsabilità per danni da indebito utilizzo di notizie riservate ed opportunità di affari, di cui all'ultimo comma dell'articolo 2391 cod. civ.²⁴, e, dall'altro, la nuova disciplina delle operazioni con parti correlate nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, di cui all'articolo 2391 bis cod. civ., essendo stata peraltro già opportunamente chiarita la non coincidenza tra operazioni con parti correlate e sussistenza di un interesse di un amministratore²⁵.

Può ravvisarsi un rapporto di coesistenza e complementarità, in quanto operanti su piani diversi, anche tra l'articolo 2391 cod. civ. e l'articolo 150 D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.), che prescrive che gli amministratori di società quotate riferiscano almeno trime-

²³ Cfr. Irrera, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino e Bonfante, Cagnasso, Montalenti, *sub art. 2475 ter*, Bologna, 2004, 1869-1870; Olivero, *Gli amministratori di s.r.l. L'autonomia statutaria*, Torino, 2005, 171 ss.

²⁴ Su cui cfr. Bellacosa, in *Codice commentato delle s.p.a.*, diretto da Fauceglia e Schiano di Pepe, t. 2, *sub art. 2391*, Torino, 2007, 744-747.

²⁵ Cfr., sull'argomento, Minervini, *op. cit.*, 598-602.

stralmente al collegio sindacale sulla attività svolta e sulle operazioni di maggior rilievo economico, finanziario e patrimoniale della società e delle società controllate, con particolare riferimento a quelle nelle quali essi abbiano un interesse per conto proprio o di terzi²⁶.

Con riguardo alla tematica del conflitto di interessi nei gruppi di società, oggetto di specifica trattazione nell'ultimo paragrafo, merita di essere segnalata, sin da ora, tanto la norma di cui all'articolo 2497, co. 1°, cod. civ., per il quale le società o gli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento di società sono *direttamente* responsabili nei confronti dei soci di queste e dei creditori sociali delle stesse qualora abbiano agito nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, salvo che il danno risulti mancante, "*alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette*", quanto la norma di cui all'articolo 2497 ter cod. civ., per la quale "le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate, debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisio-

ne", rimanendo peraltro difficile comprendere che spazio possa rimanere per decisioni di società soggette ad attività di direzione e coordinamento, che non siano influenzate dalla società che esercita tale direzione e coordinamento.

5. Conflitto di interessi ed oggetto sociale. Il tema del conflitto di interessi in ambito societario tocca anche il rapporto tra oggetto sociale e potere rappresentativo degli amministratori.

Ed infatti, posto che, ai sensi dei novellati articoli 2384 e 2475 bis cod. civ., le limitazioni ai poteri degli amministratori, che risultano dallo statuto o dall'atto di nomina o comunque da una decisione degli organi competenti, non sono opponibili ai terzi anche se pubblicate, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società, rimane da chiedersi se vi sia spazio per una azione di annullamento quando l'estraneità dell'atto all'oggetto sociale denoti un conflitto di interessi riconoscibile dal terzo, ancorchè non sia raggiunta la prova dell'intenzione da parte di questi di agire a danno della società. La risposta positiva a tale interrogativo si ricava *ex adverso* dalla recente sentenza di Cassazione, 8 novembre 2007, n. 23300²⁷, la quale ha confermato la sentenza impugnata con la quale non era stato ravvisato conflitto di interessi in un caso di fideiussione concessa da società di capitali ad imprenditore privato, socio della

²⁶ Cfr., in tal senso, Zamperetti, *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le società*, 2005, 1085.

²⁷ In *Mass. Giur. It.*, 2007.

società di capitali e coniuge dell'amministratore unico e legale rappresentante, ritenendosi che la fideiussione corrispondesse sia all'interesse della società, avente ad oggetto la gestione del patrimonio immobiliare dei soci, che a quello dei due unici soci, a nulla rilevando il successivo mutamento della compagine sociale e la sopravvenuta assenza di corrispondenza tra l'interesse della società e dei soci e quello del terzo garantito. Ed infatti per la Suprema Corte "il conflitto di interessi idoneo, ex art. 1394 cod. civ., a produrre l'annullabilità del contratto richiede l'accertamento dell'esistenza di un rapporto di incompatibilità tra gli interessi del rappresentato e quelli del rappresentante, da dimostrare non in modo astratto od ipotetico ma con riferimento al singolo atto o negozio che, per le sue intrinseche caratteristiche, consenta la creazione dell'utile di un soggetto mediante il sacrificio dell'altro" e "tale situazione, riferendosi ad un vizio della volontà negoziale, deve essere riscontrabile al momento perfezionativo del contratto, restando irrilevanti evenienze successive eventualmente modificative dell'iniziale convergenza di interessi".

Da tale pronuncia si ricava, quindi, che, ove la fideiussione concessa dalla società ad un socio, coniuge dell'amministratore unico della società, non possa, in concreto, ricondursi tra le operazioni utili al perseguimento dell'oggetto sociale e denoti, invece, un conflitto di inte-

ressi dell'amministratore unico, riconoscibile dal terzo, potrebbe essere esercitata l'azione di annullamento del contratto per conflitto di interessi ai sensi dell'articolo 1394 cod. civ.

6. Conflitto di interessi e patrimoni destinati. Il rapporto tra scopo sociale e conflitto d'interesse assume un rilievo particolare nell'ambito del nuovo istituto dei patrimoni destinati, introdotti per le società per azioni dagli articoli 2447 bis – 2447 decies cod. civ.

Determinante per la comprensione del significato e della portata effettuale del nuovo istituto appare l'articolo 2447 quinquies cod. civ., per il quale "i creditori della società non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato allo specifico affare né, salvo che per la parte spettante alla società, sui frutti o proventi da esso derivanti" e, qualora la deliberazione dell'organo amministrativo istitutiva del patrimonio destinato non disponga diversamente, "per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato", salva la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito. Dispone l'ultimo comma dell'articolo in esame che "*gli atti compiuti in relazione allo specifico affare debbono recare espressa menzione del vincolo di destinazione; in mancanza ne risponde la società con il suo patrimonio residuo*". Orbene sembra che la norma portata da tale ultimo comma debba in-

interpretarsi nel senso che, trattandosi di conflitto tra classi di creditori, *non possa essere attribuito* all'amministratore che agisce per la società *un potere arbitrario* di imputare l'atto al patrimonio destinato, piuttosto che al patrimonio generale (*rectius*: al patrimonio residuo) della società con la semplice menzione (o mancata menzione) del vincolo di destinazione, in quanto in tal modo sarebbe possibile far gravare (esclusivamente) sul patrimonio destinato anche un atto, in effetti, non finalizzato all'affare di riferimento di tale patrimonio, per il tramite della semplice, formale menzione, nel seno dell'atto, del vincolo di destinazione²⁸. Si deve, quindi, interpretare la necessità della menzione del vincolo di destinazione in modo più pregnante, allo scopo di evitare possibili abusi dell'amministratore che agisce per la società. E poiché, in questi casi, il conflitto di interessi è immanente all'atto da compiere, trattandosi di conflitto di interessi tra classi di creditori, che si appuntano e fanno riferimento a patrimoni distinti, ma pur sempre amministrati entrambi dallo stesso organo, la regola da applicare sembra debba essere ricavata dalla *ratio*, che ispira la disciplina del conflitto (o della semplice compresenza) di interessi in capo all'amministratore di società per azioni, vale a dire dal principio della

adeguata motivazione, che, nella fattispecie in esame, deve essere volta ad esplicitare e giustificare l'inerenza dell'atto da compiere all'affare cui è destinato il patrimonio vincolato. Del resto, questa interpretazione risolve anche il problema della sorte dell'atto dispositivo di uno dei cespiti vincolati. L'atto di disposizione, infatti, è di per sé neutro rispetto al perseguimento dell'affare potendo, in concreto, essere inerente o meno all'affare di destinazione, a seconda dei casi, e, poiché l'acquirente di uno dei cespiti vincolati, in quanto avente causa dalla società, può essere equiparato ad uno dei creditori della stessa, si rende necessario verificare la sorte dell'atto di disposizione, tenendo conto della norma sopra menzionata, per la quale *i creditori (e quindi anche gli aventi causa) della società non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato allo specifico affare*. La presenza di tale norma, unitamente al riferimento alla menzione del vincolo di destinazione, di cui all'ultimo comma dell'articolo in esame, porta a ritenere che l'atto di disposizione di uno dei cespiti vincolati consente all'acquirente di far valere il diritto acquistato soltanto qualora l'atto dispositivo contenga una adeguata motivazione della sua inerenza in concreto all'affare di destinazione. Il positivo riscontro della fondatezza di tale ipotesi interpretativa, potrà determinare analoghe ricadute effettuali sulla portata dell'articolo 2645 ter in tema di patrimoni im-

²⁸ Esprimono dubbi sull'adeguatezza del criterio di imputazione formale, Ferro-Luzzi, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 118; Marano, *I patrimoni destinati in una prospettiva di analisi giuseconomica*, *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 53, giugno 2004, 49.

mobiliari o di beni mobili registrati, vincolati per fini di utilità sociale, posto che la struttura del vincolo di cui alla norma da ultimo citata è già presente nel patrimonio destinato ad uno specifico affare di s.p.a., dal momento che, ai sensi del secondo comma dell'articolo 2447 quinquies, qualora nel patrimonio siano compresi immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, il vincolo di destinazione non è opponibile ai creditori della società fin quando la destinazione allo specifico affare non è trascritta nei rispettivi registri.

7. Operazioni societarie straordinarie e interessi in conflitto. Le operazioni societarie straordinarie costituiscono, sovente, strumento di espressione del conflitto di interessi nell'ambito dei rapporti societari. Ed infatti, non sono infrequenti operazioni di trasferimento di sede, di aumento di capitale sociale, di fusioni e di scissioni, deliberate dalla maggioranza dei soci, non tanto per realizzare un interesse sociale, quanto con il preciso intento di liberarsi di una scomoda minoranza o inducendola all'*exit*, o riducendone il peso proporzionale, sfruttando ad esempio la conosciuta impossibilità della stessa di far fronte alla programmata ulteriore capitalizzazione della società. Ma nelle operazioni societarie straordinarie, a volte, il conflitto si presenta, con particolari caratterizzazioni, più come contrapposizione di interessi individuali, che non come pericolo di prevalenza, in capo allo stesso soggetto, dell'interesse individuale rispetto a

quello sociale. Da questo punto di vista, rilevano, nell'ambito dei rapporti tra società e creditori sociali, la facoltà riconosciuta a questi ultimi dagli articoli 2503, 2503 bis e 2500 novies cod. civ. di fare opposizione alle operazioni di fusione, scissione e trasformazione eterogenea; nell'ambito dei rapporti tra le distinte compagini sociali delle società partecipanti, la essenziale rilevanza della determinazione del rapporto di cambio nella struttura dell'operazione di fusione o scissione, che esige la redazione di un parere sulla sua congruità, affidata alla relazione degli esperti di cui all'art. 2501 sexies cod. civ., relazione non necessaria in caso di incorporazione di società interamente posseduta (cfr. art. 2505 cod. civ.) od anche di società posseduta al novanta per cento, sempre che, nel secondo caso, venga concesso agli altri soci della società incorporata il diritto di far acquistare le loro azioni o quote dalla società incorporante per un corrispettivo determinato secondo i criteri previsti per il recesso (cfr. art. 2505 bis cod. civ.); e nell'ambito dei rapporti tra soci della stessa società, il diritto riconosciuto dagli artt. 105-112 T.U.F., D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, al socio di minoranza di una società italiana, le cui azioni siano quotate in un mercato regolamentato italiano di strumenti finanziari, al lancio di un'offerta pubblica d'acquisto totalitaria di tipo obbligatorio da parte di chi abbia superato, a seguito di acquisti a titolo oneroso, anche di

concerto, la soglia complessiva del 30% delle azioni che attribuiscono diritti di voto nelle deliberazioni assembleari riguardanti la nomina o revoca o responsabilità degli amministratori o del consiglio di sorveglianza²⁹.

8. Conflitto di interessi e gruppi di società.

Come già anticipato, è, invece, proprio con riguardo ai gruppi di società che la nuova disciplina degli interessi degli amministratori assume un particolare rilievo.

Si verifica spesso, infatti, il caso che uno stesso amministratore partecipi alla gestione di più società fra loro collegate o in rapporto di controllo, a parte la considerazione che l'amministratore di una società controllata è comunque tenuto a seguire le direttive fissate dalla capogruppo, a prescindere dalla sua partecipazione, o meno, al consiglio della controllante.

E' possibile, così, ed assai frequente, che, in questi casi, l'amministratore risulti portatore di interessi diversi, e talora configgenti, con quelli della società, anche se coerenti ad un interesse di gruppo.

Ed infatti, amministratori, che partecipano ai consigli di più società del gruppo, potrebbero essere ritenuti portatori dell'interesse di una delle società amministrate, ogni volta che venga decisa un'operazione infragruppo (ad esempio la stipulazione di un contratto tra due società sorelle), così come particolarmente delicata è la posizione dell'amministratore delegato della società capogruppo, il quale sia anche amministratore di una o più società controllate.

Infatti, numerose e frequenti operazioni tra società dello stesso gruppo, che, sotto il vigore della disciplina previgente, l'amministratore delegato della capogruppo avrebbe potuto decidere e concludere autonomamente, potrebbero dover essere rimesse al consiglio in base a quanto disposto dall'ultimo periodo del primo comma dell'art. 2391 cod. civ.

La legge delega, all'art. 10, aveva fissato la regola secondo cui la nuova disciplina dei gruppi avrebbe dovuto "assicurare che l'attività di direzione e di coordinamento contemperino adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime". Il contemperamento degli interessi avrebbe dovuto attuarsi prevedendo principi di trasparenza ed, in particolare, ponendo l'obbligo di motivazione delle decisioni funzionali agli

²⁹ Cfr., sull'argomento, Rizzini Bisinelli, *Violazione dell'obbligo di Opa totalitaria e risarcimento del danno in favore dei soci di minoranza*, in *Le società*, 2008, 208 ss.

interessi di gruppo ed attraverso adeguate forme di tutela del socio.

La riforma ha sviluppato ed applicato questi principi in sei norme (artt. 2497-2497sexies), senza mai parlare espressamente di gruppi³⁰, ma dando implicito riconoscimento all'interesse di gruppo ed alla sua legittimità, a condizione però che l'attività di gruppo non violi i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale di ciascuna società partecipante, ovvero che le operazioni di gruppo non comportino danno a ciascuna società alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento. In caso di violazione di tali principi, la sanzione è costituita dalla diretta responsabilità delle società o degli enti controllanti, nonché di chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, di chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio, nei confronti dei soci delle società controllate e nei confronti dei creditori sociali³¹.

