

SOMMARIO

■ EDITORIALE

L'EUROPA DELLE PROFESSIONI

di *Giuseppe Gargani*

237

■ GIURISPRUDENZA

OSSERVATORIO

a cura di *Ernesto Briganti*

239

Legittimità

CANCELLAZIONE DAL REGISTRO DELLE IMPRESE E RIFORMA SOCIETARIA

Cassazione, sez. III, 28 maggio 2004, n. 10314

244

il commento di *Nunzio-Attilio Toscano*

244

Merito

IL GIUDICE TUTELARE E LA VENDETTA DI PUCHTA

Tribunale di Venezia, sez. Chioggia, 24 settembre 2004 Giudice tutelare, ord.

249

il commento di *Emanuele Calò*

252

L'ARBITRATO DI DIRITTO COMUNE

DOPO LA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO

Tribunale di Latina, sentenza 22 giugno 2004

258

il commento di *Rolandino Guidotti*

259

■ TECNICHE CONTRATTUALI

ATTO COSTITUTIVO E STATUTO DI ASSOCIAZIONE SPORTIVA DILETTANTISTICA

a cura di *Antonella Perrini*

263

■ ARGOMENTI

LA "COMUNITARIZZAZIONE" DELLA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA CIVILE

di *Marina Castellaneta*

276

RIFLESSIONI SULL'IMPARZIALITÀ DEL NOTAIO

di *Giuseppe Celeste*

283

L'AMMINISTRATORE DI SOSTEGNO NEL SISTEMA DI PROTEZIONE DELLE PERSONE IN DIFFICOLTÀ:
PRIME APPLICAZIONI E PRIME PERPLESSITÀdi *Leonardo Milone*

302

TRASFERIMENTO DI BENI PERSONALI DEL CONIUGE IN COMUNIONE LEGALE

di *Tommaso Romoli*

310

■ DOCUMENTI

«E-CONVEYANCING»: INQUADRAMENTO SISTEMATICO

Consiglio Nazionale del Notariato - Studio 05.01.28.36/UE del 28 gennaio 2005

325

TRATTAMENTO TRIBUTARIO DELLE INDENNITÀ E SOMME PERCEPITI DAI NOTAI GOA

Consiglio Nazionale del Notariato - Studio n. 57/2004/T del 1° dicembre 2004

334

ILLEGITTIMITA' DELLA PRELAZIONE DI QUOTA INDIVISA DI UN "PARTICOLARE" ARCHITETTONICO DI IMMOBILE VINCOLATO	338
Ministero per i Beni e le Attività Culturali, Risposta del 20 ottobre 2004	
Avvocatura Distrettuale dello Stato in Firenze, parere 24 dicembre 1998	338

■ INDICI

INDICE DEGLI AUTORI	341
INDICE CRONOLOGICO	341
INDICE ANALITICO	341

Diritto comunitario

L'Europa delle professioni

di GIUSEPPE GARGANI, Onorevole, Presidente della Commissione Giuridica del Parlamento Europeo

L'11 maggio u.s. il Parlamento Europeo ha approvato in seconda lettura con una larghissima maggioranza la Direttiva sulle libere professioni dopo una discussione importante e articolata durata più di quattro anni.

La finalità è quella di favorire la mobilità nel mercato interno e una mobilità concreta presuppone regole precise.

Il mercato senza regole non esiste. Il libero mercato non esiste se non vi sono regole e istituzioni che consentano a tutti gli operatori il medesimo livello di libertà. Altrimenti si genera ingiustizia, prevaricazione dei forti e dei disonesti sui deboli e gli onesti.

Il professionista offre un servizio nel quale è intrinseco un altissimo livello di conoscenza, che spesso solo il professionista è in grado di valutare.

Infatti, vista la complessità della prestazione occorre prevedere regole che ne garantiscano *ex ante* la qualità.

Dunque è necessario che le libere professioni siano svolte e regolate in modo tale da garantire che il professionista e il suo prodotto, il servizio che svolge, contribuiscano a dare soluzioni utili alle sfide che stiamo vivendo mantenendo elevato il livello di conoscenza.

Anche nel settore delle professioni occorre ristabilire un corretto rapporto tra libero mercato, concorrenza e regole, ed etica. Dobbiamo puntare al recupero dell'etica come premessa rispetto alle regole, come modo per interpretare ed applicare le regole.

D'altronde già la *Carta dei diritti fondamentali* prevede all'articolo 15 la libertà professionale, vale a dire il diritto di esercitare una professione liberamente scelta o accettata. E la libertà professionale è diversa dalla libertà d'impresa che trova la sua enunciazione al successivo articolo 16. Se i redattori della Carta avessero considerato professione ed impresa come equivalenti, non avrebbero introdotto due articoli diversi.

Il Parlamento europeo, nella sua risoluzione del 5 aprile 2001, ha chiaramente identificato quale deve essere l'equilibrato rapporto tra etica, concorrenza e libero mercato. Il Parlamento europeo ritiene che l'obiettivo di promuovere la concorrenza nelle professioni vada conciliato, in ciascun caso, con quello di mantenere norme puramente etiche specifiche per ciascuna professione.

Perciò le regole che sono necessarie, nel contesto specifico di ciascuna professione, per assicurare l'imparzialità, la competenza, l'integrità e la responsabilità dei membri della professione stessa, o per impedire conflitti

d'interesse e forme di pubblicità ingannevole, e che non ostacolano peraltro la libera circolazione dei servizi, non possono essere considerate restrizioni del gioco della concorrenza.

Si ribadisce l'importanza delle norme che sono stabilite dalle categorie professionali, sotto la loro responsabilità, al fine di garantire la qualità dei servizi, di fissare specifici *standard* di valore, di assicurare l'osservanza delle norme stesse secondo i canoni della professionalità e di tenere conto anche dell'etica professionale. Un'etica intesa in modo da garantire l'indipendenza e la responsabilità del professionista.

Il libero professionista è un soggetto *sui generis* del mercato e il Parlamento europeo ha fornito il fondamento giuridico e politico della natura *sui generis* del libero professionista ed ha indicato le linee guida per ogni forma di regolazione che riguardi le libere professioni:

“Le libere professioni rappresentano uno dei pilastri del pluralismo e dell'indipendenza all'interno della società ed assolvono a ruoli di pubblico interesse; il Parlamento europeo ritiene che le libere professioni siano l'espressione di un ordinamento fondamentale democratico basato sul diritto e, più specificamente, rappresentino un elemento essenziale delle società e delle comunità europee nelle loro varie forme”.

Sono inoltre previsti elevati requisiti per l'esercizio delle libere professioni, la necessità di salvaguardare quelli che distinguono tali professioni a beneficio dei cittadini europei, e la necessità di instaurare tra i liberi professionisti e i loro clienti un rapporto specifico fondato sulla fiducia.

Perciò il Parlamento ritiene che si debbano rispettare, applicando il principio della sussidiarietà, le diversità che hanno le loro radici nella cultura, nella storia giuridica, nella sociologia e nell'etnologia delle varie categorie professionali degli Stati membri.

Credo sia inoltre importante insistere sulla missione di interesse pubblico svolta dal professionista. La necessità di svolgere una missione di interesse pubblico modula l'applicazione delle regole di concorrenza e del libero mercato e la stessa libertà di circolazione.

La Corte di giustizia l'ha affermato in una giurisprudenza ormai copiosa che le libere professioni rappresentano inoltre una componente distinta ed autonoma del mercato dei servizi professionali, poiché il servizio che esse svolgono si basa su conoscenze specifiche (non dunque generiche), di tipo scientifico.

È professionista colui che apprende (di norma in ambito universitario) i principi inerenti ad un settore particolare del sapere (medicina, ingegneria, giurisprudenza, chimica, biologia, scienze economiche, veterinaria, ecc.), e li applica ai problemi individuali e sociali che gli vengono sottoposti.

Innanzitutto, senza una conoscenza specifica non si ha una professione, e il lavoro professionale non ha ragione di essere se non come applicazione d'una tale conoscenza.

In secondo luogo, il lavoro professionale è naturalmente "autonomo", nel senso che non è sottoponibile ad una autorità gerarchica.

In terzo luogo, il lavoro professionale è regolato da un'etica, che sovrintende ai rapporti tra il professionista e il cliente (o fruitore della prestazione), tra i colleghi, tra il professionista e la società nel suo complesso. Il comportamento del professionista è guidato da un'etica che include l'insieme dei doveri (deontologia) e lo diversifica da quello di altri operatori, perché i precetti che la costituiscono sono animati da esigenze di servizio.

Il più lucido sostenitore di questa tesi è il sociologo statunitense Eliot Freidson il quale nei suoi scritti dimostra come quello del professionalismo è un sistema completamente diverso sia dall'aziendalismo (e dal mercato) che dalla burocrazia pubblica.

Nel professionista, detentore di conoscenze speciali, deve prevalere l'etica del lavoro ben fatto rispetto al profitto, tipico invece del mercato *tout court*.

Questa etica del lavoro ben fatto consente al professionista di avere dei privilegi, uno Statuto speciale, non nel proprio interesse ma in quello pubblico, della collettività.

La costituzione economica europea può e deve prevedere una disposizione particolare per le libere professioni che distingua il professionista, imprenditore della conoscenza, prestatore di servizi intellettuali, dall'imprenditore commerciale.

Come afferma Eliot Freidson il professionista è guidato non tanto dalla logica del profitto quanto da quella del lavoro ben fatto.

La missione di interesse generale svolta dalle professioni intellettuali può in taluni casi anche giustificare limitazioni alle regole di concorrenza. Infatti le regole di concorrenza non debbono ostare, tanto in linea di diritto che in linea di fatto, all'adempimento della missione loro affidata (art. 86 del Trattato).

Per queste disposizioni legislative e regole di deontologia possono derogare al diritto della concorrenza in casi particolari.

E la stessa Corte di giustizia ha identificato alcuni casi nei quali tale limitazione si può applicare alle libere professioni:

- a) in materia di tariffe professionali che possono essere anche obbligatorie purché fissate dallo Stato tenendo conto dell'interesse generale;
- b) in materia di esercizio della professione in forma in-

tegrata, qualora possano sorgere conflitti di interesse fra professionisti appartenenti a professioni diverse (es. avvocati e revisori contabili in Olanda);

c) in materia di pubblicità: i codici di deontologia possono escludere la possibilità di esprimere giudizi negativi su un collega;

d) in materia di iscrizione a enti di previdenza: l'obbligatorietà dell'iscrizione a Fondi pensione è ammessa;

e) in materia di esclusive a favore di talune professioni regolamentate.

In definitiva "le regole che sono necessarie, nel contesto specifico di ciascuna professione, per assicurare l'imparzialità, la competenza, l'integrità e la responsabilità dei membri della professione stessa, o per impedire conflitti d'interesse e forme di pubblicità ingannevole, e che non ostacolano peraltro la libera circolazione dei servizi, non sono considerate restrizioni del gioco della concorrenza".

Allo stato dunque l'Europa ha compiuto un passo importante e coraggioso. Il legislatore italiano deve ricordarsi senza indugio e rivedere profondamente le norme del tutto superate sulle libere professioni.

Osservatorio civile

a cura di ERNESTO BRIGANTI

Edilizia e urbanistica

■ Cassazione, sez. II, 28 gennaio 2005, n. 1737

Condominio - Sopraelevazione - Uso della cosa comune - Trasformazione tetto con diversa copertura - Alterazione cosa comune - Sussistenza.

La sostituzione da parte del proprietario dell'ultimo piano di un edificio condominiale del tetto con una diversa copertura (terrazza), che pur non eliminando la funzione originariamente svolta dal tetto valga a imprimere per le sue caratteristiche strutturali e per i suoi annessi anche una destinazione ad uso esclusivo dell'autore dell'opera, costituisce un'alterazione della cosa comune - che è in tal modo sottratta al godimento collettivo - e perciò non può considerarsi insita nel diritto di sopraelevazione spettante al proprietario dell'ultimo piano.

Mutuo

■ Tribunale Bologna, 1 dicembre 2004 - Giudice unico Graziosi - X c. Y

Mutuo - Interessi - Usura sopravvenuta (l. n. 108/96) - Applicazione ai contratti in corso di esecuzione - Contratto risolto prima della sopravvenienza normativa - Inapplicabilità.

L'innovativa disciplina dell'usura introdotta con la legge n. 108/1996, pur non avendo carattere retroattivo, si applica ai contratti stipulati precedentemente ed ancora in corso di esecuzione sotto la vigenza della normativa sopravvenuta, ma non a quelli risolti prima dell'entrata in vigore di quest'ultima.

■ Tribunale di Roma, 12 novembre 2004 - Est. Pinto - P. c. Banca U.C.B.

Simulazione della quietanza - Prova della simulazione - Ammissibilità - Limiti.

Qualora il mutuatario abbia, al momento della stipula, simulatamente dichiarato di avere già ricevuto la somma oggetto del contratto, la prova della simulazione può essere fornita soltanto col giuramento o con la confessione, ma non con testimoni né con presunzioni, ostandovi il combinato disposto degli artt. 2722 e 2726 c.c.

■ Tribunale di Napoli, 3 novembre 2004 - Pres. Diurno - Est. Crisuolo - M. c. Società Finanziaria et d'Encaissement

Mutuo concesso per l'adempimento di un gioco vietato - Estraneità del mutuante al contratto di gioco - Azione di ripetizione del mutuante.

Il mutuo concesso per l'adempimento di un debito di gioco vietato dalla legge legittima il mutuante a ripetere la somma consegnata al mutuatario solo nel caso in cui il mutuante risulti estraneo al contratto di gioco.

Notai

■ Corte Costituzionale, 18 marzo 2005, n. 113 ord.

Sanzioni disciplinari - Ammende notari - Ammontare irrisorio - Illegittimità costituzionale - Esclusione.

È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 137 della legge sull'ordinamento del notariato (L. n. 89/1913) sollevata, in riferimento agli artt. 3, 54, 97 e 111 della Costituzione, dal Tribunale di Savona nella parte in cui determina l'ammontare delle ammende notari, in quanto la disapplicazione della norma in questione provocherebbe una situazione di disegualianza e di grave pregiudizio all'interno del sistema sanzionatorio, con l'effetto di lasciare del tutto privi di conseguenze disciplinari, ancorché di consistenza irrisoria, comportamenti più gravi di quelli per i quali è prevista la sanzione dell'avvertimento o della censura. Il ricorrente, inoltre trascura di considerare che il profilo sanzionatorio morale dell'azione disciplinare deriva non tanto dalla entità della sanzione medesima quanto dalla stessa sottoposizione al procedimento disciplinare.

Parcheggi

■ Cassazione, sez. II, 29 dicembre 2004, n. 24146 - Pres. Calfapietra - Rel. Elefante - P.M. Apice - F. A. ed altro c. Condominio T.

Condominio - Aree scoperte comuni - Regolamentazione dell'uso come parcheggio - Deliberazione dell'assemblea dei condomini - Unanimità dei consensi - Esclusione.

Il regolamento del condominio, qual è contemplato dal primo comma dell'art. 1138 c.c., tanto se predisposto dal proprietario o costruttore dello stabile e accettato di volta in volta dai successivi acquirenti degli appartamenti venduti (cd. regolamento contrattuale), quanto se formato dall'assemblea dei condomini, ove si limiti a dettare norme che disciplinano l'uso e le modalità di godimento delle cose comuni la ripartizione delle spese relative e la tutela del decoro dell'edificio, contempla una materia che rimane nell'ambito della organizzazione della vita interna del condominio, la quale ben può essere modificata dall'organo cui quel potere di organizzazione è devoluto, vale a dire dall'assemblea dei condomini con la maggioranza prevista dall'art. 1136 c.c. Se invece il regolamento non si limita soltanto alla disciplina dell'uso delle cose comuni in conformità dei diritti spettanti ai singoli condomini, ma pone delle norme che, incidendo sui singoli diritti, si risolvono in una alterazione, a vantaggio di alcuni dei partecipanti e in pregiudizio degli altri, della misura del godimento che ciascun condomino ha in ragione della propria quota, in tal caso nessuna modificazione, può essere ammessa senza il consenso unanime di tutti i partecipanti al condominio (nella specie la regolamentazione dell'uso delle aree scoperte comuni come parcheggio e come parco giochi non richiede la unanimità dei consensi, ma unicamente una deliberazione dell'assemblea dei condomini adottata con la maggioranza qualificata di cui al quinto comma dell'art. 1136 c.c.).

Proprietà

■ Tribunale di Napoli, 14 febbraio 2005 - Giudice Unico Tedesco - TE.MA. s.a.s. c. Condominio in Napoli alla via R. di C. n. 215 ed altri

Usucapione - Condominio - Ammissibilità.

Il condominio, in quanto ente di gestione, sia pure attraverso il possesso esercitato dai condomini, può acquistare per usucapione la proprietà di beni immobili rientranti nel novero di quelli comuni di cui all'art. 1117 c.c., ancorché "ab origine" ne sia stata riservata la proprietà a terzi.

Servitù

■ Cassazione, sez. II, 21 febbraio 2005, n. 3436 - Pres. Spadone - Rel. Trombetta

Servitù - Servitù di passaggio - Destinazione abitativa del fondo dominante - Accesso con autovettura - Modalità.

Con riferimento da una servitù di passaggio di cui l'atto costitutivo non specifica le modalità di esercizio, il contemporaneo (previsto dall'art. 1065 cod. civ.) tra il bisogno del fondo dominante ed il minore aggravio del fondo servente, non risultando più attuale la destinazione agricola del fondo dominante, deve essere valutato in relazione alla desti-

nazione abitativa dello stesso fondo, per cui deve essere consentito l'accesso al fondo dominante con autovetture dalla stradina sulla quale si esercita la servitù, ma non il transito veicolare attinente all'attività di impresa svolta su tale fondo, né il carico e lo scarico delle merci, né il parcheggio di autovetture.

Società

■ Cassazione, sez. I, 23 marzo 2005, n. 6263

Di persone - Eredi del socio defunto - Diritto alla liquidazione della quota.

Nella società di persone (nella specie società di fatto) gli eredi del socio defunto non acquisiscono la posizione di quest'ultimo nell'ambito della società, e non assumono la qualità di soci, ma hanno soltanto diritto alla liquidazione della quota del loro dante causa, diritto che sorge indipendentemente dal fatto che la società continui o si scioglia. Pertanto la mancata liquidazione della quota rappresenta un inadempimento dei soci superstiti, ma non determina, in mancanza di un accordo, il subentro nella società dell'erede del socio.

■ Cassazione, sez. I, 10 marzo 2005, n. 5288

Di fatto - Partecipazione sociale - Prescrizione.

La costituzione di una società, quale che ne siano l'origine e la forma, dà vita ad un rapporto di durata; un rapporto, dunque, naturalmente destinato a protrarsi nel tempo e man mano a produrre, nel corso del suo svolgimento, una serie successiva di diritti e obblighi reciproci dei soci.

■ Cassazione, sez. I, 22 febbraio 2005, n. 3577

Di capitali - Capitale sociale - Aumento di capitale - Sottoscrizione - Prestazione del terzo che non avvenga nelle forme previste - Effetto solutorio - Condizioni.

La riferibilità unicamente al socio dell'obbligo di versamento delle quote di capitale sociale da lui sottoscritte non esclude che la relativa obbligazione possa essere adempiuta con effetto solutorio da un terzo, salva rivalsa del "solvens" nei confronti dell'effettivo obbligato, fermo restando che l'effetto solutorio si realizza solo nei casi in cui la prestazione sia effettuata in modo conforme all'obbligazione del debitore: pertanto non può discendere alcun effetto liberatorio della prestazione mediante consegna di beni in natura fatta dal terzo in luogo di colui nei confronti del quale grava l'obbligo di sottoscrivere quote di aumento del capitale mediante versamento di danaro, sebbene tale prestazione sia avvenuta attraverso un formale atto di vendita e lo scomputo del prestito sul debito di sottoscrizione del capitale, oppure mediante compensazione di crediti di regresso derivanti dall'estinzione di debiti della società verso terzi.

- **Tribunale di Parma, 12 gennaio 2005 (ord.) - Pres. Est. Stellario - C. c. Parmalat Finanziaria s.p.a.**

Di capitali - Obbligazionisti - Rappresentante comune - Mancata nomina da parte degli obbligazionisti - Nomina da parte del Tribunale - Ammissibilità - Diritto al compenso - Sussistenza - Soggetto obbligato - Obbligazionisti - Procedimento - Fatti-specie.

Nell'ipotesi in cui l'assemblea degli obbligazionisti non provveda alla nomina di un rappresentante comune ai sensi dell'art. 2415 c.c., ciascun obbligazionista può adire il Tribunale perché vi provveda con decreto. Anche in tale ipotesi il rappresentante degli obbligazionisti, che agisce quale mandatario con rappresentanza, ha diritto al compenso per l'attività prestata che è posto a carico degli obbligazionisti stessi e non della società; e la determinazione del compenso non può essere effettuata in un procedimento di volontaria giurisdizione ma con un ordinario giudizio di cognizione.

- **Cassazione, sez. I, 11 gennaio 2005, n. 350 - Pres. Prestipino - Rel. Piccinini - P.M. Maccarone (conf.) - C. c. Z. e C.**

Il contratto, catalogato come parasociale, stipulato da tutti i soci di una s.r.l. con un terzo al quale trasferiscono le quote della società proprietaria del terreno in cambio del trasferimento ai soci del 27,5 del futuro costruito, è nullo in ragione del fatto che deriva anche l'alienazione di parte del patrimonio immobiliare della società.

