

## Sommario Maggio 2011

### 77 Corsivo redazionale

- 79 Una interessante sentenza in materia disciplinare a cura della Redazione  
86 Il declino, la paralisi e uno stimolante centenario di Carmelo Di Marco  
89 Nuovo regolamento per il Congresso: "Istruzioni per l'uso" di Domenico Chiofalo  
91 Bozze concordate relativamente ad operazioni di leasing immobiliare a cura di Manuela Agostini e Maria Clementina Binacchi

### Argomenti

- 96 La potestà dei genitori dopo la legge 8 febbraio 2006, n. 54 di Fabio Valenza  
99 La mediazione civile e commerciale anche in relazione al *trust* di Gian Franco Condò

### Bungee Jumping

- 104 Ricognizione di donazioni indirette, etc. di Franco Treccani

### Tribuna Giovani

- 108 Fondo patrimoniale, ipoteca legale e giurisdizione del giudice tributario di Maria Elisabetta Forghieri

### Finestra sul cortile

- 114 "Stolidi bancari" di Lavinia Vacca

### Attività sindacali

- 115 Verbale dell'assemblea dei delegati del 12 marzo 2011 a cura di Carlo Munafò

## Corsivo redazionale

*E' inutile girarci intorno!*

*E' inutile sforzarsi di immaginare altri argomenti intorno ai quali costruire il corsivo!*

*E' inutile sperare, desiderare fortemente che scoppi qualche scandalo o novità clamorosa pur di esimersi dal doverne parlare ed approfondire!*

*L'argomento principale di questo nostro tempo notarile è: LA TARIFFA.*

*Il nuovo Consiglio Nazionale uscito dalle urne dell'anno scorso (e soprattutto il suo nuovo Presidente) sono stati eletti quasi solo con questo preciso mandato: realizzare una nuova tariffa che trovasse il modo di retribuire un po' meglio il nostro lavoro specie in questo periodo di crisi, ma soprattutto che permettesse di battere l'illecita concorrenza, la corsa al ribasso, la vera o pre-*

*sunta evasione fiscale, la prassi "malavitosa" delle tangenti e così via.*

*Da Torino, a Verbania, a Napoli, un sol grido usciva dalle gole notarili: "subito una NUOVA TARIFFA che salverà il notariato; attraverso la quale risolvere tutti i problemi della professione ed a partire dalla quale rilanciare la nobile attività notarile ridotta a serva dell'Antitrust, dei Commercialisti, del Governo, dalla precedente consigliatura."*

*E questa invocazione, questo grido di dolore, è stato immediatamente e giustamente raccolto. Fra le primissime iniziative del nuovo CNN c'è proprio stata quella di cominciare a studiare i modi, i tempi, le tattiche e le strategie per realizzare questi desideri della categoria.*

*Aspettassero pure le Commissioni ad essere nominate ed a lavorare; attendesse la discussione intorno ad una più generale attenzione programmatica di lungo periodo; peccato che la "grana" del concorso abbia impegnato tempo e lavoro, quello cui davvero dedicare "anima e corpo" doveva essere LA TARIFFA. Ed infatti il Congresso Nazionale di Roma ha equamente diviso il suo (poco) tempo fra la grana del concorso e LA TARIFFA. Null'altro.*

*Ci si è messo anche il Ministro Alfano a dirsi pronto ad "aprire un tavolo" (... ma tavoli non allungabili ne vengono prodotti ancora?...) addirittura entro una settimana.*

*A questo punto non si è potuto più fare a meno di cercare di passare ad una fase operativa.*

*Perché fin quando si rimaneva nella filosofia, ci si autoconvinceva tutti*

*che era tutto vero: che il grimaldello per battere i "cattivi" del notariato e risolverne tutti i mali era proprio la NUOVA TARIFFA.*

*Fin quando essa rimaneva un'idea, anzi "la idea", era facile attribuirle questi poteri taumaturgici.*

*Ma quando si è trattato di tradurre l'idea in realtà tutto è diventato difficile, enormemente difficile.*

*I principi base parevano semplici: generalità ed inderogabilità.*

*Facile, elementare, certo.*

*Generalità: basta differenze fra Nord e Sud, fra grandi città e paesini, fra notariato rurale e notariato industriale, tra studi artigianali ed attifici.*

*Smettiamola con le storie dei costi di studio enormemente diversi appunto fra Nord e Sud; grandi città e paesi, etc.: queste sono vere e proprie leggende metropolitane che è arrivato il momento di superare completamente. Del resto l'eventuale differenza (eventuale s'intende) è ampiamente compensata dai maggiori valori delle transazioni.*

*Qualcuno dice che tre vendite da 10.000 euro "pagano" più di una da 180.000 euro? – Storie, leggende metropolitane!*

*E chi racconta che gli stipendi nelle grandi città sono molto, molto superiori a quelli delle piccole e che - uffa!- ancora una volta c'è una grande differenza di stipendi fra il Nord e il Sud, infine la smetta, perché non è vero.*

*Quindi <<tutto uguale>> e cominceremo a battere la "sottotariffazione" (che probabilmente non esiste), la "sottofatturazione" (che certamente*

non esiste), la prassi delle richieste di preventivi (che certamente esiste) e così via.

*Inderogabilità*; è una conseguenza logica ed ineliminabile: per battere davvero tutti quei mali ora accennati bisogna per forza attaccare alla generalità anche la inderogabilità.

Ma si pensa, ci dicono, ad una tariffa che preveda dei minimi e dei massimi, ed allora la inderogabilità dove si applica? Ai minimi o ai massimi?

Qualcuno dice: “per forza solo ai minimi”, qualcun’altro (ottimista) dice “ad entrambi, altrimenti dove va a finire la generalità?”

E qui cominciano altre leggende metropolitane e storielle raccontate dai detrattori, dai conservatori, da chi non vuole risolvere i problemi del notariato.

Dicono costoro: “ma in questo modo non si andrà sempre a parcellare, fatturare e preventivare il minimo? – come si farà a giustificare una differenza in aumento?” Ed i più conservatori di tutti ed i più cattivi di tutti dicono persino: “non si andrà a concordare con il cliente una certa cifra e poi si fatturerà sempre e comunque il minimo, tornando così (dalla finestra) attraverso la porta della illecita concorrenza?”.

E’ davvero un bel dilemma, al quale si aggiungono ulteriori diversi problemi pratici, perché con queste idee di tariffa non si può salvare l’intelaiatura di quella attuale che tratta tutti i tipi di atto allo stesso modo (distinguendo solo fra atti pubblici e scritture private), ma occorreranno diverse (innumerevoli?)

tabelle quasi una per ogni ipotizzabile tipo di atto.

E poi bisogna coordinare il tutto con i versamenti di Cassa Nazionale e di Tassa Archivio.

E poi bisogna cominciare a pensare ai controlli. La generalità e la inderogabilità hanno una qualche possibilità di funzionare solo se tutte le leggende metropolitane di cui dicevamo innanzi si riveleranno davvero tali, ma anche solo se i Consigli Distrettuali riusciranno a fare continui, approfonditi controlli.

Prendiamo, tanto per fare un esempio, il Distretto di Milano (ma identiche considerazioni si potrebbero fare per Roma, Napoli, etc.): Milano conta (oggi senza gli aumenti da revisione) 492 notai; un controllo serio si potrà fare solo richiedendo (ogni anno) un mese di copie degli atti e relative fatture a tutti i notai del Collegio quando meno se lo aspettano e relativamente a momenti sempre diversi.

Il che vuol dire 41 notai al mese che ogni mese devono portare un mese di atti e fatture e 11 consiglieri che ogni mese controllano attentamente 41 mesi di 41 notai. Paz-zesco !

Evidentemente il tono di questo corsivo ed ancor più il suo contenuto, hanno ormai reso chiaro ai lettori che noi facciamo parte di quei conservatori, di quei creduloni nelle leggende metropolitane, di quei “cattivi” che credono che la salvezza del notariato non passi attraverso la NUOVA TARIFFA e soprattutto attraverso questa ipotizzata NUOVA TARIFFA.

*Siamo pronti a riconoscere di esserci sbagliati, se sarà il caso, ma vogliamo essere chiari: temiamo ed abbiamo motivo di credere che, se realizzata, questa nuova tariffa punirà il notariato più impegnato, più al passo con i tempi e quindi con maggiori costi per maggiori servizi, maggior cura di tutte le necessità dei clienti, maggior disponibilità, minor formalismo, più sostanza. E premierà, forse, solo quel notariato più tradizionale, che non ammette concorrenza, neppure leale, che è geloso custode della sua superio-*

*rità rispetto agli altri professionisti, ai controlli, ma anche ... ai clienti.*

*Ripetiamo, possiamo sbagliarci e possiamo essere anche aspramente criticati.*

*Non ci si dica però (questo non l'accetteremmo) che siamo dei "benaltristi".*

*Sono anni che sosteniamo, diciamo, scriviamo, quali, secondo noi, sono le vere strade per la rinascita del notariato che non passano mai semplicemente attraverso LA TARIFFA.*



## **UNA INTERESSANTE SENTENZA IN MATERIA DISCIPLINARE**

*Pubblichiamo un ampio stralcio della sentenza n. 556/2010 R.G. Vol.Giur. della Prima Sezione Civile della Corte d'Appello di Milano (dr.Ersilio Secchi – presidente; dr.ssa Carla Romana Raineri – consigliere; dr.Domenico Bonaretti – consigliere relatore).*

*La sentenza, che riforma in peius una decisione della CO.RE.DI. Lombardia, è ben esposta e ben motivata ed è interessante, oltre che per la materia trattata (nella sostanza: supporto da parte di notai a studi abusivi), anche per l'ampia e completa trattazione circa i poteri istruttori dei Consigli Notarili e le regole a cui doversi o non doversi attenere in tale fase istruttoria.*

### **“”” ... SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Con la decisione n. 56, emessa in data 10-12 aprile 2010, la commissione amministrativa regionale di disciplina (Co.re.di.) della circoscrizione notarile territoriale della Lombardia, ritenuta sussistente la re-

sponsabilità per le violazioni disciplinari loro ascritte (salvo quelle ai capi D, assorbito, E e H, considerate non accertate), ha inflitto ai notai ..... sanzione disciplinare della censura e al notaio ..... la sanzione disciplinare della sospen-

sione dall'esercizio della professione per mesi due.

In particolare, i notai sono stati ritenuti responsabili per una serie di fatti, incentrati per lo più sulla collaborazione prestata a strutture esterne ed estranee al notariato (in particolare, lo studio legale associato ..... con sedi in .... e in ....), attraverso accettazione d'incarichi (sempre più numerosi) e ripartizione di utili (sempre più bassi) in base a tabelle concordate in precedenza (che assicuravano un compenso indiretto allo studio legale), fatti tali da integrare violazioni disciplinari, deontologiche e illecita concorrenza.

Avverso tale decisione ha proposto reclamo, ex art. 158, primo comma, L. 16.2.1913, n. 89 (LN), il presidente del consiglio notarile di Milano, lamentando l'insufficienza delle sanzioni irrogate in relazione alla gravità delle violazioni, idonee a svilire e compromettere gravemente i principi cardine della funzione notarile (l'adeguamento agli interessi delle parti, la personalità delle prestazioni, l'unitarietà, l'autonomia e l'indipendenza della funzione).

Il consiglio ha quindi chiesto alla corte, previa declaratoria di responsabilità degli incolpati per tutte le violazioni loro ascritte, di infliggere al notaio ... la sanzione disciplinare della sospensione per un anno e ai notai ... la sospensione per mesi otto.

Nel procedimento di reclamo si sono costituiti i notai, chiedendo, tutti, il rigetto del reclamo del consiglio e, in via di reclamo incidentale,

l'annullamento della decisione impugnata perché viziata, sotto vari profili, da violazione di legge ed eccesso di potere; in subordine, il rigetto del reclamo per insussistenza delle violazioni ascritte o comunque l'applicazione delle attenuanti ex art. 144 LN; in ulteriore subordine, il rigetto del reclamo con conferma della decisione impugnata.

All'esito della discussione, la corte ha deciso come da dispositivo, reso pubblico mediante lettura alle parti, ex art. 158 bis LN, all'udienza del 12.1.2011.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

Va accolto il reclamo principale, proposto dal consiglio notarile.

Invero, la documentazione ottenuta dall'esito delle verifiche effettuate dal consiglio a seguito della presentazione di vari e circostanziati esposti (...) consente di confermare che i fatti ascritti ai notai .... presentano un particolare coefficiente di gravità, quanto a idoneità lesiva della dignità e del decoro dei notai e del prestigio dell'istituzione notarile.

In proposito, vengono in considerazione elementi significativi sotto il profilo dell'autonomia e dell'indipendenza della funzione notarile, quali:

- la fatturazione, da parte dello studio legale .... alla signora ...., di "*servizi resi per accettazione tacita eredità – 1 giugno 2006*" (all. 1-3 CN), in occasione della vendita di un bene ereditato tramite un atto che, secondo le dichiarazioni della ...., era stato letto da persone diverse dal notaio .... intervenuto sol-

tanto al momento della sottoscrizione;

- l'indicazione al sig. ..., da parte dell'agenzia immobiliare *Pirelli Re Agency* (cfr all. 9/4 CN), del nome di un inesistente studio notarile (...), con richieste economiche eccessive, lettura di atti effettuata non da notaio ma da impiegata dello studio legale (che si allontanava per apportare talune correzioni), intervento di un notaio in pensione, (che richiedeva la compilazione di due assegni, uno per lo studio legale ....., l'altro per lo studio dei notai ..... e .....), successivo intervento del notaio ..... (che, effettuata una ricognizione dell'identità delle parti, evidentemente non conosciute prima, dei dati catastali e di quelli relativi al prezzo, si avvedeva con sorpresa della presenza del notaio ....., richiesto dal .... di assisterlo, e quindi, dopo uno scambio di formalità, procedeva a una lettura integrale dell'atto, ma nella versione precedente alle correzioni apportate dall'impiegata);

- l'indicazione, da parte di un'agenzia immobiliare, all'impresa edile .... Srl (sub. All.ti 12 e ss) dello studio legale .... presso il quale effettuare le vendite di un complesso immobiliare in ....., l'effettiva stipulazione di numerosi atti di vendita e mutui presso tale studio legale, da parte del notaio ....., ma dopo la stipula di un atto di *vincolo urbanistico* a ministero del notaio ....., sempre nell'interesse di ..... (all.ti 13-20), circostanze sintomatiche di un avvicendamento collaborativo di più notai "reciprocamente fungibili".

Documentazione ed elementi probatori ulteriori sono stati poi acquisiti con le audizioni dei notai e a seguito delle stesse. Si tratta di elementi che, in particolare, riguardano il profilo dell'accettazione di modalità (non corrette) di acquisizione della clientela attraverso strutture esterne, del rapporto con i clienti e del rispetto della funzione di adeguamento e dei doveri d'informazione e chiarimento, dell'accettazione di vistose anomalie in ordine a modalità e tempi di stipula.

Così:

- **l'entità della collaborazione** prestata alla struttura dello studio legale associato ....., con inizio, per il notaio ....., a fine 2005 (all. 48, pag. 36) o inizio 2006 (cfr memoria difensiva presentata alla corte, pagg. 24-25), per i notai .... e ....., nel 2007 e con progressiva intensificazione nel 2008 (all. 46, pag. 41, e 47, pag. 42), collaborazione che:

- per il notaio .... ha prodotto sviluppi davvero considerevoli, consentendogli di giungere a stipulare oltre 2400-2700 atti all'anno (e con modalità e tempi che ne suggeriscono la materiale impossibilità: si vedano, per esempio, sub. all. A del consiglio notarile, pagg. 89-93, gli atti di compravendita e mutuo stipulati il 10.7.08 nel centro di ..... alle ore 9.00 e 9.10 e gli atti di mutuo che risultano stipulati nel centro di ....., sede dello studio legale .... alle ore 9.30 e 9.50),

- per il notaio ... ha costituito la principale fonte di lavoro, un *ottimo cliente* (all. 47, pagg. 37 e 38) e per lo studio associato .... ha portato

nel 2007 a un incremento del 39% (cfr all. 59 e all. A, pagg. 7 e 75-79), nonché, assai spesso, a un gran numero di atti stipulati in un esiguo numero di ore, tanto da far pensare a una lettura quantomeno frettolosa e superficiale, se non addirittura apparente (si veda la tabella riportata a pag. 12 del reclamo, che al 23.7.2008 per il notaio ..., indica 15 atti, di circa 200 pagine, stipulati in due luoghi diversi di .... e letti in sole quattro ore e mezzo; cfr altresì all. A, pagg. 76-77);

- **le modalità di esercizio della professione** e in particolare i rapporti con i clienti.

Quanto appena sopra rilevato già risulta sintomatico di un rapporto del tutto impersonale dei notai con i clienti, non conosciuti prima dell'incontro finale per la stipula, destinato a raccoglierne le sottoscrizioni. In tal senso, come nel senso di una clientela "dello" studio legale e dallo stesso "procurata" ai notai, sono anche le deposizioni dei notai incolpati (... sub. all. 46, pag. 27, .... sub all. 47, 21 ss, sub all. 48, pag. 17 e 27), dalle quali si apprende in sintesi che:

- i clienti sono indirizzati allo studio legale .... sedi di ..... e di ....., da agenti e società immobiliari, o mediatori creditizi o da costruttori;

- lo studio legale riceve i clienti, fornisce i preventivi, acquisisce la documentazione necessaria, esegue le ricerche ipo-catastali, redige il preliminare o l'atto stesso, inviato via mail o su altro supporto al notaio e prenota gli appuntamenti con il notaio disponibile, in caso di impe-

dimento rapidamente sostituito da altro collega;

- i notai non conoscono i clienti e viceversa, incontrandosi soltanto per la stipula presso lo studio legale, le cui sedi sono particolarmente ampie, se non enormi (cfr all. 71, pagg. 15-16 "*a .... ci sono quattro saloni dove ci vanno 30 persone*" a ..... c'è "*una villa enorme ... con cinque sale, riunioni a piani diversi*") e le cui impiegate, in caso di ritardo del notaio, sono pronte a intrattenere i clienti con la lettura dell'atto;

- autonomia e indipendenza sembrano caratteristiche della struttura costituita dallo studio legale, piuttosto che dei notai che vi operano con accentuata rotazione turnaria e che se ne servono, ma che dalla stessa finiscono per risultare economicamente dipendenti;

- i **compensi** dell'attività professionale, congegnati in modo tale da risultare lesivi sia per il notaio, sia per i clienti. Per il primo, in quanto i compensi vengono determinati in base a tabelle scritte oggetto di preventivo accordo tra studio e notaio, tenuto a praticare sconti (cfr all. A, pagg. 36 ss e all. 60; nonché all. 46, pagg. 29 ss; all. 47, pag. 23; all. 48, pagg. 28 e 37 ss), anche molto consistenti (lo schema sub all. A, pagg. 38-39 evidenzia riduzioni di onorari da parte del notaio .... superiori al 50%) e funzionali anche ai ristorni in favore dei procuratori, incidenti sul totale in misura compresa tra il 9% e il 20% (cfr all. 48, pag. 36, nonché all. 60/1, 60/3, 60/4).

E pure per i clienti, i quali, tenuti a versare distinti importi allo studio

legale e al notaio, finiscono per corrispondere somme più elevate di quelle che pagherebbero per le prestazioni del solo notaio (cfr all. 46, pagg. 30, 31, 41);

- le **ulteriori violazioni** attribuibili al solo notaio ...., il quale infatti è risultato (e ha ammesso di) collaborare anche con una ulteriore struttura paranotarile, di carattere familiare (nipote, figlio e genero), con sedi in ... (sede del fratello, ormai cessato, del notaio) e .... (sede secondaria del fratello) e collegate tra loro e con .... (sede propria del notaio ....) e ..... (altra sede del notaio) anche *on-line* (cfr all. 48, pag. 14; circostanza peraltro smentita con la memoria difensiva presentata in questa sede, cfr pag. 24).

Va notato che la sede di .... non risulta segnalata e il notaio ....., a fronte del rilievo svolto in proposito dal presidente del consiglio notarile, ha ritenuto di giustificarsi osservando che l'ufficio "*in effetti doveva essere chiuso quindi si è rimandato da un giorno all'altro, per questo io non l'ho segnalato*" (all. 48, pag. 6).

Ma tale giustificazione, che comunque evidenzia la consapevolezza dell'omissione, non risulta accoglibile, tenuto conto del fatto che l'ufficio di .... esiste ormai da vari anni e precisamente dal 2004.

A ciò deve aggiungersi:

- che il notaio .... possiede a .... un'altra sede propria, di quattro locali, nella quale si reca "*alcune giornate o mezze giornate*" (all. 48, pag. 6), anche a discapito dei giorni di assistenza obbligatoria presso la sede principale (.....), come emerge da un esame a campione effettuato

sugli atti stipulati dal medesimo (nel 2007, il 12 e 14 giugno; nel 2008, il giorno 1, 10, 17 e 24 luglio);

- che nello studio del fratello cessato .... ha ora sede la società di consulenza del nipote, studio .... sas, che risulta aver emesso fatture per la collaborazione prestata al notaio, con compensi mensili dell'ordine di 25, 30, 35 mila euro, procurando al notaio circa la metà del lavoro complessivo (all. 48, pagg. 6-8).

Si comprende quindi come la notevole mole di lavoro acquisita abbia indotto .... a trascurare anche obblighi relativi alla formazione, non giungendo a ottenere il numero di crediti minimi richiesti, almeno nel 2006, nel biennio 2006-07 e nel 2008; resta dubbio invece il risultato per l'anno 2007, tra riconoscimenti del notaio (cfr all. 48, pag. 43) e documentazione successivamente prodotta (cfr memoria difensiva, pag. 47 e docc. 5-6; nonché *infra*, pag. 23).

A fronte di tali complessive risultanze, che alla corte paiono estremamente significative e comprovanti quella gravità delle violazioni, ch'è stata posta a fondamento del reclamo del consiglio notarile, occorre esaminare le ragioni addotte dai notai a sostegno dei **reclami incidentali**.

Anzitutto, la difesa degli incolpati lamenta una **disparità di trattamento** rispetto al notaio .... Quest'ultimo infatti, ha reso una dichiarazione spontanea – valutata come estremamente significativa dal consiglio notarile per la conferma dei fatti contestati – con la quale ha riconosciuto di aver trasferito



per un certo tempo la propria sede presso lo studio legale ..... senza comunicarlo formalmente al collegio notarile e ha esposto le modalità con le quali avrebbe lottato per salvaguardare la propria dignità professionale, mentre lavorava presso quella struttura (all. 71 CN). Gli incolpati si dolgono quindi del fatto che il notaio ..... sia stato sentito non in veste di incolpato, ma di dichiarante spontaneo e abbia reso affermazioni riguardanti anche l'operato di colleghi (individuati non con il nominativo, ma con riferimento alla collaborazione prestata allo studio ..... e alla sottoposizione a un procedimento disciplinare), nonché del fatto che il consiglio non abbia ritenuto di avviare l'iniziativa disciplinare anche nei confronti di lui, ancorché autore di condotte più gravi. Lo scostamento dal principio di uguaglianza e dal proprio precedente operato (non altrimenti specificato) integrerebbe violazione di legge ed eccesso di potere, che dovrebbe indurre la corte ad annullare l'impugnata decisione e a rigettare il reclamo del consiglio notarile. Ma alla corte non sembrano ravvisabili i lamentati vizi.

Da un lato, le dichiarazioni rese dal notaio .... se pur significative nel dar luce all'esistenza di prassi illecite sotto il profilo disciplinare, non risultano certo indispensabili o determinanti per fondare le contestazioni qui esaminate, che si reggono tranquillamente sul considerevole complesso delle risultanze di cui sopra s'è tentato di dar conto in modo sintetico.

Dall'altro lato, neppure può trascurarsi che gli elementi offerti non consentono di accertare se e per quali ragioni l'iniziativa disciplinare sia stata (o non sia stata) estesa a tutti i soggetti interessati e che, in ogni caso, l'estensione (o la mancata estensione) dell'iniziativa ad altri soggetti interessati non varrebbe ad escludere la riconducibilità delle condotte in contestazione a fattispecie di rilievo disciplinare.