La disciplina normativa tende ad assicurare a tutte le società del gruppo una sufficiente protezione, anche con la previsione dell'obbligo della analitica motivazione delle scelte di gruppo; si pone, peraltro, la questione interpretativa relativa alla contemporanea applicazione ai gruppi di società delle norme sugli interessi degli amministratori, potendosi, in astratto, argomentare nel senso della prevalenza dell'interesse di gruppo, che, se correttamente perseguito, finirebbe per assorbire ed, in ultima analisi, coincidere con l'interesse delle singole società partecipanti, dovendosi così, in tesi, escludere l'applicabilità ai gruppi di società della disciplina portata dall'art. 2391 cod. civ., anche considerando che l'amministratore espressione della controllante sarebbe sempre portatore di un interesse per conto terzi.

Tale tesi non appare condivisibile. Infatti manca una esplicita previsione di esonero rispetto alla

³⁰ Cfr. Galgano, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2005, 2. Si è osservato che la disciplina introdotta dagli articoli 2497-2497 sexies cod. civ. prescinde dal concetto di controllo di cui all'art. 2359 cod. civ., dovendosi applicare tale disciplina all'attività di direzione e coordinamento quale che sia la sua fonte: cfr., in tal senso, M. Rescigno, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Le società*, 2003, 331 ss.; Galgano, *Il nuovo diritto societario*, Padova, 2003, 185; contra Santosuosso, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 242.

³¹ E' discussa la natura contrattuale (cfr., in tal senso, M. Rescigno, *op. cit.*, 335; Pavone La Rosa, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. società*, 2003, 765 ss.) o extracontrattuale (cfr., in tal senso, la relazione governativa e, in dottrina, Galgano, *op. ult. cit.*, 189, e, con riferimento alla sola azione dei creditori sociali, Rordorf, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Le società*, 2004, 545) di tale responsabilità, con le note diverse conseguenze rilevanti, tra l'altro, in tema di onere probatorio e quantificazione del danno risarcibile.

applicazione della disciplina prevista dall'art. 2391 cod. civ., non potendosi, d'altra parte, negare che le due discipline, quella di gruppo, ispirata a principi di responsabilità civile, e quella degli interessi degli amministratori, ispirata a principi di trasparenza preventiva, assolvono a diverse funzioni³².

Infatti, a ben vedere, mentre la disciplina sulla direzione e coordinamento è rivolta ad assicurare il rispetto dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, prevedendosi, al fine di escludere la responsabilità, un rimborso per equivalente (eliminazione del danno) o un vantaggio compensativo a carico della holding, la norma sugli interessi degli amministratori è diretta ad imporre una gestione informata e trasparente, dalla cui violazione deriva una responsabilità per i danni in capo agli amministratori interessati, piuttosto che del terzo, nel cui interesse essi abbiano operato.

D'altra parte, una corretta informazione può andare a tutela e beneficio della stessa capogruppo, ad esempio rispetto a quelle operazioni per le quali l'amministratore mantenga margini di autonomia e discrezionalità o che, pur rispondendo ad una logica di gruppo, siano influenzate da interessi individuali dello stesso amministratore³³, così come non si può escludere, almeno in linea di principio, che l'amministratore che faccia parte del consiglio di amministrazione della controllante e di quello della controllata, decida di favorire quest'ultima rispetto alla prima. Non risulta, quindi, possibile escludere l'applicazione dell'art. 2391 cod. civ. alle operazioni infragruppo, in base alla mera circostanza che tali operazioni siano soggette alla nuova disciplina della direzione e del coordinamento di società, tanto più che i principi espressi dalla nuova disciplina degli interessi degli amministratori costituiscono e rappresentano alcuni dei cardini della riforma e sono stati, del resto, ribaditi per gli organi di amministrazione di società che fanno appello al mercato del capitale di rischio, ai quali, appunto, è stato imposto l'obbligo di adottare regole che assicurino la trasparenza e la correttezza delle operazioni con parti correlate (cfr. art. 2391 bis).

In definitiva e riassumendo, la circostanza che gli artt. 2497 ss. cod. civ. legittimino l'attività di direzione e coordinamento posta in essere dalla società capogruppo, non è sufficiente ad escludere l'applicazione della disciplina di cui all'art. 2391, volta a tutelare, anche nell'interesse della capogruppo, la correttezza del procedimento

decisionale seguito dagli organi amministrativi di tutte le società del gruppo.

La nuova disciplina sui gruppi di società consente, come si è visto, di subordinare l'interesse immediato di una società soggetta a direzione e coordinamento all'interesse della capogruppo, a condizione che un eventuale pregiudizio subito sia compensato da vantaggi discendenti dall'appartenenza al gruppo.

Deve, peraltro, ritenersi che l'art. 2391 sia applicabile indipendentemente dalla possibilità di considerare l'interesse perseguito da uno degli amministratori come "interesse di gruppo". Come si è visto, il legislatore ha, infatti, sottratto all'amministratore la valutazione della necessità di comunicare la presenza di un "interesse" che potrebbe influenzare e/o condizionare la deliberazione del consiglio o la decisione dell'amministratore delegato, imponendo, tutte le volte in cui l'amministratore sia portatore di un qualunque interesse distinguibile da quello della società, che l'operazione sia decisa dall'organo debitamente informato della situazione. Una volta informati, gli amministratori possono decidere di subordinare l'interesse della società amministrata a quello di gruppo, in previsione di vantaggi compensativi futuri³⁴, ma tale decisione deve essere assunta nella piena consapevolezza di tutti gli interessi coinvolti.

In ogni caso e con particolare riferimento alla fattispecie oggetto della massima in epigrafe, può osservarsi che il concetto di interesse sociale, come quello di pregiudizio a tale interesse, va valutato in concreto ed in relazione all'autonomia delle singole società del gruppo, con la conseguenza che anche tra le imprese facenti parte di un medesimo raggruppamento può sussistere un conflitto di interessi non giustificabile in un interesse della capogruppo che si pretenda superiore, così come non è possibile affievolire la responsabilità degli amministratori secondo una valutazione globale di compensazione allargata, che prescindendo dalla tutela del patrimonio della singola società, riguardando, invece, ad esempio, l'eventuale vantaggio conseguito da altre società del gruppo³⁵.

³² Cfr. Ventoruzzo, *op. cit.*, 469.

³³ Cfr. Mucciarelli, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, *sub art.* 2497 *ter*, Padova, 2005, 2393.

³⁴ La mera aspettativa di un vantaggio futuro, incerto nell'*an* e nel *quantum*, non può, peraltro, integrare il concetto di vantaggio compensativo atto a giustificare il compimento di un atto gestorio in sé pregiudizievole: cfr., in tal senso, l'art. 2634 cod. civ., che, nel punire il delitto di infedeltà patrimoniale, stabilisce, al terzo comma, che "in ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o *fondatamente prevedibili*, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo".

³⁵ Cfr., in tal senso, Cass., 24 agosto, 2004, n. 16707, in *Giur. It.*, 2005, 69, per la quale "l'eventualità che un atto lesivo del patrimonio della società trovi compensazione nei

Fabio Valenza



vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo deve essere concretamente provata dall'amministratore, convenuto in giudizio dalla società stessa per sentirlo condannare a risarcire il danno".

MEDIAZIONE E CONCILIAZIONE

Come annunciato nel numero di maggio (nel quale abbiamo pubblicato l'intervento in materia di Cinzia Brunelli) pubblichiamo ora un'altra più ampia relazione sull'argomento realizzata dal Consiglio Notarile di Como e Lecco a cura del collega Piercarlo Colnaghi.

NORMATIVA

Decreto legislativo 4 marzo 2010 n.28 attuativo dell'articolo 60 della legge 19 giugno 2009 n.69/2009, recante delega per il recepimento della direttiva 2008/52/Ce del Parlamento europeo In materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali; detto decreto legislativo, il cui testo nella prima versione è stato diffuso in Internet dal 28 ottobre 2009, è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n.53 del 5 marzo 2010, pertanto è entrato in vigore il 20 marzo 2010, secondo la normale *vacatio legis*, salvo il primo comma dell'art.5, relativo alla condizione di procedibilità, che entrerà in vigore decorsi dodici mesi dal 20 marzo 2010.

Capisaldi dell'iniziativa comunitaria sono: il **Libro Verde sull'ADR** presentato a Bruxelles nell'aprile 2002, il codice europeo di condotta per conciliatori luglio 2002 e proposta di Direttiva Comunitaria del 22 ottobre 2004.

-Art.38-39-40 del decreto legislativo 17 gennaio 2003 n.5 procedimento di conciliazione nell'ambito dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria.

-D.M. 23 luglio 2004 n.222 regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione nonché di tenuta del registro di conciliazione di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003 n.5.

-Decreto dirigenziale 24 luglio 2006 approvazione dei requisiti di accreditamento dei soggetti e/o enti abilitati a tenere i corsi di formazione per l'iscrizione nel registro degli organismi di conciliazione.

NOZIONE

Il decreto legislativo 4 marzo 2010 n.28 nell'articolo 1 definisce la **mediazione** come l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa.

Lo stesso decreto indica poi con il termine **conciliazione** l'attività di composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione.

La terminologia usata dal legislatore sembrerebbe distinguere la fase dinamica e strumentale del-

l'attività: la mediazione, dalla fase conclusiva: la conciliazione.

Nei paesi di *common law* si distingue tra *conciliation* e *mediation* in quanto nella prima il terzo imparziale aiuta le parti a comunicare tra loro, mentre nella seconda il terzo è più attivo potendo proporre alle parti un'ipotesi di accordo.

Tale distinzione nel nostro ordinamento sembrerebbe sussistere, come vedremo, tra mediazione facilitativa e mediazione valutativa.

In ogni caso la terminologia non è, in questo caso, un elemento determinante potendosi utilizzare indifferentemente il termine mediazione o conciliazione come metodi di risoluzione delle controversie alternativi rispetto al ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria.

L'acronimo ADR individua tali metodi alternativi, tuttavia la sua traduzione letterale può indurre ad alcune riflessioni.

La traduzione letterale dell'acronimo ADR in *alternative dispute resolution* è stata ritenuta, dalla dottrina più recente, generica e non adeguata in quanto gli istituti della mediazione e della conciliazione non necessariamente sono alternativi rispetto al processo civile ed all'arbitrato.

Tale dottrina ha ritenuto di attribuire alla lettera "A" dell'acronimo ADR il significato di *amicable* o meglio *appropriate*, ossia risoluzione amichevole o appropriata della controversia.³⁶

³⁶ Studio 04.12.03.34/UE, *Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio su alcuni aspetti della con-*

"La conciliazione deve consolidarsi in un ruolo non alternativo, bensì complementare ed integrativo rispetto all'amministrazione della giustizia civile e l'istituzione di inediti casi di obbligatorietà del tentativo di conciliazione deve essere percepita dalle parti, da chi le assiste e le rappresenta, quale concreta opportunità di evitare l'azione in sede giudiziale, quale fecondo mezzo per la diffusione della cultura della conciliazione."³⁷

Diversa è la mediazione/conciliazione prevista dalla normativa in oggetto in cui il conciliatore è un **terzo neutrale** dalle altre ipotesi di conciliazione già disciplinate da norme dell'ordinamento in cui il conciliatore è lo stesso giudice o un'autorità garante; tali ipotesi vengono di seguito riportate:

Art.185 codice di procedura civile "Tentativo di conciliazione"

Il tentativo di conciliazione può essere rinnovato in qualunque momento dell'istruzione.

Quando le parti si sono conciliate si forma processo verbale della convenzione conclusa.

Il processo verbale costituisce titolo esecutivo".

Rapporti di lavoro art. 410 c.p.c.

"Chi intende proporre in giudizio una domanda relativa ai rapporti previsti dall'art.409 c.p.c. (controversie in materia di lavoro) e non ritiene di avvalersi delle procedure

conciliazione in materia civile e commerciale approvata dalla Commissione Affari Europei e Internazionali il 3 dicembre 2004.

³⁷ "Terzo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia" Union Camere, Camera di Commercio di Milano, Camera Arbitrale di Milano, ISDACI.

di conciliazione previste dai contratti e accordi collettivi, deve promuovere, anche tramite l'associazione sindacale alla quale aderisce o conferisce mandato, il tentativo di conciliazione, presso la commissione di conciliazione individuata secondo i criteri di cui all'articolo 413."

Della separazione personale dei coniugi art. 708 c.p.c."Tentativo di conciliazione, provvedimenti del Presidente.

Il Presidente deve sentire i coniugi prima separatamente e poi congiuntamente, procurando di conciliarli.

Se i coniugi si conciliano, il Presidente fa redigere processo verbale della conciliazione."

Legge 31 luglio 1997 n.249 Istituzione della Autorità per le **garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo AGCOM.**

Art.11 "Tentativo di conciliazione extragiudiziale di controversie. Sospensione dei termini." omissis "non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro 30 giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità.

A tal fine i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino a scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione."

Legge 14 novembre 1995 n.481 Autorità per le energia elettrica ed il gas

Legge 7 giugno 1974 n.216 Commissione Nazionale per le società e la Borsa CONSOB

D.P.R. 23 marzo 2005 n.79 Camera nazionale arbitrale in agricoltura

Legge 11 febbraio 1994 n.109 Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, servizi e forniture

D.Lgs. 3 giugno 2003 n.196 Autorità garante per la protezione dei dati personali

Legge 10 ottobre 1990 n.287 Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM o ANTITRUST)

D.P.R. 15 dicembre 2003 n.385 Commissione di trasparenza dei giochi

D.Lgs. 8 luglio 2003 n.188 Organismo di regolazione presso Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

VANTAGGI dell'ADR

Il ricorso alla mediazione-conciliazione quale metodo alternativo di risoluzione delle controversie dovrebbe far conseguire, nell'intento del legislatore, alcuni indubbi vantaggi e precisamente:

A) sistema giudiziario civile più efficiente:

il ricorso all'adr ha lo scopo di deflazionare il sistema giudiziario italiano in relazione al carico degli arretrati ed al rischio di accumulo di nuovi ritardi.

Obiettivi specifici sono quindi: la riduzione dei casi da portare in Tribunale e la riduzione dei tempi di definizione di ciascun caso .

Ulteriore obiettivo è permettere ai magistrati di giudicare con più tempo a disposizione e quindi con mi-

gior efficienza solo quelle cause che inevitabilmente devono essere sottoposte al loro giudizio.

B) sistema giudiziario civile migliore:

l'ADR permette il raggiungimento di risultati migliori per tutte le parti in causa.