- **Cassazione, sez. I, 4 gennaio 2005, n. 122 - Pres. Prestipino - Rel. Rordorf - C. Adige S.p.A. c. Consorzio L. a r.l. ed altri**

Società consortili - A responsabilità limitata - Obblighi di contribuzione dei soci commisurati alle perdite - Legittimità - Condizioni.

È sempre consentito prevedere statutariamente, nelle società consortili costituite ex art. 2615-ter c.c., anche nelle ipotesi di società a responsabilità limitata, come nel caso di specie, l'obbligo dei soci di versare contributi in denaro, ulteriori rispetto ai conferimenti di capitale gravanti su ciascuno di essi. Infatti, l'atto costitutivo può istituire obblighi di contribuzione commisurati alle perdite di gestione registrate in un bilancio regolarmente approvato (non implicando ciò alcuna assunzione di responsabilità illimitata dei soci nei confronti dei creditori sociali), o può anche rimettere agli amministratori oppure all'assemblea la facoltà di porre a carico dei consorziati obblighi di ripianamento totale o parziale dei costi gestione dell'impresa consortile; deve trattarsi di perdite o di costi imputabili al bilancio della società e che una siffatta previsione figuri espressamente nel contratto sociale, cosicché l'obbligo del socio possa poi trovare nelle risultanze di quel bilancio (con i relativi strumenti di controllo) la sua concreta determinazione.

- **Cassazione, sez. I, 29 dicembre 2004, n. 24089 - Pres. Losavio - Rel. Marziale - Pluriservices s.r.l. c. C.C. ed altro**

Società di capitali - Società a responsabilità limitata - Atto costitutivo - Modificazione - Effetti.

La disciplina delle modificazioni dell'atto costitutivo delle società di capitali di cui agli artt. 2436 ss. c.c. prev. è che tali vicende sono prive di effetti estintivi, salvo che nel caso della fusione, e tale principio resta fermo anche quando la modifica comporta la trasformazione della società, in quanto la società trasformata continua ad esistere nella sua rinnovata veste giuridica, conservando gli obblighi anteriori alla trasformazione.

- **Cassazione, sez. II, 19 novembre 2004, n. 21891 - Pres. Pontorieri - Rel. Scherillo - T. c. Imp. C.**

Società di persone - Società in accomandita semplice - Soci accomandanti - Compimento di affari in nome della società senza procura - Responsabilità illimitata verso i terzi - Sussistenza - Condizioni.

Nella società in accomandita semplice, l'art. 2320 c.c., il quale sanziona il comportamento del socio accomandante, che compia affari in nome delle società senza specifica procura, con la perdita del beneficio della responsabilità limitata verso i terzi, non introduce deroghe alla disciplina generale della rappresentanza senza potere, e, pertanto, se la società eccipe l'inefficacia nei suoi confronti del negozio stipulato da quel falso procuratore, nessuna obbligazione sorge a suo carico, se il terzo non prova che la società medesima lo ha ratificato.

- **Appello Milano, 17 novembre 2004 - Pres. Mare Scotti - Est. Lamanna - L. S. c. Procura Generale della Repubblica ed altri**

Clausole contrattuali - Criteri interpretativi - Cod. civ. artt. 1362 ss.

Le clausole dell'atto costitutivo di una società, come espressione di un assetto di natura contrattuale, devono essere interpretate secondo le regole di ermeneutica contenute negli artt. 1362 ss. cod. civ. e quindi anche le une per mezzo delle altre e secondo la comune intenzione dei contraenti.

- **Appello di Bologna, 15 novembre 2004 (decr.) - Pres. Neri - Est. Savastano - Z Immobiliare s.r.l. c. Immobiliare Y s.r.l.**

Di capitali - Causa di scioglimento - Mancata iscrizione nel registro delle imprese - Nomina giudiziale dei liquidatori - Ammissibilità.

Qualora si verifichi una causa di scioglimento della società di

capitali, anche se tale causa non sia stata iscritta nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2484 comma 3, c.c., in caso di inerzia degli amministratori, il tribunale può provvedere alla nomina dei liquidatori ai sensi dell'art. 2487 comma 2, c.c.

■ **Tribunale di Torino, 2 settembre 2004 (ord.) - Est. Ratti - Alfa s.a.s. c. Ilaria**

Di persone - In genere - Società in accomandita semplice - Divieto di concorrenza dei soci - Applicabilità - Soci accomandanti - Esclusione.

Il divieto di concorrenza cui sono tenuti i soci delle società di persone ai sensi dell'art. 2301 c.c. riguarda, nelle società in accomandita semplice, i soli soci accomandatari, con esclusione dei soci accomandanti.

Successioni e donazioni

■ **Cassazione, sez. II, 15 marzo 2005, n. 5549**

Donazione - Separazione imminente - Non conoscibilità - Invalidità della donazione in favore di uno dei coniugi - Esclusione.

L'atto di liberalità effettuato dal suocero nei confronti della nuora in procinto di chiedere la separazione dal proprio consorte, atto che non sarebbe stato posto in essere se tale crisi matrimoniale fosse stata conosciuta, deve considerarsi valido, sul presupposto che il dolo omissivo, causa di annullamento del contratto ex art. 1439 c.c., può ravvisarsi solo quando l'inerzia di uno dei contraenti si inserisce in un complesso comportamento, adeguatamente preordinato, con malizia o astuzia, a realizzare l'inganno perseguito; il semplice silenzio volto a non contrastare la percezione della realtà da parte dell'altro contraente, non costituisce, infatti, causa invalidante del contratto.

■ **Cassazione, sez. unite, 26 gennaio 2005, n. 1521 - Pres. Carbone - Rel. Preden - P.M. Maccarone (conf.) - C. e altri c. Cassa di Risparmio di Mirandola**

Accettazione dell'eredità con beneficio di inventario - Assegnazione del termine all'erede per liquidare le attività ereditarie e per formare lo stato di graduazione - Decadenza dal beneficio di inventario per scadenza del termine - Ricorso - Ammissibilità.

È ammissibile il ricorso ex art. 111 Cost. avverso il provvedimento con il quale, in sede di reclamo ex art. 749 c.p.c., sia disposta la revoca della proroga del termine assegnato ex art. 500 c.c. agli eredi accettanti con beneficio di inventario per liquidare le attività ereditarie e formare lo stato di graduazione. Per effetto del provvedimento di revoca della proroga del termine per il compimento delle operazioni di cui all'art. 500 c.c., l'erede accettante con beneficio di inventario si troverebbe esposto, a causa del mancato compimento nel termine assegnatogli della procedura di liquidazione dei

beni ereditari, all'azione di decadenza dei creditori del defunto e dei legatari e, quindi, alla perdita della originaria posizione, con conseguente assunzione della qualità di erede puro e semplice, in quanto tale tenuto a rispondere dei debiti del defunto con proprio patrimonio.

Tributi

■ **Cassazione, sez. V, 1 marzo 2005, n. 4313**

INVIM - Rettifica - Decorrenza del termine - Dalla notifica della rendita catastale - Esclusione.

La Corte di Cassazione ha ribadito che il potere di natura pubblicistica va esercitato entro il termine determinato dalla legge in relazione ad un dato accadimento, e non in rapporto alla conoscenza di determinati atti da parte dell'amministrazione. Il termine di decadenza per la rettifica dell'INVIM è biennale, e decorre dalla data del pagamento del tributo. Il procedimento di rettifica è indipendente rispetto a quello di determinazione della rendita catastale, di competenza dell'UTE. Pertanto il predetto termine di rettifica non può decorrere dalla notifica della rendita catastale.

■ **Cassazione, sez. V, 21 gennaio 2005, n. 1321**

Rendita catastale - Valutazione automatica - Incontestabilità.

La Corte di Cassazione ha stabilito che nel caso in cui il contribuente chieda di avvalersi del sistema automatico di valutazione, l'ufficio delle Entrate non ha altro compito che quello di emettere avviso di liquidazione, che deve contenere dati di classamento e rendita, in modo da consentire al contribuente di far valere le sue ragioni impugnando la rendita, se la ritiene non conforme ai parametri legali, nei confronti dell'ufficio competente, e quindi confutare la maggiore imposta sulla base del criterio tabellare.

Trust

■ **Tribunale di Parma, 3 marzo 2005 - Pres. Stellario - Est. Liccardo - Salumificio Santa Rita S.p.a. c. Massa dei creditori**

Non è contrario all'ordinamento italiano l'istituto del "trust", in forza della Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, resa esecutiva con legge 364/1989. Può pertanto essere omologata la proposta di concordato misto, costituito dalla cessione dei beni della società concordataria e dall'impegno al pagamento di una percentuale aggiuntiva rispetto al risultato della liquidazione, rinveniente dalla cessione di beni di un terzo, necessari al realizzo della percentuale concordataria, beni costituiti in "trust" caratterizzato dalla nomina a "trustee" del commissario giudiziale della procedura ed avente quale espressa finalità la devoluzione di ogni ricavato dalla vendita degli immobili al soddisfacimento dei creditori in concordato.

Società

Cancellazione dal registro delle imprese e riforma societaria

CASSAZIONE, sez. III, 28 maggio 2004, n. 10314

Pres. Fiduccia - Rel. Durante - P.M. Scardaccione (Conf.) - S. c. C. O. e altro

Società - Di capitali - In genere - Cancellazione dal registro delle imprese - Conseguenze - Estinzione della società - Esclusione - Perdurante capacità processuale - Sussistenza - Citazione in giudizio della società cancellata - In persona dei liquidatori - Legittimità - Mancanza dei liquidatori - Nomina di un curatore speciale ex art. 78 cod. proc. civ. al fine di ricevere la notifica dell'atto - Necessità.

La cancellazione di una società di capitali dal registro delle imprese non ne determina, "ipso facto", l'estinzione, tale effetto verificandosi solo in conseguenza della definizione di tutti i rapporti ancora pendenti. La società conserva, pertanto, in pendenza di una siffatta situazione, la sua piena capacità processuale, tanto attiva quanto passiva, e va evocata in giudizio in persona del suo liquidatore o, in mancanza, di un curatore speciale nominato ai sensi del disposto di cui all'art. 78 cod. proc. civ.

(omissis)

Motivi della decisione

1. I ricorsi, proposti contro la medesima sentenza, vanno riuniti a norma dell'art. 335 c.p.c..

2. È preliminare l'esame dell'eccezione, secondo la quale il ricorso incidentale è inammissibile in quanto proposto dopo che la G. è stata cancellata dal registro delle imprese e si è quindi estinta.

2.1. L'eccezione è infondata alla luce della giurisprudenza di questa Corte, secondo la quale la cancellazione di una società di capitali dal registro delle imprese non ne

determina "ipso facto" l'estinzione; tale effetto si verifica a seguito della definizione dei rapporti pendenti, mentre prima di tale momento la società conserva piena capacità processuale sia attiva che passiva e la esercita in un senso e nell'altro per il tramite del liquidatore o, in mancanza, di un curatore speciale nominato ex art. 78 c.p.c. (*ex plurimis* Cass. 17 marzo 1998, n. 2869). (omissis)

P.Q.M.

La Corte riunisce i ricorsi e li rigetta; compensa le spese del giudizio di cassazione.

IL COMMENTO

di Nunzio-Attilio Toscano

Secondo l'art. 218 disp. trans. c.c. le società poste in liquidazione alla data del 1 gennaio 2004 sono liquidate secondo le leggi anteriori. In assenza di tale norma, il sostenere ancora che la società continua ad esistere, nonostante la cancellazione dal registro delle imprese, non avrebbe avuto un proprio significato giuridico, perché contrastante con il dato normativo di segno opposto risultante dall'avvento della Riforma societaria.

La particolarità della sentenza in esame non consi-

ste tanto nel suo contenuto - con cui la Suprema Corte, sia pure a livello di *obiter dictum*, ribadisce a chiare lettere una conclusione già raggiunta (1) -, quanto nel fatto che è intervenuta in un momento temporale in cui,

Nota:

(1) Per l'ultima decisione sul punto, cfr., Cass., 4 ottobre 1999, n. 11021, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 2064, che ha affermato che l'atto formale di cancellazione di una società commerciale (nella specie, società a responsabilità limitata) dal registro delle imprese non ne determina la estinzione ove non siano ancora esauriti tutti i rapporti giuridici facenti capo alla società stessa e da questa intrattenuti con i terzi. Ma, decisioni in merito si trovano a partire da Cass., 23 novembre 1978, n. 5489, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 468.

in seguito alla Riforma societaria ed alle novità di disciplina che essa ha spesso provocato, quella conclusione avrebbe potuto essere diversa.

Scioglimento e liquidazione della società

Scioglimento, liquidazione, cancellazione ed estinzione sono termini che ricorrono spesso e si intersecano fra loro lungo quelle che sono le fasi finali della vita di una società. Ciascuno di essi ha un proprio significato e si riferisce ad un particolare momento che incide sulle vicende societarie.

Quanto allo scioglimento e alla liquidazione, il Legislatore, prima della Riforma societaria, aveva dettato un'apposita disciplina solo per le s.p.a., usando la tecnica del rinvio per disciplinare le medesime fasi relativamente alle s.r.l. (art. 2497 c.c.) e alle s.a.p.a. (art. 2464 c.c.) (2). L'art. 2448 c.c. elencava dal numero 1) al numero 6) le cause per le quali la società si scioglieva, aggiungendo al comma 2 l'ulteriore previsione dello scioglimento per provvedimento dell'autorità governativa nei casi stabiliti dalla legge, nonché la dichiarazione di fallimento in caso di società avente un oggetto commerciale. È certo che il verificarsi di una causa di scioglimento non determina l'immediata estinzione della società, ma comporta il passaggio della vita societaria all'ulteriore fase della liquidazione (3). È orientamento prevalente - unanime in giurisprudenza - quello per il quale al verificarsi di una causa di scioglimento si ha una modificazione dello scopo sociale che consisterà non più nell'esercizio dell'impresa a fine di lucro, ma nella liquidazione del patrimonio allo scopo di soddisfare gli eventuali creditori sociali e di ripartire l'eventuale rimanente tra i soci (4). È rimasta minoritaria la tesi per la quale il verificarsi di una causa di scioglimento comporta il venir meno del contratto sociale e, di conseguenza, anche dell'efficacia vincolante dell'attività sociale nei confronti dei soci stessi (5).

Con la riforma societaria il Legislatore ha dedicato allo scioglimento e alla liquidazione l'apposito Capo VIII (artt. 2484-2496) intitolato "Scioglimento e liquidazione delle società di capitali", mostrando subito l'intento innovativo di disciplinare organicamente queste fasi per tutte le società di capitali, sopprimendo così la tecnica del rinvio. Le cause di scioglimento previste dall'art. 2484 c.c. sono rimaste sostanzialmente invariate.

Dottrina (6) e giurisprudenza (7), anteriormente alla riforma, concordavano sul fatto che le cause di scioglimento operassero di diritto, ponendo la società in stato di liquidazione dal momento in cui si fossero verificate, dunque senza la necessità di adempimenti successivi per produrre effetti. Il nuovo art. 2484, comma 3, ha previsto che "gli effetti dello scioglimento si determinano [...] alla data dell'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese". Ciò, - si legge nella Relazione alla Riforma - al fine essenziale di eliminare l'incertezza, per tutti, sul momento in cui lo scioglimento si determina.

Alla luce del nuovo testo dell'art. 2484, comma 3,

c.c. alcuni Autori hanno sostenuto che con la Riforma sia stata eliminata la regola della piena efficacia "di diritto" delle cause di scioglimento e che l'iscrizione (dell'accertamento) di queste nel registro delle imprese sia da ricomprendere tra le ipotesi di pubblicità c.d. costitutiva (8). Tale norma mira, in effetti, ad eliminare le incertezze che derivano dall'applicazione del criterio dell'efficacia ipso jure delle cause di scioglimento, in considerazione della difficoltà di individuare con precisione il momento in cui si verificano le stesse.

Tuttavia, la tesi dell'efficacia costitutiva della pubblicità relativa all'iscrizione nel Registro delle imprese delle cause di scioglimento non rimane esente da critiche (9). Si consideri, infatti, che gli effetti dello sciogli-

Note:

(2) Il rinvio, in realtà, esisteva anche per le s.p.a. medesime (ad esempio, in tema di poteri, obblighi e responsabilità dei liquidatori, l'art. 2452 c.c. richiamava gli artt. 2276 ss. e 2310 c.c.).

(3) Nella fase di scioglimento di una società di capitali non è possibile omettere il procedimento di liquidazione; cfr., Trib. Udine, 20 dicembre 1983, in *Vita not.*, 1984, 1599; *Id.*, 10 gennaio 1985 (decr.), in *Società*, 1985, p. 632 ss.; Trib. Roma, 28 luglio 1981, in *Società*, 1983, p. 346 ss. In dottrina, in tal senso, Salafia, *La liquidazione di società di capitali senza patrimoni*, in *Società*, 1982, II, p. 1132 ss.; Galesio Piuma, *Obbligatorietà del procedimento di liquidazione nelle società di capitali*, in *Giust. civ.*, 1983, II, p. 968 ss.; *contra*, Ascarelli, *Liquidazione e personalità delle società per azioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, p. 245 ss.; Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1993, p. 453 ss.; Trib. Sanremo, 6 luglio 1982 (decr.), in *Giust. civ.*, 1983, II, p. 968 ss.; *Id.*, 17 dicembre 1982 (decr.), in *Società*, 1983, p. 1035 ss. In dottrina, hanno sostenuto che la causa di scioglimento incide sull'oggetto della società che registrerebbe una riduzione, Ferri, *Le società*, in *Trattato Vassalli*, 1985, p. 305 e Ragusa Maggiore, *Trattato delle società*, I, in *Le società in generale. Le società di persone*, Padova, 2000, p. 308-309.

(4) Ferrara - Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001, p. 307 e 647; Maisano, *Lo scioglimento delle società*, Milano, 1974, p. 60 ss.; Porzio, *L'estinzione di società per azioni*, Napoli, 1959, p. 130 ss.; in giurisprudenza, Cass., 15 giugno 1995, n. 6787, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Procedimento civile*, n. 70; *Id.*, 2 aprile 1999, n. 3221, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Società*, n. 1055; Trib. Milano, 14 aprile 1983, in *Società*, 1984, p. 484.

(5) v. Ferri, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1981, artt. 2247-2324 c.c., p. 241 ss.

(6) v. Rordorf, *Della società per azioni*, in *Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, Milano, 2001, p. 690; Quattraro - D'Amora - Israel - Quattraro, *Trattato teorico pratico delle operazioni sul capitale*, Milano, 2001, p. 823; Borgia Cavallo, *Lo scioglimento e la liquidazione nella società per azioni*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1985, XVII, 147 s.; Caifa, *Società. Scioglimento e liquidazione*, Padova, 1987, p. 153 ss.

(7) Cass., 28 giugno 1980, n. 4089, in *Giust. civ.*, II, p. 250 ss.

(8) v. Galgano, *La società per azioni*, in *Trattato di dir. comm. e di dir. pubbl. dell'econom.*, diretto da Galgano, XXIX, Padova, 2003, p. 405; Di Sabato, *Diritto delle società*, Milano, 2003, p. 501; De Marchi e Santus, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, in AA.VV., *Il nuovo ordinamento delle società*, Milano, 2003, p. 322 e 345, sottolineano che "La nuova regola giuridica è indissolubilmente legata allo strumento della pubblicità. Diversamente da quanto previsto dall'art. 2448, vecchio testo, l'omissione dell'adempimento pubblicitario previsto non impedisce solo che lo scioglimento della società possa essere opposto ai terzi che non ne erano a conoscenza, ma ancor prima impedisce che possa configurarsi una situazione di scioglimento".

(9) v. Buonocore, in AA.VV., *Manuale di diritto commerciale*, a cura di Buonocore, Torino, 2003, p. 416, il quale ritiene che anche dopo l'en-

(segue)

mento cui ci si può riferire possono essere non solo esterni, ma anche interni. Ora, se è vero che gli effetti (esterni) dello scioglimento verso i terzi sono legati alla conoscenza che questi ultimi ne hanno attraverso lo strumento del Registro delle imprese, è pur vero che la riduzione o, se si vuole, il diverso orientarsi, dei poteri degli amministratori è collegato direttamente “al verificarsi di una causa di scioglimento”, come testualmente recita l’art. 2486 c.c. Questo vuol dire che gli effetti (interni) dello scioglimento si producono già al solo inventarsi di una sua causa (10). L’aver individuato in questo evento un termine iniziale riduce certamente la portata del principio dell’efficacia delle cause di scioglimento al momento della loro iscrizione nel Registro delle imprese. Lo scioglimento produce dunque, prim’ancora che sia reso noto ai terzi, una sua efficacia sia pure limitatamente ai rapporti interni della società. Se così è, allora l’efficacia della pubblicità della causa di scioglimento più che costitutiva sembra essere o, se si preferisce, rimanere, dichiarativa. La pubblicità è diretta a comunicare ai terzi interessati le modificazioni giuridicamente rilevanti ed ha una sua valenza giuridica in quanto trasmette notizia di avvenimenti già compiuti di cui i terzi devono tenere conto negli eventuali rapporti che instaureranno con la società (11).