Quanto poi alla effettiva **sussistenza delle violazioni contestate**, ai rilievi già sopra svolti in merito al reclamo principale sembra possibile aggiungere, per tutti i notai:

- che il richiamo alla stima professionale come ragione dell'instaurarsi del rapporto di collaborazione con lo studio .... e come ragione della segnalazione dei notai incolpati che detto studio avrebbe fatto a propri clienti costituisce argomento inidoneo a modificare il giudizio negativo, già sopra riportato e motivato, in ordine alle modalità operative di tali prestazioni, vietate (**capo A d'incolpazione**) dagli artt. 147 lett. b e c LN e 31 del codice deontologico (inserimento dello studio legale nel rapporto cliente/notaio, con offerta della stipulazione di numerosi atti a fronte di riduzioni sensibili degli onorari, secondo un nesso pienamente avvertito, se non altro per la sua risalenza temporale e sistematicità, sia dal notaio, sia dallo studio legale; ciò che viola il dovere d'imparzialità e sostanzia anche il comportamento attivo del notaio avente a oggetto l'accettazione dell'attività di procac-

ciatori a titolo oneroso e dunque l'illecita concorrenza);

- che detto inserimento, proprio in quanto elusivo dell'iniziale confronto tra notaio (o struttura sua propria) e parti in sede di conferimento dell'incarico, risulta tale da non poter assicurare la protezione degli'interessi di tutte le parti coinvolte, con l'imparziale adeguamento della loro volontà alle norme inderogabili, come richiesto dai principi cardine della funzione notarile, a prescindere dalla (invero del tutto teorica, se non senz'altro inverosimile) possibilità di un'effettiva negoziazione tra le parti (piuttosto che di una supina accettazione) volta a rimettere allo studio legale (legittimamente non imparziale rispetto alle parti e ai loro interessi) la scelta del notaio e a prescindere dall'esistenza di effettive doglianze avanzate in tal senso da qualche cliente;

- che il richiamo ai capitoli di prova 1-5 (memorie notai .....), relativi alle modalità di collaborazione tra notai e struttura, capitoli già ritenuti inammissibili perché pacifici, appare ultroneo, sia perché i medesimi non sono stati riproposti in questa sede, sia perché non valgono a incidere sul ricordato inserimento (risultando dunque irrilevanti ai fini qui perseguiti), sia infine perché la difesa degli' incolpati non ha offerto i motivi specifici dell' affermazione per la quale "*contenuti e modalità*" del rapporto in essi descritti risulterebbero "*opposti a quelli descritti nell'impugnata decisione*";

- che la delega delle attività istruttorie: preliminari, preparatorie e stru-

mentali (**capo C**), già di per sé abbastanza svilente e pericolosa (oltre che vietata, se compiuta in modo sistematico, cfr Cass. 7274/2008) sotto il profilo professionale (tanto da indurre i notai ..... a sostenere di aver aggiornato comunque le visure ipocatastali e di aver rifatto, per prudenza, preliminari, minute contrattuali, ecc.), risulta confermata dalle già sopra ricordate dichiarazioni dei notai e, comunque, la evocata riduzione della richiesta d'intervento notarile nei limiti della sua funzione pubblicistica e certificativa (accertamento dell'identità delle parti, lettura dell'atto, obbligo di fornire i chiarimenti richiesti in ordine all'atto da stipulare, ecc.) per un verso confligge con il ruolo di garante della pubblica fede che l'ordinamento riconosce al notaio (e che si estende necessariamente a tutte le attività preliminari e preparatorie dell'atto) e per altro verso non vale a escludere che anche attività riportabili alla funzione meramente certificativa possano essersi svolte in modo non corretto (si allude in particolare alla lettura dell'atto);

- che la ricordata delega, tenuto conto degli aggiornamenti e rifacimenti, neppure dimostra la semplificazione delle procedure che giustificerebbe la riduzione degli onorari (si rinvia in proposito all'esposto .... e alla duplice lettura degli atti verificatasi in quell'occasione, nonché, più in generale, al riconosciuto maggior onere per i clienti, tenuti a corrispondere onorari al notaio e allo studio legale);

- che in punto d'illecita concorrenza e compromissione del prestigio personale e della classe (**capi B e I**) la "sudditanza" dei notai rispetto allo studio legale, ravvisata dalla decisione impugnata in termini sia economici, sia di dignità personale e professionale, risulta non tanto dal numero di volte che hanno visto i singoli notai operare nei locali dello studio in ... e ... o dal numero di atti stipulati in più (comunque, come già rilevato, non certo trascurabile), quanto dagli accordi di natura economica intervenuti con lo stesso studio (e tali da prevedere anche compensi riconosciuti come esigui), nonché dalla piena fungibilità dei notai, in relazione a scelte in concreto demandate soltanto allo studio legale, ai cui criteri i notai finivano per uniformarsi, rinunciando ai doverosi incontri, da tenersi personalmente o tramite la "propria" struttura, con i clienti prima della stipula dell'atto;

- che la tabella riassuntiva degli onorari percepiti dal notaio ... in data 23.7.2008 (cfr All. A, pagg. 37-38, CN), che presenterebbe riduzioni accordate caso per caso e non secondo un importo prestabilito omogeneo per scaglioni di valore (in un caso, anzi, prevedendo un onorario maggiore di quello indicato dal consiglio notarile), non sembra significativa nel senso prospettato dalla difesa, sia per l'unicità della data di riferimento, sia e soprattutto perché lo stesso notaio ... ha riconosciuto di aver richiesto, per la collaborazione prestata nell'ambito dello studio legale ..., compensi quantificati sulla base di tabelle scritte prece-

dentemente concordate (cfr All. 46, pag. 29);

- che dichiarazioni al riguardo circa l'esiguità dei compensi convenuti sono state rese anche dai notai ... (che ha definito tali onorari "*da fame*", cfr all. 47, pag. 23) e ... (all. 48, pag. 33, ove il notaio si duole che i rapporti con la struttura sono divenuti meno lucrosi che in passato: "*non resta nulla di guadagno*");

- che la rilevanza "esterna" delle condotte addebitate, necessaria per l'integrazione della lesione della reputazione dell'istituzione, sembra agevolmente desumibile dai fatti – già sopra ricordati – oggetto degli esposti alla base dell'iniziativa disciplinare e dalla percezione avuta nei confronti dai clienti e da tutti i soggetti e i professionisti coinvolti;

- che la contestazione relativa alla frettolosa, sommaria, incomprensibile e improbabile lettura di numerosi atti (**capo D**, contestato ai soli notai ... e ...), presupponendo, per un verso, la violazione del bene giuridico sotteso ai doveri di correttezza, diligenza e informazione e, per altro verso, un comportamento forse indotto, ma certo non necessitato dagli illeciti integranti le ulteriori contestazioni, non può considerarsi assorbita in queste ultime, ma presenta, secondo la corte, un gradiente d'autonomia sufficiente a giustificare la specifica ravvisabilità.

D'altro canto, la prova della violazione, reiterata e sistematica, del dovere di dare lettura degli atti alle parti si desume dai dati contenuti, per il notaio ... nell'allegato A (CN), pagg. 7 e 75-76 e, per il notaio ...,

negli allegati 72 e ancora A, pagg. 89-93, dati che evidenziano situazioni di fisica impossibilità di effettuare gli spostamenti necessari alle stipule o, comunque, di dare una lettura comprensibile degli atti (cfr per ... i 33 atti del 27.6.2007, stipulati in cinque luoghi diversi e distanti: ..... senza sostanziali interruzioni dalle ore 8,45 alle ore 20,10; sempre per ... , i circa 30 atti stipulati fuori sede il 10.7.2008, giorno di assistenza obbligatoria alla sede di ... dalle ore 9 alle 19,05, sempre senza sostanziali interruzioni, in tre luoghi diversi; ... per i 15 atti stipulati in due diversi luoghi di ... il 23.7.2008, dalle ore 15 alle 19,30). In tale contesto, rigorosamente documentale, la deposizione di segno diverso resa dal teste ... in data 12.1.2010 e richiamata dalla difesa ... (pag. 24) sembra destinata a restare senza effetti.

Per quanto concerne i motivi di **reclamo** espressi dal solo notaio ... deve inoltre osservarsi:

- che la richiesta di **trattazione separata** del procedimento a suo carico risulta essere stata correttamente disattesa dalla co.re.di. con provvedimento 27.11.2009 (cfr anche doc. 3 ...), tenuto conto dell'evidente connessione oggettiva esistente tra le violazioni contestate ai tre notai (e correlate alla collaborazione prestata allo studio legale ...) e dell'altrettanto evidente opportunità, sotto ogni profilo, compreso quello sanzionatorio, di apprezzare tali violazioni in un contesto unitario, mentre la pretesa violazione del diritto alla riservatezza, anche a ritenersela in astratto sussistente, risul-

terebbe senz'altro scriminata in forza dell'esimente generale dell'adempimento di un dovere (art. 51 cp);

- che altrettanto correttamente la co.re.di. ha disatteso, con la decisione impugnata, le **doglianze** concernenti la **fase preliminare** di accertamento sommario, posto che non sembrano tali da ledere alcun diritto dell'incolpato:

- l'intervento, in detta fase, del consiglio in luogo del solo presidente, per un verso giustificato dalla complessità e delicatezza dell'indagine (che già si profilava come tale in relazione alla pluralità e al contenuto degli esposti) e, per altro verso, idoneo a provocare un rapporto con l'organo collegiale, foriero per l'incolpato di tutela e garanzie ancora maggiori;

- la mancata audizione del ... (sentito direttamente dal consiglio soltanto il 17.2.2009 nell'ambito dell'attività di vigilanza ordinaria e poi dalla co.re.di.), l'incombente non essendo normativamente richiesto nell'ambito delle attività prodromiche all'esercizio dell'azione disciplinare (cfr il titolo VI LN, al cui ambito non risulta riconducibile il disposto dell'art. 93-bis, comma 2 lettera b, LN, diversamente collocato), né sotto il vigore della vecchia disciplina (salvo che per le sanzioni irrogate dal consiglio, cfr Cass. 698/99), né, è da ritenersi, sotto quella attualmente vigente;

- l'assunzione di "*mezzi di prova*" senza contraddittorio e corretta difesa, nonché "*la mancanza di tracce, nel verbale della delibera consiliare,*

delle operazioni preliminari svolte dal presidente”, trattandosi in realtà di accertamenti preliminari e sommari, introduttivi della procedura disciplinare, nella quale si è provveduto ad acquisire effettivamente i mezzi di prova utilizzati dalla co.re.di. per la decisione e rispetto ai quali il contraddittorio e il diritto di difesa risultano essere stati ampiamente garantiti ed esercitati;

- la mancata comunicazione di avvio al procedimento ex L. 241/90, trovando nella specie applicazione (art. 160 LN) la norma speciale dell’art. 155 LN, che qui risulta puntualmente osservata;
- che neppure sembrano accoglibili le doglianze concernenti la pretesa **irrilevanza**, inattendibilità e/o inutilizzabilità dei **mezzi di prova** indicati dal consiglio:
- quanto ai documenti prodotti dallo stesso notaio ... su richiesta del consiglio, per il loro carattere ufficiale e, comunque, la loro acquisibilità nell’ambito dei poteri di vigilanza e controllo riconosciuti dall’ordinamento notarile;
- quanto alla credibilità della ..., posto che il dato rilevante è quello documentale (il testo della fattura emessa dallo studio legale ... per attività che ha svolto o avrebbe dovuto svolgere il notaio) e trattasi di dato non seriamente contestabile, specie invocando un errore di scrittura che ha dell’inverosimile (“*servizi resi ... notaio ...*” anziché “*deposito a garanzia dell’adempimento da parte di notaio di fiducia della ...*”), come vorrebbe ... nella propria memoria difensiva (cfr pag. 29);

- quanto all’interrogatorio reso dal ... avanti al consiglio, trattandosi di attività doverosa per detto organo e a tal fine non richiedendosi, come già sopra rilevato, un preventivo avviso al notaio;
- quanto alle dichiarazioni del notaio ... e del notaio ..., con relativa documentazione, per la loro non essenzialità ai fini motivazionali del provvedimento impugnato;
- che dei rilievi concernenti la genesi dell’incarico e la contestata “libertà” del suo conferimento, la trasformazione dello studio legale ... in procacciatore d’affari, la riduzione degli onorari come strumento per dissimulare il compenso del procacciamento, il rapporto d’inferiorità/sudditanza verso lo studio legale, la spersonalizzazione dell’attività professionale, già sopra s’è detto (**capi A, B, C**, cfr pagg. 16 e ss e 22 ss), mentre non sembra rilevante che alcun cliente si sia lamentato di letture frettolose o che il notaio ... possa essere particolarmente veloce nella lettura di ogni pagina dei propri atti, importando piuttosto nella fattispecie l’officiosità dei compiti di vigilanza sull’attività dei notai demandati al consiglio di appartenenza e la velocità e capacità di comprensione dei clienti in relazione alla doverosa lettura dell’atto che ne attesta gl’impegni (**capo D**);
- che la prova delle violazioni di cui al **capo E** (sistematica e reiterata violazione dell’obbligo di assistere personalmente e con regolarità allo studio della sede nei giorni stabiliti) e al **capo H** (reiterata e sistematica assistenza agli uffici secondari nei

giorni fissati per l'assistenza alla sede), si desume dalla documentazione versata in atti, non limitata alla sola giornata di giovedì 21 giugno 2007 (come si afferma nella pronuncia impugnata per il capo E), ma estesa al 12 e al 14 giugno 2007, nonché, per il 2008, ai giorni 1, 10, 17 e 24 luglio (cfr All. 72 CN; nonché sopra, pag. 15);

- che per il **capo G** (omessa segnalazione di sede secondaria) e il **capo F** (violazione delle norme deontologiche in ordine al conseguimento di un limite minimo di crediti formativi annuali e biennali) le contestate violazioni sono state riconosciute dallo stesso notaio ... nei termini già sopra riportati (cfr pagg. 14-15), sicché ultronee appaiono le considerazioni difensive sia in ordine al carattere "*isolato e non sistematico*" di un'omissione protratta per anni (nel contesto complessivo già sopra descritto e senz'altro disdicevole per la classe notarile), sia in ordine alla conoscenza e conoscibilità delle disposizioni sui crediti formativi subordinate alla loro pubblicazione ufficiale, che varrebbe a superare una *ignorantia legis* nella specie senz'altro insussistente – quantomeno per il periodo successivo al primo – sia alla – comunque non raggiunta – soglia minima di crediti per l'anno 2006, il biennio 2006-2007 e l'anno 2008 (cfr memoria difensiva, pagg. 41 ss; nonché all. 48, pag. 43 e sopra, pag. 15);

- che per il **capo I** (cooperazione con gli altri notai negl'indicati e screditanti rapporti con la struttura legale "a chiamata" e "a turno")

l'asserita non conoscenza, da parte del notaio ..., dei colleghi ... e ... prima del procedimento disciplinare (cfr memoria ... pagg. 49-50) sembra scontrarsi con le dichiarazioni rese al consiglio notarile in data 17.2.2009 (all. 48, pagg. 34-35, nonché 10 e 14 e ss) dallo stesso ... che ha indicato (in parte) gli altri notai che gli risultavano aver collaborato, in precedenza e contestualmente a lui, con lo studio legale ... (cfr altresì memoria ... pag. 27).

Infine, per tutti i notai incolpati, va condivisa la motivazione con la quale la co.re.di. ha rigettato la richiesta applicazione delle **attenuanti** di cui all'**art. 144 LN** Motivazione che fa leva, oggettivamente, sulla sistematicità e reiterazione delle violazioni, compiute altresì in vista del conseguimento di benefici economici (non certo esclusi dalla finalità di mantenere l'assetto dello studio in momenti di contingente difficoltà economica), e, soggettivamente, sulla piena consapevolezza, da parte degl'incolpati, del disvalore delle condotte sistematicamente tenute, ciò che deve prevalere sull'assenza di precedenti, tenuto anche conto che, nel sistema della legge, la recidiva opera su un piano diverso, essendo congegnata in modo da agire sulla natura e l'entità delle sanzioni (artt. 135 ss LN), costituendone precipuamente motivo di aggravamento; mentre la mancanza di recidiva è condizione per l'estinzione mediante oblazione delle infrazioni punibili con la sola sanzione pecuniaria (art. 145 bis LN). Analogamente, gli atteggia-

menti soggettivi espressi dalla durata (più o meno protratta) della collaborazione con lo studio legale o altre strutture paranoarili, dalla (più o meno sollecita) cessazione di tali collaborazioni e dall'apporto (più o meno deciso) fornito al consiglio sembrano configurare ragioni non tali da giustificare le invocate attenuanti, ma da influire direttamente sull'entità delle sanzioni.

Le considerazioni tutte sopra svolte, che appaiono assorbenti rispetto a ogni altro profilo esaminato e trattato dalle parti, inducono la corte, da un lato, al rigetto dei reclami incidentali e, dall'altro, all'accoglimento del reclamo principale, con rideterminazione delle sanzioni disciplinari, secondo le richieste formulate dal consiglio notarile. Richieste che, stimate dalla decisione impugnata "*non correttamente proporzionali*" (senza ulteriori specificazioni o motivazioni), appaiono invece alla corte come le più proporzionate e adeguate alle previsioni normative, alle esigenze di prevenzione generale e speciale e di retribuzione rispetto alle circostanze del caso concreto e ai precedenti analoghi.

Quanto alle previsioni normative, oltre al richiamo all'art. 133 cp, vengono in considerazione gli artt. 135 e ss LN e in particolare l'art. 138 – che commina la sospensione da sei mesi a un anno per il notaio che contravviene, tra le altre, alle disposizioni dell'art. 47 – e l'art. 147 LN – che prevede la censura o la sospensione fino a un anno o, nei casi più gravi, la destituzione.

Sembra poi appena il caso di osservare che, esclusi avvertimento e censura, congruamente riferibili a violazioni formali di minore gravità, la sanzione applicabile nella specie, tenuto conto dei ravvisati illeciti, non potrebbe che mantenersi nell'ambito della sospensione tra sei mesi e un anno. Come del resto avvenuto in vari precedenti per casi analoghi, se pur relativi a fatti di diversa gravità, precedenti noti alla corte e anche alle parti, che li hanno diffusamente e variamente richiamati e commentati nei rispettivi scritti difensivi.

Quanto poi alle esigenze di prevenzione e retribuzione rispetto agli illeciti, vengono in considerazione per un verso il numero delle strutture coadiuvate, il numero delle violazioni, la loro gravità ed estensione temporale, i vantaggi ottenuti; per altro verso, l'atteggiamento soggettivo degli incolpati, la disponibilità alla sollecita cessazione dei rapporti illeciti, la collaborazione prestata agli accertamenti della procedura.

Infine, le spese della procedura seguono la soccombenza e paiono congruamente liquidabili come da dispositivo.

PQM

La corte d'appello di Milano, pronunciando sul reclamo proposto dal consiglio notarile di Milano avverso la decisione n. 56 emessa in data 10-12 aprile 2010 dalla commissione amministrativa regionale di disciplina della circoscrizione notarile territoriale della Lombardia – I collegio, in contraddittorio con i notai ..., reclamanti incidentali, disattesa

ogni contraria domanda o eccezione, così provvede:

1) in accoglimento del reclamo principale, dichiara i notai ... responsabili di tutte le violazioni disciplinari loro ascritte e, a modifica delle più lievi sanzioni irrogate con la decisione reclamata, infligge:

- al notaio ... la sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio della professione per anni uno;

- al notaio ... e al notaio ... la sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio della professione per mesi otto;

2) respinge i reclami incidentali;

3) condanna i notai ... al pagamento in solido delle spese relative a entrambi i gradi della procedura, che liquida, per ciascun grado, in complessivi euro 9.556 (di cui 8.000 per onorari, 1.356 per diritti e 200 per spese), oltre generali e oneri di legge.

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del 12 gennaio 2011.

Il presidente (dr. Ersilio Secchi)

Il consigliere est. (dr. Domenico Bonaretti)..."

(a cura della Redazione)



## **IL DECLINO, LA PARALISI E UNO STIMOLANTE CENTENARIO**

Le grandi aspettative che avevano accompagnato l'elezione

dell'attuale Consiglio Nazionale del Notariato hanno lasciato lo spazio



ad un diffuso senso di attesa, al desiderio di tanti colleghi di cogliere nell'azione del nostro massimo organo rappresentativo i segnali di una iniziativa politica tesa al raggiungimento di obiettivi chiari e ambiziosi.

Tutti i componenti del CNN, in primo luogo il suo Presidente, sono certamente dotati della lungimiranza e delle capacità organizzative necessarie perché questa consilia-tura coincida con un periodo di rilancio della funzione dei notai e del loro ruolo nella società italiana; tuttavia, ritengo che le loro capacità e il loro impegno siano stati fino ad oggi frustrati dalla scelta di anteporre alla definizione di un vero programma politico che guardi al futuro la soddisfazione delle aspettative del pre-elezioni. Per di più, anche questo obiettivo appare realizzato solo parzialmente.

Le elezioni del 2010 furono precedute da dibattiti molto accesi su questioni di grande rilevanza, che influenzarono fortemente l'atteggiamento e il voto degli elettori. Tanto per ricordarne alcune: la rivendicazione della funzione pubblica dei notai quale fondamento della reintroduzione di una tariffa minima; la fermezza delle posizioni da adottare nella distinzione tra le nostre funzioni e quelle di altre categorie professionali; l'introduzione di limiti quantitativi all'attività dei singoli notai; la distribuzione dei notai sul territorio (con le implicazioni in materia di utilizzo degli uffici secondari e in materia di collocazione delle sedi di nuova istituzione); il

recupero delle riserve di competenza perdute negli anni precedenti.

Trascorso un terzo del mandato del CNN, sono noti alla categoria solo alcuni elementi dei "lavori in corso" riguardanti la tariffa; l'apparente mancanza di iniziative inerenti a tutte le altre questioni che erano state al centro del dibattito pre-elettorale alimenta un forte sentimento di delusione in una categoria che, al contrario, attendeva l'adozione di una pluralità di interventi tesi a migliorare la salute del notariato italiano (tema al quale il medesimo CNN ha deciso di dedicare l'ultimo Congresso Nazionale).

Pur rispettando la funzione del nostro organo di vertice, al quale soltanto sono affidate le decisioni politiche di interesse della categoria, ritengo utile promuovere una riflessione dal basso sulle ragioni dell'attuale situazione di stallo e su come poterla superare.

Se si vuole che la salute del notariato italiano migliori, occorre concentrare l'attenzione di noi tutti sul ruolo che esso svolge nella società; su come i notai possano contribuire a contrastare la crisi economica in atto; sul significato che deve essere attribuito oggi alla nostra funzione di interpreti delle esigenze che i cittadini e le imprese esprimono; sul rapporto che l'Istituzione Notariato deve intrattenere con le altre Istituzioni e con la Politica; sul confronto tra la categoria e gli studiosi delle discipline sociali (con l'attenzione rivolta, ancora più di ieri, alle tensioni tra le istanze più liberiste e le tesi di chi intende rivalutare le regole in economia); sulla collaborazio-

ne con le associazioni dei consumatori, con quelle degli imprenditori, con gli esponenti del mondo bancario, dei media, dell'Università. Anziché riconoscere priorità a questi temi (che, ritengo, saprebbe bene come affrontare), il CNN - e con lui l'intera categoria - resta bloccato dal nodo "tariffa". Un blocco causato certamente dalla sottovalutazione di quanto sia difficile calcolare una tariffa soddisfacente (anche in considerazione del fatto che essa dovrà essere applicata per un lungo periodo di tempo); come pure, sotto altro punto di vista, dall'atteggiamento "ostruzionistico" già manifestatosi in alcuni Distretti, attraverso la decisione di fare applicare nei rispettivi territori di competenza nuovi minimi tariffari (presuntivamente superiori a quelli che potrebbero confluire nella nuova tariffa nazionale, la quale deve tenere conto della realtà delle aree meno ricche del Paese) ponendo il Consiglio Nazionale di fronte al fatto compiuto.