Un'applicazione informata delle tecniche di ADR valorizza la scelta e l'autodeterminazione delle parti in quanto le stesse, avendo a loro disposizione diverse tecniche di risoluzione della controversia, potranno individuare la tecnica più appropriata per la tutela dei propri interessi.

Queste facoltà di scelta e di autodeterminazione delle parti dovrebbero portare le parti stesse ad un più alto grado di soddisfazione e contemporaneamente ad una soluzione più saggia e stabile delle controversie.³⁸

Differenza tra conciliazione ed arbitrato

Il nostro ordinamento prevede due fattispecie di arbitrato: quello rituale e quello irrituale.

Il primo disciplinato dagli articoli 806 e seg. c.p.c. ha una struttura analoga al procedimento ordinario, trattandosi di una sorta di processo privato condotto da soggetti legittimati da apposito mandato rilasciato dalle parti e da queste ultime autorizzati a decidere la controversia.

Secondo l'articolo 822 c.p.c. gli arbitri risolvono la lite secondo le norme di diritto salvo che siano espressamente autorizzati a deci-

dere secondo equità ed emettono la decisione finale, il lodo, che ha efficacia vincolante per le parti.

L'arbitrato irrituale invece non è disciplinato dal codice di procedura civile ed è essenzialmente una forma convenzionale di risoluzione delle controversie. Può essere, a sua volta, distinto in arbitrato *ad hoc* ed arbitrato amministrato a seconda che siano le parti a stabilire le regole di procedura o che si rivolgano ad appositi organismi istituzionali: le camere arbitrali.

L'arbitrato, sia rituale che irrituale, è un metodo vincolante di risoluzione della controversia, ove l'arbitro interviene con potere decisionale, quale giudice privato.

Il conciliatore è un terzo neutrale privo di poteri decisionali che ha il compito di aiutare le parti a giungere alla risoluzione della controversia; la mediazione/conciliazione è pertanto un metodo tecnico di soluzione delle controversie di carattere non coercitivo.

Pertanto il decreto in esame definisce coerentemente l'organismo "abilitato a svolgere il procedimento di mediazione, come privo dell'autorità di imporre alle parti una soluzione alla controversia".

Nell'arbitrato le parti non hanno alcun controllo sul risultato; esse assumono l'iniziativa, chiedendo la risoluzione della controversia ed attendono passivamente il risultato; invece nella mediazione-conciliazione tutto il procedimento rimane nella loro piena disponibilità,

³⁸ Ralph Peeples, "Adr: un panorama delle alternative alla causa civile", Banca Dati Notarile.

con la facoltà di interromperlo in qualsiasi momento.

La definizione della lite in quest'ultima ipotesi rientra direttamente nella sfera della volontà delle parti e non è, come nel processo civile e nell'arbitrato, rimessa alla volontà di un terzo organo (arbitro o giudice).

L'eventuale soluzione conciliativa, concordata dalle parti seppur con l'aiuto di una terza persona, può essere del tutto innovativa rispetto alle richieste iniziali e sarà accolta dalle parti solo se dalle stesse voluta.

Nell'arbitrato, emettendo il lodo, è l'arbitro che decide la controversia, non le parti.

Nella conciliazione il conciliatore, che a differenza della figura del conciliatore prevista dal vecchio c.p.c. non è un giudice, promuove la comunicazione tra le parti che dovranno decidere personalmente.

Conciliazione amministrata e conciliazione paritetica

La conciliazione amministrata è quella prevista da organismi, per lo più privati ed in particolare dalle Camere di Commercio, che predispongono un regolamento che le parti decidono volontariamente di adottare per la risoluzione della controversia tra loro pendente.

La conciliazione amministrata da questo punto di vista si può avvicinare all'arbitrato amministrato.

La conciliazione paritetica viene prevista normalmente dai protocolli d'intesa sottoscritti tra le imprese e le associazioni dei consumatori,

con lo scopo di risolvere eventuali controversie, che possono scaturire dai rapporti contrattuali.

Differisce dalla conciliazione amministrata in quanto non ruota intorno alla figura di un terzo neutrale ed imparziale che ha il compito di mettere in comunicazione le parti in controversia, ma è strutturata sull'incontro tra il rappresentante dell'impresa e quello dell'associazione dei consumatori che negoziano un accordo.

La conciliazione paritetica è in definitiva assimilabile ad un ufficio reclami interno all'impresa.

Conciliazione facilitativa e conciliazione valutativa o aggiudicativa

La conciliazione facilitativa è quella in cui il conciliatore non svolge un ruolo attivo, proponendo alle parti un possibile soluzione, ma si limita ad ascoltarle e ad indirizzarle verso il superamento delle loro posizioni controverse.

La conciliazione facilitativa è strutturata in modo che il conciliatore indaghi sugli interessi sottostanti da cui scaturisce la controversia e promuova la comunicazione tra le parti.

Egli scompone la fattispecie ed esamina attentamente le posizioni contrastanti, eventualmente proponendo consigli e suggerimenti, ma non svolge alcun ruolo attivo in quanto non prospetta alle parti possibili soluzioni.

In breve nella conciliazione facilitativa il conciliatore esamina ed ascolta ma non propone soluzioni.

Viene valorizzata la funzione maieutica del mediatore che deve aiutare le parti a scoprire la verità, gli errori e le soluzioni, che portano dentro di sé.

Questo tipo di conciliazione dovrebbe condurre a risultati migliori in quanto la soluzione scaturisce da una condivisione comune con la piena partecipazione delle parti in lite e con un assetto di interessi più stabile e duraturo nel tempo.

Nella conciliazione valutativa o agiudicativa invece il ruolo di protagonista si sposta dalle parti al conciliatore stesso, che dovrà formulare una proposta sottoponendola al vaglio delle parti.

Il conciliatore non si limita ad assistere, ma incide nella negoziazione tra le parti, stimolandole ad aderire a quanto viene loro presentato anche nei termini di una nuova soluzione innovativa rispetto alle loro istanze.

E' evidente il diverso risalto della figura del conciliatore nell'ambito della conciliazione valutativa.

In quest'ultima ipotesi il conciliatore dovrebbe avere la capacità di elaborare una proposta che le parti sono libere di accettare.

Per questo motivo è necessario che il conciliatore sia un esperto di diritto in grado di destinare tutte le sue conoscenze giuridiche allo studio del caso, analizzando le posizioni delle parti e formulando un'ipotesi di assetto di interessi che sia in sin-

tonia con le norme ed i principi dell'ordinamento.³⁹

Il decreto legislativo 4 marzo 2010 n.28 ha accolto un modello ibrido di mediazione in quanto nell'articolo 11 comma I prevede che: "quando l'accordo non è raggiunto il mediatore può formulare una proposta di conciliazione" di fronte alla quale ciascuna delle parti indicherà la propria definitiva posizione ovvero le condizioni alle quali è disposta a conciliare.

Questa è una delle modifiche apportate al testo definitivo rispetto allo schema originario del decreto approvato il 28 ottobre 2009.

Il decreto legislativo n.28/2010 non prevede l'obbligo del conciliatore di formulare la proposta in caso di disaccordo delle parti.

L'intervento propositivo del conciliatore è una mera facoltà che diventa obbligo solo qualora vi sia una richiesta comune delle parti in tal senso.

Le posizioni assunte dalle parti vengono documentate nel verbale di fallita conciliazione e sono valutate dal giudice nell'eventuale successivo giudizio ai fini della decisione sulle spese processuali anche ai sensi dell'articolo 96 del c.p.c.

Il passaggio dalla mediazione facilitativa a quella valutativa è dettato, nel decreto, da "esigenze di politica legislativa finalizzate alla deflazione del contenzioso".

³⁹ Romualdi Giuliana, "Il ruolo del conciliatore nella conciliazione stragiudiziale in materia societaria", Internet.

L'aver introdotto una forma di mediazione valutativa che si estrinseca nella necessità della formulazione della proposta del conciliatore, qualora la mediazione facilitativa non abbia raggiunto lo scopo non trovando le parti di loro iniziativa un accordo, risponde a due esigenze:

-a) quella di incentivare una fattiva volontà conciliativa delle parti per evitare la formulazione della proposta;

-b) quella di disincentivare il rifiuto della proposta del conciliatore in quanto tale rifiuto potrà portare, ai sensi dell'art.13 del decreto, le parti alla soccombenza nel pagamento delle spese processuali.

Si è detto, in sintesi, che mentre nella mediazione facilitativa il mediatore è ausiliario delle parti, in quella valutativa diventa ausiliario dell'amministrazione della giustizia, perchè la sua proposta potrà avere pesanti ripercussioni sull'eventuale futuro giudizio della controversia.⁴⁰

FUNZIONE PREVENTIVA ed ANTIPROCESSUALE

La conciliazione è uno strumento di carattere preventivo diretto ad evitare o ridurre il rischio del conflitto, ovvero a comprimerlo, deviandolo, laddove possibile, in nuove posizioni condivise; quindi la conciliazione non riveste una funzione decisoria del contrasto, ma una fun-

zione solutoria del medesimo, in quanto favorisce una soluzione interna alla lite piuttosto che esterna alla stessa.

Tuttavia, dato che l'autonomia privata in alcuni casi non è sufficiente a determinare il componimento del conflitto, nella conciliazione si assiste ad un negozio assistito nel quale il terzo ha il compito di indagare le singole posizioni delle parti al fine di far emergere gli argomenti che possano condurre ad una composizione della lite stessa.

La funzione preventiva della conciliazione raggiunge la sua sublimazione nell'introduzione direttamente nei contratti di una clausola di salvaguardia, che consenta di mantenere vigenti gli accordi dopo aver realizzato il riequilibrio degli interessi.

La funzione doppiamente preventiva della conciliazione viene valorizzata dall'aspetto contrattuale, in quanto l'inserimento di una clausola di conciliazione comporta l'impegno delle parti di mantenere in vita il contratto a condizioni equilibrate o meglio da equilibrare, o come autorevolmente affermato dalla Corte di Cassazione, "impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere del "*neminem laedere*", senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a

⁴⁰ Delfini Francesco, "La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali ed il ruolo dell'avvocatura", relazione svolta al convegno sul tema "La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali" tenutosi in data 13 gennaio 2010 sotto l'egida della Fondazione Forense Milanese nell'aula magna del Palazzo di Giustizia di Milano.

suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte".⁴¹

CARATTERI DELLA MEDIAZIONE

-l'incoercibilità o assoluta volontarietà: in quanto la scelta di adottare questo modo di risoluzione delle controversie richiede la volontà di entrambe le parti, sia nel momento iniziale che durante lo svolgimento del procedimento.

Ciascuna parte non può essere obbligata né a partecipare alla trattativa né tantomeno a concluderla.

Va rilevato tuttavia che secondo l'articolo 40 Il comma del dlgs n.5/2003 il conciliatore deve indicare nell'apposito verbale di fallita conciliazione la mancata adesione di una parte all'esperimento del tentativo di conciliazione;

-l'imparzialità: il conciliatore deve essere un terzo imparziale ed indipendente.

Pertanto deve astenersi dall'incarico ed è responsabile del mancato dovere di imparzialità qualora sussistano ragioni anche indirette di conflitto di interessi. (Art.14 dlgs. In fase di pubblicazione) .

-l'equità: in quanto le parti procederanno con ragionevolezza all'accordo conciliativo con l'obiettivo di assicurarsi un reciproco grado di soddisfazione, cercando di contemperare i loro interessi ed adeguando la prescrittività della norma alla regola del caso.

-la salvezza: il ricorso al procedimento conciliativo non preclude alle parti la possibilità di promuovere un procedimento giudiziario o arbitrale, tuttavia l'articolo 40, comma V del dlgs n.5/2003 prevede che la mancata comparizione di una delle parti e le posizioni assunte dinnanzi al conciliatore siano valutate dal giudice nell'eventuale successivo giudizio ai fini della decisione sulle spese processuali, anche ai sensi dell'articolo 96 del codice di procedura civile.

Il giudice potrà decidere in termini diversi dal criterio della soccombenza, escludendo la ripetizione delle spese a favore della parte vittoriosa o condannandola a rimborsare le spese della soccombente, qualora il provvedimento che definisce il giudizio corrisponda interamente al contenuto della proposta del mediatore.

La ratio di questa disposizione è l'inutile erogazione del servizio giustizia, causato dalla parte che ha tenuto un atteggiamento ispirato a scarsa serietà e che ha provocato un impegno della giurisdizione per un risultato che il procedimento di mediazione avrebbe permesso di raggiungere in tempi più rapidi e meno dispendiosi.

Lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione di provvedimenti urgenti e cautelari.

-l'autonomia: le parti sono libere di condurre la trattativa secondo le modalità che ritengono opportune e possono stabilire il peso assunto

⁴¹ Perna Ludovico, "La Conciliazione: clausole contrattuali" da "La Conciliazione clausole contrattuali" a cura di Ernesto Quinto Bassi, Consiglio Nazionale del Notariato.

dal conciliatore nell'ambito della soluzione della controversia. Hanno la libertà di indicare e di definire quella soluzione che meglio possa adattarsi ai propri interessi, pattuendo il contenuto dell'accordo.

-la rapidità: il procedimento di conciliazione non può avere una durata superiore a quattro mesi (art.6 dlgs n.28/2010) e peraltro non comporta tempi minimi di durata, essendoci la possibilità che l'accordo avvenga al primo incontro; gli atti del procedimento di mediazione non sono soggetti a formalità.

Nella mediazione vengono scanditi tempi brevi per lo sviluppo del procedimento:

-designazione del mediatore da parte del responsabile dell'organismo all'atto della presentazione della domanda;

-fissazione del primo incontro tra le parti non oltre 15 giorni dal deposito della domanda;

-accettazione o rifiuto per iscritto della proposta del mediatore entro sette giorni dalla sua comunicazione.

-l'economicità: tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni altra spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura (art.17 II comma dlgs n.28/2010).

Le parti sono tenute a corrispondere solo le spese di segreteria e le indennità al conciliatore, fissate in base al valore delle controversia, con previsione delle maggiorazioni massime non superiori al 25%

nell'ipotesi di successo della mediazione e di riduzioni minime nelle ipotesi in cui la mediazione sia obbligatoria.

Qualora le parti siano nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, le stesse sono esonerate dal pagamento dell'indennità (art.17 V comma).

L'art.20 prevede un credito d'imposta fino a concorrenza di euro 500 a favore delle parti, che corrisponde alle indennità.

-la riservatezza o confidenzialità: i regolamenti di procedura debbono prevedere la riservatezza del procedimento. Come meglio vedremo il conciliatore è tenuto a non rivelare le informazioni che ha appreso in seguito all'assunzione dell'incarico, informazioni che possono riguardare le parti o il procedimento stesso o l'accordo raggiunto.