Dallo scioglimento scaturisce l’apertura della fase di liquidazione della società. A seguito della riforma, è stato determinato in positivo il potere degli amministratori nel tempo successivo al verificarsi di una causa di scioglimento della società (art. 2485 e 2486 c.c.) (12); è sempre prevista la responsabilità personale e solidale in caso di violazione dei doveri di cui al primo comma dell’art. 2485 e 2486 c.c., esplicitamente anche verso i terzi (13). Gli amministratori, contestualmente all’accertamento della causa di scioglimento devono poi convocare l’assemblea per le deliberazioni relative alla liquidazione (art. 2487 c.c.). I liquidatori hanno il potere di compiere “tutti gli atti utili per la liquidazione della società” (art. 2489 c.c.), fondamentalmente diretti all’estinzione dei debiti societari e alla ripartizione dell’eventuale attivo residuo tra i soci.

Cancellazione ed estinzione della società: l’art. 2495 c.c.

Cancellazione ed estinzione esprimono due momenti strettamente connessi che grazie alla sentenza in esame si ha l’occasione di indagare soffermandosi, in particolare, sul nuovo art. 2495 c.c., che li contiene entrambi.

È rimasto inalterato il contenuto del primo comma che ripropone in termini equivalenti la corrispondente previsione del previgente art. 2456, comma 1, c.c. circa l’obbligo dei liquidatori di richiedere la cancellazione della società dal registro delle imprese o, per meglio dire, l’iscrizione della cancellazione della società dal detto registro. Non sono stati indicati neanche nel nuovo articolo i termini entro cui avanzare tale richiesta (14).

Il provvedimento di cancellazione (15), si sostiene

Note:

(segue nota 9)

trata in vigore della riforma, sembrerebbe plausibile ripetere quanto è consueto leggere nei più diffusi manuali di diritto commerciale, e cioè che tutte le cause di scioglimento operano di diritto, nel senso che non occorre un accertamento a carattere costitutivo negoziale, come potrebbe essere una deliberazione dei soci, o giudiziale, come potrebbe essere il decreto del tribunale di cui all’art. 2485 c.c., che sia.

(10) Sul punto anche Salanito, *Società di capitali e registro delle imprese*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 688-689. Fa notare Gusso, *sub art. 2486 c.c.*, in *Codice commentato delle nuove società*, Milano, 2004, p. 1154, che diventa difficile l’individuazione del termine iniziale della responsabilità degli amministratori per violazione del comma 1 dell’art. 2486 c.c. ogniqualvolta sia difficile individuare il momento del verificarsi della causa di scioglimento (ad es. art. 2484, comma 1, n. 3 c.c.).

(11) v. Salafia, *Deliberazioni condizionate e contestuali dell’assemblea straordinaria*, in *Società*, 2000, p. 1290.

(12) Anteriormente alla riforma si disponeva a chiare lettere il divieto per gli amministratori di intraprendere nuove operazioni che non fossero finalizzate alla liquidazione. Sul significato dell’espressione “nuove operazioni”, cfr. Cass., 28 gennaio 1995, n. 1035, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 1675 ss.; *Id.*, 19 settembre 1995, n. 9887, in *Società*, 1996, p. 282: “vanno qualificate come nuove operazioni tutti quei rapporti che, svincolati dalle necessità inerenti alla liquidazione delle attività sociali, siano costituiti dagli amministratori per il conseguimento di un utile sociale e per finalità diverse da quelle della liquidazione della società”. La dottrina prevalente ha configurato il divieto di nuove operazioni come una limitazione *ex lege* dei normali poteri di rappresentanza e gestori degli amministratori, produttiva di effetti nei confronti dei terzi solo se lo scioglimento della società è da loro conosciuto o conoscibile; cfr. Graziani, *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 543; Porzio, *L’estinzione delle s.p.a.*, Napoli, 1959, 141 ss.; Maisano, *Lo scioglimento delle società*, *op. cit.*, p. 225 ss. Secondo altra dottrina gli atti compiuti dagli amministratori durante la fase della liquidazione sarebbero invalidi e non impegnativi per la società, indipendentemente dalla conoscibilità o meno dell’intervenuto scioglimento da parte dei terzi; cfr., Galgano, *La società per azioni*, in *Trattato di dir. comm. e di dir. pubbl. dell’econom.*, diretto da Galgano, VII, Padova, 1988, p. 373.

(13) La dottrina prevalente era già arrivata alla conclusione che gli amministratori fossero responsabili non solo verso la società, ma anche verso i terzi. Niccolini, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della s.p.a.*, in *Trattato Colombo-Portale*, Padova, VII, 3, 1997, 471 ss.; Bonelli, *Gli amministratori di s.p.a.*, Milano, 1985, 198 ss.; Galgano, *op. loc. cit.*, 372. Nello stesso senso è la prevalente giurisprudenza. Cass., 22 novembre 1971, n. 3371, in *Giust. civ.*, 1972, I, 18, con nota di Schermi; Trib. Torino, 20 marzo 1989, in *Giur. comm.*, 1990, II, 285, con nota di Boero; Cass., 19 settembre 1995, n. 9887, *ivi*, 1996, II, 662; *Id.*, 12 giugno 1997, n. 5275, in *Foro it.*, 1997, I, 1908.

Ritengono che gli amministratori siano responsabili solo verso la società, Ferri, *Le società*, in *Trattato Vassalli*, 1987, 909 ss.; Porzio, *op. cit.*, 33 s; isolatamente in giurisprudenza, App. Milano, 28 marzo 1980, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, 219.

(14) Evidenzia le lacune e le questioni lasciate irrisolte dalla Riforma, Niccolini, *Scioglimento e liquidazione*, *op. cit.*, p. 1840. Un’elencazione delle stesse vi è anche in Speranzin, *L’estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione dal registro delle imprese*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 518 ss. Si ricorda, in particolare, la mancata disciplina del regime delle sopravvenienze attive e passive successive all’iscrizione della cancellazione della società nel registro delle imprese, non avendo il legislatore delegato seguito completamente l’art. 8, lett. a), della legge delega (n. 366/01) e la mancata previsione - per lo meno esplicita - di uno strumento preventivo specifico di tutela dei creditori per il caso in cui i liquidatori intendano procedere alla cancellazione e quindi all’estinzione della società, violando il principio secondo il quale l’attivo sociale non può essere ripartito tra i soci prima che siano soddisfatti i creditori sociali.

(15) Sulla natura del quale v. Afferni, *Il registro delle imprese*, in *Trattato di dir. comm. e di dir. pubbl. dell’econom.*, Padova, 1978, p. 198, ove afferma trattarsi di atto amministrativo.

in dottrina (16), è emesso dai funzionari amministrativi dell'ufficio del registro delle imprese su richiesta dei liquidatori, previo riscontro dell'attuazione formale del procedimento legale di liquidazione.

Le novità del Legislatore della Riforma si sono concentrate nel comma 2 dell'articolo in parola.

In principio di tale comma 2 è stata aggiunto l'inciso "ferma restando l'estinzione della società" con cui si è voluto dirimere il dibattito circa gli effetti della cancellazione. Infatti, dottrina e giurisprudenza erano - e sono, come si dirà nel prosieguo - su posizioni divergenti.

Si discuteva se la cancellazione fosse non solo presupposto necessario (17) ma anche sufficiente a determinare l'estinzione della società. Da un lato, la dottrina ha sostenuto che la cancellazione fosse requisito necessario ma anche sufficiente all'estinzione della società (18); dall'altro, in giurisprudenza si è consolidata la tesi opposta, e cioè che la cancellazione della società non fosse sufficiente all'estinzione della società (19). Quest'ultima tesi ha trovato fondamento nella distinzione tra liquidazione formale - costituita dall'avvenuta cancellazione dal registro delle imprese -, e liquidazione sostanziale - costituita dall'effettiva definizione ed estinzione di tutti i rapporti sia attivi che passivi, sia sostanziali che processuali facenti capo alla società - e nell'affermazione che solo il perfezionarsi di quest'ultima forma di liquidazione comportava l'estinzione della società.

Corollario della tesi della dottrina è che, a cancellazione avvenuta, i creditori sociali non soddisfatti sui beni della società non possono più aggredire il patrimonio di questa in quanto estintasi. L'unica loro tutela consiste nelle azioni verso i soci ed i liquidatori di cui all'art. 2456, comma 2, prev., c.c.. (ora art. 2495, comma 2, c.c.)

Corollario della tesi giurisprudenziale è che i creditori sociali rimasti insoddisfatti durante la liquidazione, a cancellazione avvenuta, possono convenire in giudizio, oltre i soci ed i liquidatori, anche la società cancellata in persona del suo liquidatore o di un curatore speciale ex art. 78 c.p.c..

Sempre in giurisprudenza (20), si è sostenuto che la cessazione dell'attività di impresa, evento da cui decorre il termine di un anno entro cui può essere dichiarato il fallimento dell'imprenditore (art. 10 legge fall.), si integrava soltanto con l'effettiva estinzione dei rapporti sociali ovverosia con lo stesso evento che rilevava ai fini dell'estinzione dell'ente. Questo orientamento è stato disatteso dalla Corte costituzionale che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 10 legge fall. "nella parte in cui non prevede che il fallimento dell'imprenditore collettivo possa essere dichiarato solo entro un anno dalla sua cancellazione dal registro delle imprese" (21). Il Giudice costituzionale in questo modo ha voluto sottolineare che, se così non fosse, verrebbe reso sostanzialmente inoperante il termine finale per la dichiarazione di fallimento.

La locuzione iniziale dell'art. 2495, comma 2, c.c.

ove si dice "ferma l'estinzione della società" è chiaramente indicativa dell'efficacia costitutiva (22) e dell'ef-

Note:

(16) In tal senso, cfr. Niccolini, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, in *Società di capitali - Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1837, secondo cui non vi è alcuna norma che [...] modifichi il regime ordinario di funzionamento del registro delle imprese, per il quale, salvi i casi, tipizzati, nei quali l'iscrizione, in quanto dovuta ed omessa, è disposta dal giudice del registro delle imprese (art. 2190 c.c.; art. 16, D.P.R. n. 581/95), alle iscrizioni procede l'ufficio, sotto la sorveglianza del giudice del registro delle imprese; in giurisprudenza, Trib. Monza, 22 settembre 1987, in *Foro pad.*, 1988, I, p. 480; *contra*, in dottrina, Porzio, *L'estinzione della società per azioni*, Napoli, 1959, p. 199, secondo cui si tratterebbe del giudice preposto alla vigilanza sul registro delle imprese; in giurisprudenza, Trib. Lucca, 3 giugno 1987, in *Riv. not.*, 1988, p. 167 (riferita a società di persone).

(17) Questo era già pacifico in dottrina (v. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 2002, p. 133 e 533) e in giurisprudenza (Cass., 13 ottobre 1966, in *Foro it.*, 1967, I, c. 2249).

(18) v. Ferrara-Corsi, *Gli imprenditori*, op. cit., 2001, p. 659; Campobasso, *Diritto commerciale*. 2. *Diritto delle società*, Torino, 2002, p. 134; Frè, *Società per azioni*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Roma-Bologna, 1982, p. 908 ss.; Ferri, *Le società*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1971, p. 977 ss.

(19) Cass., 4 ottobre 1999, n. 11021, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, p. 2064; *Id.*, 14 maggio 1999, n. 4774, in *Società*, 1999, p. 1326; *Id.*, 20 ottobre 1998, n. 10380, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 2125.

(20) Cass., 24 novembre 2000, n. 15187, in *Dir. e prat. soc.*, 2001, f. 7, p. 81; *Id.*, 20 dicembre 1988, n. 6953, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, fasc. 12; Trib. Milano, 3 ottobre 1986, in *Dir. fall.*, 1987, II, p. 731.

(21) Corte cost., 21 luglio 2000, n. 319, in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, p. 211. In applicazione di tale principio, v. Cass., 8 novembre 2002, n. 15677, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, p. 1933. Alle critiche ricevute dalla sentenza della Corte costituzionale (Campobasso, *Diritto commerciale*. 2. *Diritto*, op. cit., p. 136; Ragusa Maggiore, *Una pronuncia della Consulta che completa l'orientamento interpretativo dell'art. 10 legge fall. in precedenza seguito dalla Corte costituzionale*, in *Dir. fall.*, 2001, II, p. 1361; Barachini, *Il fallimento dell'ex socio dopo le sentenze della Corte costituzionale n. 66/99 e n. 319/00*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, p. 633) - con le quali si è osservato che la Corte costituzionale sembra far coincidere il momento della cessazione dell'impresa con quello della cessazione della società, sovrapponendo la sfera dell'attività d'impresa con quella della forma societaria per l'esercizio di tale attività - ha fatto seguito il mutamento di pensiero della medesima Corte che, nelle successive occasioni (Corte cost., 7 novembre 2001, n. 361 (ord.), e 22 aprile 2002, n. 131 (ord.), entrambe in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 563 ss.), ha accolto tali critiche dando rilevanza alla cessazione effettiva dell'attività imprenditoriale, ove specifica che "[...] è del tutto coerente con i principi della pubblicità dichiarativa la possibilità per i terzi di provare la non veridicità del fatto iscritto e, dunque, in ipotesi, di dimostrare il compimento di atti di esercizio dell'impresa successivamente all'iscrizione della sua cessazione".

(22) In tal senso si sono orientati i primi commenti alla novella: Niccolini, *La disciplina dello scioglimento, della liquidazione e dell'estinzione delle società di capitali*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di Ambrosini, Torino, 2003, p. 192-193; Buonocore, in AA.VV., *Istituzioni di diritto commerciale*, a cura di Buonocore, Torino, 2003, p. 422-423; Campobasso, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2003, p. 320; Corsi, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, p. 279; Parrella, *sub. art. 2495 c.c.*, in *La riforma delle Società*, a cura di Sandulli e Santoro, 3, Torino, 2003, p. 305 ss.; Santus - De Marchi, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali nella riforma del diritto societario*, in *Riv. not.*, 2003, p. 631-632; Speranzin, op. cit., p. 514 ss. Niccolini, *Scioglimento e liquidazione*, op. cit., p. 1841, ha rilevato che è sistematicamente coerente all'efficacia costitutiva della cancellazione affermare che a seguito della cancellazione si istituisce una comunione fra i soci dei beni sopravvissuti alla liquidazione o sopravvenuti alla cancellazione. In tal senso, anche, Trib. Monza, 12 febbraio 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 91 ss. e in *Società*, 2001, p. 831 ss.

fetto estintivo che produce la cancellazione dal registro delle imprese. Il Legislatore della Riforma ha dunque accolto l'orientamento della dottrina che si è esposto poc'anzi. La formulazione della norma trova una sua ragione d'essere se letta con riferimento all'art. 2456, comma 2, prev., c.c., risultandone essere nient'altro che l'interpretazione autentica. In altri termini, il Legislatore sembra abbia voluto stabilire che la cancellazione, già in base alla disposizione previgente, era condizione sufficiente per l'estinzione della società.

Conclusioni

La Cassazione ha continuato a sostenere la tesi che ha caratterizzato l'orizzonte giurisprudenziale pre-Riforma sul tema degli effetti della cancellazione dal registro delle imprese. La naturale conseguenza di questa tesi è che la società continua ad esistere, sia sostanzialmente che processualmente, e, precisamente, continua ad ave-

re una propria capacità giuridica processuale attiva e passiva.

La conclusione si giustifica, tuttavia, tenendo conto dell'art. 218 disp. trans. c.c. (23), secondo cui le società poste in liquidazione alla data del 1 gennaio 2004 sono liquidate secondo le leggi anteriori. Qualora una norma simile non vi fosse stata, il sostenere ancora che la società continua ad esistere, nonostante la cancellazione dal registro delle imprese, non avrebbe avuto un proprio significato giuridico, perché contrastante con il dato normativo di segno opposto risultante dall'avvento della Riforma societaria.

Nota:

(23) Sulla problematicità che sembra caratterizzare l'art. 218 disp. trans. c.c. si sofferma Paciello, *sub* art. 2484 c.c., in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, 3, Torino, 2003, p. 241.

Amministrazione di sostegno

Il giudice tutelare e la vendetta di Puchta

TRIBUNALE DI VENEZIA, SEZ. CHIOGGIA, 24 settembre 2004, ord.
Giudice Tutelare Ciampaglia

Amministrazione di sostegno - Irragionevolezza della disciplina - Questioni di legittimità costituzionale.

Si dichiara la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale delle disposizioni ex artt. 404, 405, n. 3 e 4, e 409, 413, ultimo comma e 418 ultimo comma c.c., le quali appaiono irragionevoli, nella misura in cui, una volta operata la scelta organizzativa di non concentrare in un unico organo la gestione del medesimo caso umano, non prevedono tuttavia, in caso di divergenza tra il giudice dell'interdizione e il giudice tutelare, le modalità di risoluzione di eventuali divergenze: sia sull'interpretazione da dare degli istituti in parola, dei relativi presupposti e dell'ampiezza dei relativi effetti, sia sulla gravità della deficienza psichica del soggetto incapace.

(omissis)

Il G.I. argomenta la rimessione in parola sostenendo che la F. 1) è affetta da conseguenze di grave patologia in età perinatale, ma 2) conserva specificativa capacità di rapportarsi con familiari e terzi, al punto che 3) è in grado di svolgere attività lavorativa/educativa presso la Coop. E. di Cavarzere, ed inoltre 4) ha la capacità di compiere in misura apprezzabile gli atti necessari a soddisfare le esigenze della sua vita quotidiana pur con l'aiuto di familiari.

In sintesi, nel pensiero del giudice rimettente è implicita la conclusione che ai fini della tutela della F. e in particolare sulla base delle riferite premesse in punto di fatto, non sia necessaria una misura interdittiva o inabilitativa, all'opposto essendo sufficiente il sostegno di un amministratore di pubblica nomina, secondo le modalità e con gli effetti del nuovo istituto di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia, siccome introdotto, a modifica del c.c., dalla legge 9 gennaio 2004, n. 6.

Dal dispositivo del provvedimento di rimessione, con il quale si assegna all'amministratore provvisorio il potere di compiere *medio tempore*, in nome e per conto della beneficiaria, tutti gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, emerge altresì la tesi implicita che gli effetti di tutela patrimoniale garantiti dall'amministrazione di sostegno possono essere anche molto ampi, e persino coincidere, ove necessario, con quelli assicurati dall'interdizione.

È del resto proprio questa la conclusione esegetica che viene accolta presso questo foro e in sede di formazione decentrata (cfr. relazione incontro di studio 10 maggio 2004 c/o Tribunale di Venezia, pag. 11).

In effetti, la norma che regola l'interdizione (e l'inabili-

tazione) e quella che regola l'amministrazione di sostegno, sembrano in certa misura sovrapporsi, fino al punto da poter coincidere, e un tanto sia dal lato della fattispecie condizionante, sia dal lato della statuizione condizionata:

a) dal lato della fattispecie: l'esegesi dell'art. 404 c.c. consente *de plano* di affermare che l'amministrazione di sostegno è applicabile (non solo, ma) anche nel caso di incapacità totale e permanente del beneficiario di provvedere ai propri interessi per infermità o menomazione psichica, secondo una formulazione che di fatto coincide con quella della incapacità di provvedere ai propri interessi indotta da abituale infermità di mente richiesta dall'art. 414 c.c. per l'interdizione.

In particolare, posto che l'incapacità psichica del beneficiario dell'amministrazione di sostegno può anche essere totale, proprio come per l'interdetto, la maggiore o minore gravità dell'infermità psichica non discrimina necessariamente tra i due istituti. Inoltre, una incapacità psichica parziale o sicuramente transeunte, e per questo meno grave, può dare ingresso, in difetto di ulteriori elementi differenziatori, sia all'amministrazione di sostegno (ex art. 415 c.c.) all'inabilitazione;

b) dal lato degli effetti: la nuova disciplina delle «misure di protezione» fa salvo il potere del beneficiario di compiere: 1) gli atti (giuridici e non?) necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana, 2) gli atti (giuridici) che non richiedono l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva dell'amministratore di sostegno, ma secondo l'interpretazione corrente degli artt. 405, n. 3 e 4, e 409 c.c., interpretazione della quale il provvedimento di rimessione costituisce sintomo punto isolato, la «protezione» può essere così estesa da imporre, ove necessario, la presenza dell'amministratore di so-

stegno, vuoi come rappresentante vuoi in funzione di integrazione della volontà dell'assistito, in pressoché tutti gli atti sub 2).

Nel caso di specie, e in altri analoghi che investono questo stesso g.t., il provvedimento di rimessione autorizza l'amministratore a compiere, in nome e per conto del soggetto beneficiario, tutti gli atti di straordinaria e ordinaria amministrazione (per questi ultimi nei limiti in cui lo stesso non sia in grado di compierli da sé solo o almeno assistito) attraverso i quali la persona fa esercizio di autonomia giuridica.

È possibile pertanto che i poteri conferiti all'amministratore di sostegno siano così ampi da impedire al beneficiario di compiere da sé solo (senza l'assistenza o la rappresentanza di quello) validi atti giuridici.

In tale caso, gli effetti dell'amministrazione di sostegno coincidono (salvo ovviamente il compimento degli atti giuridici necessariamente personali) con quelli dell'interdizione, così come modulabili ai sensi dell'art. 427, primo comma (introdotto dalla legge n. 6/2004), c.c.

Peraltro, in base ad altra disposizione contenuta nel comma in parola, l'inabilitato può essere autorizzato a compiere atti eccedenti l'ordinaria amministrazione senza l'assistenza del curatore.

Anche in questo caso, gli effetti di due distinti istituti di protezione - A. di S. e inabilitazione - possono di fatto coincidere: posto che anche il giudice tutelare, in presenza di una infermità psichica non grave in capo al beneficiario, può limitarsi a individuare una serie ristretta di atti di straordinaria amministrazione per i quali è sufficiente l'assistenza dell'amministratore di sostegno, lasciando per il resto intatta l'autonomia giuridica del soggetto bisognoso di tutela.