Questi atteggiamenti hanno potuto manifestarsi approfittando dell'assenza di indicazioni univoche relative al progetto di tariffa al quale il CNN sta lavorando: non si pretendeva certo che il CNN si presentasse al Congresso Nazionale di Roma (a pochissimo tempo di distanza dal suo insediamento) con la nuova tariffa completa in ogni sua parte e pronta per essere sottoposta all'esame del Ministro della Giustizia; ci si aspetta però che a distanza di un anno dall'elezione, dopo avere dedicato moltissime energie a questo argomento, il

CNN sia in possesso di dati pubblicabili relativi all'analisi dei costi dell'attività notarile; che possa pronunciarsi con chiarezza in merito all'adozione o meno del criterio proporzionale nella fissazione degli onorari; che spieghi in modo chiaro la "filosofia" in base alla quale intende improntare la nuova tariffa (importi fissi o compresi tra un minimo e un massimo? distinzione o meno tra gli elementi della prestazione attinenti alla pubblica funzione e quelli relativi alla libera professione? ecc.).

Lo stesso concetto della "inderogabilità" della tariffa, cardine della sua efficacia sotto il profilo della riaffermazione dei principi di deontologia, è stato più volte enunciato senza tuttavia offrire indicazioni circa i nuovi, finalmente efficaci, strumenti di controllo che si vorranno assegnare ai Consigli Distrettuali.

La ragione di questa perdurante incertezza sull'impostazione e sul contenuto della futura tariffa risiede a mio avviso nel fatto che la sua definizione è frutto di ragionamenti di notevole complessità scientifica, mentre - prima e dopo le elezioni - la si è trattata come un "grimaldello" di sola natura deontologica. Si rischia, ora, di approvare una tariffa che determini davvero vincoli di natura deontologica stringenti, ma che sia del tutto insoddisfacente (per molti notai, se non per tutti) sotto il profilo economico, perché mal calcolata.

Al di là delle (forti) perplessità circa la "sostenibilità politica" dell'introduzione di una nuova tariffa in tempi di così profonda crisi

economica (soprattutto nei rapporti con i soggetti – privati e imprese – più deboli, della cui tutela tutti ci preoccupiamo), approvare una tariffa che si rivelasse “sbagliata” o che non fosse accompagnata da adeguati strumenti di controllo determinerebbe un danno incalcolabile alla categoria tutta; per di più, l’errore non consentirebbe ripensamenti a breve termine (anche la nuova tariffa, infatti, sarebbe destinata a valere a lungo, come quelle previgenti). Perché questi timori non si trasformino in realtà, occorre in primo luogo evitare di guardare alla nuova tariffa quale unico o principale strumento di prevenzione delle condotte deontologicamente censurabili. La “sotto-tariffazione” finalizzata a scopi di concorrenza sleale si accompagna infatti ad altri fenomeni, tutti suscettibili di controllo da parte dei CND nell’ambito della loro funzione di vigilanza sul rispetto della deontologia: un sensibile incremento del numero di atti stipulati (che può essere facilmente riscontrato mediante il repertorio); il decadimento della qualità della prestazione (che può essere accertato mediante la consultazione dei clienti come pure mediante l’acquisizione “a campione” dei fascicoli di pratica); la sotto-fatturazione (che può essere verificata tramite l’estensione dei controlli ai documenti contabili e bancari del notaio). Se non sarà accompagnata da strumenti che consentano il controllo su questi fenomeni, i quali costituiscono indizio di possibili (non certe) condotte sleali, nessuna nuova tariffa servirà mai a

migliorare il comportamento della categoria sotto il profilo deontologico.

In secondo luogo, occorre incentrare la riflessione su altri temi, che siano pure collegati alla tariffa ma non per via delle implicazioni deontologiche della sua introduzione, rendendosi conto, cioè, che il vero problema non è quanto si guadagna, ma in cambio di cosa, della prestazione di quale servizio, dell’assolvimento di quale compito delegato ai notai dallo Stato. Se oggi l’applicazione della tariffa è diventata una questione deontologica emergenziale, ciò è avvenuto perché i notai hanno svalutato il loro servizio prima che lo facessero i loro clienti. Se non fosse stato così (e se i notai fossero coscienti di quanto costa la loro attività, il che non è) le spinte al ribasso sarebbero state contenute e in molti casi respinte.

Credo allora che il tema politico per eccellenza, da porre al centro dell’analisi per i prossimi anni, non sia quello del *prezzo* ma quello del *valore* del nostro servizio, agli occhi nostri e dei nostri clienti. Un tema che va affrontato cercando in primo luogo di comprendere la ragione della svalutazione del nostro servizio che si è registrata nel corso degli ultimi anni.

Dal momento che il numero dei notai in esercizio è rimasto di fatto costante in relazione al numero delle prestazioni complessivamente eseguite, la ragione della svalutazione non può risiedere in un incremento del numero dei soggetti offerenti il medesimo servizio. Essa deve essere rinvenuta, a mio parere, nel

drastico calo della *utilità percepita* del nostro servizio.

Noi notai ne percepiamo l'utilità meno di quanto facessero i nostri predecessori, dal momento che ci avvaliamo – per gestire il rapporto con i nostri clienti – di strumenti di comunicazione meno diretti rispetto a quelli utilizzati in passato, il che ci impedisce di comprendere a pieno l'importanza che il nostro intervento riveste nella sfera personale e patrimoniale degli utenti del servizio che prestiamo.

E soprattutto ne percepiscono poco l'utilità i nostri clienti, che sono (o ritengono di essere) sempre più capaci di gestire alcuni rischi e di proteggere i propri interessi, e coltivano – quando richiedono il nostro intervento - preoccupazioni totalmente diverse rispetto a quelle che animavano i loro predecessori. La mancata comprensione di queste preoccupazioni e, peggio, il mancato orientamento del nostro servizio al loro superamento sono le cause principali del declino che molti esponenti – anche autorevolissimi – della categoria hanno recentemente lamentato (ricordo, tra tutti, l'intervento del Presidente Mariconda nelle fasi conclusive dell'ultimo Congresso Nazionale di Roma).

La società italiana (come molte altre società occidentali) ha espresso negli ultimi decenni valori e interessi molto diversi rispetto a quelli manifestati in precedenza: gli anni '80 del secolo scorso hanno lasciato in eredità un profondo cambiamento etico che ha visto affermarsi (nella politica, nell'economia, nel mondo del lavoro, nei rapporti personali e

persino familiari) un forte individualismo al quale si è accompagnata una crescente disaffezione verso le regole, in molti casi considerate come un fastidioso, inutile freno alla spinta verso il profitto facile e veloce. La stessa disaffezione colpisce i soggetti "terzi", quelli che hanno – nei diversi ordinamenti e nelle diverse realtà sociali – una funzione di garanzia. Il notariato italiano è tra questi, e non si può credere che pochi anni di crisi, per quanto profonda, inducano automaticamente i consociati a riscoprire l'importanza dei controlli orientati alla certezza dei rapporti giuridici.

In questo scenario, internazionale e nazionale, si è manifestato il nostro declino. All'esterno, la nostra funzione ha perso, nella percezione sociale, la sua importanza. All'interno, l'individualismo e la corsa al profitto hanno fatto breccia. La riaffermazione di un livello deontologico altissimo è certamente un ingrediente necessario per risollevarci, ma non sarà un ingrediente sufficiente se non saremo capaci di dialogare con la società reale (i cittadini, le imprese, i loro enti esponenziali) per comprendere quali esigenze concrete essa esprima attualmente e per farle comprendere l'importanza del nostro ruolo e il valore della certezza. Non credo affatto che il notariato debba "subire" le indicazioni della società, anzi credo che esso possa avere una fondamentale funzione educativa nei confronti di essa: per riuscirci, però, dopo *questi* ultimi decenni e ciò che essi hanno determinato, occorre

*sostenere e dimostrare che il rispetto delle regole conviene.*

Dobbiamo *allontanarci dal tema della tariffa e discutere del tema della funzione*, e spero che questo diventi il tema centrale dell'azione politica del Consiglio Nazionale durante tutto il tempo residuo del suo mandato: ci sono domande che non dobbiamo porre a noi stessi (perché daremmo risposte "drogate" dalla professionalità acquisita) ma ai nostri clienti, chiedendo loro da cosa siano preoccupati e da quali rischi vogliano essere protetti quando decidono di acquistare la loro casa o di costituire una società. Sono domande di grandissima rilevanza, perché in base alle risposte potremmo trarre la *moderna definizione della funzione di indagine della volontà* alla quale i notai sono chiamati.

Tra due anni (proprio in coincidenza con la scadenza del mandato dell'attuale CNN) la nostra Legge Notarile compirà cento anni: auspico che il 2013 sia considerato quale scadenza simbolica entro la quale la categoria si attivi per comprendere da cosa dipenda – oggi – l'utilità del servizio notarile, quali debbano essere i nuovi contenuti rispetto ai quali conferire certezza ai rapporti tra i consociati.

Se avvieremo questa indagine, con la disponibilità a mettere noi stessi e il nostro passato in discussione, scopriremo che i nostri clienti ci chiedono molta meno forma e molta più sostanza. Ciò non significherà in alcun modo venire meno alla prima, ma rendere i nostri atti il risultato (anche) di accertamenti im-

posti non da una o più norme, bensì dal corretto esercizio della funzione di indagine della volontà e, conseguentemente, della funzione di adeguamento.

Per soddisfare queste nostre funzioni, in passato era sufficiente chiedere al venditore di un immobile se fosse intenzionato a venderlo e al compratore se volesse acquistarlo. Oggi queste domande sono diventate banali e superflue (tanto è vero che non le rivolgiamo neanche più ai diretti interessati), come pure le risposte. L'indagine della volontà non può più essere orientata alla sola compilazione di un atto la cui struttura sia predeterminata in base a ciò che la legge impone al notaio di accertare e di scrivere; deve invece spingersi fino a rendere possibile l'inclusione nell'atto di tutti i patti collegati alla convenzione principale, che potrebbero coinvolgere anche i rapporti con soggetti diversi dalle parti di quella stessa convenzione (si pensi al recepimento di accordi tra il compratore di un immobile e i soggetti che finanziano il suo acquisto).

L'adeguamento non può più essere adeguamento solo formale alla legge; occorre impegnarsi a svolgere una funzione di adeguamento "sostanziale", assicurando – attraverso il recepimento "filtrato" dal nostro controllo – la liceità di tutti gli elementi sui quali si forma la volontà negoziale dei nostri clienti; elementi che oggi nella maggior parte dei casi restano nella sfera delle domande non fatte e delle risposte, quindi, non date.

Risollevarsi dal declino in cui siamo caduti significa recuperare l'utilità del nostro servizio, riempiendo di contenuti nuovi l'interpretazione degli articoli basilari della Legge Notarile relativi alla nostra funzione; può significare – in certi casi – promuovere la riforma di quelle stesse disposizioni. Si tratta di una sfida tanto importante sul piano po-

litico quanto stimolante sotto il profilo intellettuale: l'impegno dei singoli notai, di gruppi che li riuniscano, del Sindacato, non sarà sufficiente se non potrà riflettersi in un progetto politico di alto profilo espresso dal nostro massimo organo rappresentativo.

Carmelo Di Marco – notaio in Pavia

## NUOVO REGOLAMENTO PER IL CONGRESSO: “ISTRUZIONI PER L'USO”

Dal 13 al 15 ottobre si terrà a Torino il 46° Congresso Nazionale del Notariato, il primo con il nuovo Regolamento proposto dall'Associazione sindacale dei notai della Lombardia e approvato, con le modifiche apportate d'intesa con Federnotai, Cnn e Cda della Cassa, dall'assemblea a Roma l'anno scorso.

Le principali novità hanno lo scopo di garantire un maggior (e più consapevole) coinvolgimento dei notai in una più efficace discussione collegiale dei problemi di politica notarile.

Ovviamente, a tal fine, sono state introdotte modifiche di “natura tecnica” al vecchio Regolamento, la mancata attuazione delle quali impedirebbe di raggiungere gli scopi prefissi con il nuovo Regolamento. E', pertanto, fondamentale, che, fin dalla elaborazione del **programma dei lavori** del Congresso (**nuovo art. 12**), vi sia piena consapevol-

za delle nuove modalità di funzionamento dello stesso, soprattutto da parte degli organi istituzionali deputati, in prima battuta, all'applicazione del nuovo Regolamento.

Per questo motivo potrebbe essere utile individuare un semplice promemoria o delle “istruzioni per l'uso” destinate, al Comitato Ordinatore dei Congressi, al Consiglio di Presidenza, agli organi di rappresentanza della categoria e, ovviamente, ai singoli notai.

Sicuramente la modifica più dirompente e con maggiore valenza politica è quella di dedicare un'apposita sessione assembleare al **“Dibattito libero”** per la trattazione, su iniziativa dei singoli notai, di temi di politica di categoria generale e previdenziale sganciati dalla presentazione di specifici ordini del giorno.

Il Regolamento prevede espressamente che il Comitato Ordinatore “ha facoltà di proporre uno o più ar-

gomenti per il dibattito assembleare": è quanto meno auspicabile, pertanto, che il **Comitato Ordinatore** si faccia effettivamente promotore di uno o più argomenti di discussione, di particolare rilievo politico, proponendoli all'attenzione della categoria con mezzi telematici **almeno trenta giorni prima dell'apertura del Congresso.**

In ogni caso, a prescindere dall'iniziativa del Comitato Ordinatore, **ciascun notaio** può, indicando l'argomento che intende trattare, far autonoma richiesta di intervento, **almeno cinque giorni prima dell'apertura del Congresso,** mediante email inviata al Consiglio di Presidenza alla casella di posta elettronica messa a disposizione dal Comitato Ordinatore.

Altro obiettivo che si prefigge il nuovo Regolamento è quello di incentivare la **presentazione e la diffusione alla categoria degli ordini del giorno in tempi utili** per favorire una maggiore riflessione e consentire, quindi, l'eventuale presentazione di emendamenti ponderati (senza escluderne, peraltro, la presentazione anche durante la discussione per raccogliere i frutti del relativo dibattito). Per raggiungere tale scopo occorre la giusta collaborazione tra organi istituzionali e singoli notai.

Il **Comitato ordinatore**, infatti, almeno **30 giorni prima dell'apertura del Congresso** dovrà, mediante avviso pubblicato sul CNN Notizie o in altro modo idoneo sulla Rete Unitaria del Notariato, mettere a disposizione del Consiglio di Presidenza una casella di

posta elettronica alla quale **10 o più notai** iscritti al Congresso (oltre ai Consigli notarili distrettuali, ai Comitati regionali e alle Organizzazioni sindacali) dovranno inviare, **almeno quindici giorni prima dell'inizio dei lavori,** gli ordini del giorno, il cui testo non potrà superare le trenta righe di sessanta battute.

Il **Consiglio di Presidenza**, a sua volta, dovrà provvedere a rendere pubblici tali ordini del giorno **almeno dieci giorni prima dell'apertura del Congresso** mediante pubblicazione sul CNN NOTIZIE, nonché mediante pubblicazione in un link "**SPECIALE CONGRESSO NAZIONALE**" sulla home page della Rete Unitaria del Notariato o con qualsiasi altro idoneo mezzo telematico.

Dovrà essere cura del Consiglio di Presidenza, poi, mettere a disposizione dei congressisti al banco della registrazione gli ordini del giorno presentati.

Con il nuovo Regolamento si è voluta mantenere anche la possibilità di presentare ordini del giorno in Assemblea, ma rafforzando il numero di sottoscrittori (**50 notai**) e limitandoli ad argomenti che siano stati oggetto dei lavori del Congresso ed, in particolare, del dibattito libero o del Forum.

L'ultima novità di grande importanza politica del nuovo Regolamento ha lo scopo di dare concretezza ai voti congressuali, ancorché non vincolanti per i nostri organi di rappresentanza, mediante l'introduzione di un articolo relativo all'"**Esito del Congresso**": il nuovo art. 17

prevede che il **Cnn e il Cda della Cassa** dedichino nelle prime riunioni successive, una o più sessioni all'esame dell'esito del congresso (forum, dibattito libero, interventi istituzionali) e degli ordini del giorno approvati, riferendo alla categoria mediante pubblicazione sul CNN Notizie di specifica comunicazione, nonché in ogni altro modo ritenuto idoneo.

E' evidente, quindi, che la "buona riuscita" del Congresso dipenderà molto dalla capacità organizzativa e di collaborazione di tutte le componenti coinvolte che possano, quindi, garantire una ampia partecipazione "informata" di tutta la categoria.

Si riporta, di seguito, in ordine cronologico, la **cadenza temporale degli "adempimenti principali"**:

**1)= Programmazione dei lavori del Congresso sulla base del nuovo art. 12:**

- a) Cerimonia inaugurale;
- b) Inizio Assemblea con Relazioni;
- c) Presentazione Proposte di Modifica al Regolamento e Ordini del giorno;
- d) Dibattito libero;
- e) Forum, se previsto;
- f) Discussione e Votazione;
- g) Conclusione del Congresso.

**2)=** Le relazioni dei **Segretari del Consiglio Nazionale del Notariato e della Cassa Nazionale del Notariato** devono essere rese pubbliche alla categoria mediante invio a mezzo di posta elettronica a tutti i notai e mediante pubblicazione sulla Rete Unitaria del Notariato almeno **30 giorni prima dell'apertura del Congresso.**

**3)= Il Comitato ordinatore, almeno 30 giorni prima dell'apertura del Congresso** dovrà, mediante avviso pubblicato sul CNN Notizie o in altro modo idoneo sulla Rete Unitaria del Notariato, mettere a disposizione del Consiglio di Presidenza una **casella di posta elettronica.**

**4)= Il Comitato Ordinatore** ha facoltà di proporre uno o più argomenti per il **dibattito assembleare libero**, comunicandolo alla categoria con mezzi telematici **almeno trenta giorni prima dell'apertura del Congresso.**

**5)= 10 o più notai** iscritti al Congresso, (oltre ai **Consigli notarili distrettuali, ai Comitati regionali e alle Organizzazioni sindacali**) devono inviare alla casella di posta elettronica di cui al punto 3, **almeno quindici giorni prima dell'apertura del Congresso,** gli ordini del giorno, il cui testo non potrà superare le trenta righe di sessanta battute.

**6)= Il Consiglio di Presidenza** deve provvedere a rendere pubblici gli ordini del giorno presentati **almeno dieci giorni prima dell'apertura del Congresso** mediante pubblicazione sul CNN NOTIZIE nonché mediante pubblicazione in un link **"SPECIALE CONGRESSO NAZIONALE"** sulla home page della Rete Unitaria del Notariato o con qualsiasi altro idoneo mezzo telematico; il testo di detti ordini del giorno sarà, inoltre, a disposizione dei congressisti al banco della registrazione.

**7)= Ciascun notaio,** indicando l'argomento che intende trattare per la sessione di **"Dibattito libero"**,



può far richiesta di intervento mediante email inviata **almeno cinque giorni prima dell'apertura del Congresso** alla casella di posta elettronica del Consiglio di Presidenza.

**8)=** Almeno **50 notai e il Consiglio di Presidenza** potranno presentare ordini del giorno anche durante i lavori congressuali, nei termini stabiliti dal Regolamento.

**9)= Il Consiglio Nazionale del Notariato e il Consiglio d'Amministrazione della Cassa,**

nelle prime riunioni successive alla chiusura del Congresso, dedicano una o più sessioni all'esame dell'esito del congresso (forum, dibattito libero, interventi istituzionali) e degli ordini del giorno approvati e ne riferiscono alla categoria mediante pubblicazione sul CNN Notizie di specifica comunicazione, nonché in ogni altro modo ritenuto idoneo.

Ci vediamo tutti a Torino

Domenico Chiofalo – notaio in Malnate



## **BOZZE CONCORDATE RELATIVAMENTE AD OPERAZIONI DI LEASING IMMOBILIARE**

*Nei numeri di luglio e di settembre 2009 pubblicammo una serie di clausole standard relative ad operazioni di leasing immobiliare che erano il risultato del lavoro di una commissione congiunta tra il Consiglio Notarile di Milano e la "Assilea – Associazione Italiana Leasing" che raggruppa la quasi totalità degli operatori del leasing in Italia. In particolare nel numero di luglio 2009 abbiamo pubblicato le prime due (1. l'acquisto di immobili da concedere in leasing; 2. il riscatto di immobili già oggetto di leasing) e nel numero di settembre 2009 le ultime due (3. L'acquisto di immobili oggetto di Lease back; 4. l'acquisto di terreni su cui edificare immobili da concedere in leasing) nonché una tabella riassuntiva della tassazione.*

*Quelle bozze restano senz'altro tuttora di attualità salvo che per le intervenute modifiche legislative (piantine catastali e tassazione in particolare).*

*Ora la stessa commissione congiunta tra Consiglio Notarile ed Assilea ha approvato altre tre bozze che volentieri pubblichiamo, sapendole molto gradite ai colleghi.*

**BOZZA DI CLAUSOLE DA INSERIRE NEL CONTRATTO DI COSTITUZIONE DI DIRITTO DI SUPERFICIE  
SU LASTRICO SOLARE DI PROPRIETA' DELL'UTILIZZATORE,  
SUL QUALE VERRA' COSTRUITO UN IMPIANTO FOTOVOLTAICO**

***Concedente/Utilizzatore***

***Società di leasing***

***Lastrico solare oggetto del diritto di superficie***

**PREMESSO CHE:**

La Società di leasing ha per oggetto l'attività di locazione finanziaria (leasing), cioè la locazione di beni materiali o immateriali, acquistati o fatti costruire su scelta e indicazione dell'Utilizzatore, che ne assume tutti i rischi e con facoltà di quest'ultimo di divenirne proprietario al termine della locazione, dietro versamento di un corrispettivo prestabilito (c.d. riscatto).

L'Utilizzatore intende far realizzare un impianto fotovoltaico, che la Società di leasing gli concederà in locazione finanziaria. A tale scopo la Società di leasing intende acquisire il diritto di superficie sul lastrico solare costituente la copertura di edificio di proprietà dell'Utilizzatore stesso.

**SI CONVIENE QUANTO SEGUE:**

Le premesse hanno valore di patto contrattuale.

(inserire nel testo del contratto le seguenti clausole)

Per una migliore identificazione di quanto venduto le parti fanno riferimento alla planimetria depositata in Catasto, che si allega al presente atto sotto la lettera " " ,

Inoltre la parte venditrice intestataria dichiara la conformità di detta planimetria e dei dati catastali allo stato di fatto sulla base delle disposizioni vigenti in materia catastale.

Il Concedente costituisce a favore della Società di leasing, la quale accetta, il diritto di superficie limitato al diritto di costruire e mantenere un impianto fotovoltaico sul lastrico solare della superficie di circa metri quadrati....., occupante l'intero ultimo piano dell'immobile sito in ...

Detto lastrico solare è posto fra le seguenti coerenze...ed è censito all'Ufficio del Territorio di... Catasto Fabbricati di ... come segue ...

Il realizzando impianto fotovoltaico avrà la potenza di ... KWP e le seguenti caratteristiche tecniche ritenute idonee dall'Utilizzatore: .....

Tale realizzazione comprende anche la posa ed il passaggio dei cavi e dei macchinari necessari per lo sfruttamento e per il trasporto dell'energia prodotta dall'impianto fotovoltaico.<sup>1</sup>

Il diritto di superficie ha la durata di anni ... e pertanto scadrà il...

Scaduto tale termine, il diritto di superficie si estinguerà ed il proprietario del lastrico diverrà proprietario dell'impianto fotovoltaico, senza obbligo di pagamento alcuno e senza che la Società di leasing possa rimuovere l'impianto stesso<sup>2</sup>.

L'eventuale perimento dell'impianto fotovoltaico non importerà l'estinzione del diritto di superficie e pertanto ne potrà venire installato un altro: l'Utilizzatore provvederà allo smaltimento dell'impianto perito nel rispetto della normativa vigente.

Il Concedente dichiara di intervenire anche in qualità di Utilizzatore dell'impianto fotovoltaico oggetto del contratto di locazione finanziaria perfezionato in data odierna con la Società di leasing, contratto da registrarsi nei termini di legge.

L'Utilizzatore riconosce che il lastrico solare è idoneo, sia per la sua dimensione sia per la sua collocazione, all'installazione dell'impianto fotovoltaico che intende far realizzare.

Il Concedente garantisce che il lastrico solare è libero da persone e cose, censi, livelli, oneri reali, privilegi per imposte e tasse, iscrizioni ipotecarie e trascrizioni pregiudizievoli.