Lo stesso divieto di rivelazione è imposto alle parti; infatti le dichiarazioni rese dalle parti nel corso del procedimento non potranno essere utilizzate nel giudizio instaurato in seguito all'insuccesso del tentativo di conciliazione e nemmeno potranno formare oggetto di prova testimoniale (art.40 comma III dlgs.5/2003) e giuramento decisorio (nuova versione).

-la responsabilità: chi svolge l'attività di conciliatore deve essere assicurato dall'organismo di conciliazione di cui fa parte, secondo un modello standardizzato allo scopo di fornire agli utenti sufficienti garanzie in ordine ad eventuali danni derivanti da pretese risarcitorie, ri-

conducibili allo svolgimento del servizio. (art. 4 comma 3 punto b del D.M. 23 luglio 2004 n.222)

La polizza di importo non inferiore a 500.000 euro, deve adeguarsi a quanto riportato nel modello, in particolare deve prevedere la copertura del rischio derivante da eventi causati per dolo o colpa grave, da persone per le quali l'assicurato è tenuto a rispondere (collaboratori e dipendenti); la possibilità di tale copertura assicurativa è espressamente prevista dall'articolo 1900 II comma del codice civile, che invece esclude che possa essere coperto l'evento causato da comportamento doloso dell'assicurato.

MEDIAZIONE-CONCILIAZIONE e NOTAI

“L'avvocato, il commercialista ed il ragioniere esercitano la professione nel solo ed esclusivo interesse del proprio cliente, ed è giusto che sia così.

Il notaio esplica la propria attività e competenza professionale nel superiore interesse della collettività, da un lato assicurando la soddisfazione degli interessi e diritti contrattuali dei cittadini contro qualsiasi imposizione della pubblica amministrazione, dall'altro lato tutelando l'interesse pubblico al rispetto delle regole e norme poste dall'ordinamento giuridico per un ordinato vivere comune.”⁴²

Ne consegue che l'unica categoria professionale cui la conciliazione appartenga ontologicamente è

quella notarile, perché a differenza di altri professionisti (avvocati, commercialisti, ragionieri) che sono portati ad assumere il ruolo di consulenti di parte e che dovranno superare questa loro naturale predisposizione, il notaio non dovrà che continuare a svolgere il suo ruolo istituzionale anche nelle vesti di conciliatore.

L'attività conciliatoria notarile può considerarsi un'esplicazione dell'attività di adeguamento della volontà delle parti, che trova la sua fonte normativa nell'articolo 47 della legge notarile, che ne disciplina l'obbligatorietà e la personalità, considerandola prodromica all'attività di certificazione che è disciplinata dall'articolo 28 di quella stessa legge.

L'articolo 47 della legge notarile sancisce che spetta soltanto al notaio indagare la volontà delle parti e dirigere personalmente la compilazione integrale dell'atto.

La violazione di tale principio, richiamato dall'articolo 64 del regolamento notarile, è sanzionata dalla nullità dell'atto, ai sensi dell'articolo 58 n.4 della legge notarile, da cui scaturisce la sospensione del notaio inadempiente da sei mesi ad un anno (art.138 II comma).

L'attività di adeguamento presuppone un'indagine accurata del notaio in ordine alla volontà delle parti e la sua riconduzione, nell'ambito delle norme giuridiche vigenti, a quella soluzione che sia il più possibile conforme al complessivo assetto di interessi prospettatogli dalle parti.

⁴² Bottaro Onofrio, “Il Notariato come Autorità Garante”, Vita Notarile 2001 pag.1467.

L'attività di adeguamento viene a sua volta distinta in adeguamento necessario ed in adeguamento facoltativo.

La prima consiste nell'attività che il notaio deve necessariamente porre in essere per adempiere alla sua funzione pubblica e si concretizza essenzialmente nella traduzione dell'intento empirico delle parti in adeguate forme giuridiche.

La seconda è invece quella attività che il notaio svolge, pur se non richiesta istituzionalmente, spontaneamente o su richiesta delle parti per garantire con ulteriori adempimenti la piena attuazione del risultato voluto dalle parti.

Partendo dalla funzione di adeguamento, che è l'essenza della attività notarile, è evidente l'affinità che sussiste tra la figura del notaio e quella del conciliatore, inteso come soggetto preposto al compito di prospettare alle parti la soluzione più adeguata alla composizione dei loro contrapposti interessi.

Il notaio, per formazione professionale e per quotidiana esperienza nel contatto con la clientela, deve necessariamente acquisire quella capacità di interpretare la volontà delle parti e di guidarla nella realizzazione di un assetto stabile e duraturo dei propri interessi economici e giuridici.

Dall'esame della natura dell'istituto della mediazione/conciliazione, e scomponendone i caratteri che ne sono propri, si evince ancor di più l'assimilazione di questa attività con

l'attività notarile in relazione alle seguenti caratteristiche:

- mediazione giuridica
- attività interpretativa
- indipendenza ed imparzialità
- riservatezza e rapporto di fiducia
- conoscenza giuridica
- attività legata al territorio
- responsabilità
- **mediazione giuridica**

Nel preambolo del titolo 1 dei principi di deontologia professionale, intitolato della condotta e più precisamente sezione 1 si fa riferimento alla **funzione di mediazione** alla quale il notaio è chiamato nella congiunta e non separabile veste di pubblico ufficiale e di libero professionista. Ne deriva che "la normativa che lo riguarda risulta composta dall'unione di regole provenienti dall'aspetto libero professionale con regole proprie della pubblica funzione esercitata nella ricerca di un equilibrio di non sempre agevole composizione.

In questa situazione la nozione di mediazione giuridica appare di particolare utilità come referente comune sia per la descrizione dei caratteri propri della professione notarile sia ulteriormente per la individuazione dei principi fondamentali di deontologia professionale, intesa come regole di comportamento alle quali i notai devono conformarsi nell'esercizio della professione."

Viene in seguito evidenziata la posizione soggettiva del notaio che si interpone tra gli interessi delle parti ed i valori garantiti dall'ordinamento normativo, assicurandone

l'attuazione reciproca, cercando sempre di trovare quelle soluzioni che possano realizzare il più alto grado di soddisfazione delle parti.

Il profilo propriamente giuridico della funzione di mediazione del notaio si estrinseca nel "controllo di legalità sempre connesso al suo operare nell'esercizio di una funzione che lo avvicina e nel contempo lo distingue dal magistrato per la riconosciuta finalità di prevenire l'insorgere di liti e le contestazioni tra le parti."⁴³

-attività interpretativa

Altra importante funzione è quella **interpretativa**, che richiede al notaio di ricomporre attraverso i principi dell'ordinamento la materia trattata dalle numerose leggi, decreti legge, decreti legislativi e regolamenti di ogni genere.

Si tratta di porre argine a quella incertezza giuridica che caratterizza il nostro sistema, assicurando, sia in fase di conoscenza che di applicazione, determinati punti di riferimento indispensabili a chi deve agire nell'ambito dell'autonomia contrattuale ed imprenditoriale.⁴⁴

-indipendenza ed imparzialità

Dal codice deontologico Sezione 1 dei valori sociali punto 1 – Il notaio deve conformare la propria condotta professionale ai principi della indipendenza e della imparzialità evitando ogni influenza di carattere personale sul suo operare ed ogni

interferenza tra professioni ed affari.

Principi ribaditi nella parte descrittiva ove si afferma che spetta al notaio di perseguire il sostanziale rispetto delle condizioni di indipendenza e di imparzialità, garantendole da ogni forma di compromissione e specialmente da commistione tra professione ed affari o da influenze di parti che si trovino in posizione dominante.

La terzietà che caratterizza tutto lo svolgersi della funzione notarile trova le sue fonti legislative nell'art.97 della costituzione, secondo il quale gli uffici devono essere organizzati in modo da garantire l'imparzialità e dall'articolo 28 della legge notarile, che impedisce al notaio di ricevere atti in cui sia interessato lui, o il coniuge, o i suoi parenti ed affini in linea retta e sino al terzo grado in linea collaterale.

Si è detto che la terzietà del notaio ha il segno della neutralità attiva, volendo sottolineare il compito del notaio, assimilabile a quello del conciliatore, di aiutare le parti a superare le cosiddette asimmetrie informative, soprattutto per le parti cosiddette più deboli.

Si tratta di mettere a disposizione dei clienti quelle informazioni necessarie a colmare eventuali lacune nell'ambito delle conoscenze giuridiche, per permettere loro di operare scelte libere e sicure.⁴⁵

-riservatezza e rapporto di fiducia

⁴³ C.N.N., "Principi di deontologia professionale dei notai".

⁴⁴ Ersoch Massimo, "Funzioni del notaio dall'origine al duemila", Vita Notarile 1998 pag. 1177.

⁴⁵ Licini Cesare, "Notaio e società civile: chi è in controtendenza?", Banca Dati Notarile 1 dicembre 2002.

Il codice deontologico nel capo II relativo ai caratteri dell'esecuzione della prestazione notarile indica nella personalità e nella segretezza i criteri ai quali il notaio deve atteggiarsi per una corretta realizzazione della sua opera.

Nella parte descrittiva ai precetti deontologici nn.38 e 39 relativi alla segretezza si legge: "Quanto al dovere di segretezza, quale mezzo di tutela del diritto di riservatezza della persona che si rivolge al notaio e quindi inquadrabile entro la nozione, rigorosa e particolarmente tutelata di "segreto professionale", esso è talmente connesso con la figura del notaio e con la natura del rapporto fiduciario da sovrapporsi ad essa nella immagine comune. Se ne deve allora riaffermare il più rigoroso e completo rispetto da parte del notaio e sotto la sua sorveglianza da parte di collaboratori e dipendenti.

Il dovere di segretezza considerato sotto il profilo della deontologia professionale copre un'area più estesa rispetto a quella tutelata dalla norma penale (art.622 c.p.), riguardando in sintesi tutto ciò di cui il notaio sia venuto a conoscenza nell'esecuzione della prestazione. Sul piano temporale esso riguarda non soltanto il tempo della prestazione, ma anche quello successivo, essendo poi irrilevante che la prestazione sia o meno attuata con il ricevimento di un atto.

La pubblicità propria dell'atto notarile infatti non equivale alla sua notorietà e la conoscibilità deve pur

sempre procedere attraverso i previsti canali normativi e nei limiti del contenuto testuale dell'atto."

Dalla segretezza e riservatezza che sono insite nel comportamento professionale del notaio deriva quella confidenzialità che costituisce, a mio parere, il carattere distintivo dell'istituto della conciliazione.

Le parti saranno portate a collaborare con maggior efficacia al tentativo di conciliazione, qualora siano convinte che quanto confidato al conciliatore non potrà essere rivelato alla controparte o a terzi, senza il loro consenso.

-conoscenza giuridica

Per evidenziare l'importanza che la conoscenza del diritto ed in particolare delle tecniche contrattuali riveste nell'ambito della professione notarile si deve, ancora una volta, richiamare il codice deontologico.

Punto 2 della sezione I intitolata ai valori sociali.

"2 - Il notaio, anche a tutela dell'interesse generale, deve curare l'aggiornamento della propria preparazione professionale mediante l'acquisizione di specifiche conoscenze in tutte le materie giuridiche che lo riguardano.

Il Consiglio Nazionale stabilisce con apposito regolamento le modalità della formazione permanente e obbligatoria dei notai".

-attività legata al territorio

Lo Stato delega ad un'organizzazione esterna funzioni di sua competenza al fine di garantire un livello di qualità alto.

In relazione a questa funzione assume particolare rilevanza il territorio.

Il sistema territoriale vigente nell'organizzazione del notariato si fonda su due istituti:

a) la sede; b) il distretto.

La sede individua il luogo in cui il notaio stabilisce la propria organizzazione per l'esercizio della professione notarile, ossia lo studio che coincide con l'ambito territoriale del Comune.

La sede rende visibile il notaio all'esterno ed in essa devono essere custoditi gli atti, il sigillo e i repertori.

Secondo l'articolo 26 della legge notarile il notaio deve assistere personalmente allo studio nei giorni della settimana e con l'orario fissato dal Presidente della Corte d'Appello, previo parere del Consiglio Notarile distrettuale; secondo l'articolo 27 della legge notarile il notaio è obbligato a prestare il suo ministero ogni volta che è richiesto nell'ambito della sede.

Il distretto delimita l'ambito territoriale in cui il notaio, quando non è tenuto all'assistenza alla sede, può esercitare la propria attività lavorativa.

Ogni distretto notarile normalmente coincide con la circoscrizione del locale Tribunale.

Il collegamento tra circoscrizione notarile e la circoscrizione giudiziaria del Tribunale trova la sua ratio nella funzione di vigilanza e di controllo esercitata dall'autorità giudiziaria sull'attività notarile.

Le principali esigenze di legare l'attività notarile al territorio sono:

-necessità di ben conoscere la realtà e le situazioni locali

-specificità conoscenza della relativa legislazione regionale

-possibilità di accedere ai pubblici uffici per poter effettuare gli opportuni accertamenti, ove non sia possibile effettuarli in forma telematica od informatica.

Dall'intenso radicamento del notaio sul territorio deriva:

-migliore conoscenza della diverse realtà locali;

-possibilità per il notaio di meglio adeguarsi alle esigenze della clientela con la quale si intrattengono rapporti più funzionali;

-controlli delle autorità preposte più efficaci e penetranti.

-responsabilità

Punto 3 sezione I dei valori sociali del codice deontologico: "il notaio deve rispondere in modo adeguato, anche mediante forme assicurative, per i danni patrimoniali causati nell'esercizio della professione ed è tenuto ad adoperarsi per una corretta e sollecita definizione dei sinistri causati."

Il dlgs. 4 maggio 2006 n.182 (in G.U. n.114 del 18 maggio 2006) prevede che il Consiglio Nazionale del Notariato provveda a forme collettive di assicurazione per la responsabilità civile derivante dall'esercizio dell'attività notarile, uniformi per tutti i notai, con oneri a carico del proprio bilancio.

Il Consiglio Nazionale del Notariato, inoltre, istituisce, regola e

gestisce con separata contribuzione obbligatoria a carico di tutti gli iscritti a ruolo, un Fondo di garanzia per il ristori dei danni derivanti da reato commesso dal notaio nell'esercizio della sua attività professionale non coperti da polizze assicurative.

Ulteriore ruolo di **influenzatore** nell'utilizzo di clausole di conciliazione nei contratti societari e nella contrattualistica in genere.⁴⁶

L'obiettivo di favorire lo sviluppo della conciliazione come metodo alternativo di risoluzione delle controversie dovrà essere perseguito sia dal punto di vista dell'informazione della realtà del sistema di conciliazione italiano che il singolo notaio potrà effettuare nei confronti delle parti, sia dal punto di vista della redazione dei contratti con l'inserimento di efficaci clausole di conciliazione.