In definitiva, le disposizioni sopra richiamate danno luogo, in assenza di criteri discriminanti espressi e chiaramente desumibili, a tre fattispecie normative che, nella misura e nei termini sopra precisati, irragionevolmente coincidono.

È ben vero, peraltro, che in forza dell'art. 414, così come modificato dalla legge n. 6/2004, la misura dell'interdizione (e si deve presumere anche quella della inabilitazione) deve essere applicata solo quando ciò è necessario ed assicura all'infermo adeguata protezione, ma si tratta di un criterio discriminante muto.

In effetti, la necessità di una misura di protezione si deve valutare apprezzando la congruità del mezzo (l'ampiezza tipologica degli atti che richiedono l'assistenza o la rappresentanza) rispetto alla situazione (la gravità dell'incapacità del soggetto di provvedere ai propri interessi, ossia di compiere in modo consapevole e ponderato quegli atti) cui deve sopperire.

Nondimeno, se il presupposto della amministrazione di sostegno, ove consista nella totale e permanente incapacità psichica del beneficiario, e i relativi effetti, ove al beneficiario venga precluso il compimento da sé solo (come sembra emergere nel caso di specie e nei limiti sopra precisati dal provvedimento di rimessione) di

qualunque atto di ordinaria e straordinaria amministrazione, di fatto coincidono con quelli dell'interdizione, si deve allora concludere che l'interdizione non è mai necessaria.

Mutatis mutandis (incapacità psichica meno grave, amministrazione di sostegno meno invasiva nei suoi effetti preclusivi), si deve pervenire alla medesima conclusione per l'istituto dell'inabilitazione.

In sostanza, ed è proprio questa una tesi che è stata autorevolmente sostenuta in dottrina, la novella, più che una parziale duplicazione di fattispecie, conterrebbe di fatto una sorta di abrogazione non dichiarata dell'interdizione e dell'inabilitazione, a cui sarebbe assegnato una funzione assolutamente marginale e residuale, dovendo essere il giudice a riempire di contenuti il muto criterio della «necessità».

Quella stessa dottrina ha in particolare suggerito la tesi che l'interdizione (e l'inabilitazione?) sarebbe necessaria, in presenza ovviamente degli ulteriori presupposti, solo nel caso in cui l'incapace risultasse titolare di un ingente patrimonio.

Rileva in proposito questo giudice che la dietrologia (il legislatore non ha avuto il coraggio di andar fino in fondo, non si è sentito di abrogare formalmente i vecchi istituti di tutela) non può costituire il filo conduttore dell'opera interpretativa, necessariamente in chiave sistematica, del nuovo più articolato sistema di protezione degli incapaci (e di tutela della buona fede dei terzi che vengono in relazione giuridica con gli stessi); e che a tal fine, non gli è consentito fare finta che gli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione siano stati praticamente espulsi dal nostro ordinamento.

Lo vieta infatti il principio istituzionale di legalità, che nel nostro ordinamento costituzionalizzato regge come una architrave la funzione giurisdizionale.

Peraltro, se la soggezione del giudice alla legge impone all'organo giudicante di tener conto, in concorso dei relativi presupposti, di tutti gli istituti di protezione degli incapaci privi di autonomia introdotti, mantenuti o modificati dal legislatore, ciò richiede che la scelta dello strumento di «tutela» da applicare non sia di fatto lasciata, in assenza di chiari confini tra le diverse fattispecie, al libero arbitrio dell'organo giurisdizionale, in particolare in una materia potenzialmente lesiva, e in sommo grado, della sfera di libertà e di autodeterminazione dei singoli.

Ne possono infatti risultare compromessi supremi valori costituzionali quali quelli fissati negli artt. 2, 3 e 4 della Cost. nonché violati gli ulteriori parametri di principio con i quali di seguito la Carta garantisce il pieno dispiegarsi della personalità nella sfera dei rapporti economici e dei traffici giuridici: art. 41, primo comma, e 42, secondo comma.

E così tanto più in quanto il nuovo istituto di protezione, dagli effetti potenzialmente simili a quelli dell'interdizione, anche in concorso di meno gravi presupposti, sono stati affidati a un giudice unico (g.t.) e a un prov-

vedimento che non si consolida mai in giudicato, essendo sempre modificabile (anche *in peius* sotto il profilo degli effetti preclusivi) e meramente reclamabile, così privando il «beneficiario», con un risultato paradossalmente inverso a quello di maggior tutela prefissosi dal legislatore della novella, delle maggiori garanzie, sia pure non di rango costituzionale, insite nella collegialità e nell'appellabilità che caratterizzano i procedimenti di interdizione e inabilitazione.

Per non dire poi della circostanza che questo giudice unico non si limita a esprimere un parere in proposito, ma può direttamente autorizzare atti di disposizione del patrimonio del «beneficiario» (ai sensi dell'art. 411, primo comma, c.c., i provvedimenti di cui agli artt. 375 e 376 c.c. sono emessi dal giudice tutelare).

La mancata indicazione di chiari criteri selettivi ha dato luogo pertanto a una duplicazione irragionevole di fattispecie che risultano parzialmente fungibili, e rendono più precaria e incerta, di fronte al potere dell'organo giurisdizionale che è tenuto a somministrare la misura, la condizione del soggetto incapace privo di autonomia.

È evidente peraltro che la denunciata irragionevolezza verrebbe meno in radice, ove fosse possibile interpretare l'istituto in parola, ed in particolare gli artt. 404, 405, n. 3 e 4, e 409 c.c., nel senso della sua applicabilità alle sole ipotesi di infermità psichica meno gravi di quelle che giustificano l'interdizione e la stessa inabilitazione, derivandone, conseguentemente, l'adottabilità, da parte del g.t., di misure limitative della autonomia giuridica del soggetto incapace non già ad ampio spettro, all'opposto davvero mirate a specifiche categorie di atti se non ad atti singoli.

L'indirizzo interpretativo corrente, di cui il provvedimento di trasmissione degli atti in parola è sintomatico, non consente però questa soluzione esegetica, e rende rilevante nel caso di specie, già in astratto, la sollevata questione di costituzionalità delle disposizioni in parola. Detta rilevanza può, peraltro, essere apprezzata anche in concreto: posto che nella documentazione medica allegata al ricorso per interdizione (come sopra implicitamente rigettato dal giudice adito), si legge, tra l'altro, che, per effetto della oligofrenia di cui risulta affetta, la F. deve essere seguita in ogni atto della vita quotidiana, derivandone *ictu oculi* un quadro clinico così grave che lo stesso G.I. rimettente, come si è già rilevato, ha ritenuto necessario precluderle, nominando all'uopo un amministratore provvisorio con amplissimi poteri di rappresentanza ed assistenza, il valido compimento da sé sola pressoché di ogni atto di straordinaria e ordinaria amministrazione.

Su questa base, chi scrive deve dunque decidere se ricorrono in punto di fatto i presupposti richiesti per l'A. di S. o, in alternativa, se una interpretazione costituzionalmente orientata dell'istituto in parola, e così nei termini sopra precisati, gli imponga di utilizzare in via immediata e preventiva i poteri di sollecitazione del giudi-

zio (in questo caso di un nuovo giudizio) interdittivo attribuitigli dall'ultimo comma dell'art. 413 c.c.

Vi sono peraltro, a parere di questo giudice, ulteriori profili di irragionevolezza, potenzialmente perniciosi per la libertà del soggetto «incapace», e dunque per i valori e i parametri sopra richiamati, nella disciplina introdotta dalla novella.

In particolare:

a) in base al novellato art. 418, c.c., se il giudice dell'interdizione e dell'inabilitazione ritiene, nel corso del relativo procedimento, che non esistono i presupposti per applicare la relativa misura di protezione, ma gli appare opportuno che sia applicata l'amministrazione di sostegno, dispone, come nel caso di specie, la trasmissione del procedimento al giudice tutelare e può nominare medio-tempore un'amministrazione di sostegno indicando gli atti che è autorizzato a compiere;

b) in base all'ultimo comma del novellato art. 413 c.c., il giudice tutelare provvede, anche d'ufficio, alla dichiarazione di cessazione della materia dell'amministrazione di sostegno quando questa a suo parere si sia rivelata inidonea a realizzare la piena tutela del beneficiario, e in tale ipotesi, se ritiene che si debba promuovere giudizio di interdizione o di inabilitazione, ne informa il pubblico ministero, affinché vi provveda.

In sostanza, il nuovo sistema di protezione è affidato a due distinti organi giudiziari (il giudice dell'interdizione e il giudice tutelare) che sono chiamati a gestire lo stesso caso umano, ciascuno sulla base della propria idea riguardo ai criteri selettivi (quando è necessaria l'interdizione o l'inabilitazione?, quando l'amministrazione di sostegno non è adeguata?) che contraddistinguono le fattispecie e relative misure rispettivamente e autonomamente amministrate.

Le disposizioni in esame non indicano però quale dei due soggetti, in caso di divergenza, debba prevalere.

Il giudice dell'interdizione non può infatti obbligare il giudice tutelare a nominare un amministratore di sostegno (ove il g.t. reputi che tale misura sia inadeguata); a sua volta il giudice tutelare non può imporre al giudice dell'interdizione e dell'inabilitazione l'adozione di tali misure (che il Presidente o il g.t. o il collegio reputino non necessarie).

Per ovviare al corto circuito giudiziario che tale situazione può produrre, innescato dalla mancanza di una disposizione processuale di coordinamento *ad hoc* ed esasperata dall'assenza di chiari criteri selettivi, si è non a caso suggerito di introdurre la prassi, che non trova peraltro appiglio in nessuna specifica disposizione processuale, che uno dei due giudici in parola (nel caso di specie ad es. il G.I.) acquisisca preventivamente il parere dell'altro organo (nel caso di specie il g.t.) in ordine alla sussistenza, secondo lui, dei presupposti richiesti per l'adozione della misura che gli compete di somministrare (nel caso di specie l'A. di S.).

Come dire: una concertazione preventiva che dà luogo ad un'inammissibile anticipazione di giudizio.

Tale suggerimento è tuttavia il sintomo di un reale problema di coordinamento, atteso che in questo vuoto omissivo (il g.t. non nomina l'amministratore di sostegno, il giudice dell'interdizione non interdice, etc.), può finire come in tritacarne lo stesso «beneficiario!», sbalotato da un organo giudicante all'altro in attesa di una decisione (relativamente definitiva) sul suo caso.

Né d'altra parte si vede per quale ragionevole motivo, salvo un improponibile stare *decisis*, il g.t. a cui siano stati trasmessi gli atti, come nel caso di specie ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 418 c.c., e che fin da subito reputi non adeguata la misura dell'amministrazione di sostegno, e così sulla base del quadro diagnostico dagli stessi emergente *ictu oculi*, debba adottare per intanto una misura particolarmente incisiva, praticamente identica negli effetti a quelli derivanti dall'interdizione, una misura che proprio per questo egli reputi di non poter legittimamente adottare, salvo poi avviare in un momento immediatamente successivo il procedimento sollecitatorio previsto dall'ultimo comma dell'art. 413 c.c.

L'autorevole dottrina, che pure suggerisce tale bizzarro *modus procedendi*, non tiene innanzi tutto conto del fatto che detta procedura è pensata in funzione di un giudizio sopravvenuto e sperimentato (si sia rilevata inidonea a realizzare la piena tutela) della misura già adottata, in allora ricorrendovi i presupposti.

Di più.

Non tiene conto del fatto che una amministrazione di sostegno che produca sul piano degli effetti giuridici la stessa situazione dell'interdizione, precludendo al beneficiario il valido compimento da sé solo di qualunque atto di ordinaria e straordinaria amministrazione, rende quella per definizione non necessaria.

Infine, la trasmissione degli atti al p.m. e il successivo riesame del caso umano da parte del giudice dell'interdizione, e così ai sensi della disposizione per ultima cita-

ta, non necessariamente dà luogo al risultato auspicato dal G.T.: che si vede infine costretto a tenere ferma una misura di protezione a suo parere illegittima.

In definitiva, anche le disposizioni ex art. 413, ultimo comma, e 418, ultimo comma, c.c. appaiono irragionevoli, nella misura in cui, una volta operata la scelta organizzativa di non concentrare in un unico organo la gestione del medesimo caso umano, non prevedono tuttavia, in caso di divergenza tra i due giudici, le modalità di risoluzione di eventuali divergenze: sia sull'interpretazione da dare degli istituti in parola, dei relativi presupposti e dell'ampiezza dei relativi effetti, sia sulla gravità della deficienza psichica del soggetto incapace.

La questione appare rilevante nel caso di specie, in quanto l'interpretazione che il giudice rimettente dà dell'istituto dell'A. di S., tale da ricomprendere anche deficienze psichiche molto gravi nonché provvedimenti con estesissimi effetti limitativi della autonomia giuridica dell'incapace, pur apparendo a questo giudice tutelare in contrasto con i parametri costituzionali sopra evidenziati, non difetta di plausibilità esegetica, e non gli lascerebbe pertanto altra strada che l'adozione di una misura a cui il codice civile, o meglio la sua interpretazione costituzionalmente orientata, tuttavia non lo abilita.

Ne deriva pertanto un pericolo di violazione dello stesso principio costituzionale di soggezione del giudice alla legge (art. 101, secondo comma, della Carta).

Il principio di legalità in senso lato va infatti coordinato con quello di legalità costituzionale, ma al giudice di *Civil Law* non è consentito disapplicare direttamente l'interpretazione normativa corrente che egli reputi di dubbia legittimità costituzionale, può solo sollevare la relativa questione in quanto a suo dire non manifestamente infondata nonché rilevante.

Come di fatto la solleva.

(*omissis*)

IL COMMENTO

di Emanuele Calò

Sulla scia del dibattito dottrinario, il giudice tutelare di Chioggia solleva questione di legittimità costituzionale delle norme sull'amministrazione di sostegno, per via della loro difficile convivenza con l'interdizione e l'inabilitazione. Non sembra però che si tratti di una questione che possa essere risolta dalla Consulta. Piuttosto, essa andrà affrontata dal legislatore e, nelle more, dall'interprete.

Il giudice tutelare di Chioggia ha sollevato que-

stione di legittimità costituzionale di buona parte delle norme codicistiche che regolano, nel nostro sistema, gli istituti afferenti all'incapacità d'agire dei maggiorenni.

Il cahier de doléances di un giudice tutelare

L'attuale disciplina presenterebbe le seguenti problematiche:

a) la riforma introdotta con la legge n. 6/2004 ha introdotto l'amministrazione di sostegno (1), provvedendo a pochi ritocchi dell'interdizione e dell'inabilitazione;

b) ne risultano due istituti e, quindi, due sistemi assolutamente diversi;

c) è esatto asserire che la riforma non ha provveduto per il caso in cui il giudice tutelare ed il tribunale dissentano sul provvedimento da applicare, ma il sistema contiene correttivi e sottende tendenze che dirimerebbero la questione;

d) la possibilità che interdizione e amministrazione di sostegno si sovrappongano, creerebbe un corto circuito, testualmente invocato dal giudice tutelare di Chioggia per il versante procedurale, ma comunque implicito nella sua requisitoria sul sistema.

L'ardua actio finium regundorum

Iniziamo dall'obiezione più consistente, che concerne la mancanza di un sistema di risoluzione dell'eventuale disparità di vedute fra giudice tutelare e tribunale. Giustamente si asserisce che, quando nel corso di un giudizio d'interdizione o d'inabilitazione appare opportuno, nell'interesse del disabile, applicare l'amministrazione di sostegno, il giudice investito del ricorso in interdizione dispone, su istanza della parte ma anche di ufficio, la trasmissione degli atti al giudice tutelare, in quanto il legislatore esige che si applichi, in ogni caso la misura meno gravosa e meno incisiva sulla capacità del disabile (2).

Si è giustamente rilevato come una maggiore chiarezza in sede legislativa avrebbe evitato la difficile *actio finium regundorum*, poiché la flessibilità dei presupposti per la nomina di un amministratore di sostegno favorirebbero la concorrenza e la sovrapposizione fra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione (3).

Abbiamo già rilevato che interdizione e amministrazione di sostegno possono perfettamente sovrapporsi, in quanto l'art. 9 della l. 6/2004, ha aggiunto un comma all'art. 427, a tenore del quale si prevede che nella sentenza che pronuncia l'interdizione o l'inabilitazione, o in successivi provvedimenti dell'autorità giudiziaria, possa stabilirsi che taluni atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'interdetto senza l'intervento ovvero con l'assistenza del tutore, o che taluni atti eccedenti l'ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore. Poiché ormai risulta espressamente che l'interdizione possa non corrispondere all'incapacità assoluta (4), diventa improponibile un'asserzione che conduca ad identificare l'amministrazione di sostegno con incapacità, per così dire, minori, a fronte dell'incapacità assoluta, che dovrebbe sfociare, per una sorta di imperscrutabile ineluttabilità, nell'interdizione. A sua volta, l'amministrazione di sostegno può essere decisa anche in presenza di impossibilità totale e permanente di provvedere ai propri interessi (art. 404 c.c.).

Note:

(1) Sull'amministrazione di sostegno i volumi finora editi sono: G. Bonilini, A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2004, E. Calò,

Amministrazione di sostegno, Milano, 2004, M. Dossetti, M. Moretti, C. Moretti, *L'amministratore di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Milano, 2004, *Amministrazione di sostegno*, a cura di G. Autorino Stanzone e V. Zambrano, Milano, 2004, M. Pini, *Amministrazione di sostegno e interdizione - La riforma del sistema di protezione delle persone prive di autonomia*, Milano, 2004; F. Sassano, *La tutela dell'incapace e l'amministrazione di sostegno*, Rimini, 2004, *L'amministrazione di sostegno* (Atti del Convegno organizzato in Genova dal Consiglio Nazionale del Notariato il 17 aprile 2004), Quaderno di *Famiglia*, n. 4, a cura di S. Patti, Milano, 2005; le relazioni sono: C.M. Bianca, *Premessa* - E.V. Napoli, *L'interdizione e l'inabilitazione* - G. Ferrando, *Il beneficiario* - E. Calò, *Autonomia e autodeterminazione del beneficiario* - L. Milone, *Il beneficiario, il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno: le relazioni* - C. Priore, *L'attività autonoma del beneficiario* - T. Romoli, *Le invalidità nell'amministrazione di sostegno* - V. Roppo e M. Dellacasa, *Amministrazione di sostegno: gli atti compiuti "in violazione di legge"* - M.C. Andriani, *L'autodeterminazione nella scelta e la pubblicità del provvedimento di istituzione dell'amministrazione di sostegno* - F. Tommaseo, *La disciplina processuale dell'amministrazione di sostegno* - S. Patti, *L'amministrazione di sostegno: continuità e innovazione*

Gli altri studi sono: U. Roma, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, *Nuova Leggi Civili Commentate*, 2004, p. 993, S. Chiarloni, *Prime riflessioni su alcuni aspetti della disciplina processuale dell'amministrazione di sostegno*, *Giur. It.*, 2004, IV, p. 2433; L. Milone, *L'amministratore di sostegno nel sistema di protezione delle persone in difficoltà: prime applicazioni e prime perplessità, in questo stesso numero*, p. 302; E. Calò, *L'amministrazione di sostegno al debutto fra istanze nazionali e adeguamenti pratici*, nota a Tribunale Roma, decreti 19 marzo 2004 e 22 marzo 2004, in questa *Rivista*, 2004, n. 3/2004, p. 1, id, *La nuova legge sull'amministrazione di sostegno*, *Corriere Giuridico*, 2004, p. 861, id, *L'apporto dei ricorsi e dei decreti all'attuazione dell'amministrazione di sostegno* (nota a Trib. Parma, 2 aprile 2004 (decreto), in questa *Rivista*, 2004, p. 399, id, *Stranieri e amministrazione di sostegno*, *Famiglia e Diritto*, 2004, p. 417, id, *Il discrimen fra amministrazione di sostegno e interdizione*, in questa *Rivista*, 2004, p. 526, F. Ruscello, "Amministrazione di sostegno" e tutela dei "disabili". *Impressioni estemporanee su una recente legge*, *Studium Iuris*, 2004, p. 149, S. Vocaturo, *L'amministratore di sostegno: la dignità dell'uomo al di là dell'handicap*, *Riv. Not.*, 2004, III, p. 243, G. Campese, *L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*, *Famiglia e Diritto*, 2004, p. 126, S. Delle Monache, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2004, II, p. 29, U. Morello, *L'amministrazione di sostegno (dalle regole ai principi)*, in questa *Rivista*, 2004 p. 225, B. Malavasi, *L'amministrazione di sostegno: le linee di fondo*, id, p. 319, M. Avagliano, *La riforma dell'incapacità del maggiorenne*, *FederNotizie*, 2004, p. 81, G. Marozz, *Riflessioni in tema di amministratore di sostegno*, *Il Notaro*, 2004, p. 31, F. Tommaseo, *L'amministrazione di sostegno: i profili processuali*, *Studium Iuris*, 2004, p. 1061, E. Carbone, *Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità d'agire*, *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2004, II, p. 537, G. Bonilini, *La designazione dell'amministratore di sostegno (prima parte)*, *Studium Iuris*, 2004, p. 1051, *La designazione dell'amministratore di sostegno (seconda parte)*, id, p. 1209, F. Eramo, *L'amministrazione di sostegno*, *Dir. Fam.*, 2004, p. 534, G. Salito, P. Matera, *Amministrazione di sostegno: il ruolo del notaio*, in questa *Rivista*, 2004, p. 662.