L'Utilizzatore manleva la Società di leasing da qualsiasi conseguenza derivante da vizi, difetti, irregolarità, inidoneità all'uso, mancanza delle qualità relativi al lastrico solare, nonché per eventuali mendacità, irregolarità od imprecisioni delle dichiarazioni rese nel presente atto.

#### (OBBLIGHI DELL'UTILIZZATORE)

L'Utilizzatore si obbliga a far costruire l'impianto fotovoltaico a regola d'arte ed in conformità al progetto approvato, mantenendo indenne la Società di leasing da ogni responsabilità derivante dalla costruzione nei confronti di chiunque. In particolare si obbliga a fare eseguire i lavori solo per il tramite di impresa che si avvalga di personale regolarmente assunto e si munisca di idonea copertura assicurativa.

Inoltre l'Utilizzatore si obbliga, una volta ultimati i lavori:

1

Qualora il diritto di superficie venga costituito su lastrico di proprietà di terzi, potrà venir costituita servitù a favore del fondo dell'Utilizzatore per la posa ed il passaggio di cavi e macchinari, inserendo la seguente clausola:

(COSTITUZIONE DI SERVITÙ)

Il Concedente costituisce a carico del lastrico solare sul quale è stato come sopra costituito il diritto di superficie, nonché sull'adiacente porzione individuata .....ed a vantaggio del fondo di proprietà dell'Utilizzatore, che accetta, servitù di posa e passaggio dei cavi e dei macchinari necessari per lo sfruttamento e per il trasporto dell'energia prodotta dall'impianto fotovoltaico.

La manutenzione dei detti manufatti è a carico dell'Utilizzatore.

Si allega una planimetria nella quale è raffigurato il posizionamento dei detti cavi e macchinari.

Descrizione del fondo dominante:...

2

Potrà essere inoltre opportuno costituire una servitù di non edificare alcun manufatto che possa in qualsiasi maniera ostacolare l'utilizzo e la funzionalità dell'impianto fotovoltaico.

Qualora il diritto di superficie venga costituito su lastrico di proprietà di terzi il diritto di superficie dovrebbe avere una durata almeno pari alla vita utile dell'impianto (si ricorda che il diritto di superficie può essere trasferito).

- a presentare al Catasto dei Fabbricati a nome della Società di leasing la denuncia di nuova costruzione;

- ad ottenere, nel più breve tempo possibile, ogni eventuale certificazione necessaria per utilizzare l'impianto fotovoltaico;

- a consegnare copia di tutta la detta documentazione alla Società di leasing.

L'Utilizzatore si obbliga a non utilizzare l'impianto fotovoltaico sino alla consegna della predetta documentazione alla Società di leasing. In particolare l'Utilizzatore manterrà indenne la Società di leasing da eventuali sanzioni derivanti dall'utilizzo dell'impianto stesso.

(EFFETTI – CONSEGNA)

Le parti convengono che il presente atto produca i suoi effetti da oggi ed il Concedente consente sin da oggi l'accesso al lastrico solare allo scopo di far costruire l'impianto fotovoltaico.

(CORRISPETTIVO)

Il corrispettivo per la costituzione del diritto di superficie è convenuto in Euro - ----- (-----), somma che il Concedente dichiara di aver ricevuto dalla Società di leasing e della quale rilascia quietanza di saldo, con rinuncia all'ipoteca legale.<sup>3</sup>

(IMPOSTE, TASSE E SPESE)

Tutte le imposte, tasse e spese relative al presente atto e conseguenti saranno a carico dell'Utilizzatore<sup>4</sup>

(Se l'atto è rilevante ai fini IVA)

Ai sensi del disposto di cui all'articolo 40 del D.P.R. 26 aprile 1986 n. 131 il presente atto, essendo rilevante ai fini I.V.A., verrà registrato con il pagamento delle imposte di registro, ipotecaria e catastale in misura fissa qualora si tratti di bene strumentale le imposte ipotecaria e catastale sono dovute nella misura del 3% e 1% .

ovvero

(Se è fuori campo IVA)

Le parti dichiarano che le imposte di registro, ipotecaria e catastale sono dovute in misura proporzionale con le rispettive aliquote del 7%, 2% e 1%.<sup>5</sup>

(CLAUSOLA FINALE)

Con riferimento alle clausole di esonero da responsabilità della Società di leasing contenute nel presente atto, sono fatte salve le disposizioni inderogabili di legge ed in particolare l'articolo 1229 codice civile.

(MENZIONI EDILIZIE)

Il Concedente dichiara che l'edificio di cui è parte il lastrico solare è stato edificato in forza del permesso a costruire.....<sup>6</sup>

<sup>3</sup> In caso di costituzione di servitù è opportuno indicare l'eventuale corrispettivo.

<sup>4</sup> Salvo l'ipotesi in cui talune imposte siano anticipate dalla Società di leasing alla quale il Notaio potrà fatturarle separatamente.

<sup>5</sup> In caso di costituzione di servitù il relativo corrispettivo non è soggetto ad imposta catastale.

<sup>6</sup> Si suggerisce di indicare anche il titolo abilitativo alla realizzazione dell'impianto.

**BOZZA DI CLAUSOLE DA INSERIRE NEL CONTRATTO DI COSTITUZIONE DI DIRITTO DI SUPERFICIE SU PORZIONE DI TERRENO DI PROPRIETA' DELL'UTILIZZATORE SULLA QUALE VERRA' COSTRUITO UN IMPIANTO FOTOVOLTAICO**

**Concedente/Utilizzatore**

**Società di leasing**

**Terreno oggetto del diritto di superficie**

PREMESSO CHE:

La Società di leasing ha per oggetto l'attività di locazione finanziaria (leasing), cioè la locazione di beni materiali o immateriali, acquistati o fatti costruire su scelta e indicazione dell'Utilizzatore, che ne assume tutti i rischi e con facoltà di quest'ultimo di divenirne proprietario al termine della locazione, dietro versamento di un corrispettivo prestabilito (c.d. riscatto).

L'Utilizzatore intende far realizzare a servizio del proprio fondo un impianto fotovoltaico, che la Società di leasing gli concederà in locazione finanziaria. A tale scopo la Società di leasing intende acquisire il diritto di superficie su porzione di terreno a parte della più estesa proprietà dell'Utilizzatore stesso.

SI CONVIENE QUANTO SEGUE:

Le premesse hanno valore di patto contrattuale.

Il Concedente costituisce a favore della Società di leasing, la quale accetta, il diritto di superficie limitato al diritto di costruire e mantenere un impianto fotovoltaico sulla porzione di terreno sita in ... della superficie di circa metri quadrati..., posta fra le seguenti coerenze...e censita all'Ufficio del Territorio di... Catasto Terreni di...come segue

Il realizzando impianto fotovoltaico avrà le dimensioni e le caratteristiche tecniche ritenute idonee dall'Utilizzatore e risultanti dal capitolato, che si allega sotto " ".

Tale realizzazione comprende anche la posa ed il passaggio dei cavi e dei macchinari necessari per lo sfruttamento e per il trasporto dell'energia prodotta dall'impianto fotovoltaico.<sup>7</sup>

Il diritto di superficie ha la durata di anni ... e pertanto scadrà il...

Scaduto tale termine, il diritto di superficie si estinguerà ed il proprietario del suolo diverrà proprietario dell'impianto fotovoltaico, senza obbligo di paga-

7

Qualora il diritto di superficie venga costituito su terreno non di proprietà dell'Utilizzatore dovrà venir costituita servitù a favore del fondo dell'Utilizzatore per la posa ed il passaggio di cavi e macchinari, inserendo la seguente clausola:  
(COSTITUZIONE DI SERVITU')

Il Concedente costituisce a carico della porzione di terreno sulla quale è stato come sopra costituito il diritto di superficie ed a vantaggio del fondo di proprietà dell'Utilizzatore, che accetta, servitù di posa e passaggio dei cavi e dei macchinari necessari per lo sfruttamento e per il trasporto dell'energia prodotta dall'impianto fotovoltaico.

Si allega una planimetria nella quale è raffigurato il posizionamento dei detti cavi e macchinari.

La manutenzione dei detti manufatti è a carico dell'Utilizzatore.

Descrizione del fondo dominante:...

mento alcuno e senza che la Società di leasing possa rimuovere l'impianto stesso<sup>8</sup>.

L'eventuale perimento dell'impianto fotovoltaico non importerà l'estinzione del diritto di superficie e pertanto potrà venire installato un altro impianto fotovoltaico: l'Utilizzatore provvederà allo smaltimento dell'impianto perito nel rispetto della normativa vigente.

Il Concedente dichiara di intervenire anche in qualità di Utilizzatore dell'impianto fotovoltaico oggetto del contratto di locazione finanziaria perfezionato in data odierna con la Società di leasing, contratto da registrarsi nei termini di legge.

L'Utilizzatore riconosce che la porzione di terreno è idonea, sia per la sua dimensione sia per la sua collocazione, all'installazione dell'impianto fotovoltaico che intende far realizzare.

Il Concedente garantisce che il terreno è libero da persone e cose, censi, livelli, oneri reali, privilegi per imposte e tasse, iscrizioni ipotecarie e trascrizioni pregiudizievoli.

L'Utilizzatore manleva la Società di leasing da qualsiasi conseguenza derivante da vizi, difetti, irregolarità, inidoneità all'uso, mancanza delle qualità relativi al terreno, nonché per eventuali mendacità, irregolarità od imprecisioni delle dichiarazioni rese nel presente atto.

Il Concedente dichiara che il terreno è esente da vizi, sia apparenti sia occulti, anche in sottosuolo e che non sono presenti fenomeni di inquinamento, abbandono rifiuti, interrimento di sostanze tossiche e/o nocive, o comunque ogni e qualsiasi condizione che determini contaminazione dei suoli, anche ai sensi e per gli effetti delle disposizioni relative ai terreni contenute nel D.Lgs. 3 aprile 2006 n. 152 e del D.Lgs. 16 gennaio 2008 n. 4 e successive modificazioni.

Il Concedente garantisce che il terreno non è compreso in un territorio percorso dal fuoco e pertanto non esistono i vincoli di cui alla legge 21 novembre 2000 n. 353.

#### (OBBLIGHI DELL'UTILIZZATORE)

L'Utilizzatore si obbliga a far costruire l'impianto fotovoltaico a regola d'arte ed in conformità al progetto approvato, mantenendo indenne la Società di leasing da ogni responsabilità derivante dalla costruzione nei confronti di chiunque. In particolare si obbliga a fare eseguire i lavori solo per il tramite di impresa che si avvalga di personale regolarmente assunto e si munisca di idonea copertura assicurativa.

Inoltre l'Utilizzatore si obbliga, una volta ultimati i lavori:

- a presentare al Catasto dei Fabbricati la denuncia di nuova costruzione;
- ad ottenere, nel più breve tempo possibile, ogni eventuale certificazione necessaria per utilizzare l'impianto fotovoltaico;

<sup>8</sup>

Qualora il diritto di superficie venga costituito su terreno non di proprietà dell'Utilizzatore il diritto di superficie sarà a tempo indeterminato.

- a consegnare copia di tutta la detta documentazione alla Società di leasing. L'Utilizzatore si obbliga a non utilizzare l'impianto fotovoltaico sino alla consegna della predetta documentazione alla Società di leasing. In particolare l'Utilizzatore manterrà indenne la Società di leasing da eventuali sanzioni derivanti dall'utilizzo dell'impianto stesso.

(EFFETTI – CONSEGNA)

Le parti convengono che il presente atto produca i suoi effetti da oggi ed il Concedente consente sin da oggi l'accesso al terreno allo scopo di far costruire l'impianto fotovoltaico.

(CORRISPETTIVO)

Il corrispettivo per la costituzione del diritto di superficie è convenuto in Euro - ----- (-----), somma che il Concedente dichiara di aver ricevuto dalla Società di leasing e della quale rilascia quietanza di saldo, con rinuncia all'ipoteca legale.<sup>9</sup>

(IMPOSTE, TASSE E SPESE)

Tutte le imposte, tasse e spese relative al presente atto e conseguenti saranno a carico dell'Utilizzatore<sup>10</sup>

(Se l'atto è rilevante ai fini IVA)

Ai sensi del disposto di cui all'articolo 40 del D.P.R. 26 aprile 1986 n. 131 il presente atto, essendo rilevante ai fini I.V.A., verrà registrato con il pagamento delle imposte di registro, ipotecaria e catastale in misura fissa.

ovvero

(Se è fuori campo IVA)

Le parti dichiarano che le imposte di registro, ipotecaria e catastale sono dovute in misura proporzionale con le rispettive aliquote dell'8%, 2% e 1% (ovvero se il terreno ha destinazione agricola del 15%, 2% e 1%).<sup>11</sup>

(CLAUSOLA FINALE)

Con riferimento alle clausole di esonero da responsabilità della Società di leasing contenute nel presente atto, sono fatte salve le disposizioni inderogabili di legge ed in particolare l'articolo 1229 codice civile.

(MENZIONI URBANISTICHE)

Il Concedente dichiara inoltre che non sono intervenute modificazioni degli strumenti urbanistici successivamente alla data del rilascio del certificato di destinazione urbanistica rilasciato da....in data...numero..., che si allega al presente atto sotto la lettera " ".<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Quando viene costituita anche la servitù di cui sopra è opportuno specificare che il corrispettivo convenuto comprende anche quello per la costituzione di servitù.

<sup>10</sup> Salvo l'ipotesi in cui talune imposte siano anticipate dalla Società di leasing alla quale il Notaio potrà fatturarle separatamente.

<sup>11</sup> In caso di costituzione di servitù il relativo corrispettivo non è soggetto ad imposta catastale.

<sup>12</sup> Si suggerisce di indicare anche il titolo abilitativo alla realizzazione dell'impianto.

**BOZZA DI CLAUSOLA DA INSERIRE NEL CONTRATTO DI COMPRA-  
VENDITA DI IMMOBILE RIVENIENTE DA CONTRATTO DI LOCAZIONE  
FINANZIARIA RISOLTO PER INADEMPIENZA DELL'UTILIZZATORE**

**Società di leasing venditore** (di seguito Società di leasing)

**Acquirente** (di seguito Acquirente)

**Immobile oggetto della vendita** (di seguito Immobile)

(AGEVOLAZIONE FISCALE PREVISTA DALL'ART. 1, COMMA 15, NUME-  
RO 2 LETTERA C) DELLA LEGGE 13 DICEMBRE 2010, N. 220)<sup>13</sup>

Il Venditore dichiara che l'Immobile è riveniente dal contratto di locazione fi-  
nanziaria n. **(inserire numero)**, che si è risolto in data **(inserire data)** per i-  
nadempnienza dell'utilizzatore, come risulta dalla comunicazione effettuata  
con lettera raccomandata AR o telegramma **(inserire estremi)**.

Pertanto il presente atto è soggetto alle imposte di registro, ipotecaria e cata-  
stale in misura fissa ai sensi dell'articolo 35 comma 10- ter.1. del D.L. 4 luglio  
2006 n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006 n. 248<sup>14</sup>.

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



<sup>13</sup> L'agevolazione si applica anche se il contratto di locazione finanziario è stato stipulato precedentemente al 1° gennaio 2011.

<sup>14</sup> Comma così introdotto dall'articolo 1, comma 15, numero 2 lettera c) della legge 13 dicembre 2010 n. 220.



# Argomenti

## LA POTESTA' DEI GENITORI DOPO LA LEGGE 8 FEBBRAIO 2006, N. 54

1. Nel quotidiano esercizio dell'attività professionale è spesso necessario verificare quale sia la disciplina della potestà, quanto a titolarità ed esercizio, nelle ipotesi di crisi della famiglia e di rapporto genitoriale fuori dal matrimonio. Al riguardo occorre esaminare la disciplina portata dal nuovo art. 155 cod. civ., introdotta dalla legge 8 febbraio 2006, n. 54, che l'art. 4, co. 2°, della stessa legge estende anche ai procedimenti di divorzio, di annullamento del matrimonio ed a quelli relativi ai figli di genitori non coniugati.

Secondo la disciplina previgente, il giudice, pronunciando la separazione, stabiliva a quale dei coniugi i figli minori dovessero essere affidati, avuto esclusivo riguardo all'interesse morale e materiale dei figli stessi. Il giudice poteva anche disporre l'affidamento congiunto o alternato dei minori, previsto espressamente dall'art. 6, co. 2°, legge 1 dicembre 1970, n. 898 (legge sul divorzio), nonché, in presenza di gravi motivi, il loro collo-

camento presso terzi o, nell'impossibilità, presso un istituto di educazione. Secondo tale disciplina, il genitore affidatario aveva, salva diversa disposizione del giudice, l'esercizio esclusivo della potestà su di essi, dovendo, peraltro, attenersi alle condizioni determinate dal giudice, con la precisazione che, salva diversa disposizione, le decisioni di maggiore interesse per i figli dovevano essere adottate da entrambi i coniugi, e fermo restando il diritto-dovere del coniuge non affidatario di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e di ricorrere al giudice qualora ritenesse che fossero state assunte decisioni pregiudizievoli all'interesse dei figli. Si osservava, in dottrina, che la separazione non faceva venire meno la titolarità della potestà in capo ad entrambi i coniugi (cfr. F. Finocchiaro, *Del matrimonio*, II, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub. art. 155, Bologna-Roma, 1993, 398), ma poteva incidere solo sull'esercizio di essa. Quanto al diritto-dovere del coniuge non affida-

tario di partecipare, in ogni caso, alle decisioni di maggiore interesse per i figli, parte della dottrina (cfr. Bianca, *Diritto civile*, II, *La famiglia – Le successioni*, III ed., Milano, 2001, 213) ravvisava in esso un modo di esercizio comune della potestà, ma l'orientamento prevalente era quello di ritenere che l'esercizio della potestà fosse riservato al coniuge affidatario, con particolare riguardo ai rapporti con i terzi, rilevando i poteri dell'altro coniuge solo nei rapporti interni (cfr. Grassetti, *Dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi*, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, II, Padova, 1992, 699 ss.), mentre l'esercizio del potere di rappresentanza dei figli minori si riteneva spettare al genitore affidatario (o congiuntamente ad entrambi, ma solo nel caso di affidamento congiunto) (cfr. F.Finocchiaro, *op. cit.*, 400).

2. La nuova disciplina dell'art. 155 cod. civ., introdotta con la novella del 2006, stabilisce il fondamentale principio, per il quale "anche in caso di separazione personale dei genitori, il figlio minore ha diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale". Per realizzare tale finalità, il giudice che pronuncia la separazione, considerando esclusivamente l'interesse morale e materiale dei figli minori, valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i ge-

nitori. La regola dell'affidamento appare dunque invertita rispetto alla disciplina previgente, in quanto, a fronte della preferenza, chiaramente manifestata dal legislatore, per l'affidamento condiviso, si prevede (cfr. art. 155-bis cod. civ.) che il giudice possa disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori soltanto nelle ipotesi in cui ritenga, con provvedimento motivato, che l'affidamento all'altro genitore sia contrario all'interesse del minore, con valutazione riferita allo specifico rapporto tra genitore e figlio, ritenendosi che la mera conflittualità tra i coniugi non possa, di per sé, integrare ragione sufficiente per l'affidamento esclusivo, giacché, altrimenti, l'affidamento condiviso non sarebbe mai praticabile (cfr., in tal senso, Marini, *La separazione personale dei coniugi*, in *Diritto Civile*, diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, vol. I, t. II, Milano, 2009, 287).

3. Novità non meno rilevante della nuova disciplina è che la stessa, come ha rilevato la dottrina più attenta, ha svincolato la regola dell'esercizio della potestà da quella dell'affidamento dei figli (cfr., in tal senso, Fede, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 674 ss.; Ruscello, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, in *Comm. Schlesinger*, 226 e 251 ss.; Dogliotti, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Trattato Cicu-Messineo*, 215 e 420 s.; Quadri, in *Famiglia*, 2006, 407; Patti, in *L'affidamento condiviso*, a cura di Patti e Rossi Carleo, Milano, 2006, 2). Dispone infatti il terzo comma dell'art. 155 cod. civ. novellato che

la potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori, con regola che, collocandosi dopo quella del secondo comma che prevede sia l'affidamento condiviso sia l'affidamento esclusivo, risulta applicabile ad entrambe le ipotesi. Tale regola risulta derogabile soltanto in ordine alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, limitatamente alle quali il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente, mentre le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute devono essere assunte di comune accordo, tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli, essendo, in caso di disaccordo, la decisione rimessa al giudice (Tribunale ordinario ex art. 38, co. 2°, disp. att. cod. civ.).

Sembra rimanere dubbio se la regola dell'esercizio congiunto della potestà sia derogabile dal giudice, che potrebbe così disporre l'esercizio separato della potestà, anche con riguardo a questioni di maggiore interesse non riguardanti l'istruzione, l'educazione o la salute del figlio minore, ma, ad esempio, il compimento di un atto di straordinaria amministrazione patrimoniale. Sembra preferibile l'interpretazione che ritiene meramente esemplificativa l'indicazione normativa delle questioni di maggiore interesse per i figli, e comunque volta ad includere, senza alcuna possibilità di discussione, istruzione, educazione e salute, nella categoria delle materie per le quali è previsto inderogabil-

mente l'esercizio congiunto della potestà. D'altra parte, poiché l'esercizio della potestà riguarda sia aspetti personali, sia aspetti patrimoniali, se l'espressione "questioni di ordinaria amministrazione" si può agevolmente riferire ad entrambi gli aspetti, in cui si sostanzia l'esercizio della potestà, l'espressione, peraltro non adottata, "questioni di straordinaria amministrazione" sarebbe stata più tipicamente riferibile alla materia patrimoniale, di guisa che si comprende come il legislatore abbia usato l'espressione "decisioni di maggiore interesse" – che può adeguatamente riferirsi, sia agli aspetti personali, sia a quelli patrimoniali della potestà – per individuare il campo delle decisioni da assumere di comune accordo. Con riguardo a tali decisioni, peraltro, sotto il profilo esterno, si ritiene che, salva diversa disposizione del giudice (cfr. *Fede, op. cit.*, 676), a ciascuno dei genitori spetta il potere di attuare le decisioni concordate (cfr. art. 144, co. 2°, cod. civ.), sia con riguardo agli atti esecutivi di decisioni attinenti alla sfera non patrimoniale del minore, ancorchè relative a questioni di maggiore interesse, sia con riguardo agli atti esecutivi di decisioni attinenti alla sfera patrimoniale del minore che possano considerarsi di ordinaria amministrazione (esclusi, riteniamo, i contratti con i quali si concedono o si acquistano diritti personali di godimento: cfr. art. 320, co. 1°, cod. civ.), mentre per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione patrimoniale (e per i contratti con i quali si

concedono o si acquistano diritti personali di godimento) trova applicazione l'art. 320 cod. civ., che richiede necessariamente la congiunta partecipazione al compimento dell'atto di entrambi i genitori, pena l'annullabilità dell'atto stesso ai sensi dell'art. 322 cod. civ.

Riassumendo le conclusioni raggiunte con riguardo alla disciplina portata dal novellato art. 155 cod. civ., si evidenzia che:

a) l'esercizio della potestà è svincolato dalla regolamentazione dell'affidamento in quanto la potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori anche in caso di affidamento esclusivo;

b) devono inderogabilmente essere prese di comune accordo tra i genitori tutte le decisioni di maggiore interesse per il figlio, sia di ordine personale, sia di ordine patrimoniale;

c) l'attuazione delle decisioni concordate è rimesso disgiuntamente a ciascuno dei genitori, salvo che per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione patrimoniale (e dei contratti con i quali si concedono o si acquistano diritti personali di godimento), per i quali l'art. 320 cod. civ. prevede la necessaria partecipazione di entrambi i genitori.

Tale disciplina si applica anche all'esercizio della potestà dei genitori divorziati, stante l'espressa previsione in tal senso dell'art. 4, co. 2°, legge 8 febbraio 2006, n. 54, dovendosi pertanto ritenere abrogata la disciplina portata dall'art. 6, commi 2°, 3° e 4° legge sul divorzio (cfr., in tal senso, Fede, *sub* art. 6, commi 1°-5°, legge 1 dicembre

1970, in Zaccaria, *Commentario breve al diritto della famiglia*, Padova, 2008, 1395).