Tali clausole avranno l'effetto in ogni caso di portare a conoscenza dei contraenti l'esistenza di una procedura che potrà condurli alla risoluzione di eventuali controversie con tempi ridotti e costi contenuti e soprattutto con la possibilità di tutelare nel modo più opportuno i propri interessi.

L'introduzione di queste clausole nei contratti è sicuramente tanto più opportuna e rispondente al ruolo del notaio in quanto una delle parti si possa definire contraente debole.

⁴⁶ Si veda l'elenco di clausole estratte dal libro "La Conciliazione clausole contrattuali" da "La Conciliazione clausole contrattuali" a cura di Ernesto Quinto Bassi, Consiglio Nazionale del Notariato. I testi, in formato word, possono essere scaricati e personalizzati con un comune sistema di videoscrittura dal sito internet: www.notartel.it/adr/clausole.

Le clausole sono considerate efficaci qualora abbiano le seguenti caratteristiche:

-rapidità della soluzione della controversia rispetto al procedimento giudiziario ed all'arbitrato;

-non preclusione all'attivazione degli altri metodi tradizionali di risoluzione delle controversie (procedimento giudiziario e arbitrato)

-l'economicità sia in termini di tempo, che di immagine (la sconfitta potrebbe pregiudicare la credibilità sul mercato di una data impresa o potrebbe provocare una successiva serie di controversie sulla scorta di quella giudicata), che di spesa.⁴⁷

Il consolidato ruolo *inter partes* del notaio dovrebbe favorire la promozione, sia all'interno della categoria che all'esterno, del suo intervento quale conciliatore nell'ambito delle controversie tra le parti.

A tale proposito mi sembra opportuno segnalare l'iniziativa di due notai (Bortoluzzi e Bevilacqua), che, anche in seguito ad un confronto in rete nella lista Sigillo, hanno elaborato già nel 2001 una proposta articolata definita "disciplina della procedura di risoluzione della controversia amministrata dalla commissione conciliativa e arbitrale notarile".⁴⁸

⁴⁷ Capasso Alberto Vladimiro, "Principi per la redazione di clausole di conciliazione" da "La Conciliazione clausole contrattuali" a cura di Ernesto Quinto Bassi, Consiglio Nazionale del Notariato.

⁴⁸ Bortoluzzi Andrea, "Il notaio e la soluzione alternativa della controversia", Vita Notarile n.3 settembre-dicembre 2001 pag.1551. Brunelli Cinzia, "La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali", relazione all'incontro di studio organizzato dal Consiglio Notarile di Bologna l'8 marzo 2010.

La consapevolezza dell'importanza dell'assunzione del ruolo di conciliatore dovrà sensibilizzare la categoria a raggiungere un'ulteriore elevazione del tasso di preparazione in modo da determinare una naturale selezione rispetto ad altri operatori che, come è stato detto, è "il significato di sicuro accettabile del principio della concorrenza applicato al mercato delle professioni".⁴⁹

D'altra parte il notaio dovrà essere consapevole che l'utilizzo di formule più o meno vessatorie o ambigue in fase contrattuale potrà portare ad una sua responsabilità anche solo morale in fase conciliativa; si potrebbe al proposito discutere della compatibilità del suo ruolo di conciliatore nell'ambito di una controversia derivante da un contratto concluso con il suo ministero.

In quest'ultimo caso il notaio potrebbe essere motivato "dall'esigenza di salvare il prodotto della propria attività professionale, essendo indotto a non evidenziare sue eventuali responsabilità nella redazione del contratto".

Ma, al di là di quest'ultima ipotesi, mi sembra quanto mai opportuna l'assunzione del ruolo di conciliatore da parte del notaio anche in relazione alla conclusione delle modalità di svolgimento del procedimento di mediazione.

PROCEDIMENTO DI CONCILIAZIONE

Oggetto

Oggetto di mediazione-conciliazione è qualsiasi "controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili" (art.2).

Controversie civili sono tutte quelle in materia di contratti, obbligazioni, diritti reali, persona, famiglia, successioni ereditarie e responsabilità civile.

Controversie commerciali sono quelle che hanno per oggetto atti o attività dell'impresa.

Diritti indisponibili sono quelli che il titolare può liberamente esercitare ma non può cedere ad altri o rinunziarvi, impegnandosi con altri a non farli valere. Sono definiti diritti indisponibili quelli che la legge qualifica come tali, in genere i diritti della personalità, quelli relativi ai beni immateriali e molti diritti nascenti dai rapporti familiari.

In relazione alla natura delle controversie in oggetto si possono classificare vari tipi di mediazione-conciliazione.

Facoltativa: quando viene scelta liberamente dalle parti (art.2 comma I) in tutte le controversie civili e commerciali vertenti su diritti disponibili (art.2 I comma).

Obbligatoria: quando è imposta dalla legge (art.5 comma I), vale a dire nelle controversie relative a: condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto d'azienda, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica, risarcimento del danno derivante da diffamazione con il mezzo della stampa o altro mezzo di pubblicità.

⁴⁹ Tatarano G., "Il notaio tra arbitrato e conciliazione", Notariato 1996 pag.508.

L'elenco delle materie rispetto alle quali la mediazione/conciliazione è obbligatoria è stato redatto dal legislatore, considerando quattro criteri guida :

a) le controversie nelle quali il rapporto tra le parti è destinato a prolungarsi nel tempo (condominio, contratti di locazione, comodato ed affitto d'azienda);

b) le controversie in cui sono coinvolti i soggetti appartenenti alla stessa famiglia, allo stesso gruppo sociale, alla stessa area territoriale (diritti reali, divisioni, successione ereditaria, patto di famiglia e nuovamente condominio);

c) le controversie che, avendo una diffusione di massa, sono "alla base di gran parte del contenzioso in atto" (contratti assicurativi, bancari e finanziari);

d) le controversie riferite a rapporti particolarmente conflittuali (responsabilità medica e diffamazione a mezzo stampa).

In relazione a questo elenco si deve rilevare come giustamente è stato ritenuto "eccessivamente generico ed impreciso il riferimento ai diritti reali"⁵⁰ ed inoltre la Commissione Giustizia della Camera con il parere sull'atto del Governo n.150, approvato il 20 gennaio 2010 ha chiesto che il Governo valuti l'opportunità di precisare l'oggetto della materia denominata patti di

famiglia, materia che si caratterizza non solo per la frequente inserzione di diritti disponibili ed indisponibili, ma anche per gli ambiti e confini incerti nella elaborazione della dottrina e giurisprudenza.

Nella stesura finale del decreto, il Ministero di Giustizia ha aggiunto all'elenco delle materie per cui il tentativo di conciliazione è obbligatorio le controversie stradali.

Nelle materie sopraelencate il tentativo di conciliazione viene considerato una **condizione di procedibilità** da cui deriva l'improcedibilità della domanda giudiziaria nel caso di mancato esperimento della procedura di conciliazione obbligatoria.

Il meccanismo della condizione di procedibilità è stato definito dalla Corte Costituzionale (sentenze 13/7/2000 n.276, 4/3/1992 n.82 e 19/12/2006 n.436) come la misura che, senza impedire o limitare oltremodo l'accesso alla giurisdizione, si limita a differirne l'esperimento, imponendo alle parti oneri obiettivamente non gravosi e volti anzi a dare soddisfazione alle loro pretese in termini più celeri e meno dispendiosi.

Questa è la lettura che la Corte Costituzionale statuisce dell'articolo 24 della Costituzione: ciascuno ha diritto di invocare l'intervento del giudice, intervento che non può essere negato o circoscritto, ma solo dilazionato e sempre che tale dilazione sia finalizzata ad ottenere un miglior funzionamento dell'apparato giurisdizionale.

⁵⁰ Romano Stefania, "Tentativo di ricostruzione sistematica dell'ambito di applicazione della mediazione secondo la riforma in commento: conciliazione obbligatoria, esclusa di diritto, facoltativa e volontaria".

Giudiziale: quando viene proposta dall'autorità giudiziaria mediante invito rivolto alle parti, durante qualsiasi momento del procedimento giudiziario, purché prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa (art.5 comma II).

Volontaria: quando, sempre nell'ambito di diritti disponibili, il tentativo è previsto da una clausola contrattuale o da una norma di funzionamento sociale o statutaria.

L'istituto della mediazione-conciliazione viene **escluso** in forza dell'art.5 comma IV nei seguenti casi:

- procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione;
- procedimenti di convalida di licenza o sfratto fino al mutamento di rito di cui all'articolo 667 c.p.c.;
- procedimenti possessori fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703 comma III c.p.c.;
- procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione, relativi all'esecuzione forzata;
- procedimenti in camera di consiglio;
- azione civile esercitata nel processo penale.

Sono tutti, questi ultimi, procedimenti "posti a presidio di interessi per i quali un preventivo tentativo obbligatorio di conciliazione appare inutile o controproducente, a fronte

di una tutela giurisdizionale che è idonea, talvolta in forme sommarie e senza un preventivo contraddittorio, ad assicurare una soddisfazione celere degli interessi medesimi."⁵¹

Procedimento

Il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a quattro mesi (art.6 I comma) ed è caratterizzato da un'assoluta libertà di forme.

Il termine decorre dalla data di deposito della domanda di mediazione ovvero dalla scadenza di quello fissato dal giudice per il deposito della stessa nei casi di mediazione giudiziale (articolo 6 II comma).

L'atto introduttivo è costituito dalla presentazione di una semplice istanza da parte di chiunque, quindi senza l'assistenza di un avvocato, depositata presso un cosiddetto organismo di conciliazione.

L'organismo competente è quello scelto dalla parte che ha assunto l'iniziativa ovvero è quello indicato in una specifica clausola del contratto od infine è stabilito da un'apposita disposizione normativa. Nel parere approvato il 20 gennaio 2010 dalla Commissione Giustizia della Camera sull'atto del Governo n. 150 si auspica la previsione di opportuni criteri di competenza territoriale al fine di scongiurare che la normativa si presti a strumentalizzazioni che, in ipotesi, potrebbero rendere eccessivamente onerosa

⁵¹ Romano Stefania, "Tentativo di ricostruzione sistematica dell'ambito di applicazione della mediazione secondo la riforma in commento: conciliazione obbligatoria, esclusa di diritto, facoltativa e volontaria".

alla parte convenuta la partecipazione al procedimento di mediazione in luogo molto distante dalla sua residenza o sede.

Qualora ci siano più domande pendenti relative alla stessa controversia, è prevista una sorta di litispendenza; la mediazione si svolge davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda, il tempo della domanda viene stabilito in base alla data di ricezione dell'istanza introduttiva del procedimento di mediazione.

L'istanza di conciliazione viene equiparata sia sul piano degli effetti sostanziali che su quello degli effetti giudiziali alla domanda giudiziaria, in quanto l'istanza di conciliazione interrompe la prescrizione ed impedisce la decadenza allo stesso modo della proposizione di una domanda giudiziale (art.5 sesto comma).

L'istanza deve contenere:

- a) l'organismo competente
- b) le parti
- c) l'oggetto
- d) le ragioni della pretesa (*causa petendi*)

Tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni altra spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura (art.17 II comma).

Come si è detto, nel procedimento di mediazione non è prevista l'assistenza obbligatoria di un avvocato, tuttavia il decreto legislativo prevede per l'avvocato, eventualmente incaricato di esaminare il

caso, l'obbligo di informare l'assistito, in modo chiaro e per iscritto, nel primo colloquio, della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione.

Il documento così formato e sottoscritto dal cliente dovrà essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. La mancata informazione preventiva e per iscritto circa la possibilità di ricorrere alla mediazione determina l'annullabilità (secondo l'ultima versione che ha sostituito la nullità prevista originariamente) del contratto concluso tra avvocato ed assistito.

Il Consiglio Nazionale Forense con un comunicato del 2 novembre 2009 aveva segnalato alle Commissioni parlamentari competenti che "l'utilizzo della categoria della nullità non fosse in linea con le figure di patologia del contratto che le norme generali colpiscono con tale sanzione."

Il CNF aveva suggerito di far rientrare il comportamento del legale inadempiente all'obbligo di informazione nell'illecito disciplinare e prevedere che tale obbligo di informazione scattasse prima della proposizione della domanda giudiziale e non in occasione del primo incontro con l'assistito.

In ogni caso il giudice che verifica la mancata allegazione del documento informa le parti della facoltà di chiedere la mediazione.

Vista la domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre quindi-

ci giorni dal deposito della domanda, dandone tempestiva comunicazione all'altra parte, con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante.

Qualora siano necessarie particolari competenze tecniche l'organismo nomina uno o più mediatori ausiliari.

Nel procedimento, che si svolge senza formalità presso la sede dell'organismo di mediazione competente, il mediatore cerca un accordo amichevole tra le parti che definisca la controversia, avvalendosi, se lo ritenga opportuno, di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali.

Le ipotesi conclusive sono essenzialmente tre:

A) viene raggiunto un accordo amichevole tra le parti in seguito all'intervento del mediatore, quale semplice facilitatore.

In questo caso il mediatore si limita a redigere processo verbale dell'avvenuto accordo, non contrario all'ordine pubblico ed a norme imperative.

B) le parti non riescono a raggiungere un accordo amichevole.

In questo caso il mediatore può formulare una proposta conciliativa e, solo qualora le parti lo richiedano espressamente, è obbligato a formularla.

In ogni caso le norme in oggetto hanno concesso alle parti la libertà di rifiutare la proposta del mediatore, anche nell'ipotesi in cui sia stata

espressamente richiesta, ma la parte contraria alla proposta, prima di rifiutare, è indotta a valutare la possibilità di aderire alla proposta stessa se non vuole subire conseguenze pregiudizievoli in ordine al pagamento delle spese.

Qualora l'accordo preveda il pagamento di somme di denaro per violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento, esso viene omologato con decreto del Presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo, previo accertamento della regolarità formale.

Il verbale omologato è titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Qui si inserisce la più rilevante correzione del testo del decreto legislativo n.28/2010 rispetto alla stesura originaria, come meglio riportato nella Relazione Illustrativa allo stesso:

“Al fine di garantire la certezza dei traffici e offrire maggiori garanzie alle parti, è stato previsto che l'autografia della sottoscrizione del verbale di accordo che abbia ad oggetto diritti su beni immobili soggetti a trascrizione (e annotazione), per poter effettuare quest'ultima debba essere autenticato da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

La disposizione si estende, logicamente, agli atti di divisione immobiliare per effetto del combinato disposto con l'articolo 2645 c.c.”