(2) F. Tommaseo, *La disciplina processuale dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 185.

(3) G. Sciancalepore, in: G. Autorino Stanzone e V. Zambrano, *Amministrazione di sostegno*, cit., p. 59.

(4) Non è quindi da condividere la pur comprensibile opinione, secondo la quale la pronuncia di interdizione sarebbe legittima soltanto al cospetto di una "condizione di totale ed assoluta impossibilità a provvedere alla cura della propria persona e ai propri interessi patrimoniali" (così, M. Moretti, in M. Rossetti, M. Moretti, C. Moretti, *L'amministratore di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, cit., p. 118), perché il nuovo testo dell'art. 427 c.c. prevede testualmente che nella sentenza che pronuncia l'interdizione possa stabilirsi che l'interdetto possa compiere anche "taluni atti di ordinaria amministrazione", i quali atti non sono certo compatibili con la cennata "totale ed assoluta impossibilità". Sarebbe bene prendere atto delle contraddizioni interne alla normativa e trarne le conseguenze sopra auspiccate.

Robin di Locksley ed il criterio di Sherwood

Il giudice tutelare cita anche, nella sua ordinanza, la tesi (già da noi esaminata (5)), secondo la quale il *discrimen* fra amministrazione di sostegno e interdizione risiederebbe nella consistenza e complessità del patrimonio (6). Al riguardo, abbiamo già rilevato che, se così fosse davvero, la legge in parola sarebbe incostituzionale, perché, quali che siano le ragioni, il legislatore finirebbe per privare i ricchi dei vantaggi dell'amministrazione di sostegno. Colui che risultasse titolare del citato grosso e complesso patrimonio, potrebbe non contrarre matrimonio (perché interdetto) mentre il non fortunatissimo titolare, per dire, di un patrimonio composto soltanto da un modesto appartamento, potrebbe convolare a giuste nozze, perché soggetto invece ad amministrazione di sostegno. Al riguardo, si è asserito che "la proposta di considerare la consistenza e la complessità del patrimonio del soggetto infermo, e di propendere, quindi, per la sua interdizione, allorché beninteso, concorra l'assoluta gravità ed abitualità dell'infermità, è insoddisfacente, epperò si rivela l'unica atto a consentire di mantenere un senso alla scelta legislativa affidata al novellato art. 414 cod. civ., sebbene smentisca, platealmente, l'adeguatezza dell'amministrazione di sostegno. Per meglio dire, non sono convinto che l'interdizione protegga, maggiormente, l'infermo di mente, a ragione, soprattutto, della possibilità di adeguare alle sue esigenze, il provvedimento d'istituzione dell'amministrazione di sostegno, peraltro sempre modificabile (art. 407, quarto comma, cod. civ.); epperò, sembra convinto, di ciò, il legislatore, sicché l'interprete non può disattenderne le norme, e deve dar loro un significato.. (7)" Sennonché, se quella è l'unica distinzione che si possa trovare, tanto varrebbe ammettere che la distinzione non esiste. A meno che si voglia dar ragione a Robin di Locksley, punendo i ricchi con l'interdizione.

Altri, ancora, considera che la sola sopravvivenza dell'interdizione e dell'inabilitazione obblighi ad interpretare "in modo restrittivo e in qualche caso *contra legem*" la disciplina dell'amministrazione di sostegno (8). Appare assai significativo che, per ridimensionare il nuovo istituto, si prospetti, addirittura, l'esigenza d'una interpretazione contraria alla lettera della legge; significativo perché, finora, si era scritto l'esatto contrario, attribuendo scarsa considerazione del dato formale a chi, come noi, sostiene che vi possa essere sovrapposizione fra interdizione e amministrazione di sostegno.

Dove si sono svolti i lavori preparatori?

Il diritto non è necessariamente soltanto quel che il legislatore voleva. Ma, poi, di quale legislatore si discorre? I lavori preparatori dell'amministrazione di sostegno non sono solo quelli del nostro Parlamento, ma sono, soprattutto, quelli che si rinvengono negli ordinamenti stranieri ai quali ci si è perfino testualmente ispirato.

Ad esempio, il § 1896 BGB (9) dispone:

(1) *Se un maggiorenne, a causa di una malattia psichica o di un impedimento fisico, mentale o psichico, non può occuparsi dei propri affari in tutto o in parte, il tribunale della tutela nomina in suo favore, su sua istanza o d'ufficio, un amministratore di sostegno. Anche una persona incapace di agire può proporre l'istanza. Qualora il maggiorenne non possa occuparsi dei suoi affari a causa di un impedimento fisico, l'amministratore di sostegno può essere nominato solo su istanza del maggiorenne stesso, tranne che questo non possa manifestare la sua volontà.*

Ancora, il codice civile olandese (10) dispone, al titolo 19, riguardante l'*Administration for the protection of adults* (11):

art. 431

If a person who has attained majority is no longer able, temporarily or permanently, as a result of his or her physical or mental condition to properly attend to his or her proprietary rights and interests, the subdistrict court may institute administration over all or part of the property which belongs or will belong to such a person with an entitlement thereto (omissis)

Art. 432

1. *The establishment of administration may be applied for by the person entitled thereto, the spouse, registered partner or other life - companion, blood relatives in the direct line and those in the collateral line up to and including the fourth degree, the guardian, the court appointed guardian or protector as referred to (omissis).*

Desto stupore la somiglianza con la nostra nuova disciplina dell'amministrazione di sostegno. Tant'è che, quando si discorre dei lavori preparatori, a nostro sommo avviso, sarebbe più preciso tener conto dei modelli stranieri, che ne sono la vera ispirazione, che non delle scarse discussioni in commissione.

Note:

(5) Calò, *Il discrimen fra amministrazione di sostegno e interdizione*, cit., p. 526.

(6) Delle Monache, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 37.

(7) Bonilini (Bonilini, Chizzini, *Amministrazione di sostegno*, cit., p. 50.

(8) Chiarloni, *Prime riflessioni su alcuni aspetti della disciplina processuale dell'amministrazione di sostegno*, op. loc. cit.

(9) Trattasi di testo attinto dal *Codice Civile Tedesco*, a cura di S. Patti, Milano, 2005. L'iniziativa merita di essere segnalata, anche al di là della sua indubbia rilevanza, che rende superfluo ogni commento, per il pregevole e concreto impegno che comporta.

(10) *Family Law Legislation of the Netherlands*, a cura di Ian Sumner e Hans Warendorf, (traduzione), Intersentia, 2003.

(11) Vedi G. van der Burght, J. E. Doek, *The Netherlands, International Encyclopaedia of Laws - 5) Family and Succession Law*, Volume 3, 2002, par 70 ss.

Trapianti giuridici: rischi di rigetto?

Sono trascorsi ben ventuno anni da quando venne pubblicata la versione italiana del volume di Watson, *Legal Transplants. An approach to Comparative Law* (12). Watson segnalava come il trapianto di singole norme o di una gran parte di un sistema giuridico fosse un fenomeno molto comune, il che sarebbe vero sia per i tempi antichi che per i tempi presenti. All'uopo, è nota la discussione sui rapporti fra il Codice d'Hammurabi e la legislazione ebraica. Il trapianto - aggiungeva l'autore - è la più fertile fonte di sviluppo, in quanto la maggior parte delle modifiche nella maggior parte dei sistemi sarebbe il risultato di prestiti (13).

Tuttavia, l'ottimismo di Watson, il quale sosteneva che il trapianto fosse facile, è stato or ora contestato, e a tale riguardo si asserisce che il fallimento si verifica quando la regola importata viene ignorata da protagonisti rilevanti del paese ospitante oppure l'applicazione della norma porti a conseguenze diverse da quelle che ci si aspettava (14).

Nel nostro caso, sembrerebbe che, nello studio della riforma, talvolta non si sia voluto tener abbastanza in conto che l'amministrazione di sostegno non è una forma giuridica del volontariato per i disabili, bensì la versione italiana di un istituto ormai accolto negli ordinamenti avanzati.

Il ruolo del diritto comparato è stato, se non disatteso, sicuramente poco considerato. Non risultano commenti approfonditi da parte dei comparatisti e, come sovente accade, le diverse specialità del diritto sono rimaste in buona parte ciascuna a casa propria.

Intendiamoci: il sistema, anche così com'è, può trovare agevole applicazione. Un eventuale rigetto potrebbe dipendere non solo dalla concorrenza fra interdizione e amministrazione di sostegno (che ormai è sotto gli occhi di tutti) ma in special e particolar modo da una mancata presa d'atto di cosa sia il secondo istituto, anche e soprattutto alla luce delle sue vere scaturigini.

Uscire dall'impasse

Con notevole acume, si asserisce che "nell'ipotesi in cui possano indifferentemente applicarsi il provvedimento di amministrazione di sostegno o quello di interdizione o di inabilitazione, può ritenersi che un sicuro favore per il disagioato psichico comporti l'applicazione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno (...) Che viga nel nostro ordinamento un principio di favore per il soggetto debole è certo ed è confermato dalla espressa indicazione dell'art. 1 l. 9 gennaio 2004, n. 6, art. 1, per il quale la legge ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana" (15). Altri, ancora, dopo aver chiarito che l'amministrazione di sostegno si applica anche in presenza di disturbi che in passato potevano essere all'origine del provvedimento d'interdizione, sostiene che "Il giudice può scegliere" (16). E,

sulla scelta, sarebbe bene riflettere, sia per quanto attiene a logiche giuridiche più vaste, sia perché si tratta di un'opinione che raccoglie sempre maggiori consensi (17).

Come a suo tempo rilevato, in questo, come in altri casi, si tratta di superare il dogma non scritto, della perfezione dell'ordinamento, il quale conoscerebbe lacune ma non errori. La giurisprudenza non è una scienza esatta (18); ad esempio, gli artt. 1469-bis, comma 3, n. 1 e 2, c.c. e l'art. 1469-quinquies, comma 2, nn. 1 e 2 c.c., contengono previsioni identiche in materia di clausole abusive, con diverso trattamento. In questo senso, forse è sbagliato ironizzare su Napoleone, che quando esce il primo commentario al suo capolavoro lamenta: "mon Code est perdu".

Forse uno degli ostacoli più impegnativi verso questa constatazione consiste proprio nella c.d. "casacca" (19) del giurista, laddove porti con se assiomi forse nobilissimi ma non necessariamente utili, soprattutto ove si consideri che la ricerca scientifica non si propone conferme ma, semmai, scoperte.

Sullo sfondo si staglia l'argomento della coerenza della disciplina giuridica il quale "può essere definito come l'argomento per cui, in presenza di due norme che rispettivamente predicano due qualificazioni normative incompatibili, si deve concludere che almeno una delle due norme non valga (non sia valida, non esista) in via generale, oppure non sia applicabile in quel caso particolare" (20).

Note:

(12) Alan Watson, *Il trapianto di norme giuridiche. Un "approccio" al diritto comparato*. Introduzione di Lorin Lonardo, Napoli, 1984.

(13) Watson, *Il trapianto di norme giuridiche*, cit., p. 82.

(14) Hideki Kanda & Curtis J. Milhaupt, *Examining Legal Transplants: The Director's Fiduciary Duty in Japanese Corporate Law*, *Am. J. Comp. L.* 51/2003, p. 890.

(15) E.V. Napoli, *L'interdizione e l'inabilitazione*, in: *Amministrazione di sostegno*, a cura di S. Patti, cit., p. 12.

(16) G. Ferrando, *Il beneficiario*, in: *L'Amministrazione di sostegno*, a cura di S. Patti, cit., p. 36.

(17) "Più che valutazioni sull'adeguata protezione che ciascuno dei due istituti offre, sarebbero, allora, considerazioni di convenienza, tra le quali principalmente quelle relative al costo ed ai tempi dei relativi procedimenti, ad orientare la scelta. Elementi certamente apprezzabili e ben presenti al legislatore, che, forse, "canceller(anno) la vita pratica dell'interdizione" (U. Roma (*L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, cit. p. 1038, il quale, su tale ultimo aspetto, cita Cendon).

(18) E. Calò, *La giurisprudenza come scienza inesatta* (nota a Cass. 17 febbraio 1988, n. 1701, avente ad oggetto prestazioni lavorative espletate in seno alla famiglia di fatto), *Foro it.*, 1988, I, 2306.

(19) Il termine è di Bonilini (Bonilini, Chizzini, *Amministrazione di sostegno*), cit., p. 17.

(20) G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, *Trattato di d. civile e commerciale* già diretto da A. Cicu - F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Volume I t. 2, Milano, 1980, p. 361. Vedi anche R. Guastini, *Antinomie*, in: A. Belvedere, R. Guastini, P. Zatti, V. Zeno Zencovich, *Glossario*, (segue)

L'argomento della coerenza conduce, difilato, a quello delle antinomie: non è logicamente possibile applicare allo stesso caso, nello stesso momento, due norme antinomiche (21). In questi casi, la soluzione sarebbe da ricercare nell'interpretazione correttiva, con la quale si cerca di dimostrare che l'incompatibilità è solo apparente, oppure nell'interpretazione abrogante, la quale costituisce però "una via assai di rado battuta" (22). Oppure, visto che la fattispecie non sembrerebbe sovente proposta e che, per via dei problemi di tecnica legislativa non solo è frequente ma sembra destinata ad accrescersi, si dovrebbe scegliere fra i due istituti (interdizione e amministrazione di sostegno) senza basarsi sull'argomento della coerenza dell'ordinamento, poiché è sovente ridotto a finzione. Non sarebbe un fuor d'opera ricordare come, per Hans Kelsen, l'interpretazione sia un atto di volontà, sia in sede giurisprudenziale che scientifica (dove assumerebbe connotazioni politiche) (23): possiamo ancora asserire, come faceva il fondatore della dottrina pura del diritto, che "chiedersi quale sia quella 'esatta' fra le possibilità esistenti nell'ambito del diritto da applicare, conformemente alle premesse, non è un problema di conoscenza del diritto positivo né un problema di teoria del diritto, bensì un problema di politica giuridica (24)"?

Come giustamente scriveva Biondi, di fronte ad una conclamata antinomia, per cui non giova alcuno sforzo dialettico per superarla, quando il legislatore sembra dimostrare di volere e non volere, l'interprete non può essere guidato che dal criterio di vedere quale fra le due norme in contrasto corrisponda ai principi generali dell'ordinamento giuridico in un dato momento storico (25).

Dalla costruzione alla decostruzione

Georg Friedrich Puchta (26), considerato il vero fondatore della pandettistica (27) ebbe ad elaborare l'idea della piramide concettuale quale sistemazione razionale del diritto, la quale andrà ad influenzare il BGB (28). Secondo la sua teoria, il diritto deve essere sistemato nel modo più razionale e coerente possibile, partendo da pochi principi posti al vertice del sistema (29). La scuola tedesca deve aver esercitato un grande influsso su quella italiana, se si tiene conto che oggi la Germania è una sede di pellegrinaggio obbligato per i nostri giuristi, mentre il percorso inverso (a torto) non sembrerebbe avere lo stesso fascino.

Ancora si cerca nell'ordinamento la chiave riposta delle questioni aperte da una legislazione sempre più caotica, e che mal si fa ricondurre a piramidi concettuali e ad alchimie di laboratorio. Tutto ciò, ricondotto alla nostra problematica, si risolve nell'affannosa ricerca di una chiave per capire come possano o non possano coesistere i diversi istituti che regolano l'incapacità. Il giudice tutelare di Chioggia punta le sue carte sulla inconstituzionalità, anche se non è dato sapere come una pronuncia positiva della Consulta possa istituire l'ordine laddove regna il suo contrario.

Chissà se i metodi ai quali ricorriamo siano ancora adeguati e se, invece, non meriti una riflessione, ad esempio sul pensiero di Jacques Derrida (30) anziché su quello del solo Puchta, onde ipotizzare la decostruzione (31) anziché la sola lettura piramidale di concetti (in realtà) asimmetrici. Ridotti i concetti e gli istituti alla loro realtà strutturale, interdizione e amministrazione di sostegno si presentano come microsistemi concorrenti, non legati necessariamente l'uno all'altro da un rapporto di dipendenza.

Non solo. Ci sarebbe anche da domandarsi come possa conciliarsi la visione di un ordinamento coerente con la tesi ormai ovunque affermata della responsabilità del legislatore per fatto illecito (32). In seguito alla sentenza Francovich (Corte Giust. 19 novembre 1991, in cause riunite C-6/90 e C.9/90 (33)), si scrisse che "l'ipotesi suscita un diffuso senso di vertigine (...) il disagio sembra derivare dal fatto che neppure le speculazioni più ardite si erano spinte al punto di qualificare la neghittosità del legislatore nei termini crudi dell'illecito aquiliano" (34). Ora, ove si assuma che atti legislativi possano essere qualificati a stregua di danno ingiusto, come poter al contempo asserire che l'ordinamento sia un tutto coerente e che, di conseguenza, il giurista altro

Note:

(segue nota 20)

(Trattato di D. Privato a cura di G. Iudica e P. Zatti), Milano, 1994, p. 30 ss., id, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in: *Trattato di d. civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2004, p. 243 ss.

(21) Così, F. Modugno, *Norma (teoria generale)*, Enc. Del Diritto, Vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 378.

(22) N. Bobbio, *Antinomia*, *Novissimo Digesto Italiano*, I, Torino, 1957, p. 668.

(23) "...la produzione delle norme individuali nel procedimento dell'applicazione della legge è una funzione della volontà (H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1975, p. 386)

(24) Così, letteralmente, Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, loc. cit.

(25) Così, B. Biondi, *Antinomie*, in: *Scritti di Diritto Moderno*, Milano, 1967, p. 12.

(26) P. Gallo, *Grandi sistemi giuridici*, Torino, 1997, p. 151.

(27) Secondo F. Wieacker, il vero trionfo del rigoroso formalismo concettuale della Pandettistica è dovuto soltanto all'opera di Puchta (*Storia del diritto privato moderno*, Vol. II, Milano, 1980, p. 78).

(28) Così, Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 39.

(29) Gallo, *Grandi sistemi giuridici*, loc. ult. cit.

(30) Cfr. Jacques Derrida, *La scrittura e la differenza*, Torino, 2002.

(31) "...la decostruzione non intende affermare delle "tesi", ma rimettere in discussione l'intera architettura concettuale sottesa all'idea secondo la quale sarebbe possibile dire la verità, "presentarla" una volta per tutte, sia pure come "impresentabile" (A. Andronico, *La decostruzione come metodo - Riflessi di Derrida nella teoria del diritto*, Milano, 2002, p. 186).

(32) Riferimenti vari in C. Buonauro, *Il risarcimento del danno da atto legislativo*, Milano, 2004.

(33) *Foro it.*, 1992, IV, 145, note di A. Barone e R. Pardolesi (*Il fatto illecito de legislatore*) e di G. Ponzanelli (*L'Europa e la responsabilità civile*).

(34) Barone e Pardolesi, *Il fatto illecito de legislatore*, cit., 149.

non sia che un più o meno valente costruttore di sillogismi? Se è vero che l'ordinamento è cambiato, anche il mestiere del giurista dovrebbe essere altrettanto cambiato: non solo uno studioso che mira a soluzioni ispirate ad una logica codicistica bensì ad una logica dell'ordinamento. In questo senso, una qualche traccia dovrebbero averla lasciata gli studi di un talentuoso giurista, al quale dovremmo pur perdonare il fatto di essere italiano (35).

Quando - come sopra riportato - il giurista scrive che "il giudice può scegliere", si sta negando che vi sia, a monte, un sistema di carattere necessariamente articolato, dal quale discenda poi una verità, il cui ritrovamento sarebbe il vero premio della fatica dello studioso. Così non è, il giudice (e quindi anche il nostro giudice tutelare di Chioggia) può davvero scegliere, e non è detto che la Consulta lo tolga dall'imbarazzo (36).

Una tale scelta non dovrebbe necessariamente incontrare impedimenti insormontabili; basterebbe rammentare, fra altro, che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, stabilisce, all'art. 26, che l'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autono-

mia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità. Non potrebbe esservi miglior base normativa per giustificare l'applicazione dell'amministrazione di sostegno al posto dell'interdizione.

Certo, si spera e si auspica che in prosieguo il legislatore completi la sua opera e abroghi interdizione e inabilitazione. Ma non è detto; fatto sta che, nel frattempo, dovremo fare le nostre scelte, con strumenti sicuramente validi, ma pur tuttavia avulsi da sillogismi piramidali. Se il mondo cambia, anche i nostri metodi debbono cambiare. La visione che la c.d. comunità scientifica ha di se stessa potrebbe uscirne depauperata ma, in compenso, la comprensione della norma potrebbe uscirne rafforzata.

Note:

(35) N. Irti, *L'età della decodificazione*, 4° ed., Milano, 1999.

(36) Sembra propendere per l'incostituzionalità, per via dell'irragionevolezza della normativa, Bonilini (Bonilini, Chizzini, *Amministrazione di sostegno*, cit., p. 52), dal quale autore il giudice tutelare forse ha tratto spunto.

Società

L'arbitrato di diritto comune dopo la riforma del diritto societario

TRIBUNALE DI LATINA 22 giugno 2004
Pres. est. Cataldi - F.M. B. c. Meccano Holding s.r.l.