Spettando quindi, anche in questi casi (di genitori separati o divorziati), la titolarità e l'esercizio della potestà ad entrambi i genitori, nell'ipotesi in cui ricorra soltanto rispetto ad un genitore una situazione di conflitto di interessi patrimoniali con il figlio, l'esercizio della potestà, in relazione al singolo atto, spetterà esclusivamente al genitore non toccato dal conflitto, conformemente al disposto dell'art. 320, ult. co., cod. civ.

Occorre, peraltro, chiedersi se alla medesima conclusione debba giungersi automaticamente, vale a dire senza necessità di pronuncia del giudice, anche nel caso in cui, con provvedimento giudiziale (contenzioso o omologatorio) emanato anteriormente alla legge 8 febbraio 2006, n. 54, fosse stato disposto l'affidamento esclusivo ad un solo genitore, cui seguiva, secondo la disciplina previgente, anche l'esclusività dell'esercizio della potestà. Riteniamo di dare risposta affermativa al quesito, distinguendo tra regime dell'affidamento e regime della potestà.

Ed infatti, mentre per modificare il regime dell'affidamento occorre senz'altro un provvedimento del giudice (contenzioso o omologatorio a seconda dei casi), che ovviamente terrà conto della nuova disciplina, la modifica del regime dell'esercizio della potestà consegue automaticamente all'applicazione della nuova disciplina, in quanto la stessa, come si è

visto, prescinde dalla regola dell'affidamento.

4. Con riguardo alla disciplina della potestà, quanto a titolarità ed esercizio, nelle ipotesi di rapporto genitoriale fuori dal matrimonio, è discusso se la disciplina codicistica portata dall'art. 317-*bis* cod. civ. sia stata o meno superata ed in che misura dalla novella del 2006 sull'affidamento condiviso.

Recita tuttora l'art. 317-*bis* cod. civ. che "se il riconoscimento è fatto da entrambi i genitori, l'esercizio della potestà spetta congiuntamente ad entrambi qualora siano conviventi", mentre "se i genitori non convivono l'esercizio della potestà spetta al genitore col quale il figlio convive ovvero, se non convive con alcuno di essi, al primo che ha fatto il riconoscimento". Secondo tale articolo, peraltro, "il giudice, nell'esclusivo interesse del figlio, può disporre diversamente; può anche escludere dall'esercizio della potestà entrambi i genitori, provvedendo alla nomina di un tutore", prevedendosi, peraltro, in linea di principio che "il genitore che non esercita la potestà ha il potere di vigilare sulla istruzione, sull'educazione e sulle condizioni di vita del figlio minore".

La dottrina prevalente ritiene, peraltro, non più consentito che il giudice possa disporre diversamente, in quanto tutti i provvedimenti concernenti l'affidamento e/o l'esercizio della potestà sui figli naturali dovrebbero considerarsi soggetti alla disciplina di cui ai novellati artt. 155 ss. cod. civ. (cfr., in tal senso, De Filippis, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divor-*

*zio*, 166). La Suprema Corte nella ordinanza n. 8632 del 3 aprile 2007 (in *Guida dir.*, 2007, n. 15, p. 28) ha invece escluso che l'art. 4, co. 2°, legge 8 febbraio 2006, n. 54, abbia abrogato l'art. 317-*bis* cod. civ., che attribuisce al giudice il potere di provvedere sull'affidamento in modo diverso, mantenendo quindi fermo il valore del rinvio che l'art. 38 disp. att. cod. civ. fa all'art. 317-*bis* cod. civ., attribuendo alla competenza del Tribunale per i minorenni i provvedimenti relativi, ma ha peraltro affermato che i nuovi principi e criteri della potestà genitoriale sono stati estesi alla filiazione naturale, con la conseguenza che l'articolo da ultimo citato si arricchirebbe di nuovi contenuti e verrebbe ad assumere un nuovo volto.

Secondo un orientamento dottrinale il coordinamento tra le due discipline dovrebbe essere posto nel senso di ritenere applicabile la disciplina dell'esercizio della potestà di cui all'art. 317-*bis* cod. civ. nell'ipotesi in cui i genitori non convivano ma tra di essi non vi sia contrasto in relazione all'individuazione del genitore con il quale il figlio debba convivere ed alle modalità di esercizio della potestà, dovendo, invece, in caso di dissenso o controversia tra di essi su tali argomenti, trovare applicazione la disciplina di cui ai novellati artt. 155 ss. cod. civ. (cfr. Villani, in *Studium Iuris*, 2006, 669).

Secondo altro orientamento dottrinale la nuova disciplina potrebbe trovare applicazione soltanto in caso di crisi intervenuta tra i genitori (e conseguente cessazione della

convivenza tra di essi) dopo la nascita del figlio, mentre se i genitori non convivono *more uxorio* nel momento della nascita del figlio l'esercizio della potestà genitoriale sarebbe regolato dall'art. 317-*bis* cod. civ. (cfr., in tal senso, Danovi, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1011).

La più attenta dottrina ha, peraltro, osservato che nella nuova disciplina la regolamentazione dell'esercizio della potestà prescinde del tutto da quella relativa all'affidamento del figlio minore, con la conseguenza che l'esercizio della potestà sui figli naturali spetta sempre ad entrambi i genitori secondo le previsioni di cui al 3° comma dell'art. 155 cod. civ., sia che i genitori abbiano cessato di convivere dopo la nascita del figlio, sia che gli stessi non abbiano mai convissuto o comunque non convivessero al momento della nascita, ed a prescindere dalla circostanza che siano o meno d'accordo nell'individuazione del genitore con cui il figlio minore debba convivere (cfr., in tal senso, De Cristofaro, *sub art. 317-bis* cod. civ., in *Zaccaria, Commentario breve al diritto della famiglia*, Padova, 2008, 745). Tali conclusioni varranno anche nel caso di figlio nato fuori del matrimonio anteriormente alla legge 8

febbraio 2006, n. 54, analogamente a quanto si è sopra affermato con riguardo all'esercizio della potestà sui figli di genitori separati o divorziati con provvedimento giudiziale (contenzioso o omologatorio) emanato sotto il vigore della disciplina previgente, dovendosi distinguere, anche in questo caso, tra regime dell'affidamento, per il cui mutamento, in caso di disaccordo tra i genitori naturali e/o in caso di precedente pronuncia giudiziale sul punto, occorrerà un apposito provvedimento del giudice (Tribunale per i minorenni), e nuovo regime dell'esercizio della potestà, che prescindendo dall'affidamento, è suscettibile di trovare immediata applicazione.

Spettando quindi, anche nel caso di rapporto genitoriale fuori del matrimonio, la titolarità e l'esercizio della potestà ad entrambi i genitori, nell'ipotesi in cui ricorra soltanto rispetto ad un genitore una situazione di conflitto di interessi patrimoniali con il figlio, l'esercizio della potestà, in relazione al singolo atto, spetterà esclusivamente al genitore non toccato dal conflitto, conformemente al disposto dell'art. 320, ult. co., cod. civ.

Fabio Valenza

**LA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE  
ANCHE IN RELAZIONE AL TRUST**

Ad integrazione del mio precedente articolo comparso su FederNotizie numero 1/2011, svolgo qualche ulteriore considerazione in tema di mediazione.

Degli obblighi e dei divieti del mediatore tratta l'art. 14 del D.Lgs.: è evidente che nella formazione (plasmare, fare il modello, educare), nel modo di essere, nella funzione istituzionale del mediatore, dovranno entrare i principi espressi nell'art. 14.

Altri obblighi e possibilità, da prevedere nei regolamenti degli organismi, sono indicati dagli artt. 3 (elenco dei mediatori), 6 (requisiti), 7 (regolamento), 9 (rifiuto di svolgere la mediazione), 10 (sospensione e cancellazione dal registro), 11 (monitoraggio) del D.M.: anche questi dovranno diventare patrimonio dei mediatori.

Alla formazione, intesa come attività di educazione e preparazione dei mediatori, sono dedicati gli artt. 1, lettere m), n), 3 (elenchi dei mediatori), 4, comma 2, lettere e) f) (onorabilità, garanzie dei mediatori), 4, comma 3, lettere a), b), c) (requisiti di qualificazione, possesso di specifica formazione, possesso dei requisiti di onorabilità) del D.M..

Vale la pena di esaminare da vicino alcune delle norme del D.M. indicate.

L'art. 3, comma 3 prevede che il responsabile del registro verifica i requisiti di qualificazione dei mediatori (diploma di laurea universitaria triennale o, in alternativa, la iscrizione a un ordine o un collegio professionale).

Il che conferma che il legislatore non ha ritenuto necessaria una competenza in materie particolari e, anche, la possibilità che i mediatori possano essere soggetti non forniti di titoli di studio diversi da quelli richiesti per l'iscrizione in un ordine o in un collegio professionale.

Requisito fondamentale è *il possesso di una specifica formazione e di uno specifico aggiornamento almeno biennale, acquisiti presso gli enti di formazione.*

L'art. 18, lettera f), prevede il percorso formativo e le materie oggetto dei corsi; le materie indicate provano che il legislatore, secondo la filosofia informatrice della mediazione, non richiede ai mediatori una preparazione in materie specifiche (giuridiche, commerciali, tecniche, mediche, ecc.) ma, invece, una preparazione proprio in materia di mediazione.

L'art. 18 del D.Lgs. prevede che i consigli degli ordini degli avvocati possono istituire presso i tribunali organismi iscritti nel registro a semplice domanda nel rispetto dei criteri stabiliti dal D.M..

L'art. 19 del D.Lgs. prevede che i consigli degli ordini professionali (non i consigli dei collegi) possono istituire, per le materie riservate alla loro competenza, organismi speciali, previa autorizzazione del Ministero della Giustizia.

L'art. 4, comma 4 del D.M. prevede che gli organismi costituiti dalle Camere di Commercio e dai Consigli degli ordini professionali (non dai consigli dei collegi) sono iscritti nel

registro degli organismi a semplice domanda purché ricorrano per gli organismi i requisiti di cui al comma 2, lettera b) (polizza assicurativa), per i mediatori i requisiti di cui al comma 3 (qualificazione, formazione, onorabilità).

Tenendo conto di quanto sopra detto, esistono categorie di professionisti esonerati dall'obbligo di formazione?

Nessun esonero dagli obblighi di formazione è previsto dall'art. 4, comma 4 del D.M. che si limita a non richiedere, per gli organismi costituiti dai Consigli degli ordini degli avvocati, l'autorizzazione prevista dall'art. 19 del D.Lgs..

L'art. 4, comma 5 del D.M. prevede che i requisiti richiesti dai commi 2 e 3 della medesima norma (con l'eccezione della lettera d) in tema di polizza assicurativa) possono essere autocertificati (che il legislatore si sia reso conto dei rischi derivanti da false autocertificazioni e si sia voluto assicurare la presenza della polizza??).

L'art. 6, comma 2, lettere b) e c) del D.M. richiede il *curriculum* sintetico del mediatore da cui risultino i requisiti della qualificazione e della formazione; l'attestazione del possesso dei requisiti di onorabilità.

Nessuna esenzione dalla formazione è prevista per gli avvocati che pure hanno un trattamento alquanto privilegiato.

Una conferma che la formazione è ritenuta essenziale per i mediatori, viene dalla norma transitoria dall'art. 20 del D.M.: gli organismi già iscritti nel registro previsto dal D.M. 23.07.2004, n. 222, si consi-

derano iscritti di diritto nel nuovo registro degli organismi solo se essi possiedono i requisiti previsti dall'art. 4, tra i quali quelli della qualificazione e formazione e se i mediatori abilitati a prestare la loro opera presso gli organismi del D.M. 22/2004 seguano, entro sei mesi, i corsi di formazione o se possano documentare di avere svolto almeno venti procedure di mediazione, conciliazione o negoziazione volontaria e paritetica in qualsiasi materia, di cui almeno cinque concluse con successo anche parziale<sup>15</sup>.

Salvo errori, non mi sembra quindi che vi siano categorie professionali esonerate dalla formazione oltre al caso sopra indicato giustificato da una esperienza (presunta) acquisita sul campo (della mediazione).

Sulla base dell'art. 13, comma 1 del D.Lgs. (*Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta...e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente...nonché al versamento...di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto*) si può formulare un'ipotesi.

<sup>15</sup> Oltre che di mediazione facilitativa e valutativa la dottrina parla di mediazione endoprocedurale che deriva da una proposta del giudice come previsto dall'art. 5, comma 2 del D.Lgs.; di mediazione stragiudiziale rimessa all'autonomia delle parti sulla base di una clausola contrattuale preesistente o di un accordo successivo all'insorgere della controversia; di mediazione volontaria e paritetica consistente in uno strumento di ADR promosso soprattutto da grandi aziende che offrono beni e servizi al pubblico con la possibilità, per il consumatore in genere rappresentato da un'associazione di consumatori, di ricorrervi per far valere le sue ragioni se ritenga di essere stato danneggiato dal comportamento dell'azienda.



Il mediatore ha formulato una proposta, una parte xy l'ha rifiutata determinando così il fallimento della mediazione, una delle parti ha adito il giudice, il giudice ha emesso un giudizio favorevole ad xy e interamente corrispondente alla proposta del mediatore rifiutata dallo stesso xy.

La parte xy, che ha rifiutato la proposta così provocando il fallimento della mediazione, e che è risultata vincitrice nel giudizio:

a) non potrà ripetere le spese della mediazione riferibili al periodo successivo alla formulazione della proposta;

b) dovrà rimborsare alla parte soccombente nel giudizio (che non aveva rifiutato la proposta del mediatore) le spese da essa sostenute nella mediazione nel medesimo periodo successivo alla formulazione della proposta;

c) versare allo Stato una ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto;

d) resta ferma l'applicabilità degli artt. 92 (condanna alla spese per singoli atti – compensabilità delle spese in caso di conciliazione), 96 (responsabilità aggravata – risarcimento danni – pagamento di somma equitativamente determinata) del c.p.c.;

e) le norme si applicano anche alle indennità corrisposte al mediatore e ai compensi dovuti agli esperti di cui all'art. 8 del D.Lgs..

Il comma 23 dell'art. 13 del D.Lgs. regola il caso di provvedimento che definisce il giudizio che non corrisponde interamente al contenuto della proposta.

Non va dimenticato che l'art. 16, lettera c) del D.M. prevede che l'importo massimo delle spese di mediazione deve essere aumentato di un quinto nel caso di formulazione della proposta.

L'art. 8, comma 5 del D.Lgs. prevede che dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova ai sensi dell'art. 116, comma 2 del c.p.c.

L'art. 17, comma 5 del D.Lgs. prevede che quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda all'organismo non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al gratuito patrocinio: dal che si può desumere che in ogni altro caso le indennità sono dovute.

L'art. 20, comma 1 del D.Lgs. prevede un credito di imposta a favore di chi corrisponda ai mediatori l'indennità in caso di successo della mediazione.

Dagli artt. 16 e 5 (che parla di tariffe) del D.M. risulta che gli organismi diversi da quelli costituiti dagli enti di diritto pubblico interno possono stabilire gli importi delle indennità fermi però gli importi, fissati dal comma 4, lettera d) dello stesso art. 16, previsti per gli organismi pubblici per le materie di cui all'art. 5, comma 1 del D.Lgs. (materie nelle quali l'esperienza del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale – art. 16 del D.M.).

Dall'art. 16 del D.M. risulta che l'indennità comprende le spese di

avvio del procedimento e le spese di mediazione: al momento del deposito della domanda di mediazione ciascuna parte versa 40 euro, a valere sulle indennità complessive. Si può ritenere che se l' "attore" presenta la domanda, e il "convenuto" non aderisce, le spese di avvio restino a carico solo del primo? Come si è visto nel caso di mediazione obbligatoria le indennità dovute sono quelle indicate dall'art. 16, comma 4 del D.M.: cosa succede se chi intende esercitare un'azione relativa alle materie indicate nell'art. 5, comma 1 del D.Lgs. esperisce il procedimento di mediazione e l'altra parte non aderisce alla domanda e non partecipa al procedimento? Le spese di avvio della procedura e le indennità restano a carico di entrambe le parti, di chi ha esperito il procedimento, di chi non ha partecipato? (con le conseguenze previste dall'art. 8, comma 5 del D.Lgs.).

Se invece la mediazione fallisce come conseguenza del meccanismo della proposta, si applica l'art. 13 del D.Lgs. anche con riferimento alle spese di avvio anche se la mediazione non riesce (art. 11, comma 4 del D.Lgs.).

Ci si può chiedere quale sia la possibilità di deroga all'onere delle spese da parte dei regolamenti degli organismi.

Non sembra possibile alcuna deroga a quanto previsto dall'art. 16 del D.M.: spese di avvio e spese di mediazione a carico di ciascuna delle parti, importo massimo delle spese di mediazione che può o deve essere aumentato e che deve

essere ridotto nei casi indicati dal comma 4 della norma, applicabilità delle indennità non solo agli organismi pubblici ma anche agli organismi privati quando si tratti di materia in cui l'esperimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda.

Si deve ritenere che il legislatore abbia voluto fortemente influire sulle parti perché procedano ad una effettiva mediazione e ciò anche attraverso l'imposizione di un costo non derogabile che sarebbe del tutto "spreco" se la mediazione non venisse effettivamente condotta o se l'obbligatorietà di essa venisse in qualche modo elusa.

Nella materia in esame è intervenuto il Ministero della Giustizia con la circolare 04.04.2011 del direttore generale della Giustizia Civile.

La circolare afferma quanto segue:

- non ritiene corretta la previsione del regolamento di un organismo secondo cui *ove l'incontro fissato dal responsabile dell'organismo non abbia avuto luogo perché la parte invitata non abbia tempestivamente espresso la propria adesione ovvero abbia comunicato espressamente di non volere aderire e l'istante abbia dichiarato di non volere comunque dare corso alla mediazione, la segreteria dell'organismo possa rilasciare, in data successiva a quella inizialmente fissata, una dichiarazione di conclusione del procedimento per mancata adesione della parte invitata;*
- il procedimento di mediazione *postula che si compia effettivamente dinnanzi al mediatore designato, il*

*quale solo può constatare la mancata comparizione della parte invitata e redigere il verbale negativo del tentativo di conciliazione;*

- la mediazione obbligatoria deve essere esperita anche in caso di mancata adesione della parte invitata;

- se si ritenesse legittima la previsione regolamentare sopra prevista si produrrebbe un aggiramento della previsione di improcedibilità della domanda prima dell'esperimento di mediazione;

- il rilascio da parte della segreteria di un organismo della dichiarazione di conclusione del procedimento sopra indicato non sarebbe atto valido ed efficace perché la mancata comparizione davanti al mediatore *impedisce di ritenere correttamente iniziato e proseguito il procedimento di mediazione.*

La circolare afferma anche che l'impostazione proposta si fonda anche sulla considerazione che ai sensi dell'art. 11 del D.Lgs. e dell'art. 7, comma 2, lettera b) del D.M. *il mediatore può formulare la proposta anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione:* ciò non è esatto perché la possibilità per il mediatore di formulare una proposta quando l'accordo non è raggiunto, può essere escluso dal regolamento.

La circolare continua affermando *in ogni caso, è il mediatore che deve verificare se effettivamente la controparte non si presenti, essendo tale comportamento valutabile dal giudice nell'effettivo successivo giudizio, ai sensi dell'art. 8, comma*

*V, del D.Lgs. 28/2010: il che sembra condivisibile.*

Ancora la circolare rileva come nel corso del procedimento il mediatore *potrebbe ragionare con l'unica parte presente sul ridimensionamento o sulla variazione della sua pretesa da comunicare all'altra parte come proposta dello stesso soggetto in lite e non del mediatore.*

Gli organismi privati sono invece legittimati a determinare liberamente l'ammontare delle indennità e, quindi, si deve ritenere siano legittimati a determinare le modalità di applicazione delle indennità alle parti nelle varie possibili ipotesi (per esempio: mancata partecipazione alla mediazione, fallimento della mediazione per mancata adesione alla proposta, ecc.).

Deve ritenersi che il legislatore abbia fortemente spinto sui soggetti perché essi provvedano all'esperimento di mediazione, anche agendo sulle spese; in altre parole le parti saranno indotte non solo ad esperire il procedimento ma anche a portarlo a termine per non incorrere in tutte le conseguenze negative previste dalla normativa<sup>16</sup>. In modo molto dubitativo ci si può chiedere se la normativa relativa alle materie previste dall'art. 5, comma 1 del D.Lgs. si applichi solo quando *chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa...* o, invece, si applichi sempre e comunque quando oggetto di mediazione sia una delle materie indicate.

<sup>16</sup> La relazione al D.Lgs. ha affrontato in modo ampio il problema (sollevato dagli avvocati nei loro ricorsi) della condizione di procedibilità che potrebbe essere vista limite all'accesso alla giurisdizione e quindi come possibile caso di incostituzionalità.

Conseguenza molto rilevante dell'art. 5 del D.Lgs., è la materia dei costi: se si accoglie la prima tesi, gli organismi privati possono prevedere una tariffa diversa da quella ministeriale quando la mediazione si risolve con un accordo senza che alcuna delle parti abbia inteso esercitare un'azione in giudizio; se si accetta la seconda tesi, gli organismi privati non potranno mai prevedere una tariffa diversa da quella ministeriale quando la mediazione sia relativa ad una delle materie indicate dall'art. 5, comma 1 del D.Lgs.

Io sono favorevole alla prima tesi: non si vede perché parti che siano addivenute alla mediazione e abbiano raggiunto un accordo senza minimamente pensare ad un'azione in giudizio, debbano essere penalizzate da indennità ministeriali che potrebbero essere più elevate delle tariffe offerte da un qualunque organismo: lo scopo perseguito dal legislatore attraverso la rigidità delle indennità ministeriali, e cioè quello di indurre le parti alla mediazione, è già stato raggiunto volontariamente.

Contro la mia tesi potrebbe però porsi la lettera dell'art. 16, comma 13 del D.M. *ma restano fermi gli importi fissati dal comma 4, lettera d), (indennità ministeriali) per le materie di cui all'art. 5, comma 1 del decreto legislativo.*

Se per materie intendiamo puramente e semplicemente quelle elencate nell'art. 5, comma 1 del D.Lgs. la mia tesi diventerebbe inaccettabile.

Se, invece, per materie si intendono sì quelle indicate ma solo quando si pone il caso di un'azione in giudizio nella quale la mediazione costituisce condizione di procedibilità, la mia tesi diventa accettabile.

Un aiuto alla mia tesi potrebbe venire dall'art. 17, comma 5 del D.Lgs. in tema di gratuito patrocinio: la relazione al D.Lgs. prevede *è opportuno precisare che l'esenzione riguarda la sola mediazione che costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale ai sensi dell'art. 5, comma 1. Nelle altre ipotesi, la completa facoltatività e volontarietà della mediazione – anche quella su invito del giudice che richiede l'adesione di tutte le parti – non rende necessario esonerare la parte dal pagamento delle spese della mediazione. Quando invece l'esperimento della mediazione è obbligatorio, la sua gratuità per le persone non abbienti è requisito indispensabile e ciò perché una diversa soluzione costituirebbe un ostacolo ingiustificato all'accesso alla giurisdizione.*

Può essere interessante identificare casi nei quali si sarebbe potuto ricorrere ad una procedura ADR invece di adire la magistratura attraverso un esame della giurisprudenza in materia di *trust*<sup>17</sup>.

Talune decisioni hanno ritenuto omologabile l'accordo di separazione tra coniugi nel quale era contenuta l'istituzione di un *trust* con beneficiari i figli dei coniugi: l'accordo

<sup>17</sup> Trusts e attività fiduciarie, quaderno n. 4, *La giurisprudenza italiana in materia di trust*, Ipsoa 2005; Trusts e attività fiduciarie, 1/2001, 120; 1/2002, 100; 4/2003, 583; 1/2008, 36; 2/2009, 121.

si sarebbe potuto raggiungere attraverso una mediazione che prevedesse la istituzione di un *trust*.

Varie decisioni hanno preso in considerazione casi di responsabilità del *trustee*: versamenti eccessivi fatti ai beneficiari, spese voluttuarie fatte dal *trustee* su richiesta dei beneficiari, revoca del *trustee* o del guardiano, carenza di poteri nel *trustee*, diritto di ispezione dei documenti tenuti dal *trustee*, negligenze del *trustee*, violazione dei doveri di imparzialità nei confronti dei beneficiari, atti compiuti dal *trustee* revocato, rendiconto del *trustee*, rilevanza degli esoneri da responsabilità del *trustee* o del guardiano, indebito arricchimento del *trustee*, sostituzione del *trustee* o del guardiano, compensi dovuti al *trustee* e al guardiano, ritenzione dei beni da parte del *trustee*, attribuzione di beni alla fine del *trust*.