C) qualora l'accordo di conciliazione non venga raggiunto il

mediatore redige processo verbale con l'indicazione della proposta e delle ragioni della mancato accordo ed inizia il processo civile.

Se il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta conciliativa il giudice:

- a) esclude la ripetizione delle spese della parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, relativamente al periodo successivo alla stessa,
- b) condanna al pagamento delle spese processuali della controparte,
- c) condanna al versamento di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto.

Riservatezza

Principio informatore di tutto il procedimento di mediazione è l'obbligo di riservatezza al quale è tenuto chiunque presti la sua opera o il proprio servizio nell'organismo competente.

Tale obbligo è naturale esplicazione del carattere di confidenzialità che costituisce l'essenza del procedimento di mediazione.

Da ciò consegue che rimangono riservate le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del procedimento e, salvo diverso accordo delle parti, non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato o riassunto a seguito dell'insuccesso della mediazione; inoltre non è ammessa prova testi-

moniale avente per oggetto le stesse dichiarazioni o informazioni.

D'altronde il mediatore non può essere chiamato a deporre sulle dichiarazioni delle parti o sulle altre informazioni di cui è venuto a conoscenza durante il procedimento, fruendo della disciplina sul segreto professionale ex articolo 200 c.p.p. e delle garanzie di libertà del difensore ex articolo 103 c.p.p., naturalmente qualora il mediatore svolga sessioni separate con le singole parti non potrà rivelare alcuna informazione acquisita durante tali sessioni.

La *ratio* di tali previsioni è quella di consentire alle parti di svelare ogni dato utile al componimento della lite, senza timore che quanto rivelato possa essere usato contro la parte medesima.

I soggetti interessati si sentiranno così liberi di manifestare ogni loro intendimento ad un terzo, che si impegnerà a comporre gli interessi di parte.

Organismi di mediazione

Il procedimento di mediazione sarà gestito da appositi organismi iscritti in un apposito registro presso il Ministero di grazia e giustizia.

Al fine di garantire la competenza, l'imparzialità ed il possesso delle strutture necessarie al corretto svolgimento del procedimento, il legislatore ha ravvisato negli enti plurisoggettivi i soggetti più idonei a fornire il servizio di conciliazione, prevedendo che possono presentare domanda gli enti costituiti da un'organizzazione di persone e

mezzi stabilmente destinata ad erogare il servizio di conciliazione ed escludendo espressamente le persone fisiche.

La persona fisica provvista dei requisiti richiesti per diventare mediatore potrà operare solo se iscritta nella lista di uno degli organismi di mediazione.

Il legislatore ha posto sullo stesso piano soggetti pubblici e privati stabilendo che gli organismi costituiti presso le Camere di Commercio, data la loro ampia e consolidata esperienza in materia di conciliazione, siano iscritti automaticamente.

E' un'ipotesi di *outsourcing* in quanto lo Stato affida a privati l'esercizio di servizi di interesse pubblico, riservandosi la vigilanza sull'attività mediante un controllo sul costo dei servizi e sui corsi di formazione.

Registro degli organismi di conciliazione

Gli organismi di conciliazione, come si è visto, devono essere iscritti in un registro, tenuto presso il Ministero di Grazia e Giustizia, sottoposto alla vigilanza del Responsabile del Registro (il Direttore Generale per gli Affari Civili del Ministero o un suo delegato), che può essere affiancato da un Comitato con funzioni consultive. Il registro degli organismi di conciliazione è una banca dati tenuta con modalità informatiche che assicurino la possibilità di rapida consultazione e di elaborazione dei dati anche con finalità statistica ed ispettiva.

Il registro è suddiviso in una prima sezione dove sono elencati gli organismi pubblici con l'elenco dei conciliatori in esso operanti ed una seconda sezione in cui sono indicati gli organismi privati, con due sottosezioni, una rappresentata dall'elenco dei soci, associati, amministratori, rappresentanti e dipendenti dell'ente ed un'altra con l'elenco dei conciliatori attivi nei vari organismi.

La domanda per l'iscrizione deve essere presentata in base al modello approvato dal Responsabile del Registro corredata di tutti gli allegati richiesti, lo standard della polizza assicurativa e dei corsi di formazione per i conciliatori non in possesso di un titolo di per se abilitante.

Tale domanda deve essere inviata al responsabile stesso con modalità cartacee o telematiche che ne assicurino il ricevimento; decorsi novanta giorni senza che il responsabile si sia pronunciato si verifica il silenzio assenso e quindi si provvede comunque all'iscrizione.

E' ammessa, per una sola volta, la richiesta di integrazione della domanda o dei suoi allegati con valore interruttivo del provvedimento di assenso o diniego dell'iscrizione.

Per l'iscrizione al registro dell'organismo sarà necessario depositare il **regolamento** in cui prevedere le garanzie dirette ad assicurare la necessaria riservatezza alle parti ed al procedimento.

Allegati al regolamento vi saranno le tabelle delle indennità degli enti privati, mentre per gli enti pubblici

le indennità sono stabilite con decreto ministeriale.

Il regolamento deve ispirarsi ai principi di informalità, rapidità e riservatezza, nonché all'imparzialità ed idoneità del conciliatore al corretto e sollecito espletamento dell'incarico.

In particolare le norme regolamentari, che sono derogabili su accordo delle parti, devono prevedere l'indicazione del luogo di svolgimento del procedimento e l'eventualità che la procedura si concluda su richiesta di entrambe le parti con una proposta di definizione della lite da parte del conciliatore, stabilire le cause di incompatibilità del conciliatore e che la procedura possa iniziare solo con la sottoscrizione di imparzialità del conciliatore.

Le parti devono poter aver accesso agli atti conservati secondo le modalità di legge in apposito fascicolo registrato e numerato nel registro degli affari di conciliazione. E' fatta salva la possibilità di indirizzare al conciliatore comunicazioni riservate, alle quali non dovrà essere garantito l'accesso all'altra parte.

I Consigli degli ordini forensi possono costituire organismi da iscrivere a semplice domanda, che facciano uso del proprio personale e dei locali messi a disposizione dal Presidente del Tribunale.

L'iscrizione a semplice domanda è subordinata comunque alla verifica da parte del Ministero della Giustizia di alcuni requisiti minimi che

consentano all'organismo il materiale svolgimento dell'attività.

I consigli degli ordini professionali possono istituire, previa autorizzazione del Ministero della giustizia, organismi speciali avvalendosi di proprio personale ed utilizzando locali nella propria disponibilità.

Questo nelle materie riservate alle loro competenze per rispondere all'esigenza di creare organismi in grado di dare rapida soluzione alle controversie in determinate materie tecniche.

Questi organismi, come quelli istituiti presso le Camere di Commercio, saranno iscritti a semplice domanda. La natura pubblicistica degli enti che istituiscono gli organismi offre infatti garanzia di serietà ed efficienza. L'iscrizione a semplice domanda non fa venir meno i poteri i del responsabile del registro di verifica dell'esistenza dei requisiti richiesti e la vigilanza successiva.

Requisiti

Il responsabile deve verificare la sussistenza dei requisiti richiesti per l'iscrizione che sono:

- la forma giuridica dell'ente;
- Il suo grado di autonomia e la compatibilità dell'attività conciliativa con lo scopo istitutivo;
- la consistenza dell'organizzazione di persone e mezzi ed il suo grado di adeguatezza sotto un profilo patrimoniale;
- la stipulazione di un'apposita polizza per un massimale di importo non inferiore ad euro 500.00,00 per le eventuali conseguenze patrimo-

niali derivanti dallo svolgimento del servizio di conciliazione;

-i requisiti di onorabilità dei soci, degli associati, degli amministratori e dei rappresentanti;

-la trasparenza amministrativa e contabile degli enti ivi compresi i rapporti giuridici ed economici con i conciliatori;

-le garanzie di indipendenza, imparzialità e riservatezza di svolgimento del servizio;

-la conformità del regolamento di procedura alla legge e le tabelle di indennità alle previsioni regolamentari;

-la sede e l'indicazione di almeno sette conciliatori in via esclusiva;

-l'indicazione di almeno due persone con prevalenti compiti di segreteria, nominativamente indicate con riferimento anche al tipo di trattamento giuridico ed economico applicato.

Effetti dell'iscrizione

In seguito all'iscrizione nel Registro l'organismo di conciliazione

-assume l'obbligo di fornire le prestazioni di conciliazione che gli vengono chieste che pertanto hanno carattere obbligatorio e non possono essere rifiutate;

-deve inserire negli atti, nella corrispondenza e nelle eventuali forme di pubblicità consentite ed in genere nelle comunicazioni al pubblico la dicitura "iscritto al n..... Registro degli organismi deputati a gestire tentativi di conciliazione";

-deve trasmettere per ciascun anno di attività a partire dal secondo anno di iscrizione e con termine 31

marzo dell'anno successivo il rendiconto della gestione su appositi modelli approvati dal Ministero;

-deve dare notizia al responsabile del registro dell'esito positivo degli affari di conciliazione, mediante trasmissione di originale o copia conforme del relativo verbale, affinché si possa trasmettere il verbale al Presidente del Tribunale competente per l'omologazione.

Qualora si verificano violazioni degli obblighi di informazione gravanti sull'organismo ovvero qualora venga accertato il difetto o il venir meno di uno dei requisiti necessari per l'iscrizione, il Responsabile può disporre la sospensione e nei casi più gravi la cancellazione dell'organismo dal Registro.

Conciliatori

Per iscriversi al Registro della Conciliazione gli organismi devono dimostrare l'inserimento nella struttura organizzativa di un certo numero di conciliatori.

Ciascun organismo deve poter contare su almeno sette conciliatori che abbiano dato la esclusiva disponibilità all'ente.

I conciliatori devono essere persone fisiche che abbiano certi requisiti di imparzialità, indipendenza e professionalità.

Il conciliatore all'atto di assunzione dell'incarico deve sottoscrivere una dichiarazione di imparzialità per ciascuna pratica per la quale viene designato e deve successivamente informare tempestivamente l'ente di vicende che lo riguardino e che possano avere influenza sui requi-

siti soggettivi nel corso del procedimento.

Il conciliatore non può partecipare, contemporaneamente, a più di tre organismi di conciliazione.

Possono rivestire l'incarico di conciliatore:

- i magistrati in quiescenza;
- i professori universitari di ruolo in materie giuridiche ed economiche anche in quiescenza;
- i professionisti iscritti in Albi professionali in materie giuridiche ed economiche da oltre 15 anni anche se successivamente cancellati per motivi non disciplinari.

L'iscrizione ultraquindicennale ad un albo in materie giuridiche od economiche costituisce requisito che, a prescindere dal titolo di studio posseduto, è di per sé abilitante per assumere la funzione di conciliatore;

-i laureati in materie giuridiche o economiche ovvero iscritti in albi professionali in materie giuridiche o economiche con anzianità inferiore ai 15 anni purché abbiano seguito con successo un corso specifico di formazione per conciliatori, che sia stato svolto in conformità a quanto prescritto dalla determinazione assunta dal Responsabile del Registro .

L'art.4 della Direttiva Comunitaria 2008/52 Ce del Parlamento Europeo recepita dal decreto in oggetto prevede l'elaborazione di codici volontari di condotta, che stabiliscono ulteriori obblighi di condotta a carico dei mediatori.

ADR Notariato

Il Ministero di Grazia e Giustizia con provvedimento in data 7 giugno 2007 in G.U. ha disposto l'iscrizione nel registro degli organismi deputati a gestire tentativi di conciliazione a norma del l'articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003 n.5 della società unipersonale "ADR notariato Srl", con sede legale in Roma, via Flaminia n.160, codice fiscale 08654291007, costituita in data 9 settembre 2005.

La stessa è stata iscritta al n.9 del registro degli organismi di conciliazione con le annotazioni previste dall'articolo 3 comma IV del decreto ministeriale n.222/2004, il provvedimento di iscrizione 7 giugno 2007 è stato integrato con provvedimento in data 18 aprile 2008.

La società "ADR Notariato Srl" si occuperà della gestione della conciliazione per le controversie di cui verrà investita, nominando un conciliatore ed organizzandone l'attività ed inoltre provvederà alla formazione dei conciliatori.

Online Dispute Resolution (ODR)

Con questo termine ci si riferisce alle modalità di risoluzione delle controversie sia di tipo eteronomo (arbitrato e riassegnazione dei nomi a dominio),⁵² che autonomo (conciliazione).

Sono in pratica servizi di conciliazione offerti dalle Camere di Commercio che, tramite un'applicazione informatica, permettono di gestire direttamente *on line* la procedura

⁵² Trattasi di procedura assimilabile all'arbitrato in merito all'assegnazione e all'uso del dominio contestato (indirizzo numerico necessario per navigare in rete – domini Internet a targa .it).

conciliativa relativa a qualsiasi controversia commerciale.

Anche qui la procedura è basata essenzialmente sulla esclusiva volontà delle parti, che può portare ad un esito positivo solo qualora vi sia pieno accordo di entrambe.

Affari di conciliazione

Ciascun organismo deve istituire un elenco degli affari di conciliazione, che sarà tenuto sia con modalità cartacee che informatiche, recante le annotazioni relative al numero d'ordine progressivo delle procedure di conciliazione pervenute, i dati di individuazione delle controversie, il loro oggetto, il conciliatore designato, la durata del procedimento, il relativo esito ed il numero del fascicolo contenente gli atti del procedimento ai quali le parti possono aver accesso.

Qualora il responsabile del registro degli organismi di conciliazione lo richieda, semplicemente il legale rappresentante dell'ente deve esibire tutti i documenti relativi agli affari di conciliazione trattati o pervenuti all'organismo.

Corsi di formazione

In base al d.m. n.222/2004 il Responsabile del Registro stabilisce con propria determinazione i requisiti di accreditamento dei soggetti abilitati a tenere i corsi di formazione.

Attualmente in seguito a decreto dirigenziale in data 24 luglio 2006 i requisiti di accreditamento sono così stabiliti:

-attestazione di impegno a svolgere i corsi di formazione per conciliatori,

ciascuno per un numero massimo di 30 partecipanti con almeno 32 ore di lezione, di cui non meno di 16 di pratica e 4 ore per la valutazione, con i seguenti contenuti minimi: strumenti di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione; principi, natura e funzione della conciliazione; esperienze internazionali e principi comunitari, compiti, responsabilità e caratteristiche del conciliatore; rapporti tra conciliatore ed organismi di conciliazione; tecniche di conciliazione, la procedura di conciliazione; rapporti con la tutela contenziosa; almeno 8 ore di lezione relative alle controversie di cui all'articolo 1 dlgs.17 gennaio 2003 n.5 i riti societari di cognizione ordinaria e sommaria;

-attestazione di disponibilità di strutture e locali idonei a consentire lo svolgimento dei corsi di formazione;

-attestazione di disporre di almeno 3 formatori che siano in possesso dei requisiti di qualificazione professionale dei conciliatori e che abbiano maturato esperienza almeno triennale quali docenti di corsi di formazione nelle materie giuridiche ed economiche;

- attestazione di impegno a svolgere a pena di decadenza dall'accREDITAMENTO almeno 90 ore annuali dedicate all'attività di formazione dei conciliatori.