Procedimento societario - Arbitrato - Clausola compromissoria statutaria - Eccezione di difetto di giurisdizione - Condizioni di efficacia

I. La clausola arbitrale contenuta nello statuto di una s.r.l. e conforme alle disposizioni contenute negli artt. 806 ss. c.p.c. è nulla, se al momento del giudizio, nel quale sia eccepito il difetto di giurisdizione del giudice ordinario adito dall'attore, non è stata adeguata all'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003.

Procedimento societario - Arbitrato - Clausola compromissoria statutaria - Conformità agli artt. 806 ss. c.p.c. - Nullità - Sostituzione automatica con clausola di cui all'art. 34 d.lgs. n. 5/2003 - Inammissibilità

II. Se la clausola compromissoria statutaria, conforme agli artt. 806 ss. c.p.c., non è stata adeguata alle disposizioni contenute nell'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non può essere automaticamente sostituita dal modello di clausola compromissoria previsto e regolato dal predetto art. 34.

(omissis).

Sempre in via preliminare, il Collegio ritiene altresì che l'eccepito difetto di giurisdizione o di competenza, derivante dalla clausola compromissoria di cui all'art. 24 dello statuto della convenuta, non sussiste, poiché la stessa clausola è nulla per contrasto con la disciplina cogente imposta dall'art. 34, comma 2, d.lgs. n. 5/2003, in ordine al potere di nomina degli arbitri, alla quale non è stata uniformata, come prescrive invece l'art. 223-bis disp. att. c.c., introdotto dall'art. 9, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 5/2003.

È vero, peraltro, che lo stesso art. 223-bis disp. att. c.c. individua il periodo compreso tra il 1 gennaio 2004 e il 30 settembre 2004 per l'adeguamento degli statuti societari, ma deve escludersi che durante tale fase temporale le clausole compromissorie contrastanti con la disciplina inderogabile di cui all'art. 34, comma 2, d.lgs. n. 5/2003, per quanto interessa ai fini di questo giudizio, possano perpetuare la loro efficacia. A tale conclusione, infatti, non conduce il comma 5 dell'art. 223-bis disp. att. c.c., secondo cui le disposizioni statutarie, ancorché non conformi a norme inderogabili della riforma, mantengono efficacia sino al 30 settembre 2004: l'ultrattività è infatti prevista per le disposizioni statutarie che "non sono conformi alle disposizioni inderogabili del presente decreto" e cioè del d.lgs. n. 6/2003, mentre nulla è previsto per il caso di non conformità al d.lgs. n. 5/2003, sicché è da ritenere che le disposizioni statutarie in contrasto con la nuova disciplina processuale cessino di avere efficacia con l'entrata in vigore di quest'ultima.

Deve parimenti escludersi, ad avviso del Giudicante, che la conseguenza del mancato adeguamento di atti costitutivi e statuti, che già contengano clausole compromissorie contrarie alle nuove norme inderogabili, possa essere quella della conservazione delle clausole in questione, previa la sostituzione automatica delle disposizioni pattizie divenute *contra legem* con quelle di legge, in applicazione della regola contemplata dal comma 2 dell'art. 1419 c.c., in forza del quale le clausole di un contratto contrarie a norme imperative di legge, quali debbono considerarsi le norme in materia di arbitrato, sono da queste ultime sostituite di diritto anche quando il legislatore non abbia espressamente previsto la sostituzione delle clausole e pattuizioni in contrasto con le norme imperative di legge.

Infatti il meccanismo conservativo invocato pare non adeguato alla fattispecie oggetto del giudizio, atteso che:

– la sostituzione automatica non sarebbe operata integralmente, essendo solo ipotizzabile che la clausola che continui a prevedere la nomina degli arbitri ad opera delle parti, e non di un soggetto terzo, sia, dal 1 gennaio 2004, ai sensi del comma 2 dell'art. 1409 c.c., integrata dal solo ultimo periodo del comma 2 dell'art. 34, il quale stabilisce che, se il terzo estraneo non provveda alla nomina di tutti gli arbitri, la designazione degli stessi va chiesta al Presidente del tribunale del luogo in cui la società ha sede legale. Quindi non sarebbe applicabile interamente la nuova disciplina legale, ma solo quella parte di essa - il ricorso al giudice per la nomina degli

arbitri - che il legislatore configura come *extrema ratio*, ma che, per le società inadempienti all'onere di adeguamento della clausola preesistente, diverrebbe la regola, con un capovolgimento della ratio della norma e con la formazione di una nuova disciplina negoziale solo in parte mutuata da quest'ultima (sulla necessità che la sostituzione automatica non possa riguardare soltanto una parte della clausola ed una parte della norma cogente cfr. Cass. 16 febbraio 1983, n. 1184);

– avendo il legislatore configurato una *vacatio legis* destinata appositamente anche all'adeguamento dei negozi societari alla nuova normativa, l'inerzia delle società preesistenti potrebbe essere sintomatica della consapevole volontà delle stesse di lasciare elidere, per effetto della nuova disciplina cogente, la clausola compromissoria dal proprio ordinamento, alla quale non dovrebbe quindi sovrapporsi necessariamente una sorta di ultrat-

tività della clausola per effetto della sua sostituzione automatica;

– la conservazione della clausola compromissoria non è resa necessaria dal fine di garantire comunque alle parti la produzione o la persistenza di un diritto che le stesse perderebbero altrimenti a causa della nullità radicale della stessa pattuizione: essendo l'arbitrato comunque uno strumento di tutela dei diritti, la sua inoperatività consentirà, ovviamente, comunque di adire la tutela giudiziaria, con garanzie ancora maggiori per gli interessati. Per lo stesso motivo, la nullità della clausola compromissoria inadeguata non comporta la nullità dell'intero negozio societario ai sensi dell'art. 1419, comma 1, c.c., e quindi la sostituzione automatica della disciplina della stessa clausola non è resa necessaria neppure dal fine maggiore di conservare la fonte negoziale della società. (*omissis*).

IL COMMENTO

di Rolandino Guidotti

Qual'è la sorte delle clausole compromissorie contenute negli statuti societari, ma non adeguate alla disciplina di cui all'art. 34 del D.Lgs. n. 5 del 2003? Muovendo dalla pronuncia in commento il lavoro esplora le diverse tesi della giurisprudenza e della dottrina. Il dibattito sul punto è ancora aperto: meccanismo della nullità assoluta e sistema conservativo si contendono il campo.

La decisione in esame offre lo spunto per alcune osservazioni in materia di arbitrato societario (1) ed è molto interessante perché si occupa della sorte delle clausole compromissorie contenute negli statuti societari, ma non adeguate alla disciplina di cui all'art. 34 del D.Lgs. n. 5 del 2003 (Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'art. 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366) (2).

Nella fattispecie in esame (3) era stato eccepito il difetto di giurisdizione e/o di competenza in forza, appunto, dell'esistenza di clausola compromissoria statutaria; il tribunale ha però disatteso l'eccezione ritenendo radicalmente nulla la clausola compromissoria in questione per non essere la stessa conforme a quanto disposto dalla nuova disciplina sull'arbitrato societario (4).

L'attuazione della legge delega

L'art. 12 della legge n. 366 del 2001 (Delega al governo per la riforma del diritto societario) (5), ha dispo-

sto che l'organo esecutivo possa prevedere che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie anche in deroga agli artt. 806 e 808 c.p.c.,

Note:

(1) In argomento v., tra gli altri, Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, II, 1285.

(2) Pubblicato nel Supplemento ordinario n. 8 della *Gazzetta Ufficiale* n. 17 del 22 gennaio 2003.

(3) Della decisione ha parlato anche la stampa quotidiana dove sono apparsi i primi commenti: cfr. Auletta, Zoppini, *Doppia chance di arbitrato per le società*, ne *Il Sole-24Ore* del 2 settembre 2004, nonché la replica di Cabras, *Arbitrato e società, la svolta è «piena»*, ne *Il Sole-24Ore* del 9 settembre 2004.

(4) Questo è anche l'orientamento del Consiglio notarile di Milano secondo il quale «l'ultrattività prevista dal quarto comma dell'art. 223-bis disp. att. c.c. (in base al quale le previgenti disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto conservano la loro efficacia sino al 30 settembre 2004, anche se non conformi alle nuove disposizioni inderogabili) è riferita unicamente alla disciplina introdotta dal D.Lgs. n. 6/2003 e pertanto la clausola compromissoria, contenuta in statuto societario, che non risulti conforme alla disciplina introdotta dal secondo comma dell'art. 34 del D.Lgs. n. 5/2003, deve essere considerata, dopo il 1° gennaio 2004, contraria a disposizioni inderogabili di legge. La deliberazione assembleare di adeguamento di tale clausola, adottata dopo il 1° gennaio 2004, non richiede le maggioranze previste dall'art. 34 del D.Lgs. n. 5/2003 e può essere adottata dall'assemblea straordinaria a maggioranza semplice, qualunque sia la parte di capitale rappresentata dagli intervenuti, ai sensi del secondo comma dell'art. 223-bis citato. Qualora invece la deliberazione assembleare preveda - anche mediante l'adozione di un nuovo testo di statuto - l'introduzione della clausola compromissoria sarà richiesta, limitatamente all'adozione di quest'ultima, la maggioranza qualificata prevista dall'art. 34, quinto comma, del D.Lgs. n. 5/2003», in *Le massime del Consiglio Notarile di Milano in materia societaria*, Milano, Ipsoa, 2004.

(5) Pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 234 dell'8 ottobre 2001.

per tutte o alcune tra le controversie societarie oggetto della delega (6). A tale disposizione è stata data attuazione con gli artt. 34 ss. del già citato D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

Nel disciplinare l'arbitrato in materia societaria il legislatore ha innanzitutto previsto espressamente che gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio (ovvero di quelle emittenti azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse tra il pubblico in misura rilevante: art. 2325-bis c.c.), possano «prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società» e che abbiano «ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale» (art. 34, primo comma).

La devoluzione ad arbitri avviene secondo la norma appena citata mediante l'introduzione negli atti costitutivi di clausole compromissorie che non possono, peraltro, avere ad oggetto «le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero» (art. 34, quinto comma). Dette clausole devono «prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società» (7); si prevede poi che, ove il soggetto designato non provveda alla nomina, la stessa debba essere richiesta al presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la propria sede legale (art. 34, secondo comma).

Disciplina specifica è dettata per le modificazioni dell'atto costitutivo che introducano o sopprimano le clausole compromissorie; al proposito il decreto legislativo dispone che tali modificazioni devono essere approvate dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale e, ulteriormente, che i soci assenti o dissenzienti possano, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso.

La nomina degli arbitri

A proposito del secondo comma dell'art. 34 della riforma è da notare come in una prima versione (8) lo stesso testualmente disponesse che «la clausola (compromissoria: *n.d.a.*) deve prevedere, a pena di nullità, il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società»; nella stesura definitiva della norma v'è quindi stato lo spostamento dell'inciso «a pena di nullità» che è passato da precedere le parole «il numero e le modalità di nomina» ad essere inserito nel disposto che prevede il conferimento in ogni caso del «potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società».

Dalla lettura della prima versione della norma avrebbe forse potuto sorgere il dubbio che la sanzione della nullità colpisse solo la mancata previsione del numero e della modalità di nomina degli arbitri (e non anche la devoluzione ad un soggetto terzo della loro no-

mina); e che ulteriormente lo spostamento dell'inciso sia stato voluto proprio per evitare tale (possibile) interpretazione.

L'erroneità di simile impostazione del problema risulta peraltro evidente ove si consideri che nella relazione del decreto legislativo si legge espressamente che «quanto all'arbitrato, la soluzione si è orientata nel senso che le clausole compromissorie eventualmente inserite negli statuti delle società (...) devono necessariamente prevedere, a pena di nullità, la designazione del collegio da parte di terzi imparziali; e ciò al fine, attesa la pluralità di interessi direttamente e indirettamente coinvolti, di rendere possibile, senza pregiudizio delle concrete possibilità di difesa, l'intervento volontario di terzi nel procedimento arbitrale (e, nel caso questi rivestano anche la qualità di soci, anche a norma degli artt. 106 e 107 c.p.c.)» (9).

L'arbitrato di diritto comune fondato su compromesso

Com'è noto due sono le convenzioni con cui i privati possono vincolarsi per dirimere in arbitri le loro liti: il compromesso (art. 806 c.p.c.) e la clausola compromissoria (art. 808 c.p.c.): «il primo ha ad oggetto una o più controversie attuali ed esistenti; la seconda le liti future ed eventuali che dovessero insorgere in relazione ad un determinato rapporto» (10).

Altro aspetto della riforma del quale è necessario dare conto è che, come sopra accennato, l'art. 12 della legge delega autorizzava a legiferare solo sulla clausola compromissoria ed in particolare sulla clausola compromissoria statutaria; e in questo senso si è mosso il legislatore delegato; è quindi ammissibile un arbitrato di diritto comune, governato cioè dagli artt. 806 ss. c.p.c. e non dalle nuove norme, tutte le volte che il suo fondamento compromissorio sia diverso da quello cui si riferiscono la legge delega ed il decreto delegato (11).

In altre parole sono possibili, anche se più rari, arbitrati societari fondati, non su clausole compromissorie, ma su apposito compromesso a lite insorta ai quali

Note:

(6) In argomento v. Criscuolo, *L'opzione arbitrale nella delega per la riforma delle società*, in *Riv. arb.*, 2002, 45.

(7) Sul requisito dell'imparzialità in materia arbitrale v. R. Guidotti, *Clausole statutarie che devolvono agli organi sociali la risoluzione delle liti tra i soci e la società*, in *questa Rivista*, 2002, 599; *Id.*, *Le limitazioni imposte agli organi sociali aventi funzioni di arbitri (anche con riferimento alla riforma delle società di capitali)*, in *Contr. e impr.*, 2003, 211.

(8) Ci si riferisce allo schema del decreto legislativo approvato dal Consiglio dei ministri del 29/30 settembre 2002 e pubblicato in *Il Sole-24Ore* del 24 ottobre 2002.

(9) R. Guidotti, *Clausola compromissoria, compromesso e arbitrabilità soggettiva*, in *AA. VV.*, *Arbitrato e procedure di conciliazione nelle controversie societarie*, nelle *Monografie di dir. e prat. soc.*, Milano, 2003, 39.

(10) Così testualmente Festi, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, 1.

(11) In argomento v. Briguglio, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, in *www.judicium.it*.

si applicherà tendenzialmente il solo diritto comune (e non le disposizioni dettate dalla riforma sull'arbitrato societario) (12); nulla osta peraltro a che, quantomeno per le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, le parti stabiliscano nel compromesso che intendono avvalersi delle disposizioni di cui agli art. 34 ss.

L'arbitrato di diritto comune fondato su clausola compromissoria

Diverso è invece il problema - che non si era affrontato in altra sede (13) e sul quale non si vuole prendere posizione (ma solo riferire lo stato del dibattito in corso) - della possibile sopravvivenza di un arbitrato di diritto comune fondato su una clausola compromissoria non conforme alle nuove disposizioni.

Nella decisione in esame (14) il tribunale afferma che la nullità della clausola deriva dal contrasto con la disciplina cogente imposta dal secondo comma dell'art. 34 in merito al potere di nomina degli arbitri e non reputa quindi possibile che esista una forma diversa di arbitrato (per le società diverse da quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e che tragga origine da clausola compromissoria) rispetto a quella disciplinata dalla riforma (15); sul punto peraltro rimangono forti incertezze e in un momento storico in cui si mira a promuovere, tra l'altro, in ricorso all'arbitrato per decongestionare la giustizia togata «l'ambigua formulazione della norma non è stata un'opzione felice» (16).

Se la formulazione letterale della norma non sembrerebbe lasciare margine alla eventualità di un arbitrato di diritto comune fondato su clausola compromissoria, la possibilità di tale fattispecie arbitrale è stata sostenuta da una parte della dottrina che ha ritenuto come il nuovo arbitrato (societario) si aggiunga e non sostituisca (17) quello fondato sull'art. 808 c.p.c.; si è infatti al proposito ricordato come a norma del combinato disposto di cui all'ultimo comma dell'art. 808 c.p.c. [ai sensi del quale la validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce] e di cui all'art. 1424 c.c. il negozio compromissorio «può sempre valere come clausola compromissoria di diritto comune perché contiene tutti i requisiti di sostanza e di forma del diverso contratto descritto nel codice di rito» (18).

Secondo questa dottrina la prima massima del tribunale non sarebbe quindi condivisibile dovendosi invece ritenere che la situazione soggettiva della società di fronte alla nuova disciplina dell'arbitrato sia semplicemente quella dell'onere; ovvero se la società vuole conseguire le utilità concesse dalla riforma dell'arbitrato societario deve espressamente recepire una clausola conforme alla relativa fonte legislativa; in caso contrario troverebbe applicazione la disciplina dell'arbitrato comune (19). Secondo questa tesi poi i due modelli di arbitrato non sarebbero necessariamente alternativi ma si dovrebbe ammettere la possibilità della loro coesi-

stenza; e tanto potrebbe accadere, ad esempio, nell'ipotesi in cui le parti decidessero di devolvere, anche eventualmente a mezzo di due distinte clausole compromissorie, alcune liti all'arbitrato c.d. comune ed altre all'arbitrato societario (20).

Intermedia è invece la posizione di quella giurisprudenza che ha ritenuto che non incorrono in una nullità sopravvenuta le clausole compromissorie statutarie contenute negli atti costitutivi e negli statuti societari adottati prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 5 del 2003 in considerazione della circostanza che «la nullità è un vizio genetico dell'accordo delle parti, dipendente dalla situazione di fatto e di diritto esistente al momento della conclusione del contratto» (21).

La nullità di singole clausole e la nullità della clausola compromissoria

Se è corretto quanto affermato dalla dottrina che ritiene che in ogni caso l'arbitrato di diritto comune sopravviva al nuovo arbitrato societario è evidente che

Note:

(12) Per questa conclusione v. Briguglio, *op. cit.*, 3.

(13) Ci si riferisce a Guidotti, *Clausola compromissoria*, cit., appunto pubblicati subito dopo l'approvazione della riforma del processo societario.

(14) Vedila già di recente pubblicata in *Società*, 2005, 93 con nota di Salafia, *Il nuovo arbitrato societario e altre questioni*, ed in *Dir. e prat. società*, 2005, 73 con nota di Soldati, *Nullità della clausola compromissoria statutaria a seguito di mancato adeguamento*; nel senso della nullità si pone anche Trib. Trento, 8 aprile 2004 (ord.), in *Società*, 2004, 996 con nota di Morellini, *Artt. 34 ss., D.Lgs. n. 5/2003: ambito di applicazione e nullità della clausola compromissoria*.

(15) Nello stesso senso è orientato Soldati, *op. cit.*, 82.

(16) Montalenti, *La riforma del diritto societario: prime valutazioni e prospettive*, in *Società*, 2005, 20; per riferimenti agli aspetti notarili della conciliazione introdotta dalla riforma, v. Brunelli, *Conciliazione e notariato: una sfida appena iniziata*, in *questa Rivista*, 2, 2005, 195 ss.

(17) Auletta, Zoppini, *op. cit.*; in questo senso vedi anche Auletta, *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato*, in *Riv. arb.*, 2004, 361; in questo senso v. anche Salafia, *op. cit.*, 98.

(18) Auletta, *op. cit.*, 366. La tesi appena citata sembrerebbe trovare conforto anche nella relazione al decreto legislativo più volte citato dove precisa come «la formulazione del testo contribuisce alla creazione di una compiuta *species* arbitrale che si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico (naturalmente ultrattivo anche in materia societaria) comprendendo numerose opzioni di rango processuale [...] che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endo-societario».

(19) Così, quasi testualmente, Auletta, *op. cit.*, p. 364.

(20) In questo senso v. Nela, *sub. art. 34*, in Chiarloni (a cura di), *Commentario su Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, 933. Altro è invece il problema, del quale in questa sede si fa solo cenno, della sorte dell'arbitrato *irrituale* in materia societaria.

(21) Così Trib. Udine, 4 novembre 2004 (ord.), in *questa Rivista*, *Osservatorio*, 2, 2005, 125; e in corso di pubblicazione in *Società*, 2005 con commento di Soldati, *Clausole compromissorie statutarie e questioni di diritto transitorio*; in argomento v. anche Id., *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano, 2005, 28 in corso di pubblicazione nei quaderni di *Giur. comm.*

viene meno qualsivoglia necessità di analizzare quanto disposto dalla seconda massima.

Come si è visto però il dibattito sul punto è ancora aperto; in merito è quindi da dire come il disposto della seconda massima sia in ogni caso da condividere ovvero non sia corretto ritenere che la conseguenza del mancato adeguamento di atti costitutivi e statuti, che già contengano clausole compromissorie contrarie alle nuove norme inderogabili, possa essere quella della conservazione delle clausole in questione (previa la sostituzione automatica delle disposizioni pattizie divenute *contra legem* con quelle di legge) (22).

Alla tesi secondo la quale alla fattispecie in esame sarebbe possibile applicare il meccanismo sostitutivo di cui al secondo comma dell'art. 1419 c.c. (e quindi «conservare l'efficacia della clausola, sostituendo con la previsione *ex lege* la regola statutaria, che attribuisce alle parti la nomina degli arbitri») (23) è già stato efficacemente replicato anche in dottrina, da un lato, che la

nomina ad opera del presidente del tribunale è una nomina di carattere residuale ovvero che il presidente è chiamato in causa solo nel caso in cui il terzo non vi provveda; dall'altro, che «la ratio della disciplina dell'arbitrato societario è quella di accentuare i profili "privatistici" del fenomeno di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione, non quello di consentire l'intervento del giudice ordinario a sanatoria di nullità (...)» (24).