Altre decisioni hanno preso in considerazione *trust* liquidatori istituiti a tutela dei creditori.

Come rileva David Brownbill<sup>18</sup> e come si intuisce dai casi sopra accennati, le procedure ADR possono trovare applicazione nelle controversie tra *trustee* e parti terze, tra *trustee* e beneficiari, tra beneficiari, tra beneficiari, *trustee* e terzi.

David Brownbill rileva anche che le procedure di ADR richiedono che tutte le parti, volontariamente o per legge, debbano sottoporre la loro lite alla procedura.

Il primo problema che si pone a chi voglia confrontare il *trust* con la

mediazione (o l'arbitrato) è quello della opponibilità della clausola di mediazione o conciliazione e della clausola arbitrale nei confronti dei soggetti del *trust*.

Le clausole hanno notoriamente natura convenzionale, vengono introdotte dalle parti nei contratti, nei patti sociali, negli statuti, e sono, in via di prima approssimazione, efficaci e opponibili nei confronti di chi quei negozi abbia sottoscritto; oppure possono formare oggetto di accordi o clausole successive alla stipulazione del contratto principale o, addirittura, successive all'insorgere del conflitto (compromesso, clausola compromissoria, accordo per la mediazione, ecc.).

Problema, che qui non posso affrontare, è quello della opponibilità delle clausole nei confronti degli eredi (sul che non avrei dubbi) di chi le ha sottoscritte e nei confronti di chi sia succeduto nei contratti o sia entrato nelle società per atto tra vivi successivamente alla costituzione.

Facciamo l'ipotesi che in un atto istitutivo di *trust*, che ha natura non contrattuale, il disponente inserisca una clausola di mediazione (o di arbitrato o di conciliazione e arbitrato).

Che efficacia ha una simile clausola nei confronti del *trustee*, del guardiano, dei beneficiari che non siano intervenuti nell'atto?

La clausola, come abbiamo visto sopra, non ha alcuna efficacia nei confronti dei soggetti non intervenuti nell'atto; non può valere come impegno vincolante e ciò anche perché il ricorso ad una procedura ADR importa la rinuncia al ricorso

<sup>18</sup> D. Brownbill, *Arbitration and Mediation of Trust Disputes: theory, risk and practice*, *Trusts e attività fiduciarie*, 3/2006, 333.

alla giurisdizione ordinaria e, come tale, deve essere espressa da parte del titolare del diritto che può dar luogo ad una lite; la clausola può avere un mero valore di invito a ricorrere alla procedura ADR nel caso di insorgenza di conflitti.

Il problema è già stato affrontato da Maurizio Lupoi<sup>19</sup> con riferimento alla giurisdizione e competenza, alla conciliazione e all'arbitrato in materia di *trust*.

La clausola potrebbe essere inserita, come spesso avviene, nell'atto istitutivo di *trust*, che non ha natura contrattuale, nel quale intervengono anche il *trustee* e il guardiano, i quali, sottoscrivendolo, accetterebbero la clausola che sarebbe quindi ad essi opponibile.

Si può anche ipotizzare che nell'atto istitutivo di *trust* non intervengano *trustee* e guardiano ma solo il disponente; in tal caso sarebbe opportuno che nell'accettazione successiva di *trustee* e di guardiano fosse contenuta la espressa accettazione della clausola.

Nello stesso modo bisognerà procedere nel caso di successione del *trustee* o del guardiano.

Il problema diventa molto più difficile con riferimento ai beneficiari che, se identificati in modo definitivo, potrebbero anche intervenire nell'atto istitutivo così accettando la clausola o accettarla successivamente, ma che potrebbero anche non essere determinati (basti pensare ai discendenti nascituri di...).

---

<sup>19</sup> M. Lupoi, *Atti istitutivi di trust e contratti di affidamento fiduciario*, Giuffrè Ed. 2010, pagg. 222 e segg.

Maurizio Lupoi richiama il regolamento (CE) numero 44/2001 del Consiglio dell'Unione Europea.

L'art. 5, comma 6 prevede che la persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro *6) nella sua qualità di fondatore, trustee o beneficiario di un trust costituito in applicazione di una legge o per iscritto o con clausola orale confermata per iscritto davanti ai giudici nello Stato membro nel cui territorio il trust ha domicilio.*

Dalla norma sopra riportata deriva l'opportunità di chiarire negli atti istitutivi che il domicilio del *trust*, ai fini del regolamento CE, è presso la sua sede<sup>20</sup>.

L'art. 23 per il caso in cui le parti abbiano attribuito la competenza a un giudice di uno Stato membro prevede *4. il giudice o i giudici di uno Stato membro ai quali l'atto costitutivo di un trust ha attribuito competenza a giudicare, hanno competenza esclusiva per le azioni contro un fondatore, un trustee o un beneficiario di un trust, ove si tratti di relazioni tra tali persone o di loro diritti od obblighi nell'ambito del trust.*

Maurizio Lupoi ritiene che, probabilmente, le clausole sulla giurisdizione (e sulla conciliazione e sull'arbitrato aggiungo io) non hanno efficacia nei confronti dei beneficiari dei *trust* liberali a meno che le si consideri come un onere gravante sulla liberalità.

Diversa soluzione dà per i *trust* non liberali.

---

<sup>20</sup> M. Lupoi, cit. nella nota 3, pag. 295-298 formula 197.

A proposito della mediazione Lupoi propone la formula 149.

La clausola prevede un obbligo a richiedere, prima di agire in giudizio, la nomina di un conciliatore con il compito di ricevere dalla parte istante la indicazione delle proprie ragioni; il conciliatore *1. convocati gli altri soggetti interessati e ascoltatene le ragioni 2. acquisiti gli opportuni elementi conoscitivi, anche ascoltando persone informate sui fatti 3. illustri agli interessati il prevedibile andamento di una controversia giudiziaria 4. e propone i termini di una conciliazione.*

Un simile tentativo di conciliazione non rientrerebbe nella materia oggetto del D.Lgs. e del D.M. in esame ma sarebbe un caso di tentativo di conciliazione rientrante nell'autonomia delle parti.

Ci si può chiedere se le controversie in materia di *trust* rientrino tra quelle indicate dall'art. 5 del D.Lgs. e cioè tra quelle per cui le parti prima di esercitare in giudizio un'azione sono tenute preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione.

Stando alla lettera della norma, che non fa alcun riferimento al *trust*, bisognerebbe propendere per la risposta negativa.

Si potrebbe però, con un certo sforzo interpretativo, ritenere, ad esempio, che un conflitto *trustee*-beneficiari sull'interpretazione di un atto istitutivo che abbia ad oggetto diritti reali o successori, possa essere fatto rientrare nell'art. 5. si potrebbe cioè prendere in considerazione l'oggetto o la finalità di un

*trust* quasi prescindendo dalla esistenza di esso.

Far rientrare una controversia nell'art. 5 del D.Lgs. supererebbe evidentemente il problema della mancanza o della non opponibilità di una clausola di conciliazione.

Più facile mi sembra ritenere che rientrino nell'art. 5 del D.Lgs. casi di contrasti *trustee*-terzi: ad esempio un atto di vendita dal *trustee* a terzi darebbe certamente luogo ad un rapporto che rientra tra i diritti reali. Un aspetto interessante connesso al tema della mediazione è l'utilizzo del *trust* per risolvere una controversia insorta o che potrebbe insorgere.

Un esempio potrebbe essere il contrasto tra due coniugi che intendano separarsi sull'attribuzione dei beni della famiglia e sulla tutela dei figli minori: il contrasto potrebbe essere sottoposto ad una procedura di mediazione e, nel corso di essa, le parti, assistite dal mediatore, ed eventualmente, come si è visto, su proposta del mediatore, potrebbero raggiungere un accordo amichevole che preveda la istituzione di un *trust*.

Coerentemente con quanto prima sostenuto, ritengo che il notaio-mediatore potrebbe stipulare o autenticare l'atto istitutivo del *trust* nel quale si traduca l'accordo amichevole delle parti.

Un avvocato mi ha proposto una soluzione del genere: nell'atto istitutivo di *trust* viene inserita una condizione sospensiva secondo la quale i beneficiari potranno conseguire i redditi, o i beni in *trust*, alla cessazione di esso, solo se, al momento

della percezione del reddito o del conseguimento dei beni, accettino di sottoscrivere una clausola di conciliazione.

La proposta mi sembra eccessivamente gravosa per i beneficiari e necessariamente complessa perché richiederebbe il regolamento

delle ipotesi in cui tutti o alcuni dei beneficiari non intendano accettare la clausola.

Ritengo comunque che l'ipotesi possa essere approfondita.

Gian Franco Condò

## Bungee Jumping

*Questa rubrica appare di rado sul nostro giornale e quindi è sempre opportuna qualche riga di spiegazione per ricordarne ai lettori le caratteristiche. Il nome richiama quello sport un po' irresponsabile che consiste nel buttarsi da un ponte legati ad un elastico. Quelli che pubblichiamo tuttavia sono atti non irresponsabili, ma certamente un poco fuori dalla routine, con qualche leggero "salto nel vuoto" o almeno con la necessità di un poco di "coraggio professionale".*

*Questa volta ce ne ha inviati due il collega redattore Franco Treccani di Brescia.*

*Cominciamo a pubblicarne uno (ripulendolo dai nomi, ma anche dalle pur necessarie ripetizioni in lettere dei numeri e delle somme), con l'avvertenza che questo atto, apparentemente complicato, si è reso necessario perché la soluzione più banale e normale della cessione di quote sarebbe stata impraticabile per le impressionanti plusvalenze che avrebbe generato.*

*Pubblicheremo il secondo "bungee jumping" di Franco Treccani nel prossimo numero.*

Repertorio N. / Raccolta N.

**A - RICOGNIZIONE DI DONAZIONI INDIRETTE (EX ART.809 C.C.)  
E DI MANDATO SENZA RAPPRESENTANZA (EX ART.1705 SS. C.C.)**

**B - ESERCIZIO DEL DIRITTO DI DISPOSIZIONE  
DI FRAZIONE DI PARTECIPAZIONE DONATA (EX ART.790 C.C.)**

**C - PATTO DI FAMIGLIA  
REPUBBLICA ITALIANA**

L'anno ... nel mese di ... il giorno ..., in Brescia, presso il mio studio in Corso Martiri della Libertà n.25, avanti a me dr. Franco Treccani, Notaio in Brescia, iscritto al ruolo del Distretto Notarile di Brescia, assistito dai testi-



mon signori XX ed YY, sono presenti i signori:

**AAAA,**

**BBBB,**

**CCCC,**

**DDDD,**

cittadini italiani, della cui identità personale io Notaio sono certo, i quali mi dispensano dalla lettura di ogni e qualsiasi allegato al presente atto dichiarando di averne presa esatta conoscenza prima della sottoscrizione e quindi

premettono.

1) Con atto in data ... N.... di rep. del dr...., registrato a Brescia il ... al N....serie 1 è stata costituita tra i signori AAAA, BBBB e CCCC la società a responsabilità limitata denominata:

"SOCIETA' S.R.L."

con le seguenti indicazioni (art.2463 c.c.):

a - sede legale: Brescia, via ...; b - durata al 31.12.2030; c - capitale sociale Euro 10.000,00, sottoscritto e in prosieguo per intero versato come segue:

- AAAA per la quota pari ad Euro 5.200,00;

- BBBB per la quota pari ad Euro 2.400,00;

- CCCC per la quota pari ad Euro 2.400,00;

d - organo amministrativo costituito da un Consiglio di Amministrazione, composto dai tre soci.

2) La predetta società è stata iscritta nel R.E.A. presso la C.C.I.A.A. di Brescia al N....ed ha il seguente numero di codice fiscale, partita I.V.A. ed iscrizione presso il Registro delle Imprese di Brescia: .....

3) Con successivo atto di cessione di quote autenticato in data ... ai N. ... di rep. del dr. ..., registrato presso l'Agenzia delle Entrate - Ufficio di Brescia 1 - in data ... N.... serie 1T, il signor AAAA ha dichiarato di cedere e vendere al coniuge, signora BBBB, che ha dichiarato di acquistare l'intera quota sociale di partecipazione del dante causa nella predetta società "SOCIETA' S.R.L.", pari al 52% del capitale sociale, per la somma corrispettiva di Euro 1.560,00, corrispondenti ai 3/10 del valore nominale della partecipazione stessa, non risultando ancora versati all'epoca gli ulteriori 7/10 del capitale sociale dopo la costituzione. Pertanto il capitale della società, successivamente alla predetta cessione di quota, è risultato e risulta tuttora ripartito tra i soci come segue:

- BBBB per la quota pari ad Euro 7.600,00

- CCCC per la quota pari ad Euro 2.400,00

4) Con verbale di assemblea ordinaria dei soci in data ... si è preso atto delle dimissioni dell'Organo amministrativo ed è stata nominata quale Amministratore unico della società la signora BBBB.

5) Con verbale di assemblea totalitaria, redatto in data ... ai N. ... di rep. del dr. ..., registrato presso l'Agenzia delle Entrate - Ufficio di Brescia 1 - in

data ... N. ... serie 1, i soci della più volte sopra nominata società hanno deliberato di abrogare il precedente statuto sociale e di approvare, adottandolo, un nuovo statuto sociale conforme all'intervenuta modificazione della normativa societaria in materia di società a responsabilità limitata.

6) Le parti concordano nel riconoscere che il valore complessivo delle partecipazioni della predetta società (comprensivo del patrimonio netto e delle plusvalenze latenti) è pari ad Euro 440.000,00, come si evince dalla situazione patrimoniale in data ..., che sottoscritta, anche per accettazione, si allega al presente atto sotto la lettera "A".

7) Qualora si aprisse alla data odierna la successione del signor AAAA, oltre al coniuge signora BBBB, risulterebbero - quali ulteriori legittimari - gli unici due figli signori CCCC e DDDD.

Tutto ciò premesso

per costituire parte integrante e sostanziale di quest'atto, si stipula e conviene quanto segue.

IN PRIMO LUOGO:

A - RICOGNIZIONE DI DONAZIONI INDIRETTE (EX ART.809 C.C.)

E DI MANDATO SENZA RAPPRESENTANZA (EX ART.1705 SS. C.C.)

1) Le premesse costituiscono parte integrante e sostanziale del presente atto.

2) I signori AAAA, BBBB, CCCC e DDDD

dichiarano e riconoscono

che il denaro utilizzato sia per la sottoscrizione del capitale sociale in occasione della costituzione della società "SOCIETA' S.R.L." (enunciata al punto "1)" delle premesse), sia per il trasferimento della quota sociale (esposta al punto "3)" delle premesse), sia infine per gli apporti patrimoniali verificatisi nel corso dello sviluppo economico della società stessa, è stato interamente sovvenuto con totale spirito di liberalità dal solo signor AAAA.

3) Tutti i predetti apporti di denaro, effettuati in conformità alla normativa fiscale e di antiriciclaggio vigente, configurano per concorde manifestazione ricognitiva e volitiva dei predetti signori AAAA, BBBB, CCCC e DDDD delle donazioni indirette ai sensi dell'art.809 del codice civile nei confronti dei nominati soci, signori CCCC e BBBB, sia in occasione del perfezionamento dei predetti titoli, sia in coincidenza temporale con le operate appostazioni nella contabilità sociale a titolo di finanziamento infruttifero.

4) I signori BBBB, CCCC e DDDD, quest'ultimo per quanto possa occorrere, riconoscono senza alcuna remora o riserva che tutte le predette liberalità di denaro, sono state effettuate dal signor AAAA, che espressamente conferma, con la riserva a favore del donante della facoltà di poter disporre almeno di parte di quanto donato, ai sensi dell'art.790 del codice civile, in modo da poter integrare la quota dovuta ai legittimari ai sensi dell'art.809 del codice civile.

5) I signori BBBB e CCCC riconoscono di aver operato sin dal momento della costituzione della società e nel corso degli anni in prosieguo succedu-

tisi ed anche ora di operare quali mandatarî senza rappresentanza e quindi quali fiduciari del signor AAAA, che conferma la dichiarazione ora resa nella sua qualità di mandante senza rappresentanza e quindi di fiduciante.

6) Il presente atto ricognitivo non opera alcuna variazione o spostamento delle titolarità delle partecipazioni come sopra enunciate e, comunque per ogni conseguenza tributaria, si verifica per i valori nominali esposti sia nei titoli richiamati in premessa sia per le appostazioni di bilancio risultanti dalla contabilità sociale.

7) Ai soli fini del cumulo delle liberalità, agli effetti del computo della franchigia riconosciuta ai legittimari, fa fede la progressione degli eventi enunciati nelle premesse e la contabilizzazione intervenuta nella presentazione dei successivi bilanci della società.

In ogni caso il valore patrimoniale complessivo di tutte le partecipazioni sociali emerge dal documento contabile steso con riferimento alla data del ..., sopra richiamato.

8) Ai fini fiscali le parti dichiarano di essere marito e moglie e figli e che non sussistono tra le parti precedenti atti di liberalità, fatta eccezione .....

9) Agli effetti dell'applicazione della l. 19.5.1975 n.151 (nuovo diritto di famiglia) i signori AAAA e BBBB dichiarano di essere coniugi e di trovarsi in regime di comunione legale dei beni; i signori CCCC e DDDD dichiarano di essere di stato civile liberi.

10) Le spese sono assunte dal signor AAAA.

#### IN SECONDO LUOGO:

#### B - ESERCIZIO DEL DIRITTO DI DISPOSIZIONE

#### DI FRAZIONE DI PARTECIPAZIONE DONATA (EX ART.790 C.C.)

1) Le premesse ed il contenuto del precedente atto, di cui all'IN PRIMO LUOGO, costituiscono parte integrante e sostanziale del presente atto.

2) Il signor AAAA ai sensi dell'art.790 del codice civile intende con quest'atto esercitare la facoltà di disposizione di parte del numerario sovvenuto al coniuge signora BBBB per l'acquisto della partecipazione costituente l'oggetto della cessione di quota richiamata al punto "3)" delle premesse e quindi preliminarmente riacquisire parte della titolarità dell'originaria partecipazione sociale nella società "SOCIETA' S.R.L." e più precisamente la frazione del 26% (ventisei per cento) del capitale sociale della società stessa, residuando al coniuge l'ulteriore frazione di partecipazione pari al 26% (ventisei per cento) e l'originaria quota di partecipazione pari al 24% (ventiquattro per cento) del capitale sociale e quindi complessivamente il 50% (cinquanta per cento) del capitale stesso, per modo da poter operare in ordine al capitale sociale ed alle conseguenti quote di partecipazione societarie l'integrazione della legittima (ex art.809 del codice civile) a favore del figlio signor DDDD.

3) La signora BBBB, ai sensi dell'art.1706 del codice civile, riconosce di esclusiva titolarità e spettanza del coniuge signor AAAA la quota del 26% (ventisei per cento) del capitale sociale della società "SOCIETA' S.R.L." da

scomputarsi dalla quota a suo tempo trasferitale dal marito con l'atto di cessione di cui al punto "3)" delle premesse e riconosce altresì di non aver nulla da pretendere od avere dal proprio fiduciante, essendo stato regolato prima d'ora qualsiasi inerente e conseguente rapporto.

4) Pertanto il possesso della frazione di partecipazione pari al 26% (ventisei per cento) del capitale sociale della società "SOCIETA' S.R.L." di spettanza del signor AAAA si conviene accordato per ogni conseguente effetto utile ed oneroso a far data dalla sottoscrizione del presente contratto.

5) Nella predetta frazione di partecipazione si convengono inclusi i proporzionali diritti inerenti alla posta "finanziamento soci" risultanti dalla contabilità sociale.

6) Il capitale sociale della società "SOCIETA' S.R.L.", per concorde volontà dei soci signori BBBB e CCCC si conviene ora ripartito come segue:

- AAAA per la quota pari ad Euro 2.600,00,
- BBBB per la quota pari ad Euro 5.000,00,
- CCCC per la quota pari ad Euro 2.400,00.

7) Si dà e si prende atto che la presente disposizione integra non un'ipotesi di trasferimento del diritto di proprietà o di trasferimento/ costituzione di alcun diritto reale, ma solo una fattispecie di esplicita risoluzione parziale del mandato fiduciario ad amministrare (per la quota del 26%), come sopra meglio precisato, la cui concreta attuazione, nell'ottica del conseguente esercizio del diritto di voto, impone la formalità dell'iscrizione sia sull'eventuale libro dei soci, sia presso il Registro delle Imprese di Brescia.

8) Le spese del presente e conseguenti sono assunte dal signor AAAA.

#### IN TERZO LUOGO: PATTO DI FAMIGLIA

1) Il disponente signor AAAA, ai sensi degli articoli 768-bis e seguenti del codice civile,

trasferisce con spirito di liberalità

al figlio signor DDDD, che accetta, una frazione della propria partecipazione nella società "SOCIETA' S.R.L." pari al 25% Del capitale sociale, per il valore nominale di Euro 2.500,00 e per il valore venale di Euro 110.000,00;

trasferisce con spirito di liberalità

al figlio CCCC, che accetta, la residua frazione della propria partecipazione nella società "SOCIETA' S.R.L." pari all'1% del capitale sociale, per il valore nominale di Euro 100,00 e per il valore venale di Euro 4.400,00;

riconosce altresì come trasferita con spirito di liberalità

allo stesso figlio, signor CCCC, che riconosce di aver ricevuto in conseguenza del titolo di cui al punto "1)" delle premesse, la partecipazione nella società "SOCIETA' S.R.L." pari al 24% del capitale sociale, per il valore nominale di Euro 2.400,00 e per il valore venale di Euro 105.600,00.

2) Il signor CCCC dichiara di rinunciare alla liquidazione del valore della propria quota di partecipazione nella società "SOCIETA' S.R.L.", calcolata a norma degli articoli 536 e seguenti del codice civile, in conseguenza sia del presente atto dispositivo sia del precedente richiamato al punto "1)" del-

le premesse, sia infine di quanto previsto nell'"IN PRIMO LUOGO".

3) La signora BBBB dichiara altresì di rinunciare alla liquidazione del valore della propria quota di partecipazione nella società "SOCIETA' S.R.L.", calcolata a norma degli articoli 536 e seguenti del codice civile, in conseguenza sia di quanto previsto nei precedenti punti "1)" e "3)" delle premesse sia di quanto riconosciuto, ammesso ed accettato nell'"IN PRIMO LUOGO".

4) Gli effetti del presente atto dispositivo per quanto attiene ai diritti di voto vengono riferiti al giorno d'oggi.

Ciascuna parte avente causa parteciperà pertanto agli utili ed alle perdite risultanti dal bilancio d'esercizio relativo all'anno 2011.

5) La parte disponente dichiara che le frazioni di partecipazione trasferite sono di sua piena ed esclusiva proprietà ed in libera sua disponibilità, che non sono state prima d'ora cedute o date in pegno e che non sono colpite da sequestri, pignoramenti o vincoli di sorta.

6) Viene autorizzato il Notaio rogante ad espletare le formalità relative al presente atto presso il Registro delle Imprese di Brescia e viene altresì autorizzata ciascuna parte attributaria a richiedere al competente Organo Amministrativo l'aggiornamento nell'eventuale libro dei soci delle presenti assegnazioni.

7) Le spese di questo atto sono a carico della parte disponente signor AA-AA.

8) Agli effetti della legge 19.5.1975 n.151 le nominate parti dichiarano e confermano quanto enunciato nell'"IN PRIMO LUOGO".

9) A seguito dei presenti atti dispositivi il capitale sociale della società "SOCIETA' S.R.L." risulta ripartito tra i soci come segue:

- a) BBBB per una partecipazione pari ad Euro 5.000,00,
- b) CCCC per una partecipazione pari ad Euro 2.500,00,
- c) DDDD per una partecipazione pari ad Euro 2.500,00.