Processo verbale e titolo esecutivo

L'articolo 11 del dlgs prevede che qualora venga raggiunto l'accordo il mediatore debba redigere un pro-

cesso verbale sottoscritto dalle parti e dal mediatore che certifica l'autografia o l'impossibilità di sottoscrivere delle parti stesse.

Ai sensi dell'articolo 12 Il comma, tale verbale costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Nella prima versione del decreto tale potere di certificazione veniva attribuito al mediatore, senza alcuna garanzia dello svolgimento di un'adeguata attività di controllo dell'atto alla legge, controllo che non poteva ritenersi sostituito dall'omologazione del Tribunale diretta ad un mero accertamento della sua regolarità formale.

Quanto sopra avrebbe potuto minare la sicurezza dei traffici giuridici provocando una grave breccia al principio consolidato nel nostro sistema giuridico della competenza esclusiva del Pubblico ufficiale, qualificato e delegato dallo Stato a conferire al documento quella autenticità che ne legittima l'iscrizione nei pubblici registri.

Se poi si evidenzia che l'articolo 17 punto 3 del decreto statuisce che il verbale d'accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di euro 51.646, diventa attuale il rischio che le parti possano simulare una controversia per utilizzare strumentalmente il procedimento di mediazione al fine di effettuare trasferimenti immobiliari senza costi fiscali.⁵³

⁵³ Laurini Giancarlo, "Sulla procedura alternativa di mediazione e conciliazione", Notariato n.6/2009 pag. 701.

Già in tempi non sospetti il professor Salvatore Tondo aveva messo in guardia dai pericoli relativi all'idoneità dei verbali di conciliazione alle formalità pubblicitarie, evidenziando "ch'essi in luogo d'essere fatti servire alla composizione di liti effettive siano utilizzati per dissimulare operazioni negoziali ben diversamente motivate. Con la conseguenza di consentire alle parti stesse – oltre che di sottrarsi alle spese dipendenti da altre forme di documentazione ufficiale (quale soprattutto quella notarile) - anche di evadere i condizionamenti sostanziali che sono connessi a quest'ultime."⁵⁴

Ora considerando che il grido d'allarme era riferito essenzialmente alle norme già presenti nel codice di procedura civile ed in particolare l'articolo 322 che prevede che il processo verbale di conciliazione in sede contenziosa costituisce titolo esecutivo solo se la controversia rientra nella limitata competenza del giudice di pace, mentre negli altri casi il processo verbale ha valore di scrittura privata riconosciuta in giudizio, si capisce quanto dovevano essere avvertiti di fronte alle novità legislative in questione i rischi di uno scardinamento del sistema di certezza e sicurezza dei traffici giuridici e di uno scivolamento "verso forme di giustizia equitativa e non di diritto, ma anche di strumen-

⁵⁴ Tondo Salvatore, "Sull'idoneità dei verbali di conciliazione alle formalità pubblicitarie", Foro Italiano 1987 I pag.3130 e segg.

talizzazione di tale forma di negoziazione.”⁵⁵

Considerato che l'accordo di conciliazione è ritenuto in definitiva “un contratto non necessariamente connotato dalla reciprocità delle concessioni tipica della transazioni con cui le parti regolano i rapporti giuridici patrimoniali oggetto di lite, purché i diritti che ne sono oggetto siano disponibili”⁵⁶ e valutati i rischi derivanti dalla circostanza che “l'esito della conciliazione trasfuso in un verbale potrà diventare titolo di provenienza di ulteriori trasferimenti di diritti su beni immobili, è auspicabile che le parti raggiunto l'accordo richiedano la sua riduzione per iscritto ad opera di un notaio, nel rispetto di tutte le norme ed i principi dell'ordinamento positivo, in attuazione di quella funzione adeguatrice che gli è naturale.”⁵⁷

Queste ultime considerazioni hanno indotto il legislatore ad introdurre nella nuova versione del decreto in oggetto la prescrizione che, qualora le parti con l'accordo concludono contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 del codice civile, ossia relativi a beni immobili soggetti a trascrizione, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

⁵⁵ Romano Stefania, “Accordo di conciliazione: natura giuridica e confronto con lodo arbitrale e contratto di transazione”.

⁵⁶ Romano Stefania, “Accordo di conciliazione: natura giuridica e confronto con lodo arbitrale e contratto di transazione”.

⁵⁷ Delfini Francesco, opera già citata in precedenza.

Con questa modifica il legislatore ha voluto assicurare il controllo di legalità sostanziale al verbale di conciliazione, in quanto titolo esecutivo idoneo per la pubblicità immobiliare.

Tele controllo si dovrà estrinsecare nella funzione di adeguamento propria del notaio e consisterà non solo nella certificazione della identità personale dei sottoscrittori del documento, ma in tutti quegli accertamenti che il pubblico ufficiale svolge naturalmente nei trasferimenti immobiliari (indagine della volontà e capacità delle parti, regime coniugale, visure ipocatastali, situazione urbanistica, certificazione energetica, ecc.).⁵⁸

CONCLUSIONI

In definitiva è stato affermato che la mediazione offre un prodotto diverso da quello dei sistemi aggiudicativi, vale a dire l'attività conciliativa assicura il raggiungimento di accordi stabili e duraturi tra le parti e non la soggezione a decisioni assunte da altri.

Minor invasività sociale e psicologica rispetto al rito ed alle sentenze ordinari, maggiore rapidità ed economicità, vicinanza più alle forme dell'equità (tutela degli interessi) che non a quelle di legittimità (tutela dei diritti).

Le caratteristiche fondamentali quindi sono: autonomia, riservatezza, prevenzione della conflittualità e conservazione delle relazioni sociali.

⁵⁸ Brunelli Cinzia, opera già citata in precedenza.

Si è auspicato il passaggio da un'impostazione basata sul processo-giudizio, quale modello prevalente, tipica di uno Stato forte in cui il potere politico ed il controllo sociale risultino accentrati, ad un ordinamento in cui assumano rilevanza forme alternative di risoluzione delle controversie negoziate, piuttosto che imposte.

Si tratta non di decidere, "tagliare con la spada della giustizia per separare una ragione da un torto, un'innocenza da una colpevolezza, al fine di attribuire responsabilità ma di prospettare ed inventare alternative per una vittoria comune."

Il giudizio guarda al passato per raccogliere elementi su cui fondare la sua verità, invece la mediazione è rivolta al futuro per generare opportunità di soluzione.

Per contro gli aspetti critici che si possono evidenziare in seguito all'introduzione della mediazione giuridica nell'ordinamento italiano nascono dal pericolo di provocare un accentuato scivolamento dei meccanismi di risoluzione delle controversie basati sull'applicazione delle norme imposte con provvedimenti legislativi a quelli dettati dall'equità e quindi da un'interpretazione umana e non letterale delle norme.

Questa tendenza, diretta a preferire alla tutela dei diritti la tutela degli interessi ed a sostituire il mero risarcimento monetario alla reintegrazione in forma specifica ed all'effettiva tutela del diritto leso, rischia di esaltare quelli che sono i

principi dell'analisi economica del diritto rispetto ai principi di giustizia sostanziale.

Il diritto e le regole non sono più diretti a controllare gli attori ma assurgono a strumenti atti a facilitare i comportamenti degli attori nel mercato, recependo una concezione liberista del diritto, funzionale ad una certa visione dello sviluppo economico, tipica delle società anglosassoni.

Si veda al proposito il diritto dell'acquirente immobiliare, che viene declassato ad un mero interesse protetto *ex post*, tramite il *title insurance*.

Proprio per evitare questi rischi è importante che i soggetti deputati al compito di conciliatori abbiano una specifica formazione giuridica e nello stesso tempo siano in grado di garantire quella imparzialità e terzietà che li induca ad astenersi dallo svolgere la loro attività in tutte le situazioni di potenziali conflitti di interessi.

Solo creando organismi di mediazione che rivestano i caratteri di strutture di legalità, capaci di contrastare gli interessi dei soggetti più forti e di tutelare i diritti e la legalità anche a favore dei soggetti più deboli, si può rafforzare una civiltà giuridica, che possa opporsi al degrado della legalità conseguente ad una concezione puramente privatistica dei meccanismi di soluzione delle controversie.

Commissione studi del Consiglio Notarile di Como e Lecco

TRUST, VIAGGIO NELLA PRASSI PROFESSIONALE TRA INTERESSI PRIVATI, FINI PUBBLICI E BENEFICI

Nel numero di maggio abbiamo già pubblicato l'intervento di Gian Franco Condò al Convegno di Lecco del 25 marzo 2010 ed avevamo annunciato la pubblicazione di questo altro intervento allo stesso Convegno.

Trust e società partecipate da enti pubblici

Questa relazione si propone, partendo dall'evoluzione avvenuta nella concezione della proprietà pubblica, di fornire qualche spunto su fattispecie di società partecipate dallo Stato o da Enti Pubblici, per poi passare sinteticamente al trust quale strumento per la Pubblica Amministrazione.

La relazione potrebbe peccare di troppa teoria rispetto allo sviluppo dei casi pratici indicati, ma i cenni dottrinali sono ricchi di spunti interessanti proprio per una prassi che ha solo mosso i primi passi.

Il Trust, come affermato in altre relazioni, è uno strumento estremamente utile che può essere utilizzato in ambiti molto ampi: mi è parso utile cercare in sintesi di valutare la possibile applicazione dell'istituto all'operato delle pubbliche amministrazioni.

1. A

EVOLUZIONE NELLA CONSERVAZIONE E GESTIONE DEI BENI PUBBLICI

A partire dagli anni '90, inizia un periodo normativo che porta a superare l'idea della necessaria appartenenza all'ente pubblico dei beni pubblici e l'idea della loro incommerciabilità; sulla scia della riforma contabile dello Stato e degli Enti Pubblici del 1989, si evolve il modello organizzativo nella amministrazione del patrimonio pubblico e si trasforma l'equilibrio della Finanza pubblica: si procede a importanti privatizzazioni di settori dell'economia pubblica, restando allo Stato la funzione di regolazione, il tutto però con riferimento a beni del patrimonio disponibile.

Negli anni 2000 la privatizzazione assume modalità diverse, più articolate e complesse (G. Colombini, *Introduzione. Le ragioni attuali di una ricerca sui beni pubblici, ovvero della liquidità dei beni pubblici*, in La nozione flessibile di proprietà

pubblica, Spunti di riflessione di diritto interno e internazionale, Milano, Giuffrè, 2008, p. 1 e segg.)

1. B

SOCIETA' PARTECIPATE DA ENTI PUBBLICI

Nel contesto di questa evoluzione, l'A.P. utilizza lo strumento societario per la persecuzione di finalità pubbliche; l'impiego di istituti di diritto privato per la gestione e valorizzazione di beni pubblici diventa un esempio di maggiore apertura dell'amministrazione, in conformità al principio comunitario di non svolgimento, da parte del potere pubblico con metodo autoritario, di funzioni che possono essere affidate al libero mercato (F. Martini, *Beni Pubblici e Governo del Territorio ecc.*, in La nozione flessibile di proprietà pubblica, Spunti di riflessione di diritto interno e internazionale, Milano, Giuffrè, 2008, p. 199).

Le Società di Trasformazione Urbana di cui all'art. 17 comma 19 legge 27/1997 istituzionalizzano una forma di collaborazione pubblico-privato con il fine di riqualificare aree urbane ed edifici pubblici e privati, creandosi così uno strumento funzionale di coordinamento per la valorizzazione e anche per la dismissione di beni pubblici.

Peraltro la procedura è ancora limitata al regime concessorio di vecchio stampo.

Le società costituite per la gestione amministrativa di beni pubblici sono in buon numero e assai diversificate nei compiti di valorizzazione del territorio, valorizzazione di enti

pubblici, gestione di reti di servizi pubblici, ecc.

Segue poi la L. 410/2001 che, tra l'altro, all'art. 2 autorizza il Ministero delle Finanze a costituire e promuovere, anche attraverso soggetti terzi, società per la cartolarizzazione di immobili pubblici (SCIP) e all'art. 4 prevede il conferimento di beni in fondi comuni di investimento da parte dell'Ente Pubblico.

La L. 112/2002 dispone, per la valorizzazione gestione e alienazione di beni da parte dello Stato, la costituzione di Patrimonio S.p.A. e di Infrastrutture S.p.A., quali enti strumentali per Cassa Depositi e Prestiti (la seconda successivamente sciolta ai sensi della L. 366/2005 e conferita nella stessa Cassa Depositi e Prestiti, poi divenuta S.p.A.): siamo di fronte, come è stato osservato (G.Colombini, *Introduzione. Le ragioni attuali di una ricerca sui beni pubblici, ovvero della liquidità dei beni pubblici*, in La nozione flessibile di proprietà pubblica, Spunti di riflessione di diritto interno e internazionale, Milano, Giuffrè, 2008, p. 19) ad un fenomeno di privatizzazione formale (o strutturale), infatti l'ente rimane sostanzialmente pubblico ed i beni conferiti (ad esempio acquedotti, reti stradali ed autostradali e reti ferroviarie) sono strumentali all'esercizio di fini pubblici.

Successivamente la L. 326/2003 ha previsto la costituzione di società di capitali, inedibili e a partecipazione totale o maggioritaria dell'Ente Pubblico, alle quali può essere tra-

sferita la proprietà di beni pubblici strumentali.

Da ultimo la L. 133/2008, ha, tra l'altro, previsto l'affidamento della gestione di reti pubbliche a soggetti privati, restando le reti di proprietà pubblica.

1. C

TRUST ED ENTI PUBBLICI

Con riferimento all'ipotesi di cartolarizzazione di immobili pubblici di cui alla L. 410/2002, la dottrina (S. Tondo, *Impianto della procedura per la dismissione del patrimonio immobiliare* in G. Morbidelli - a cura di- La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico, Quaderni Cesifin, n.15, Torino, Giappichelli, 2003, pag. 29 , E. Pucciarelli, *Trust e privatizzazione di immobili pubblici*, in La nozione flessibile di proprietà pubblica, Spunti di riflessione di diritto interno e internazionale, Milano, Giuffrè, 2008, p. 129 e segg.) ha sostenuto la vicinanza e l'affinità di detta fattispecie al trust, con riferimento sia all'ipotesi di cartolarizzazione sia all'ipotesi di conferimento in fondi comuni di investimento, in quanto le società veicolo o le Sgr si possono identificare con il trustee. Pertanto, nei detti casi, si verificano delle strutture di trust anche se con nome diverso, frutto di previsione di legge.