Note:

(22) In applicazione della regola contemplata dal secondo comma dell'art. 1419 c.c. ai sensi del quale la nullità delle singole clausole non importa la nullità del contratto quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative.

(23) In questo senso è orientato Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 717.

(24) V. Arieta, De Santis, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 641; v. anche Auletta, *op. cit.*, 363.

Associazioni sportive dilettantistiche

Atto costitutivo e statuto di associazione sportiva dilettantistica

a cura di ANTONELLA PERRINI

La funzione sociale delle associazioni sportive dilettantistiche è così importante da aver giustificato la necessità di un riconoscimento, sancita, sul piano normativo, dall'articolo 7 della legge n. 186 del 2004. Inoltre l'applicazione dei benefici fiscali, contemplati dall'attuale normativa, resta circoscritta alle associazioni riconosciute dal C.O.N.I. e incluse in un apposito elenco predisposto dallo stesso, nel quale possono essere comprese le sole associazioni sportive dilettantistiche i cui statuti siano adeguati alla vigente normativa in materia.

Le associazioni sportive dilettantistiche sono una delle molteplici manifestazioni del fenomeno associativo, che trova un espresso riconoscimento nella Costituzione della Repubblica, laddove all'articolo 2 si affermano «i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», mentre all'articolo 18 si ammette il diritto dei cittadini «di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale» (1).

IL CONCETTO DI ASSOCIAZIONE

La Costituzione e il Codice Civile, tuttavia, non definiscono il concetto di associazione, che, pertanto, deve essere individuato nelle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali (2).

Le associazioni sportive dilettantistiche rientrano nel *genus* "associazione", definibile quale insieme di più persone che liberamente si organizzano e svolgono una determinata attività per il raggiungimento di uno scopo comune.

Nelle associazioni sportive dilettantistiche è presente quell'elemento «veramente fondamentale e caratterizzante» (3) della figura dell'associazione che è l'«Elemento teleologico e finalistico dato dall'esistenza dello scopo comune cui tendono le attività di tutti i partecipanti» (4): le attività dei singoli sono cementate tra loro dal legame teleologico del raggiungimento di un unico fine.

Lo scopo comune, elemento essenziale della figura dell'associazione, e quindi anche della *species* associazione sportiva dilettantistica, non è uno scopo di lucro, o comunque economico, sibbene uno scopo di natura ideale (5).

Senza voler qui entrare nella disputa dottrinale sulla esistenza o meno di una differenza qualitativa o quantitativa, in relazione alla soggettività giuridica, tra "associazioni riconosciute" e "associazioni non riconosciute" (6), deve dirsi che, alla stregua del Codice Civile, per costituire un'associazione sportiva dilettantistica si può scegliere tra due schemi giuridici: o si utilizza la figura dell'associazione sportiva riconosciuta (art. 14 ss. del Codice Civile), per la quale l'acquisto della personalità giuridica di diritto privato avviene con il c.d. "riconoscimento", ossia con l'iscrizione nel Registro delle persone giuridiche istituito presso le Prefetture (art. 1 del D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361), o si utilizza lo schema dell'associazione non riconosciuta, disciplinato dagli artt. 36, 37 e 38 del Codice Civile.

Note:

(1) Cfr. G. Tamburrino, *Persone giuridiche associazioni non riconosciute comitati*, Torino, 1980, 2 ss.; A. Guella - A. Roncher, *Associazioni sportive dilettantistiche*, Trento, 2004, 10.

(2) V. P. Barile, *Associazione (diritto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, III, 838; G. Tamburrino, *op. cit.*, 2.

(3) G. Tamburrino, *op. cit.*, 5.

(4) G. Tamburrino, *op. cit.*, 5.

(5) Cfr. A. Guella - A. Roncher, *op. cit.*, 10.

(6) Sul punto, v. G. Tamburrino, *op. cit.*, 381 ss..

È unanime la considerazione che nel settore sportivo dilettantistico lo schema giuridico dell'associazione non riconosciuta è quello più utilizzato (7), trattandosi della organizzazione più semplice dal punto di vista giuridico e meno onerosa dal punto di vista economico (8).

Le associazioni sportive dilettantistiche sono organismi collettivi che non perseguono uno scopo di lucro ma, a livello dilettantistico, esercitano attività sportive e svolgono attività di educazione sportiva in una data disciplina (9).

Nell'ordinamento sportivo nazionale, per la qualifica di associazione sportiva dilettantistica è necessaria l'affiliazione ad una Federazione sportiva nazionale o ad un Ente nazionale di promozione sportiva (10).

LA DISCIPLINA FISCALE

Dal punto di vista fiscale le associazioni sportive dilettantistiche devono essere qualificate come enti non commerciali.

Oltre alla disciplina fiscale generale degli enti non commerciali, contenuta nel D. Lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, vi è stato, a più riprese, un intervento normativo specifico relativo alle sole associazioni sportive dilettantistiche (11).

Il legislatore fiscale ha individuato gli enti non commerciali, quali enti soggetti all'imposta sul reddito delle società, all'art. 73 (già art. 87), comma 1, lettera c) del T.U.I.R.-Testo Unico delle Imposte sui Redditi, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 e successive modifiche e integrazioni: sono quegli «enti pubblici e privati diversi dalle società, residenti nel territorio dello stato, che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali».

L'art. 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, modificato dal Decreto Legge 22 marzo 2004, n. 72, convertito con modificazioni dalla legge 21 maggio 2004, n. 128, contiene disposizioni tese ad agevolare lo sviluppo del settore sportivo dilettantistico. Lo stesso articolo è stato, altresì, integrato dall'art. 1, comma 470, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, con decorrenza dal 1° gennaio 2005.

Il precitato D.Lgs. n. 460/1997 non aveva, invece, inciso dal punto di vista strettamente normativo sulla materia in esame. Invero, l'art. 4 del D.Lgs. n. 460/1997, nell'introdurre l'art. 109-bis, ora art. 145, nel T.U.I.R., aveva fatto salve le agevolazioni tributarie previste dalla legge 16 dicembre 1991, n. 398 per le associazioni sportive dilettantistiche.

Nei commi 17 e 18 dell'art. 90 legge n. 289/2002 viene disciplinato il profilo giuridico dell'associazione sportiva dilettantistica, quale profilo rilevante per il conseguimento delle agevolazioni fiscali previste dalla vigente normativa, integrata e modificata dal medesimo art. 90 (12).

Le associazioni sportive dilettantistiche possono fruire delle vigenti agevolazioni fiscali soltanto ove uniformino gli atti costitutivi e gli statuti a quanto disposto dal detto art. 90 legge n. 289/2002, commi 17 e 18. Tale adeguamento è stato definito come «condizione necessaria per l'acquisizione, o per il mantenimento dello *status* di (...) associazione sportiva dilettantistica ai soli fini fiscali» (13).

Deve essere qui posta in rilievo, fra le altre disposizioni agevolative, la detassazione di determinate attività (14) prevista per le associazioni sportive dilettantistiche - oltreché per gli altri enti *non profit* -, dall'art. 148 del T.U.I.R. (già art. 111), al terzo comma:

«Per le associazioni politiche, sindacali e di categoria, religiose, assistenziali, culturali, sportive dilettantistiche, di promozione sociale e di formazione extra-scolastica della persona non si considerano commerciali le attività svolte in diretta attuazione degli scopi istituzionali, effettuate verso pagamento di corrispettivi specifici nei confronti degli iscritti, associati o partecipanti, di altre associazioni che svolgo-

Note:

(7) V. M. Frascarelli, *Associazioni e società sportive*, Milano, 1994, 9; M. Cuccagna - R. Sgambati, *Società e associazioni sportive*, Milano, 1993, 22; A. Guella - A. Roncher, *op. cit.*, 10.

(8) Così, M. Frascarelli, *op. cit.*, 9.

(9) V. M. Civetta - A. Florimo, *Associazioni e fondazioni*, Milano, 2000, 473.

(10) Le Federazioni sportive nazionali e gli Enti nazionali di promozione sportiva sono soggetti al C.O.N.I. (Comitato Olimpico Nazionale Italiano), creato con legge 16 febbraio 1942, n. 426, per gestire lo sport in Italia.

(11) V. A. Guella - A. Roncher, *op. cit.*, 72.

(12) Sull'ampia portata dell'art. 90 legge n. 289/2002, cfr. la Circolare del Ministero delle Finanze n. 21/E del 22 aprile 2003 e lo Studio n. 1/2003/T del Consiglio Nazionale del Notariato - Commissione Studi Tributarie.

(13) Così, Studio C.N.N. n. 1/2003/T cit., 7.

(14) Cfr. Circolare del Ministero delle Finanze n. 21/E, cit., 6 e 7.

no la medesima attività e che per legge, regolamento, atto costitutivo o statuto fanno parte di un'unica organizzazione locale o nazionale, dei rispettivi associati o partecipanti e dei tesserati dalle rispettive organizzazioni nazionali, nonché le cessioni anche a terzi di proprie pubblicazioni cedute prevalentemente agli associati.».

Il comma 17 dell'art. 90 legge n. 289/2002 prevede che «Le....associazioni sportive dilettantistiche devono indicare nella denominazione sociale la finalità sportiva e la ragione o la denominazione sociale dilettantistica e possono assumere una delle seguenti forme:

a) associazione sportiva priva di personalità giuridica disciplinata dagli articoli 36 e seguenti del codice civile;

b) associazione sportiva con personalità giuridica di diritto privato ai sensi del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2000, n. 361».

Per inciso, va notato che qui il Legislatore, adoperando la dizione "associazione sportiva priva di personalità giuridica" sembra aver completamente accantonato ogni problematica inerente la qualità o quantità di soggettività giuridica delle associazioni non riconosciute.

Il comma 18 dell'art. 90 legge n. 289/2002 è stato interamente sostituito dal D. L. 22 marzo 2004, n. 72, convertito con modifiche dalla legge 21 maggio 2004, n. 128.

Nella sua originaria formulazione il comma 18 dettava alcuni principi generali e prevedeva la emanazione di uno o più regolamenti che avrebbero dovuto individuare - alla luce degli stessi principi -, i contenuti degli atti costitutivi e degli statuti delle associazioni sportive dilettantistiche.

Tali contenuti sono stati poi espressi dal riformulato comma 18 come segue, restando così del tutto eliminata la necessità dei suddetti regolamenti:

«Le (...) associazioni sportive dilettantistiche si costituiscono con atto scritto nel quale deve tra l'altro essere indicata la sede legale. Nello statuto devono essere espressamente previsti:

a) la denominazione;

b) l'oggetto sociale con riferimento all'organizzazione di attività sportive dilettantistiche, compresa l'attività didattica;

c) l'attribuzione della rappresentanza legale dell'associazione;

d) l'assenza di fini di lucro e la previsione che i proventi delle attività non possono, in nessun caso, essere divisi fra gli associati, anche in forme indirette;

e) le norme sull'ordinamento interno ispirato a principi di democrazia e di uguaglianza dei diritti di tutti gli associati, con la previsione dell'elettività delle cariche sociali (...);

f) l'obbligo di redazione di rendiconti economico-finanziari, nonché le modalità di approvazione degli stessi da parte degli organi statutari;

g) le modalità di scioglimento dell'associazione;

h) l'obbligo di devoluzione ai fini sportivi del patrimonio in caso di scioglimento delle....associazioni.».

L'art. 4, comma 6-ter del D.L. n. 72/2004, attenendosi, peraltro, a quanto già previsto nel precedente testo del comma 18, punto 4), ha introdotto nell'art. 90 legge n. 289/2002 il comma 18-bis, che stabilisce il divieto, per gli amministratori delle associazioni sportive dilettantistiche, di ricoprire la medesima carica in altre associazioni sportive dilettantistiche nell'ambito della medesima disciplina.

Al fine di semplificare gli adeguamenti degli statuti alle disposizioni di cui ai commi 17 e 18 dell'art. 90 legge n. 289/2002, il D.L. n. 72/2004 ha introdotto nello stesso art. 90 il comma 18-ter, il quale dispone quanto segue:

«Le (...) associazioni sportive dilettantistiche che, alla data di entrata in vigore della presente legge, sono in possesso dei requisiti di cui al comma 18, possono provvedere all'integrazione della denominazione sociale di cui al comma 17 attraverso verbale della determinazione assunta in tal senso dall'assemblea dei soci.».

Il D.L. n. 72/2004 ha abrogato i commi 20, 21, e 22, previsti nella originaria formulazione dell'art. 90 legge n. 289/2002.

L'abrogato comma 20 prevedeva l'istituzione presso il C.O.N.I. di un registro delle società e delle associazioni sportive dilettantistiche, distinto in tre sezioni: a) associazioni sportive dilettantistiche senza personalità giuridica; b) associazioni sportive dilettantistiche con personalità giuridica; c) società sportive dilettantistiche costituite nella forma di società di capitali.

L'abrogato comma 21 prevedeva la necessità di una apposita delibera del Consiglio nazionale del C.O.N.I. per disciplinare le modalità di tenuta del suddetto registro.

Alla stregua dell'abrogato comma 22, l'avvenuta iscrizione delle associazioni sportive dilettantistiche nel registro di cui al comma 20 si poneva quale presupposto «Per accedere ai contributi pubblici di qualsiasi natura».

Il D.L. n. 72/2004 ha, quindi, eliminato la obbligatorietà della iscrizione nel registro finalizzata all'ottenimento dei contributi pubblici.

L'articolo 7 della legge 27 luglio 2004, n. 186, di conversione del Decreto Legge 28 maggio 2004, n. 136, afferma, invece, la necessità del riconoscimento ai fini sportivi delle associazioni da parte del C.O.N.I. affinché possano fruire delle agevolazioni fiscali vigenti.

Ecco che, una volta costituite, le associazioni sportive dilettantistiche dovranno percorrere la strada del riconoscimento da parte dell'ordinamento sportivo, richiedendo l'affiliazione a una Federazione sportiva nazionale o a un Ente di promozione sportiva, quali enti competenti - alla stregua di una "competenza delegata" ai sensi dell'art. 29 dello Statuto del C.O.N.I. -, a emanare il provvedimento di riconoscimento ai fini sportivi delle associazioni sportive dilettantistiche.

Il nucleo fondamentale delle disposizioni tributarie riguardanti le associazioni sportive dilettantistiche è contenuto nella legge 16 dicembre 1991, n. 398, e successive modifiche e integrazioni, che introduce un regime opzionale forfetario di determinazione di alcune imposte per quelle associazioni sportive dilettantistiche che percepiscono dalle attività di natura commerciale proventi non superiori ad un determinato importo.

Le disposizioni agevolative riguardano l'I.R.E.S., l'I.R.A.P. e l'I.V.A.. Esse, inoltre, incidono sulla semplificazione degli adempimenti contabili, con riguardo sia ai registri obbligatori sia alle modalità relative alla loro tenuta (15).

L'articolo 25 della legge 13 maggio 1999, n. 133, modificato con l'art. 37 della legge 21 novembre 2000, n. 342, ha potenziato lo speciale regime agevolativo, prevedendo la possibilità di corrispondere compensi, indennità e rimborsi forfetari agli atleti, ossia ai "collaboratori" sportivi delle associazioni sportive dilettantistiche senza applicazione della ritenuta di acconto fino a determinati importi.

Il comma 3 dell'art. 90 legge n. 289/2002 ha poi modificato ed esteso la disciplina prevista per i compensi, le indennità e i rimborsi forfetari percepiti dagli sportivi dilettanti: è stato innalzato da Euro 5.164,57 a Euro 7.500,00 il limite di esenzione, mentre il criterio di tassazione già previsto dal precitato art. 25 legge n. 133/1999 per i soli atleti dilettanti, ossia con riferimento alle somme corrisposte esclusivamente per prestazioni sportive, è stato esteso anche ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di carattere amministrativo-gestionale, di natura non professionale, e quindi, al di fuori delle prestazioni sportive, a mansioni amministrative o di gestione dell'ente (16). Si pensi ai «compiti tipici di segreteria...quali ad esempio la raccolta delle iscrizioni, la tenuta della cassa e la tenuta della contabilità da parte di soggetti non professionisti» (17).

Con la tassazione forfetaria l'Erario si accontenta «di un prelievo fiscale ridotto (qual è quasi sempre quello forfetario) cui presumibilmente molti enti si sottoporranno, rinunciando ad un prelievo maggiore e forse più giusto e congruo ai redditi prodotti, ma certamente molto più difficile da accertare, visto il regime di promiscuità fra attività non commerciali ed attività commerciali» (18).

Il comma 2 dell'art. 90 legge n. 289/2002 ha innalzato il limite massimo dei proventi commerciali per accedere al regime forfetario. Non è possibile avvalersi delle disposizioni agevolative previste dalla legge n. 398/1991, e potenziate dall'art. 25, comma 2, della legge n. 133/1999, ove i proventi da attività commerciali conseguiti nel precedente periodo d'imposta eccedano la somma di Euro 250.000,00 (limite già previsto in Lire 100.000.000 dalla legge n. 398/1991 e poi elevato a Lire 360.000.000 (corrispondenti a Euro 185.924,48) dall'art. 25, comma 2 della legge n. 133/1999) (19).

Ai sensi dell'art. 1, comma 2 della legge n. 398/1991, «nei confronti dei soggetti che hanno esercitato l'opzione di cui al comma 1 e che nel corso del periodo d'imposta hanno superato il limite..., cessano di applicarsi le disposizioni della presente legge con effetto dal mese successivo a quello in cui il limite è superato».

Alle associazioni sportive dilettantistiche che si avvalgono della legge n. 398/1991, si applica la seguente disposizione contenuta nel comma 2, lettere a) e b) dell'articolo 25 legge n. 133/1999, così come modificata dall'art. 37 legge n. 342/2000: «non concorrono a formare il reddito imponibile, per un numero

Note:

(15) V. M. Civetta - A. Florimo, *op. cit.*, 473 ss. e 481 ss.; G. De Vito, *Gli enti non commerciali e le Onlus*, Milano, 1998, 54 ss.; A. Guella - A. Roncher, *op. cit.*, 156 ss.; R. Briganti, *Organizzazioni "Non profit" e ONLUS*, Quaderni di Notariato, 4, Milano Ipsa, 2000; M. De Paoli, C. Della Chà, I. Gliotti (a cura di), *La nuova disciplina del «Terzo Settore»: clausole statutarie*, in questa *Rivista*, 3, 1998, 254.

(16) Cfr. A. Guella - A. Roncher, *op. cit.*, 156.

(17) Così, Circolare del Ministero delle Finanze n. 21/E, *cit.*, 12.

(18) Così, M. Civetta - A. Florimo, *op. cit.*, 483.

(19) A. Guella - A. Roncher, *op. cit.*, 156; M. Civetta - A. Florimo, *op. cit.*, 482 ss.

di eventi complessivamente non superiore a due per anno e per un importo non superiore al limite annuo complessivo fissato con decreto del Ministro delle finanze, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica (20) e con il Ministro per i beni e le attività culturali:

a) i proventi realizzati dalle associazioni nello svolgimento di attività commerciali connesse agli scopi istituzionali;

b) i proventi realizzati per il tramite della raccolta pubblica di fondi....».

Il limite sopra menzionato è stato fissato dal Decreto ministeriale 10 novembre 1999, all'articolo 1, nella misura massima di Euro 51.645,69 per periodo di imposta.

Nella determinazione del reddito imponibile ai fini I.R.E.S. e I.R.A.P. si deve tenere conto dell'«ulteriore potenziamento» (21) apportato al regime fiscale agevolato delle associazioni sportive dilettantistiche dall'articolo 25 della legge n. 133/1999, costituito dalla riduzione del 50% (cinquanta per cento) del coefficiente di redditività da applicare al volume complessivo dei ricavi commerciali: detto coefficiente è stato ridotto dal 6% al 3%. La *ratio* di questa ulteriore agevolazione è stata ravvisata nell'intento del Legislatore di «far emergere nicchie di *non profit* ancora inesplorate dall'Erario» (22).

Ai sensi del comma 4 dell'art. 90 legge n. 289/2002, il C.O.N.I., le Federazioni sportive nazionali e gli Enti di promozione sportiva riconosciuti dal C.O.N.I. non sono obbligati ad operare la ritenuta del 4%, di cui all'art. 28 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, a titolo di acconto sui contributi erogati alle associazioni sportive dilettantistiche.

A norma del comma 10 dell'art. 90 legge n. 289/2002 le indennità di trasferta e i rimborsi forfetari, erogati dalle associazioni sportive dilettantistiche agli sportivi dilettanti, non concorrono alla formazione della base imponibile dell'I.R.A.P. se riferiti all'attività istituzionale.

Ai sensi dell'art. 9, comma 1, del D.P.R. 30 dicembre 1999, n. 544, alle associazioni sportive dilettantistiche che optano per l'applicazione delle disposizioni di cui alla legge n. 298/1991 si applicano, per tutti i proventi conseguiti nell'esercizio delle attività commerciali connesse agli scopi istituzionali, le disposizioni previste dall'art. 74, comma 6, del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 (23).

Quest'ultima norma prevede una detrazione forfetaria dell'I.V.A. a debito pari in via ordinaria al 50% dell'imposta. Peraltro, per le c.d. sponsorizzazioni la percentuale di forfetizzazione è ridotta ad un decimo dell'imposta, mentre per le cessioni o le concessioni di diritti di ripresa televisiva e di trasmissione radiofonica la detrazione deve essere forfetizzata in misura pari ad un terzo dell'imposta.