Richiesto,

ricevo quest'atto, che alla presenza dei nominati testimoni, ho letto ai comparenti, i quali - a mia domanda - lo dichiarano conforme alla loro volontà e lo sottoscrivono qui di seguito ed a margine del primo foglio e del secondo e terzo foglio intermedio, oltre che sull'allegato "A", con i testi ognora presenti e con me Notaio, alle ore ...). L'intero scritto è tracciato da persona fida, a mio dettato e direzione, con mezzo elettronico a sensi di legge ed in poca parte a mano da me, occupa tredici facciate e sin qui della quattordicesima di quattro fogli.

F.to: AAAA – BBBB – CCCC – DDDD - TESTE – TESTE

" FRANCO TRECCANI NOTAIO

## FONDO PATRIMONIALE, IPOTECA LEGALE E GIURISDIZIONE DEL GIUDICE TRIBUTARIO

*Premessa:* Con la sentenza n.437 del 20 dicembre 2010 della Commissione Tributaria Provinciale di Milano.- Sez.XXI – Pres. Davigo Piercamillo, Rel. Chiametti Guido, è stata disposta la cancellazione dell'ipoteca, iscritta su beni immobili oggetto di costituzione in un fondo patrimoniale ai sensi dell'art. 167 ss. Cod. Civ.

La sentenza si segnala in quanto esclude l'iscrizione ipotecaria qualora sia legislativamente preclusa l'esecuzione forzata sui beni immobili medesimi quando, come nel caso in esame, sono vincolati al fondo patrimoniale. L'art. 170 Cod. civ. vieta, infatti, l'esecuzione forzata sui beni immobili vincolati al fondo patrimoniale per debiti che il creditore conosce essere stati contratti per bisogni estranei alla famiglia.

Il caso è il seguente. Il carico tributario in questione riguardava il mancato pagamento di cartelle esattoriali relative ad omessi pagamenti di una pluralità di imposte e sanzioni. A seguito di iscrizione, da parte del concessionario della riscossione, di ipoteca legale su un bene immobile precedentemente costituito in un fondo patrimoniale e debitamente annotato a margine dell'atto di matrimonio, come prescritto dall'art. 162 Cod. Civ., il contribuente asseriva l'inattaccabilità del bene in questione da parte dei creditori dell'attività imprenditoriale

di uno dei coniugi. A propria difesa il concessionario della riscossione, poneva alla base delle proprie ragioni il fatto che la norma riguardante il fondo patrimoniale vietasse espressamente solo l'esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi ma non, a suo dire, anche l'azione cautelare sui medesimi. Riteneva, infatti, che l'iscrizione dell'ipoteca legale, ai sensi dell'art. 77, D.P.R. 602/1973, fosse un'azione tipicamente cautelare e non funzionale all'espropriazione forzata vera e propria. La Commissione tributaria provinciale di Milano, con la sentenza in commento, ha accolto il rituale ricorso proposto contro tale iscrizione ipotecaria, sia perché ha ritenuto tali debiti tributari estranei ai bisogni della famiglia sia in quanto ha considerato che l'iscrizione dell'ipoteca sui beni del fondo patrimoniale non possa aver luogo in quanto il debito tributario non deriva da un negozio giuridico tradizionale, stipulato tra le parti.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> In senso conforme, Commissione tributaria provinciale di Mantova, sez. I, sent. 10 giugno 2008, n. 71, in *GT-Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, I, 2009, 90, con commento di A. GRASSOTTI. La sentenza afferma come l'ipoteca esattoriale non sia iscrivibile quando non sia poi possibile procedere all'espropriazione forzata, come nel caso di immobili per i quali, essendo oggetto del fondo patrimoniale, l'art. 170 Cod. Civ. preclude l'assoggettamento ad esecuzione forzata, purché il creditore sia a conoscenza dell'estraneità ai bisogni della famiglia dei debiti contratti dal creditore. Nel caso di debiti erariali si ritiene che questi siano estranei ai bisogni della famiglia del contribuente, e il concessionario procedente è necessariamente consapevole di tale estraneità in quanto ne viene a conoscenza attraverso i ruoli, inviatigli dall'Ufficio finanziario, titolare dei crediti per cui si procede.

*Contrasti giurisprudenziali e dottrinali sulla giurisdizione concernente l'iscrizione ipotecaria:* Sin dalla sua introduzione la disciplina del fermo amministrativo dei beni mobili registrati e dell'iscrizione di ipoteca sugli immobili, attualmente individuata dagli artt. 86 e 77 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, ha suscitato un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa l'individuazione del giudice competente per l'impugnazione dei relativi provvedimenti<sup>22</sup>.

L'organo competente è stato, in passato, differenzialmente individuato a seconda della natura e della funzione riconosciuta agli istituti del fermo e dell'ipoteca.

In questa prospettiva, coloro che attribuivano la competenza in materia al giudice ordinario collocavano queste misure nell'ambito del giudizio di esecuzione<sup>23</sup>. In particolare, secondo tali autori era evidente la finalità di contemperare un pronto recupero delle somme portate dal ruolo con la necessità di non e-

spropriare beni immobili il cui valore sia notevolmente superiore al debito e non giustificati, pertanto, l'immediata aggressione. Tale esigenza si riteneva venisse attuata attraverso l'utilizzo in funzione esecutiva dell'ipoteca e la previsione di un termine dilatorio per l'avvio dell'espropriazione forzata al fine di favorire l'adempimento spontaneo del debito<sup>24</sup>.

Altri, volendo giustificare la giurisdizione del giudice amministrativo ne accentuavano, soprattutto con riferimento al fermo, il carattere provvedimentale<sup>25</sup>.

Infine, coloro che individuavano al riguardo la giurisdizione delle Commissioni tributarie ne sottolineavano il prevalente carattere cautelare tentando di equiparare tali atti ad uno di quelli elencati dall'art. 19, D. Lgs. 546/1992<sup>26</sup>. Secondo tale orientamento, pur forzando il dato normativo, si tratterebbe di misure cautelari ibride in quanto il creditore è già munito di un titolo esecutivo, e

<sup>22</sup> A. VOGLINO, *La giurisdizione sulle controversie sul fermo amministrativo e sull'iscrizione ipotecaria dopo lo scontato ma necessario verdetto della Suprema Corte*, in *Boll. Trib.*, 2008, fasc. 20, 1559, rileva come tale situazione di incertezza fosse intensificata dalla costante prassi dei concessionari o degli agenti della riscossione di non fornire alcuna informazione circa le modalità, il termine e l'Autorità cui ricorrere, e ciò in palese violazione delle previsioni legislative a tutela del contribuente, in particolare quelle di cui all'art. 3, comma 4, L. 7 agosto 1990, n. 241 e art. 7, comma 2, Legge 27 luglio 2000, n. 212.

<sup>23</sup> Cass. SS. UU., ordinanza 12 gennaio 2006, n. 2053, in *Boll. Trib.*, 2006, 342, con particolare riferimento al fermo amministrativo lo ha ritenuto "atto funzionale all'espropriazione forzata e, quindi, mezzo di realizzazione del credito allo stesso modo con il quale la realizzazione del credito è agevolata dall'iscrizione ipotecaria ex art. 77, D.P.R. 602/1973. Se ne ricava che la tutela giudiziaria esperibile si deve realizzare davanti al giudice ordinario con le forme, consentite dal vigente art. 57 del citato D.P.R. 602/1973, dell'opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi." In senso conforme Cass., SS. UU., ordinanza 20 aprile 2005, n. 8212, in *Il Foro Italiano*, 2006, 9, 2414.

<sup>24</sup> S. CANNIZZARO, *Sull'iscrizione dell'ipoteca nella fase di riscossione*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2008, II, 255, la quale sostiene che "l'esistenza del titolo esecutivo come presupposto dell'iscrizione ipotecaria porta, per un verso, ad escluderne la funzione cautelare in senso stretto, per altro verso a ritenere, come s'è già osservato, che la stessa possa essere utilizzata – senza perdere la sua natura tipica – anche in funzione esecutiva al fine di indurre al pagamento spontaneo".

<sup>25</sup> Cfr. Consiglio di Stato, ordinanza 13 luglio 2004, n. 3259, in *Riv. Dir. Trib.*, 2004, II, 606, con nota di S. CANNIZZARO; S. LA ROSA, *L'iscrizione dell'ipoteca sugli immobili ed il fermo dei beni mobili registrati nella procedura esattoriale e nel processo tributario*, *Riv. Dir. Trib.*, 2008, 4, 343, sostiene che tale natura provvedimentale sia stata implicitamente riconosciuta anche dal legislatore con il loro inserimento nel novero degli atti impugnabili ex art. 19, D. Lgs. 546/1992.

<sup>26</sup> In particolare, parte della dottrina riteneva più ragionevole assegnare la giurisdizione sulle controversie in materia di fermo e ipoteca alle Commissioni tributarie in considerazione della natura tributaria della controversia medesima, pur mancando un espresso riferimento normativo al riguardo nell'art. 19, D.Lgs. 546/1992 all'epoca vigente. Sul punto vedi A. FANTOZZI, *Nuove norme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali: la prospettiva tributaria*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2004, III, 3ss.

tale deviazione rispetto allo schema tradizionale di applicazione delle misure cautelari si giustificerebbe in virtù della peculiarità dei modi di attuazione dell'obbligazione tributaria e degli interessi pubblici che l'Amministrazione deve tutelare.

La questione concernente quale giudice fosse competente a decidere in materia di ipoteca esattoriale, è stata definitivamente risolta dall'art. 35, D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con legge 27 dicembre 2006, n. 296 con il quale sono stati inseriti anche i due istituti del "fermo di beni mobili registrati" e della "iscrizione di ipoteca sugli immobili" nell'apposito elenco degli atti impugnabili innanzi alle Commissioni tributarie riportato dall'art. 19, comma 1, D. Lgs. 546/1992<sup>27</sup>.

Merito implicito di tale norma aggiuntiva è quello di aver ritenuto che fermo e ipoteca attengano, per un verso, ad una fase cautelare di garanzia patrimoniale antecedente a quella satisfattiva dell'espropriazione forzata, per altro verso, successiva e del tutto eventuale, pur essendo entrambi frammenti dell'unitaria fase di riscossione coattiva<sup>28</sup>.

Tuttavia, l'espressa individuazione del giudice competente non ha risolto le questioni controverse e, anzi, ha contribuito a crearne delle nuove.

A seguito della novella legislativa si creò, infatti, l'impropria convinzione

che l'inserimento del fermo amministrativo e dell'iscrizione ipotecaria tra gli atti autonomamente impugnabili avanti il giudice tributario fosse sufficiente, di per sé, a radicare la giurisdizione di tale giudice su tutte le relative controversie e le Commissioni furono inondate di ricorsi riaprendo così il dibattito sulla loro competenza giurisdizionale. In particolare, la discussione verteva sulla competenza o meno delle Commissioni tributarie a decidere qualora il fermo e l'ipoteca fossero applicati a tutela di crediti diversi da quelli pacificamente ricadenti nella giurisdizione tributaria<sup>29</sup>.

Un primo orientamento reputava trattate nella giurisdizione delle Commissioni tributarie tutte le controversie relative alle ipoteche e ai fermi ex artt. 77 e 86 del D.P.R. n. 602/1973, indipendentemente dalla natura dei crediti posti a loro fondamento.

Secondo tale tesi il legislatore, con la modifica in esame, avrebbe voluto operare un intervento analogo a quello predisposto con l'art. 3-bis, D.L. n. 203/2005<sup>30</sup> al fine di ampliare la giurisdizione delle Commissioni tributarie<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> In particolare, il fermo amministrativo è stato inserito alla lett. e-ter) dell'art. 19, comma 1, D. Lgs. 546/1992 mentre, l'iscrizione dell'ipoteca è stata aggiunta alla lett. e-bis) della medesima disposizione.

<sup>28</sup> Così, F. D'AYALA VALVA, *Le ganasce fiscali e il giudice tributario. Un porto sicuro, un attracco difficoltoso*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2006, I, 629.

<sup>29</sup> Sull'argomento vedi S. LA ROSA, *cit.*, 335; A. VOGLINO, *cit.*, 1559.

<sup>30</sup> Con il quale il legislatore è intervenuto specificando che i tributi oggetto della giurisdizione delle Commissioni tributarie sono non solo "tutti i tributi di ogni genere e specie" ma anche quelli "comunque denominati".

<sup>31</sup> Commissione tributaria provinciale di Roma, sez. VIII, sentenza 27 giugno 2007, n. 246, in *GT-Riv. Giur. Trib.*, 2007, fasc. 11, 971. I giudici romani affermano che se la disposizione andasse interpretata nel senso di attribuire alle Commissioni tributarie la giurisdizione limitatamente ai fermi amministrativi azionati per i crediti tributari la norma sarebbe inutile atteso che non vi sarebbe stata alcuna necessità di un intervento legislativo per affermare una giurisdizione già sancita dall'art. 2, comma 1, D. Lgs. 546/1992. In senso conforme vedi anche Commissione tributaria provinciale di Latina, sez. V, sentenza 15 giugno 2007, n. 99, in *GT-Riv. Giur. Trib.*, 2007, fasc. 11, 977 e Cass. SS. UU., sentenza del 18 dicembre 2007, n. 3171,



Altri, pur giungendo alla medesima conclusione di attribuire la competenza in materia al giudice tributario, argomentavano sulla base del fatto che fosse contrario al buon senso ed in contrasto con i principi dettati dall'art. 111 Cost. ritenere che il contribuente, nell'ipotesi in cui gli venga notificato un provvedimento di fermo o di ipoteca, iscritto in relazione a cartelle contenenti debiti di diversa natura, debba rivolgersi a più giudici<sup>32</sup>. Infatti, ritenevano che essendo unico il provvedimento, avendo la medesima natura e incidendo nella stessa misura nella sfera giuridica del destinatario, non potesse che essere unico anche il giudice competente a decidere<sup>33</sup> sulla vertenza.

Contro questi argomenti, e nel senso della sussistenza della giurisdizione delle Commissioni tributarie solo per le misure che garantiscano crediti di natura tributaria, si sostiene che le modifiche introdotte con l'art. 35, D.L. 223/2005 – a differenza delle disposizioni dettate dall'art.

---

che ha ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice tributario sul fermo di beni mobili registrati e l'iscrizione di ipoteca ex art. 77 a prescindere dalla natura del credito per cui si procede.

<sup>32</sup> Commissione tributaria provinciale di Caserta, sez. XV, sentenza 24 settembre 2007, n. 270, in *Corriere Tributario*, 2008, 6, 483 con commento di S. M. MESSINA, *Questioni aperte in tema di giurisdizione sui fermi ed ipoteche a garanzia di crediti non tributari*, 486, secondo cui "giudici diversi potrebbero essere chiamati a pronunziarsi sulla stessa questione con possibilità di dar luogo a giudicati contrastanti e, in ogni caso, l'opposizione potrebbe presentare aspetti che necessitano di una valutazione complessiva ed unica". Secondo queste tesi vi sarebbero infatti degli aspetti che non possono che riguardare l'atto nel suo insieme; tale sarebbe il caso in cui il contribuente deducesse l'eccessiva onerosità della misura e, quindi, occorrerebbe valutare globalmente la richiesta dell'Agente sommando i vari crediti.

<sup>33</sup> In questo senso anche Commissione tributaria provinciale di Roma, sentenza 27 giugno 2007, n. 246, *cit.*; Commissione tributaria provinciale di Roma, sez. 59, sentenza 13 giugno 2007, n. 192 in *Il Fisco*, 2007, 4404, con commento di A. RICCIONI, *Prime applicazioni della legge n. 248/2006: il fermo dei beni mobili registrati*.

art. 3-bis, D.L. n. 203/2005, che ha direttamente inciso sull'art. 2, D. Lgs. 546/1992, ampliandone la portata – non opererebbe sul piano dell'ampliamento della giurisdizione tributaria in senso orizzontale *quoad materiam*. Al contrario, si è autorevolmente sostenuto<sup>34</sup> che l'art. 35, comma 26-quinquies del "decreto Bersani" operi sempre e solo in materia di tributi, estendendo la giurisdizione tributaria in senso verticale, oltre la cartella di pagamento e l'avviso di mora, ma prima dell'inizio dell'esecuzione forzata tributaria (pignoramento).

Inoltre, si osserva, in tale ipotesi il legislatore ha voluto consentire interamente l'applicabilità della disciplina tributaria, dunque, anche quella dettata dall'art. 19, comma 3, D. Lgs. 546/1992 secondo cui, chi impugna uno degli atti della riscossione può anche impugnare quello precedente non notificato, con le modalità e termini previsti dalla norma medesima. In caso di omessa notificazione dell'atto presupposto (la cartella di pagamento), il contribuente, in sede di impugnazione dell'atto, pertanto, può eccepire anche i vizi dell'atto prodromico; e tutto ciò è possibile solo se si

---

<sup>34</sup> C. GLENDI, "Fermi" ed "ipoteche" per crediti non tributari e problemi di giurisdizione e di "translatio", in *GT – Riv. Giur. Trib.*, 2007, fasc. 11, 989. L'Autore sottolinea come "nei rapporti tra l'art. 2 e l'art. 19 del D. Lgs. n. 546/1992, non v'è dubbio che sia l'art. 2 a determinare l'oggetto della giurisdizione, mentre, l'art. 19 attiene alla determinazione degli atti impugnabili per le controversie attribuite alla giurisdizione tributaria ex art. 2. (...) Ma vero è, in conclusione, che gli artt. 2 e 19 contrassegnano complementamente l'ambito della giurisdizione tributaria per cui non vi è giurisdizione tributaria ex art. 2 che presenti un'organizzazione dei relativi processi diversa da quella indicata dall'art. 19, né vi è una disciplina dell'impugnativa degli atti ex art. 19 oltre l'ambito delle materie indicate dall'art. 2"; in senso conforme M. CANTILLO, *Ipoteca iscritta dagli agenti della riscossione e tutela giudiziaria del contribuente*, in *Rass. Trib.*, 2007, I, 14.

ammette la loro natura di crediti e debiti tributari<sup>35</sup>.

La Corte di Cassazione<sup>36</sup>, chiamata a pronunciarsi sulla questione in trattazione, ha recentemente superato la precedente dottrina e giurisprudenziale affermando la giurisdizione delle Commissioni tributarie soltanto nel caso in cui l'iscrizione ipotecaria sia stata effettuata per ottenere il pagamento di imposte e tasse<sup>37</sup>.

Occorre infine osservare che un riconoscimento *tout court* della giurisdizione tributaria anche per crediti non inerenti i tributi potrebbe far sorgere qualche dubbio di legittimità costituzionale. La Corte Costituzionale ha, infatti, in passato rilevato che l'attribuzione di nuove competenze ai giudici speciali deve necessariamente incontrare il limite di non snaturare, come elemento essenziale e caratterizzante la giurisdizione speciale, la materia attribuita alla loro rispettiva competenza<sup>38</sup>. Recentemente la Corte Costi-

tuazionale<sup>39</sup> ha poi ribadito la necessità di valorizzare la natura tributaria del rapporto cui deve ritenersi imprescindibilmente collegata la giurisdizione del giudice tributario, non essendo sufficiente considerare, al fine della sua individuazione, il solo dato formale e soggettivo, relativo all'Ufficio competente a irrogare la sanzione.

In esito a quanto sopra osservato, devono ritenersi escluse dalla giurisdizione delle Commissioni tributarie le controversie sui fermi e le ipoteche riguardanti crediti extratributarie, anche alla luce del fatto che sarebbe di difficile individuazione una, sia pure lata, connessione oggettiva di queste liti con il sistema tributario. Di conseguenza, per le controversie sui fermi e le ipoteche non attinenti ai tributi le Commissioni debbono declinare la giurisdizione, eventualmente frazionando il giudizio, qualora l'impugnativa riguardi entrate tributarie ed extratributarie<sup>40</sup>.

**Natura e funzione dell'ipoteca esattoriale:** L'art. 77, D.P.R. 602/1973, prevede che, decorsi 60 giorni dalla notifica della cartella, il ruolo costituisca titolo per iscrivere ipoteca sugli immobili del debitore e dei coobbligati, per il doppio del credito per cui si procede e, se questo non supera il 5% del valore

<sup>35</sup> In senso contrario S. LA ROSA, *op. cit.*, 357; S. M. MESINA, *op. cit.*, 483, secondo cui "il dato letterale e sistematico sembra andare nel senso di riconoscere al giudice tributario una giurisdizione sulle controversie concernenti l'iscrizione dell'ipoteca o del provvedimento del fermo senza che rilevi la natura del credito da garantire. Allorché si impugnino queste misure la questione del credito, per così dire, sottostante non è più determinante. Le misure *de quibus* vengono adottate in un momento in cui il diritto di credito dell'Amministrazione finanziaria o dell'Ente creditore si è consolidato ed è, quindi, definitivo."

<sup>36</sup> Cass. SS.UU., sentenza 22 febbraio 2010 n. 4077, in *Foro Italiano*, 2010, 4, I, 1141;

<sup>37</sup> In senso conforme, Cass., SS. UU., ordinanza 19 marzo 2009 n. 6594, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 3, 478; Cass. SS. UU., ordinanza 24 marzo 2009, n. 7034; Cass. SS. UU., ordinanza 5 giugno 2008, n. 14831, in *Vita Not.*, 2008, 2, 1047, secondo la quale "ai fini della giurisdizione rileva la natura dei crediti posti a fondamento del fermo, con la conseguenza che la giurisdizione spetterà al giudice tributario o al giudice ordinario a seconda della natura tributaria o meno dei crediti, o ad entrambi se il provvedimento di fermo si riferisce in parte a crediti tributari e in parte a crediti non tributari".

<sup>38</sup> Corte Costituzionale, ordinanza 23 aprile 1998 n. 144, in E. DE MITA, *Fisco e Costituzione*, Milano, 2003, III, 623, secondo la quale "il legislatore ordinario conserva il norma-

le potere di sopprimere ovvero di trasformare, di riordinare i giudici speciali, conservati ai sensi della VI disposizione transitoria, o di ristrutturarli nuovamente anche nel funzionamento e nella procedura, con il duplice limite di non snaturare le materie attribuite alla loro rispettiva competenza e di assicurare la conformità a Costituzione".

<sup>39</sup> Corte Costituzionale, ordinanza 10 marzo 2006, n. 94, in *Giur. Cost.*, 2006, 2.

<sup>40</sup> C. GLENDI, *op. cit.*, 995; nello stesso senso Cass. SS. UU., sentenza 5 giugno 2008, n. 14831, *cit.*, 1047.

dell'immobile da espropriare, l'agente deve iscrivere ipoteca. Solo dopo sei mesi, e nel caso in cui il debito non sia stato estinto, è poi possibile procedere all'espropriazione.

Dottrina e giurisprudenza si sono interrogate circa la natura e la funzione di tale istituto. I dubbi sorgono dal fatto che, l'articolo sopraccitato sia privo di un espresso riferimento al "pericolo di perdere le garanzie del credito", rendendo così l'ipoteca esattoriale uno strumento dalla natura apparentemente incerta, che si colloca in una via di mezzo tra gli strumenti aventi natura cautelare e quelli aventi natura esecutiva<sup>41</sup>.

Alcuni, propendendo per un'interpretazione strettamente ancorata al dato normativo, hanno ritenuto che l'ipoteca esattoriale in nulla differirebbe, sul piano dell'efficacia giuridica, da quella ordinaria, quale diritto reale di garanzia che attribuisce al creditore lo *ius distrahendi* e lo *ius prelationis*. Secondo tale tesi, la speciale disciplina dettata dall'art. 77, D.P.R. 602/1973, accentuerebbe il carattere strumentale dell'ipoteca rispetto all'azione esecutiva<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> G. INGRAO, *Le prospettive di tutela del contribuente nelle procedure di fermo e ipoteca*, in *Rass. Trib.*, 3, 2007, 781.