E allora un soggetto pubblico, nell'ambito delle privatizzazioni immobiliari può, in virtù della propria autonomia negoziale, utilizzare un trust?

Penso all'utilizzo del trust da parte di pubbliche amministrazioni con

finalità di conservazione e gestione del patrimonio pubblico, o anche con finalità di utilità collettiva e sociale come strumento privatistico diverso e non necessariamente concorrente con il modello societario.

Negli ultimi anni si è incominciato a parlare della applicabilità del trust all'operato delle pubbliche amministrazioni e, sul tema, nel 2007 e nel 2008, si sono succeduti alcuni seminari e convegni; l'argomento non ha tuttora avuto la rilevanza che merita.

Il trust invero può attagliarsi a utili impieghi nell'ambito dell'attività delle pubbliche amministrazioni, particolarmente per gli enti pubblici territoriali, sia per la gestione del patrimonio immobiliare degli enti, sia per la erogazione di servizi (E. Pucciarelli, *Trust e privatizzazione di immobili pubblici*, in La nozione flessibile di proprietà pubblica, Spunti di riflessione di diritto interno e internazionale, Milano, Giuffrè, 2008, p. 136, G. De Candia, *Trust e privatizzazione di immobili pubblici*, in La nozione flessibile di proprietà pubblica, Spunti di riflessione di diritto interno e internazionale, Milano, Giuffrè, 2004, p. 27 e segg.).

Occorre peraltro, come insegna la dottrina (E. Pucciarelli, *Trust e privatizzazione di immobili pubblici*, in La nozione flessibile di proprietà pubblica, Spunti di riflessione di diritto interno e internazionale, Milano, Giuffrè, 2008, p. 129 e segg.) concentrare l'indagine sui seguenti punti:

a) se un'amministrazione pubblica abbia facoltà di utilizzare lo strumento del trust;

b) quali beni pubblici possano essere conferiti in trust;

c) a quali (ulteriori) regole debba attenersi la pubblica amministrazione.

a) L'evoluzione del diritto amministrativo in atto dal 1990, il graduale inserimento di processi e istituti di tipo privatistico, così come normato dalla legge sul procedimento amministrativo (L. 241/90) ed ancor di più dopo le modifiche introdotte con la L. 80/2005, fanno sì che la P.A. - eccettuati gli atti di natura autoritaria - possa agire "secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente" (art. 1 comma 1 bis L. 241/90 emendata dalla L. 80/2005).

In quest'ottica si sostiene in dottrina (E. Pucciarelli, *Trust e privatizzazione di immobili pubblici*, in *La nozione flessibile di proprietà pubblica*, Spunti di riflessione di diritto interno e internazionale, Milano, Giuffrè, 2008, p. 139, G. De Candia, *Trust e privatizzazione di immobili pubblici*, in *La nozione flessibile di proprietà pubblica*, Spunti di riflessione di diritto interno e internazionale, Milano, Giuffrè, 2004, p. 27 e segg.), che la P.A. ha piena capacità giuridica di diritto privato e può, di conseguenza, utilizzare schemi contrattuali in conformità al principio dell'autonomia negoziale ex articolo 1322 cod. civ, principio che non cambia in ragione della natura di soggetto pubblico di una parte.

Così che, argomentando da un lato dalla norma di cui all'art. 1 comma 1 bis della legge sul procedimento amministrativo e, dall'altro lato dalla previsione dell'art. 1322 codice civile che conclude che le P.A. possono - nei limiti in cui possono altri soggetti e con le specificazioni che seguono - rivestire il ruolo di disponente di un trust (e, a maggior ragione, di beneficiario) ove i beni conferiti in un trust siano destinati a un determinato fine pubblico.

Ai sensi dell'art. 3 L. 241/1190 va comunque rispettato l'obbligo di motivazione: la scelta del trust andrà adeguatamente motivata rispetto ad altre possibili soluzioni, evidenziando in particolare i benefici derivati alla P.A. dalla segregazione).

b) Quanto ai beni che possono essere conferiti in trust, mentre sono esclusi per la loro incommerciabilità i beni demaniali, nessun problema si pone per i beni del patrimonio disponibile.

Quanto ai beni del patrimonio indisponibile, dottrina e giurisprudenza concordano che essi possono appartenere anche a soggetti diversi dalla P.A., consistendo la loro particolare caratteristica nell'essere destinati al perseguimento di un pubblico interesse, pur essendo posseduti da privati, cosicché la strumentalità rispetto all'interesse pubblico costituisce il limite stesso alla commerciabilità del bene (Tribunale di Trieste, A. Picciotto Giudice Tavolare, in *Il trust come nuovo strumento dell'azione della Pubblica*

Amministrazione, Trust e attività fiduciarie, gennaio 2006, pag. 87)

Ne segue che, quando venga destinato in trust un bene del patrimonio indisponibile, non potrà derivarne una sottrazione alla finalità di perseguire il pubblico interesse, che deve permanere nonostante il conferimento in trust (come in ogni trasferimento a privato). In altri termini, la privatizzazione sarà meramente formale costituendo così un fenomeno diverso da quello di privatizzazione sostanziale, in cui la destinazione al fine pubblico non deve essere mantenuta (come nel caso delle privatizzazioni di cui alla L. 410/2001).

Il trust, è importante sottolinearlo, non può comunque essere utilizzato per aggirare le norme di dismissione degli immobili pubblici.

c) La P.A. non può, nell'ipotesi in cui intervenga quale disponente in un trust, sottrarsi alle norme che regolano la sua attività nella fase preliminare di scelta di un contraente: infatti le norme di "evidenza pubblica" sono operanti quale principio inderogabile dell'ordinamento e la loro inosservanza è sanzionata, come tutte le violazioni di norme inderogabili, dall'art. 1418 comma 1 cod. civ.

Ne segue che tali regole vanno osservate nella scelta del trustee al quale sono trasferiti i beni con l'incarico di provvedere alla loro gestione.

Quando il trustee è incaricato non di svolgere direttamente i lavori ma di coordinarli controllando l'operato

dell'impresa esecutrice, l'attività del trustee non sarà completamente libera, in quanto egli sarà obbligato a scegliere, per l'esecuzione dei lavori, un'impresa qualificata secondo la disciplina dei lavori pubblici; tutto ciò dovrà naturalmente essere previsto nell'atto istitutivo.

Ne consegue che, purché siano osservati i principi di evidenza pubblica e le linee guida della privatizzazione, il trust possa essere utilizzato per la gestione del patrimonio pubblico, da un lato in conformità alla normativa europea che auspica forme di collaborazione tra settore pubblico e privato per gestire opere infrastrutturali, dall'altro rappresentando una valida alternativa alle STU, alle quali potrebbe affiancarsi in progetti diretti ad eliminare realtà di degrado, quindi con grande potenzialità applicativa in campo sociale sul territorio

2

CASI PRATICI

Commento sinteticamente il trust per la realizzazione di una scuola materna costituito il 6 settembre 2005, come caso particolarmente significativo.

Disponenti sono il Comune di Dui-no-Aurisina (TS) e la Fondazione Cassa di Risparmio di Trieste: il primo mira alla realizzazione di una nuova ala dell'asilo, il secondo, come Fondazione Bancaria, è tenuto ad impiegare il reddito per perseguire scopi di pubblica utilità.

La fondazione non intende pagare a piè di lista i lavori, ma operare in fattiva collaborazione con il Comu-

ne per la realizzazione dell'opera, per cui i due disponenti ricorrono allo strumento del trust per superare gli ostacoli burocratici e ottenere la effettiva destinazione dei fondi verso lo scopo fissato.

Quello istituito è un trust di scopo a beneficio delle famiglie del luogo che potranno usufruire del servizio dell'asilo;

- trustee del trust è il segretario della Fondazione;

- guardiano del trust è stato nominato un assessore comunale.

Il trust è regolato dalla legge di Jersey, scelta perché ammette il trust di scopo per fini non caritatevoli, detta norma è severa per il trustee, prevede, nel caso ipotizzato, l'obbligo di presenza del guardiano, non penalizza il trustee in situazioni di conflitto di interessi solo potenziale, caratteristiche tutte che ben si attagliano al caso; per meglio perseguire lo scopo di assicurare la realizzazione della finalità pubblica, trustee del trust è il segretario della Fondazione e guardiano un assessore comunale;

- scopo del trust è, sinteticamente, la realizzazione della nuova ala dell'asilo a vantaggio delle famiglie che ne avranno diritto;

- beni del trust sono l'immobile, trasferito al trustee dal Comune e la somma di denaro, trasferita al trustee dalla Fondazione; l'appartenenza finale dell'immobile sarà del Comune; eventuali somme residue verranno attribuite alla Fondazione (A. Tonelli, *Trust di ente pubblico*

in regime tavolare, Trust e attività fiduciarie, gennaio 2006, pag.53).

E' indubbio che la decisione del Giudice Tavolare di Trieste del 23 settembre 2005 di ordinare l'intavolazione di un trust per la realizzazione di interesse pubblico di una scuola materna abbia "aperto un fronte di non poco conto nell'ambito del diritto pubblico italiano che, fino a tempi anche recenti, non vanta una rilevante casistica di studio (A. Lopez, *Il trust come nuovo strumento dell'azione della Pubblica Amministrazione*, Trust e attività fiduciarie, marzo 2002, pag.176)

Fino a ad un'epoca vicina a quella della decisione, la dottrina non prevedeva la possibilità di istituire trust nell'attività della pubblica amministrazione (per tutti, M. Lupoi, *L'atto istitutivo del trust*, Milano, 2005), con l'eccezione di una parte della dottrina amministrativa che era già aperta alla soluzione (*Trust e privatizzazione di immobili pubblici*, in La nozione flessibile di proprietà pubblica, Spunti di riflessione di diritto interno e internazionale, Milano, Giuffrè, 2008, p. 129 e segg. e G. De Candia, *Il trust e l'azione amministrativa pubblica*, I contratti dello stato e degli enti pubblici, 2004, I, p 27).

Il magistrato friulano, con notevole apertura mentale e onestà intellettuale, ha aperto la strada al trust come nuovo strumento dell'azione pubblica (il testo del decreto tavolare è pubblicato in Trust e attività fiduciarie, gennaio 2006, pag.83). Il decreto è apprezzabile sia per la

visione favorevole del trust interno sulla base di una coerente analisi della fattispecie negoziale come uno dei possibili e leciti assetti proprietari, sia per la ricostruzione sistematica della trascrizione (o, meglio, intavolazione) dell'atto in ragione del verificarsi di una vicenda circolatoria del diritto reale, sia ancora per la ragguardevole ricostruzione dei profili di legittimità della fattispecie.

In dottrina si è rilevato (A. Lopez, sopra citato) che il caso di specie sarebbe censurabile per la mancata osservanza del vincolo procedimentale noto come evidenza pubblica, ciò sembrerebbe non conforme all'ordinamento: non parrebbe cioè, nel caso commentato, osservato quel procedimento preliminare amministrativo (per rendere note le ragioni di pubblico interesse in relazione al contratto, la scelta della controparte, la formazione del consenso) previsto per la conclusione dei contratti della P.A. In particolare nel caso concreto sarebbe stato preferibile (se non obbligatorio) far sì che il trustee dovesse procedere alla esecuzione dei lavori con impresa qualificata ai sensi della disciplina dei lavori pubblici.

Il caso del Comune di Duino Aurisina non è isolato, ce ne sono, per lo meno altri due.

Il Comune di Vidor (TV) nel 2006 ha istituito un trust finalizzato alla

costituzione di una scuola e alla ristrutturazione di una villa da destinare a residenza municipale.

Nel Comune di Noicattaro (BA), in relazione ad una Convenzione di lottizzazione valida per dieci anni, per ovviare all'assenza di organicità e programmazione nella realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria e alle vicissitudini finanziarie dei singoli lottizzanti, è stato istituito un trust per la costituzione e gestione di un fondo per la realizzazione delle opere stesse.

Possiamo quindi ipotizzare uno sviluppo di assai interessanti applicazioni dell'istituto del trust, per la gestione di segmenti dell'attività delle pubbliche amministrazioni, snellendo la burocrazia e garantendo tempi, impegno e distinzione di patrimoni, in linea con scopi pubblici e destinazione di servizi alla collettività ovvero anche nel contesto di procedure nelle quali siano parte pubbliche amministrazioni e privati, onde garantire l'adempimento degli obblighi dei privati stessi verso la pubblica amministrazione.

Dottrina, soprattutto di diritto amministrativo, e operatori pratici, superando posizioni preconcepite e con atteggiamento pragmatico, ci indicano una strada.

Antonio Reschigna

Corrispondenza

Apparentemente una lettera formale: si tratta infatti di una comunicazione di cessazione dell'abbonamento alla nostra rivista. In realtà è di una gentilezza e delicatezza tali che tutta la Redazione ha subito deciso di pubblicarla.

Spett.le FEDERNOTIZIE

Essendo andato in pensione da quattro anni circa ed essendomi esaurita la carica emotiva residua, non ho proceduto a rinnovare l'abbonamento.

Grazie per quanto di arricchimento professionale e gradita compagnia mi avete fornito in tutti questi anni.

Vi auguro buon lavoro e buona fortuna per il cammino che continuerete a percorrere.

Il mio prossimo finale traguardo non prevede né conoscenze né aggiornamenti professionali ma solo correttezza ed integrità morale che mi auguro di potere sufficientemente dimostrare di possedere.

Cordialmente.

Dott. Francesco Grasso – già notaio in Siracusa

ERRATA CORRIGE

Con riferimento all'articolo dal titolo "Gli enti non profit e le imposte indirette" pubblicato sullo scorso numero di maggio a firma delle colleghe Monica De Paoli e Maria Nives Iannaccone occorre precisare che in tema di imposta catastale da applicare in caso di atti traslativi a titolo oneroso della proprietà di beni immobili in genere e atti traslativi o costitutivi di diritti reali immobiliari di godimento compresa la rinuncia pura e semplice agli stessi a favore di ON-LUS, l'imposta catastale era fissa soltanto sino al 31 dicembre 2009, a sensi della legge 28 gennaio 2009 n.2, che modificava l'art.10 del 31 ottobre 1990 n. 347, ma che tale agevolazione non è stata confermata per il 2010. Pertanto dal primo gennaio 2010 nei casi sopra indicati sarà dovuta l'imposta nella misura ordinaria dell'1%, dovendosi intendere che l'art. 2 sia ritornato com'era nel testo originario precedente la modifica.