<sup>42</sup> M. CANTILLO, *op. cit.*, 15, secondo il quale l'ipoteca sarebbe prevista in luogo del pignoramento immediato come strumento di acquisizione del bene, svolgendo la funzione preventiva di conservarlo al potere di aggressione del creditore. In particolare l'ipoteca esattoriale conferirebbe al concessionario il diritto di espropriare, sulla base della cartella esattoriale – che costituisce il titolo esecutivo documentale – il bene sul quale l'ipoteca è costituita. In giurisprudenza Cass. SS. UU., 22 febbraio 2010, n. 4077, *cit.*, afferma che "in tema di riscossione coattiva delle imposte l'ipoteca prevista dall'art. 77, D.P.R. 602/1973, rappresentando un atto preordinato e strumentale all'espropriazione immobiliare, soggiace agli stessi limiti per quest'ultima stabiliti dall'art. 76 del medesimo D.P.R."; in senso conforme anche Cass. SS. UU., 12 gennaio 2006, n. 2053, *cit.*

Altra parte della dottrina, pur ammettendo che le misure in esame assolvono una funzione di garanzia del credito, ne afferma la natura cautelare rispetto alla riscossione<sup>43</sup>. L'ipoteca esattoriale sarebbe espressione di un potere autoritativo discrezionale di creare il titolo per l'iscrizione, quale misura cautelare intesa a garantire la soddisfazione del creditore. La scelta dell'agente di avvalersene, anziché procedere al pignoramento, dovrebbe dunque mirare a spingere il debitore all'adempimento spontaneo. In particolare, secondo quest'orientamento se da una parte, la funzione prioritaria della misura in oggetto andrebbe individuata in quella di evitare che i beni vengano sottratti alla riscossione (induendo il debitore moroso all'adempimento, per evitare il pignoramento) dall'altra, sarebbe influente al fine del loro inquadramento nell'alveo delle misure cautelari, l'omesso riferimento, negli artt. 77 e 86, ai requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. Essendo infatti già intervenuta un'iscrizione a ruolo il *fumus* sarebbe in *re ipsa*.

L'ipoteca esattoriale avrebbe, pertanto, natura e funzione cautelare, sia pure con tutte le peculiarità proprie dei procedimenti cautelari settoriali, specificamente introdotti e disciplinati tenendo conto,

<sup>43</sup> L. DEL FEDERICO, *Ipoteca e fermo nella riscossione: tra salvaguardia dell'interesse fiscale e tutela del contribuente*, in *Giust. Trib.*, 2007, 3, 427, il quale sostiene che dette misure collocandosi a monte del pignoramento, non assumono rilievo ai fini del decorso dell'anno per la perdita di efficacia dell'intimazione a pagare contenuta nella cartella o del decorso dei 180 giorni per la perdita di efficacia dell'avviso di pagamento.

dell'interesse fiscale, della natura pubblicistica del rapporto Fisco-contribuente e dell'assetto della riscossione tributaria<sup>44</sup>. L'agente della riscossione, infatti, nell'esercizio della funzione di riscossione dei tributi, è parificato ad una pubblica amministrazione e allo stesso sono attribuiti poteri e responsabilità tipiche di quest'ultima proprio sulla base dell'atto di riscossione e della disciplina legale del rapporto<sup>45</sup>.

Altri autori, pur condividendo la natura cautelare dell'iscrizione dell'ipoteca inquadrano tale provvedimento tra le misure cautelari *pro fisco*<sup>46</sup>, di cui agli artt. 22 e 23, D. Lgs. 472/1997 e dell'art. 69, R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, in quanto la stessa è destinata a perdere efficacia qualora si proceda con il pignoramento o qualora venga meno il presupposto sulla base del quale il creditore ha agito<sup>47</sup>.

La decisione dei giudici milanesi evidenzia la funzione strumentale

dell'ipoteca esattoriale rispetto all'esecuzione forzata immobiliare. La Commissione, infatti, sottolinea come l'art. 77 del D.P.R. 602/1973, riguardante appunto l'ipoteca esattoriale in esame, sia collocato specificamente nella sezione IV, del capo II del D.P.R. stesso, intitolata "Disposizioni particolari in materia di espropriazione immobiliare". Tale carattere strumentale emerge dal fatto che, la costituzione dell'ipoteca sulla base dell'iscrizione a ruolo può essere disposta solo dopo che, decorso il termine di sessanta giorni dalla notificazione della cartella esattoriale, di cui all'art. 50, comma 1, D.P.R. 602/1973, senza che sia intervenuto il pagamento, la cartella è divenuta titolo esecutivo legittimante l'esecuzione forzata.

L'esistenza del titolo esecutivo come presupposto dell'iscrizione ipotecaria porta, per un verso, ad escluderne la funzione cautelare in senso stretto e, per altro verso, a ritenere che la stessa possa essere utilizzata anche in funzione esecutiva al fine di indurre al pagamento spontaneo.

L'ipoteca esattoriale sarebbe dunque prevista come alternativa al pignoramento immediato quale strumento di acquisizione del bene, al fine di svolgere la funzione preventiva di conservare il bene stesso dal potere di aggressione del creditore.

*Divieto di esecuzione forzata sui beni del fondo patrimoniale:* I beni costituiti in fondo patrimoniale sono soggetti a particolari vincoli in quanto, ai sensi dell'art. 169 Cod. Civ.,

<sup>44</sup> S. M. MESSINA, *op. cit.*, 479, secondo il quale gli atti che dispongono il fermo e l'ipoteca "collocandosi nell'ambito dell'attività unilaterale di riscossione, sono espressione di una potestà pubblica delegata e discrezionale nella quale l'attribuzione di poteri è funzionalmente connessa all'interesse pubblico ad una pronta e completa acquisizione dei tributi".

<sup>45</sup> In tal senso L. DEL FEDERICO, *op. cit.*, 340; S. M. MESSINA, *ibidem*. Tali autori qualificano gli atti che dispongono il fermo e l'ipoteca quali atti aventi natura provvedimento e, sulla base di tale assunto, affermano che gli stessi debbano essere motivati sia in rapporto alla sussistenza di un interesse pubblico prevalente sull'interesse privato alla libera disponibilità del bene, sia in relazione alla proporzione tra l'entità del credito tributario da riscuotere ed il sacrificio che viene imposto al privato.

<sup>46</sup> G. INGRAO, *op. cit.*, 784; F. PISTOLESI, *Ipoteca e sequestro conservativo*, in *Il nuovo processo tributario*, a cura di T. BAGLIONE, S. MENCHINI, M. MICCINESI, Giuffrè, Milano, 2004, 498ss.

<sup>47</sup> G. INGRAO, *ibidem*, ritiene che il contribuente possa contestarli non solo, in quanto atti sostanzialmente di natura cautelare, in relazione ad aspetti attinenti all'inefficacia del titolo esecutivo e all'inesistenza di comportamenti dai quali possa desumersi l'intenzione di sottrarsi al pagamento del credito, ma anche per mancanza di proporzionalità tra l'importo del credito da tutelare e il valore del bene sottoposto a fermo o su cui è stata iscritta l'ipoteca.

se non espressamente consentito nell'atto di costituzione, non possono essere alienati, ipotecati, dati in pegno o comunque vincolati se non con il consenso di entrambi i coniugi e, se vi sono figli minori, con l'autorizzazione del giudice con provvedimento emesso in camera di consiglio, nei soli casi di necessità o utilità evidente.

Tale istituto permette di anteporre i bisogni della famiglia a quelli dei creditori in quanto questi ultimi non possono soddisfarsi sui beni del fondo e sui relativi frutti per i debiti che conoscevano essere contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia.

Sorgono tuttavia alcuni problemi nel caso in cui il creditore sia l'Amministrazione finanziaria per la riscossione di crediti di natura tributaria.

Parte della dottrina<sup>48</sup>, evidenzia come l'ampliamento del concetto di "bisogno familiare" da parte della giurisprudenza non possa essere inteso nel senso di comprendere anche i debiti fiscali. Tali autori osservano, infatti, come il prelievo tributario, anche se riguardante imposte reddituali, non possa che considerarsi in contrasto con i bisogni della famiglia.

La sentenza in esame sancisce l'estraneità del debito tributario ai bisogni della famiglia sulla base di un'analisi letterale dell'art. 170 Cod. Civ., secondo il quale l'esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati

"contratti" per scopi estranei ai bisogni della famiglia. A giudizio della Commissione "l'iscrizione dell'ipoteca sui beni del fondo patrimoniale non può aver luogo in quanto il debito tributario non deriva da un contratto vero e proprio, stipulato tra le parti, poiché il reale debito d'imposta, come quello qui in esame, non è causato, da un negozio giuridico tradizionale stipulato tra le parti."

La conclusione cui arriva il Collegio giudicante è nel senso di sostenere la totale estraneità dei beni costituiti nel fondo patrimoniale rispetto al debito fiscale contratto da uno dei coniugi per la propria attività o professione, in quanto "l'aggredibilità dei beni e dei frutti del fondo patrimoniale è segnata dall'oggettiva destinazione dei debiti assunti alle esigenze familiari e, quindi, il criterio identificativo va ricercato non nella natura dell'obbligazione, ma nella relazione esistente tra il fatto generatore di esse e i bisogni della famiglia"<sup>49</sup>.

Altra parte della dottrina, esclude l'iscrizione dell'ipoteca esattoriale sui beni immobili costituiti in fondo patrimoniale in virtù del principio della strumentalità funzionale dell'ipoteca all'esecuzione immobiliare. Secondo tali autori l'iscrizione dell'ipoteca si porrebbe in contrasto con il combinato disposto dell'art.

<sup>48</sup> S. CAPOLUPO, *Fondo patrimoniale: è sempre inattaccabile dal Fisco?*, in *Il fisco*, 2010, 21, 1-3305.

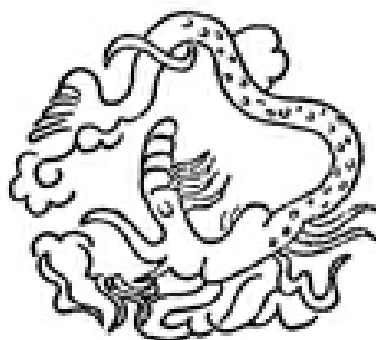
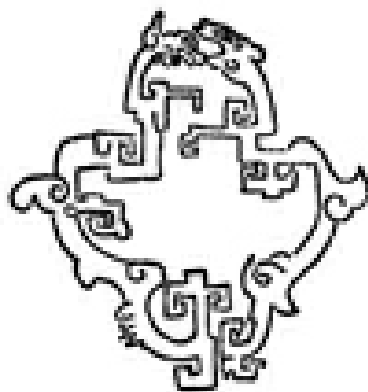
49

I principi posti alla base di questa decisione trovano conferma anche in una recente pronuncia della Corte di Cassazione, sez. trib., sentenza 7 luglio 2009, n. 15862, in *Vita not.*, 2009, 3, 1439, che dopo orientamenti non sempre convergenti, ha affermato il principio per cui il "criterio identificativo dei crediti il cui soddisfacimento può essere realizzato in via esecutiva sui beni conferiti nel fondo va ricercato non nella natura delle obbligazioni, ma nella relazione esistente tra il fatto generatore di esse e i bisogni della famiglia".

77, D.P.R. 602/1973 e dell'art. 170 Cod. Civ., nonché con la causa giuridica dell'ipoteca prevista dall'art. 77 stesso<sup>50</sup>. Pertanto, tali autori ritengono non iscrivibile l'ipoteca esattoriale quando non sia poi possibile procedere all'esecuzione forzata, come nel caso di beni immobili oggetto di fondo patrimoniale, per i quali l'art. 170 Cod. Civ. preclude l'assoggettamento a esecuzione forzata per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia<sup>51</sup>.

**Maria Elisabetta Forghieri - praticante notaio**

(cultore della materia alle attività della cattedra di diritto tributario del Chiar.mo Prof. Marco Miccinesi, presso la Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano)



<sup>50</sup> A. GRASSOTTI, *E' illegittima l'iscrizione di ipoteca esattoriale quando non si può procedere ad esecuzione forzata*, in *GT – Riv. Giur. Trib.*, 2009, 1, 91, afferma che l'iscrizione ipotecaria, quando è fine a se stessa, contrasta anche con la causa giuridica, che nell'istituto ipotecario esattoriale disciplinato dall'art. 77 del D.P.R. 602/1973 si identifica con la funzione specifica di conservazione del bene per consentire al creditore di aggredirlo poi esecutivamente. Quindi, l'iscrizione ipotecaria che non possa essere seguita da espropriazione immobiliare, per preclusione legislativa, sarebbe viziata anche per eccesso di potere, poiché contrasta con la causa giuridica per la quale è legislativamente prevista.

<sup>51</sup> In senso conforme Commissione tributaria provinciale di Mantova, sez. I, sentenza 10 luglio 2008, n. 71, in *GT – Riv. Giur. Trib.*, 2009, 1, 90, con commento di A. GRASSOTTI, *cit.*

# Finestra sul cortile

## "STOLIDI BANCARI"

Una volta, raccontando dell'atteggiamento ottuso e poco elastico di alcuni funzionari di banca, il grande Franco Cavallone ebbe a definirli "stolidi bancari".

La cosa all'epoca mi divertì molto perché io un bancario (non stolido) l'ho sposato e spesso, nel corso degli anni, quando in una discussione le nostre opinioni sono state molte diverse, l'ho canzonato (con affetto) ripetendogli:

*"... ma che posso pretendere da uno stolido bancario? ..."*

Sarei curiosa di sapere come Franco definirebbe i bancari che imperverano da qualche anno in qua. Perché - ammettiamolo - anche la categoria in parola ha avuto un calo tremendo di preparazione e di capacità.

Non so voi, ma io davvero non ne posso più delle loro pretese assurde, che a volte diventano addirittura crudeli o delle loro trovate che arrivano a sfiorare il ridicolo.

Analizziamone qualcuna.

### **La provenienza donativa**

E' diventata uno dei più grossi peccati di cui possa macchiarsi l'uomo che ha bisogno di un finanziamento. Ora, non sarò certo io a negare che la donazione possa avere delle conseguenze pregiudizievoli, ma da qui a considerare ta-

le provenienza come una causa conclamata e codificata di impedimento al mutuo ce ne vuole. Ma il punto non è neanche questo; il tragico sono le cosiddette "soluzioni" (brillanti, non c'è che dire) che i funzionari di banca offrono generosamente al cliente affetto da "donatite acuta".

Eccovi un esempio: Peppiniello ha ricevuto in donazione dal padre una bella casetta, godendo dei benefici prima casa. Volendo apportare delle modifiche all'abitazione e avendo da parte dei risparmi, inizia i lavori. Come spesso succede però, le spese superano l'iniziale preventivo, per cui decide di chiedere alla sua Banca di fiducia un finanziamento di quarantamila Euro. Il direttore gli spiega subito che non sarà possibile concederglielo a causa della provenienza, però, giacché lui è un uomo di mondo (mondo bancario, ovviamente) gli fornisce l'astuta strategia per uscire dall'impasse: restituire al padre, rigorosamente con atto di vendita, l'abitazione e farsela poi ridare, ovviamente con altro atto di vendita. A quel punto il mutuo potrà essere concesso. Per completezza d'informazione rendo noto che il valore catastale dell'immobile è pari ad ottantamila Euro.

Di sole imposte il disgraziato Pepiniello dovrebbe dunque pagare circa undicimila Euro, cui vanno aggiunti l'onorario e le spese per i due atti di vendita.

Tutto questo per avere in prestito la misera somma di quarantamila Euro.

Geniale, no?

Questo era il consiglio di un bancario di paese, ma poi c'è il bancario di città il quale, ovviamente, ha una preparazione ed un modus operandi molto più professionali e sofisticati. Sentite qui: una gentile e nobile signora della mia sede dona un grande e bell'appartamento sito a Napoli ad un figlio che lavora e vive proprio in quella città.

Dopo qualche anno il figlio si trasferisce, decide pertanto di vendere la casa (come valore siamo vicini al milione di Euro), trova l'acquirente che però deve ricorrere al mutuo. Il funzionario, interpellato dall'aspirante acquirente, sentenzia subito che la donazione costituisce un handicap insormontabile per la concessione del mutuo, ma offre, generoso anche lui, la soluzione che accontenta tutti: basterà che la donante, ossia la madre del venditore, si costituisca in atto come fideiussore e tutto si risolverà.

Ricapitolando: l'anziana gentildonna dovrebbe offrire la sua personale garanzia, fino a concorrenza della somma di un milione di Euro, ad un tal Gennarino Esposito che non ha mai visto e conosciuto.

Non ho parole.

**Ultimo ma non ultimo: l' Atto notorio.**

L'atto notorio è un residuo bellico

ritenuto tale già dal legislatore del 1968, tant'è che se ne rese conto e varò la dichiarazione sostitutiva dello stesso. Si macchiò, però, di una imperdonabile dimenticanza, ossia l'abrogazione del vetusto istituto che pertanto continua ad esistere anche se solo per le Assicurazioni e, ovviamente, per le banche.

**Il caso:** alla signora Teresina muore il padre, il quale con testamento aveva disposto delle sue sostanze, tra cui delle somme di denaro depositate in un Istituto di credito. Dopo il cordoglio, il funerale e le visite di condoglianze, Teresina decide che è giunto il momento di prelevare la pecunia.

Va in banca e prontamente le viene richiesta copia del verbale di pubblicazione di testamento.

Dopo dieci giorni le chiedono una seconda copia del verbale e, a distanza di poche ore, la dichiarazione di successione.

E' sufficiente? pare di no perché alla fine, per scucire la moneta, la banca esige il famigerato atto notorio.

*"Che sarebbe?"* mi chiede Teresina.

Glielo spiego e lei giustamente replica *"e dove trovo due persone che possano giurare che mio padre non ha lasciato altri testamenti? a stento possiamo saperlo noi di famiglia, ma un estraneo .... No, è assurdo"*

Ha perfettamente ragione, ma tant'è, la banca non ammette ragioni.

Trova (a fatica devo dire) due volontari e redigiamo l'atto notorio.

Neanche tre giorni e mi vedo torna-



re Teresina in studio completamente stremata.

"Che c'è?" le chiedo

"L'atto non va bene" risponde

"Perché?"

*"Bisognava aggiungere anche che io non mi trovo nella situazione prevista dall'art. 463 del Codice Civile. Che vuol dire, dottoressa?"*

"Vuol dire che suo padre è morto di morte naturale e che non lo ha ucciso, né tentato di ucciderlo lei" rispondo.

*"Coosaaa? questi sono pazzi. Ora mi sentono".*

Se ne è uscita dallo studio senza neanche salutare. Ho saputo poi che è andata in banca ed ha fatto una piazzata tremenda.

Le si può dare torto?

Una cosa comunque è certa: nessuno potrà dichiarare in un atto notorio che Teresina non abbia tentato di ... strangolare il bancario.

Lavinia Vacca

## Attività sindacali

### VERBALE DELL'ASSEMBLEA DEI DELEGATI DEL 12 MARZO 2011

La riunione si apre alle ore 10 e 20.

Il Presidente Leotta apre i lavori.

Sono presenti:

per la **Lombardia**: Carlo Munafò, Nicoletta Ferrario, Marco Marchetti

per il **Lazio**: Laretta Casadei, Romolo Rummo, Sara Siciliano (Umbria),

per **Abruzzo e Molise**: Sergio Sideri

per la **Campania**: Vincenzo Pappa Monteforte, Adele Miranda

per l'**Emilia**: Giorgia Manzini, Giorgia Dondi

per il **Piemonte**: Grazia Prevete, Giovanni Liotta

per le **Marche**: Angelo Colangeli, Roberto Montali

per il **Triveneto**: Fulvio Bidello, Luigi D'Argenio

per l'**Associazione Giovani Notai**: Silvia Fulvi

Preso la parola sull'ordine del giorno il Presidente, dopo aver ringraziato Silvia Fulvi, Presidente dell'Associazione Giovani Notai, per la presenza e la disponibilità, illustra all'assemblea l' "architettura" del prossimo Congresso, come immaginata dalla Giunta.

Si sofferma in particolare sui contatti con il collega Mario Miccoli,

Presidente Commissioni Affari Europei dell'UINL, per allargare gli orizzonti del Congresso alle esperienze dell'Accesso nei diversi Paesi Europei.

Riferisce altresì dei contatti avuti con diversi colleghi per assicurarsi interventi programmati di particolare qualità; passa ad illustrare le diverse fasi dei giorni del Congresso sottolineando il rapporto tra il momento delle "esperienze" e quello delle "proposte".

Su quest'ultimo aspetto evidenzia i quattro segmenti sui quali si concentrerà la discussione nella sezione delle "proposte": ritiene che sia opportuno un passaggio da relazioni introduttive che facciano emergere le problematiche a interventi concreti che diano soluzioni operative.

Dopo aver esaurito lo schema del Congresso dal punto di vista "interno" riferisce dell'esigenza di aprire il Congresso anche ad una dimensione "esterna" attraverso una tavola rotonda da realizzarsi secondo lo schema del "talk show" che avrebbe quale oggetto "il merito nell'accesso alle professioni".

Riferisce a proposito dei contatti con il Direttore Generale degli Affari Civili del Ministero di Giustizia che si è dimostrata particolarmente sensibile all'approfondimento delle tematiche dell'accesso e che, quindi, potrebbe essere un qualificato interlocutore da collocare nelle diverse fasi del Congresso.

Il Presidente dimostra particolare fiducia nel raggiungimento di un risultato concreto da parte del Congresso:

- un primo livello è rappresentato dalla proposta di modalità pratiche nello svolgimento del Concorso, in linea con l'attuale normativa;

- un secondo livello è rappresentato dalla proposta di modifiche normative che incidano sull'attuale struttura

- un terzo livello è dato dalla possibilità di proposte che, pur non passando da modifiche normative, si fondino su interventi di tipo "amministrativo" che servano a migliorarne il funzionamento.

Il Presidente, a questo punto, si sofferma sulle modalità più squisitamente organizzative del Congresso:

- il primo elemento su cui si sofferma è quello della "gratuità" e segnala come si sia deciso di prevedere il pagamento di una quota per coprire le spese dei servizi accessori che verranno offerti ai partecipanti;

- segnala altresì che le caratteristiche della sala scelta per l'ubicazione del Congresso non si adattano perfettamente alla formula della tavola rotonda ma vi sono comunque delle opportunità di utilizzare le sale accessorie che consentono una certa flessibilità.

La collega Prevete segnala l'opportunità di dare spazio alle Scuole di Notariato per evidenziare l'esperienza della fase della formazione.

Il collega Montali si sofferma sulla necessità di esaurire i quattro segmenti della fase delle proposte nella giornata di venerdì.

Il collega Pappa Monteforte segnala la difficoltà di gestire il quarto

segmento relativo alla fase successiva alla dichiarazione di idoneità e ai ricorsi in quanto elemento squisitamente tecnico: il Congresso non può però prescindere dall'esame della fase patologica del Concorso; ritiene altresì che la tavola rotonda debba essere aperta ad altri professionisti per un confronto più efficace.

Il collega Bidello esprime plauso per l'architettura del Congresso come illustrata dal Presidente ed evidenzia l'opportunità di aprire la tavola rotonda alla partecipazione degli avvocati, per l'affinità del settore, ma non ai commercialisti con i quali lascerebbe al Consiglio Nazionale la gestione del rapporto. Ritiene preferibile lasciare la tavola rotonda alla giornata di sabato chiudendo la trattazione dei "segmenti" nella giornata di venerdì.

Il collega Colangeli evidenzia l'opportunità di un approfondimento sull'individuazione dell'interesse legittimo dei ricorrenti; ritiene auspicabile un binario diverso per i ricorrenti in modo da non far influenzare la graduatoria e rendere più serena l'attività del giudice amministrativo.

La collega Fulvi, vincitore dell'ultimo Concorso di cui è stata appena approvata la graduatoria, ritiene particolarmente adeguata la struttura del Congresso come illu-

strata e riferisce dei problemi avuti per l'approvazione della graduatoria e l'incidenza anche successiva dei ricorsi.

Il collega Liotta evidenzia l'opportunità di trovare sistemi deflattivi alla proposizione dei ricorsi, che incidono sui tempi del Concorso, senza criminalizzare il ricorrente titolare di un interesse legittimo.

Il collega Montali auspica che gli interventi programmati siano l'occasione per dare spazio anche alle componenti regionali di Federnotai.

Anche il collega Bidello ritiene opportuno cominciare a individuare i compiti delle singole Associazioni Regionali.

Il Presidente passa a raccogliere la disponibilità delle singole Associazioni Regionali ad occuparsi dei singoli "segmenti".

Esaurita la trattazione del tema del prossimo Congresso, il Presidente riferisce dell'iniziativa del Convegno Itinerante la cui prossima tappa sarà Genova il 25 marzo e sollecita le varie Associazioni Regionali ad utilizzare tale strumento per ridare vitalità alle proprie Associazioni.

La riunione si chiude alle ore tredici e quaranta.

a cura di Carlo Munafò – segretario  
di Federnotai