La circolare del Ministero delle Finanze n. 165/E del 7 settembre 2000 (24) ha precisato che le associazioni sportive dilettantistiche per le prestazioni pubblicitarie, in mancanza di una espressa previsione normativa godono della detrazione del 50%, disposta in via generale dal citato comma 6 dell'art. 74 D.P.R. n. 633/1972.

In forza dell'art. 2 legge n. 398/1991, per le associazioni sportive dilettantistiche che scelgono il regime agevolato di cui alla medesima legge non è obbligatoria la tenuta delle scritture contabili prescritte dal D.P.R. n. 600/1973 (libro giornale, registri previsti ai fini I.V.A., scritture ausiliarie di magazzino e libro dei beni ammortizzabili).

Inoltre, le associazioni sportive dilettantistiche che hanno scelto il regime agevolato di cui alla legge n. 398/1991, ai sensi del D.P.R. 13 marzo 2002, n. 69 godono di alcune semplificazioni in materia di certificazione dei corrispettivi costituiti dalle somme pagate dal pubblico per assistere alle manifestazioni sportive dilettantistiche. Precisamente, possono certificare i detti corrispettivi mediante l'utilizzo di titoli d'ingresso o di abbonamenti in alternativa alla installazione di una biglietteria automatizzata o di un misuratore fiscale (25).

Il comma 8 dell'art. 90 legge n. 289/2002 prevede un regime agevolativo per le spese di pubblicità: «Il corrispettivo....in favore di... associazioni sportive dilettantistiche....costituisce, per il soggetto erogante, fino ad un importo annuo complessivamente non superiore a 200.000 euro, spesa di pubblicità, volta alla promozione dell'immagine o dei prodotti del soggetto erogante mediante una specifica attività del beneficiario...».

Note:

(20) Competenza ora unificata nel Ministro dell'Economia e delle Finanze.

(21) Così, M. Civetta - A. Florimo, *op. cit.*, 484.

(22) M. Civetta - A. Florimo, *op. cit.*, 484.

(23) Cfr. Circolare del Ministero delle Finanze n. 21/E, *cit.*, 7.

(24) Richiamata dalla Circolare del Ministero delle Finanze n. 21/E, *cit.*, 7; v., inoltre, A. Guella - A. Roncher, *op. cit.*, 167.

(25) Cfr. Circolare del Ministero delle Finanze n. 21/E, *cit.*, 8.

Le spese di pubblicità sono, come tali, disciplinate dall'art. 108 (già art. 74), comma 2, T.U.I.R.. Esse sono interamente deducibili, a differenza delle c.d. spese di rappresentanza, «ammesse in deduzione nella misura di un terzo del loro ammontare» a norma dello stesso comma 2 dell'art. 108 T.U.I.R..

Il comma 9 dell'art. 90 legge n. 289/2002 eleva da Euro 1.032,91 a Euro 1.500,00 l'importo massimo su cui calcolare la detrazione del 19% per le erogazioni liberali in denaro effettuate da persone fisiche a favore delle (società e) associazioni sportive dilettantistiche (26).

Il comma 11 dell'art. 90 legge n. 289/2002 prevede la inapplicabilità alle associazioni sportive dilettantistiche delle disposizioni sulla perdita della qualifica di ente non commerciale (27).

Tali disposizioni sono contenute nel 1° e nel 2° comma dell'art. 149 (già art. 111-bis) del T.U.I.R. e, prima della modifica introdotta dal comma 11 dell'art. 90 legge n. 289/2002 ne era esclusa l'applicabilità soltanto per gli enti ecclesiastici riconosciuti come persone giuridiche agli effetti civili.

Siffatta novità legislativa comporta che anche le associazioni sportive dilettantistiche non perdono la qualifica di enti non commerciali nel caso in cui abbiano esercitato, nel periodo d'imposta considerato, l'attività commerciale quale attività prevalente, né ove abbiano superato gli «specifici parametri reddituali-patrimoniali» (28) di cui al secondo comma dell'art. 149 T.U.I.R..

Ai sensi del comma 11-bis, art. 90 legge n. 289/2002 (29), per le associazioni (e per le società) sportive dilettantistiche «la pubblicità, in qualunque modo realizzata negli impianti utilizzati per manifestazioni sportive dilettantistiche con capienza inferiore ai tremila posti, è da considerarsi, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 640, in rapporto di occasionalità rispetto all'evento sportivo direttamente organizzato.».

La pubblicità realizzata negli impianti previsti dal detto comma 11-bis non costituisce, quindi, presupposto impositivo ai fini della Imposta sugli spettacoli (30).

Infine, si deve segnalare che l'art. 90 legge n. 289/2002, ai commi 5 e 7 ha previsto alcune novità in materia di imposte indirette.

Ai sensi del detto comma 5, «Gli atti costitutivi e di trasformazione delle...associazioni sportive dilettantistiche...direttamente connessi allo svolgimento dell'attività sportiva, sono soggetti all'imposta di registro in misura fissa.».

La reale portata innovativa della disposizione in esame è stata opportunamente colta nello Studio n. 1/2003/T del Consiglio Nazionale del Notariato-Commissione Studi Tributari, 6 Giugno 2003, da un lato, con riguardo agli atti costitutivi, nella «possibilità di costituire una (...) associazione, mediante conferimento di immobile, scontando, però, solo il tributo in misura fissa in luogo delle aliquote proporzionali, previste dall'art. 1, della Tariffa-Parte I-allegata al D.P.R. n. 131/86»(31); dall'altro, nella possibilità di applicazione alle «trasformazioni eterogenee», oggi disciplinate dagli articoli 2500-*septies* e 2500-*octies* del Codice Civile, a seguito della riforma del diritto societario.

L'interpretazione contenuta nel precitato Studio n. 1/2003/T C.N.N. sottolinea, invero, la totale assenza di novità, nella disposizione in commento, per quel che concerne le costituzioni con conferimento in denaro e le trasformazioni non «eterogenee» (32), già soggette all'imposta di registro in misura fissa ex art. 4, parte I, della tariffa allegata al D.P.R. n. 131/1986.

Il comma 7 dell'art. 90 legge n. 289/2002 è intervenuto sull'art. 13-bis, comma 1, del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 641, che ora, nella nuova versione, prevede l'esenzione dalla tassa sulle concessioni governative non soltanto - come già in passato -, per le O.N.L.U.S., ma anche per le associazioni sportive dilettantistiche (33).

Note:

(26) V. A. Guella - A. Roncher, *op. cit.*, 157.

(27) V. Circolare del Ministero delle Finanze n. 21/E, *cit.*, 2.

(28) A. Guella - A. Roncher, *op. cit.*, 157.

(29) Comma inserito dal cit. art. 1, comma 470, legge 30 dicembre 2004, n. 311.

(30) Con una norma interpretativa, l'art. 7-*octies*, comma 2, D.L. 31 gennaio 2005, n. 7 conv., con modif., dalla legge 31 marzo 2005, n. 43 ha, poi, stabilito che «Le disposizioni di cui al comma 470 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311, si intendono applicabili anche all'imposta sugli intrattenimenti e all'imposta sulla pubblicità.».

(31) Così, Studio C.N.N. n. 1/2003/T, *cit.*, 2.

(32) Per l'interpretazione dell'inciso «direttamente connessi allo svolgimento dell'attività sportiva», riferito, nel comma 5 dell'art. 90 legge n. 289/2002, agli atti costitutivi e di trasformazione, si rinvia al medesimo Studio C.N.N. n. 1/2003/T, 2 ss..

(33) Tuttavia, come evidenziato nello Studio C.N.N. n. 1/2003/T, *cit.*, 5, a causa dell'abrogazione dell'obbligo di vidimazione, prima della entrata in vigore della legge n. 289/2002 «il tributo doveva essere corrisposto solo in caso di bollatura facoltativa».

TECNICHE CONTRATTUALI: ATTO COSTITUTIVO E STATUTO (34)

Repertorio n. ...

Raccolta n. ...

ATTO COSTITUTIVO DI ASSOCIAZIONE SPORTIVA DILETTANTISTICA

REPUBBLICA ITALIANA

*L'anno ..., il giorno ... del mese di ..., in ... e nel mio studio in Via ..., n.**Avanti a me dottor ..., Notaio residente in ..., iscritto presso il Collegio Notarile del Distretto di ..., senza l'assistenza dei testimoni, avendovi i comparenti, di comune accordo tra loro e col mio consenso, rinunziato; sono presenti i signori:*

-

-

-

*I comparenti, della cui identità personale sono io Notaio certo, tutti cittadini italiani, come dichiarano, stipulano quanto appresso**1) I signori ...**dichiarano di costituire, come col presente atto costituiscono, un'Associazione Sportiva Dilettantistica denominata:**"ASSOCIAZIONE SPORTIVA DILETTANTISTICA ...".**2) L'Associazione Sportiva Dilettantistica ha sede legale in ..., Via ..., numero civico**3) L'Associazione Sportiva Dilettantistica non persegue finalità di lucro.**L'Associazione Sportiva Dilettantistica, attraverso i metodi del libero associazionismo, ha il compito fondamentale di promuovere, organizzare e gestire attività sportive dilettantistiche e motorio-sportive (eventualmente: con particolare riguardo allo sport del ...), compresa l'attività didattica per l'avvio, l'aggiornamento ed il perfezio-***Nota:**

(34) L'atto costitutivo e lo statuto proposti rappresentano una personale rielaborazione o - se si vuole -, rilettura della bozza di statuto gentilmente messa a disposizione, su richiesta della scrivente, dal Presidente dell'E.N.D.A.S.-Ente Nazionale Democratico di Azione Sociale, con sede in Roma, Via Merulana n. 48, dottor Piero Benedetti. Le notazioni che seguono traggono spunto dalle notizie inviate con spirito di cortese disponibilità dal Presidente dell'E.N.D.A.S. Puglia, Brindisi, Via XX Settembre n. 65, dottor Francesco Altomare. Nel panorama sportivo nazionale l'E.N.D.A.S. si configura come uno fra i tredici Enti di promozione sportiva riconosciuti dal C.O.N.I., quali enti che praticano lo sport a livello amatoriale. La costellazione delle attività sportive rappresentata in Italia dal C.O.N.I. si muove, quindi, tra una gestione dello sport agonistico, affidata alle Federazioni sportive nazionali, ed una gestione dello sport amatoriale affidata ai suddetti Enti di promozione sportiva. Nello svolgimento dell'attività amatoriale relativa alle varie discipline sportive, gli Enti di promozione sportiva sono tenuti all'osservanza delle norme, dei regolamenti e delle direttive del C.O.N.I., nonché all'osservanza dei regolamenti che promanano dalle Federazioni sportive nazionali. Quale peculiarità dell'E.N.D.A.S., si segnala che vi possono aderire non soltanto le associazioni sportive dilettantistiche ma anche i C.R.A.S.-Circoli Ricreativi di Azione Sociale, nei quali vengono praticate attività ricreative e culturali (attività del cosiddetto "tempo libero"). La disciplina tributaria dei C.R.A.S., in quanto enti non commerciali, è contenuta nel D.Lgs. 4 dicembre 1997, n. 460. Qualora i C.R.A.S. intendano praticare attività sportive, devono adottare lo statuto di associazione sportiva dilettantistica. L'attività dell'E.N.D.A.S. si svolge, pertanto, su un duplice piano:

- in quanto Ente di promozione sportiva riconosciuto dal C.O.N.I., accoglie le associazioni sportive dilettantistiche che accettino lo Statuto E.N.D.A.S. e, comunque, adottino uno Statuto conforme alla vigente normativa tributaria in materia di associazioni sportive dilettantistiche, quale riformulata dall'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289 e successive modifiche di cui al Decreto Legge 22 marzo 2004, n. 72, convertito dalla legge 21 maggio 2004, n. 128;

- in quanto Ente di promozione sociale, accoglie i C.R.A.S. che operino alla stregua della disciplina tributaria del cosiddetto "terzo settore", contemplata dal sopra citato D.Lgs. n. 460 del 1997. In particolare, viene qui in considerazione, in tema di sgravi fiscali, il comma 5 dell'articolo 148 del T.U.I.R.-Testo Unico delle Imposte sui Redditi, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 e successive modifiche e integrazioni, già comma 4-bis dell'articolo 111 del T.U.I.R., che, a seguito della novella di cui al precitato D.Lgs. n. 460/1997, consente che l'attività di somministrazione di alimenti e bevande a favore degli associati non sia considerata commerciale (cfr. Monica De Paoli, Chiara Della Chà, Ida Gigliotti (a cura di), *La nuova disciplina del «Terzo Settore»: clausole statutarie, op. cit., 254*).

L'Associazione Sportiva Dilettantistica che dovesse scaturire dagli schemi di atto costitutivo e statuto proposti potrebbe gestire un servizio di mensa a favore degli associati e mescolare bevande agli associati medesimi senza che ne vengano snaturati gli scopi e senza che ne resti aggravata la propria posizione dal punto di vista fiscale. L'atto costitutivo e lo statuto proposti riflettono, indubbiamente, la duplice veste che gli enti associativi aderenti all'E.N.D.A.S. possono indossare; da un lato, di associazione sportiva dilettantistica, dall'altro di circolo ricreativo e culturale. Il C.O.N.I., che si pone al vertice dell'ordinamento sportivo nazionale, quale garante della sua unicità, ha il compito di riconoscere le associazioni sportive dilettantistiche: certifica l'effettività della natura sportiva delle associazioni, mediante l'inserimento in un apposito elenco, nel quale possono essere comprese le sole associazioni sportive dilettantistiche i cui statuti siano adeguati alla vigente normativa in materia. Tale elenco deve essere trasmesso con cadenza annuale dal C.O.N.I. all'Agenzia delle Entrate, allo scopo di agevolarne i controlli. A norma dell'articolo 29 dello Statuto del C.O.N.I., la competenza a riconoscere ai fini sportivi le associazioni può essere delegata dal C.O.N.I. alle Federazioni sportive nazionali o agli Enti di promozione sportiva. L'applicazione dei benefici fiscali contemplati dall'attuale normativa sulle associazioni sportive dilettantistiche resta, così, circoscritta alle sole associazioni riconosciute dal C.O.N.I. e incluse nell'elenco predisposto dallo stesso. Invero, la funzione sociale delle associazioni sportive dilettantistiche è così importante da aver giustificato la necessità di siffatto riconoscimento, sancita, sul piano normativo, dall'articolo 7 della legge 27 luglio 2004, n. 186, di conversione del Decreto Legge 28 maggio 2004, n. 136.

namento dell'attività sportiva. Può altresì svolgere attività culturali, ambientali, ricreative, turistiche, assistenziali, di prevenzione sanitaria. Si propone, inoltre, come centro permanente di vita associativa, di favorire la partecipazione dei propri associati alla vita della comunità per la realizzazione di interessi a valenza collettiva.

A tal fine l'Associazione Sportiva Dilettantistica potrà:

- a) attivare rapporti e sottoscrivere convenzioni con Enti pubblici per gestire impianti sportivi, culturali e ricreativi con annesso verde pubblico attrezzato, nonché collaborare per lo svolgimento di progetti, manifestazioni e iniziative culturali, sportive, ricreative ed assistenziali;
- b) allestire e gestire bar, mense e punti di ristoro, collegati alla propria sede e/o ai propri impianti anche in occasione di manifestazioni;
- c) esercitare, in via meramente marginale ed occasionale, senza scopi di lucro, attività di natura commerciale per autofinanziamento, osservando le normative amministrative e fiscali vigenti.

L'Associazione Sportiva Dilettantistica diffonde gli ideali associativi e la conoscenza delle attività svolte nelle forme più idonee in relazione alle proprie potenzialità ed ai destinatari dell'informazione, eventualmente anche attraverso notiziari periodici ed attività editoriali.

L'Associazione Sportiva Dilettantistica non ha fini politico-partitici, religiosi o razziali.

4) L'Associazione Sportiva Dilettantistica ha durata illimitata.

L'esercizio finanziario chiuderà al 31 (trentuno) Dicembre di ogni anno.

5) L'Associazione Sportiva Dilettantistica è disciplinata dallo Statuto che, previa lettura da me datane ai comparenti, i quali dichiarano di accettarlo ed approvarlo e si impegnano a rispettarlo, si allega al presente atto sotto la lettera "A", perché ne formi parte integrante e sostanziale.

6) Sono organi dell'Associazione Sportiva Dilettantistica:

- a) l'Assemblea degli associati;
- b) il Consiglio Direttivo;
- c) il Presidente;
- d) il Vice Presidente;
- e) il Collegio dei Revisori dei Conti.

Il Consiglio Direttivo sarà composto per i primi tre anni dai signori (almeno tre):

— ...
— ...
— ...

i quali dichiarano di accettare la carica. Tra gli stessi vengono nominati Presidente il signor ... e Vice Presidente il signor ...; questi dichiarano di accettare la carica.

7) Le spese del presente atto, sua registrazione, annesse e dipendenti, sono a carico dell'Associazione Sportiva Dilettantistica e per essa degli associati che se le assumono.

Richiesto io Notaio ho ricevuto il presente atto, da me letto ai comparenti, che a mia domanda lo dichiarano conforme alla loro volontà e lo approvano.

Consta l'atto di ... fogli scritti in parte a macchina da persona di mia fiducia ed in parte di mio pugno complessivamente in ... pagine e quanto sin qui della

STATUTO(35)
DELL'ASSOCIAZIONE SPORTIVA DILETTANTISTICA ..."

ARTICOLO 1
(Costituzione, denominazione e durata)

È costituita una Associazione Sportiva Dilettantistica nella forma della associazione priva di personalità giuridica disciplinata dagli articoli 36 e seguenti del Codice Civile. L'Associazione Sportiva Dilettantistica assume la denominazione di

"ASSOCIAZIONE SPORTIVA DILETTANTISTICA ... "(36).

L'Associazione Sportiva Dilettantistica ha la propria sede legale nel Comune di ..., Via ..., numero civico ..., e

Note:

(35) Le presenti note si riferiscono soltanto alle caratteristiche statutarie prese in considerazione dall'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, modificato dal D. L. 22 marzo 2004, n. 72, convertito dalla legge 21 maggio 2004, n. 128. Al fine di verificare ulteriori somiglianze o coincidenze del presente statuto con i "tratti fisiognomici" degli enti non commerciali in genere, si rinvia allo statuto di associazione pubblicato in M. De Paoli, C. Della Chà, I. Gliotti, *La nuova disciplina del «Terzo Settore»: clausole statutarie*, op. cit., 258 ss.

(36) Ai sensi del comma 17 dell'art. 90 legge n. 289/2002, nella denominazione sociale, alla cui necessaria indicazione si fa espresso riferimento anche al successivo comma 18, lettera a), devono essere menzionate la finalità sportiva e la natura dilettantistica dell'attività.

aderisce all'E.N.D.A.S.-Ente Nazionale Democratico di Azione Sociale del quale accetta lo Statuto ed i regolamenti.

La durata è illimitata.

ARTICOLO 2
(Caratteristiche)

L'Associazione Sportiva Dilettantistica è autonoma e amministrativamente indipendente, è caratterizzata dalla democraticità della struttura e garantisce l'uguaglianza di tutti gli associati (37).

L'Associazione Sportiva Dilettantistica non persegue finalità di lucro; i proventi delle attività sono destinati interamente alla realizzazione degli scopi istituzionali, con divieto di distribuire, anche in modo indiretto, utili o avanzi di gestione nonché fondi, riserve o capitale durante la vita dell'Associazione Sportiva Dilettantistica, salvo che la destinazione o la distribuzione non siano imposte per legge (38).

ARTICOLO 3
(Scopi e attività)

L'Associazione Sportiva Dilettantistica, attraverso i metodi del libero associazionismo, ha il compito fondamentale di promuovere, organizzare e gestire attività sportive dilettantistiche e motorio-sportive (eventualmente: con particolare riguardo allo sport del ...), compresa l'attività didattica per l'avvio, l'aggiornamento ed il perfezionamento dell'attività sportiva. Può altresì svolgere attività culturali, ambientali, ricreative, turistiche, assistenziali, di prevenzione sanitaria. Si propone, inoltre, come centro permanente di vita associativa, di favorire la partecipazione dei propri associati alla vita della comunità per la realizzazione di interessi a valenza collettiva (39). A tal fine l'Associazione Sportiva Dilettantistica potrà:

- a) attivare rapporti e sottoscrivere convenzioni con Enti pubblici per gestire impianti sportivi, culturali e ricreativi con annesso verde pubblico attrezzato, nonché collaborare per lo svolgimento di progetti, manifestazioni e iniziative culturali, sportive, ricreative ed assistenziali;
- b) allestire e gestire bar, mense e punti di ristoro, collegati alla propria sede e/o ai propri impianti anche in occasione di manifestazioni;
- c) esercitare, in via meramente marginale ed occasionale, senza scopi di lucro, attività di natura commerciale per autofinanziamento, osservando le normative amministrative e fiscali vigenti.

L'Associazione Sportiva Dilettantistica diffonde gli ideali associativi e la conoscenza delle attività svolte nelle forme più idonee in relazione alle proprie potenzialità ed ai destinatari dell'informazione, eventualmente anche attraverso notiziari periodici ed attività editoriali.

L'Associazione Sportiva Dilettantistica non ha fini politico-partitici, religiosi o razziali.

ARTICOLO 4
(Associati)

All'Associazione Sportiva Dilettantistica possono aderire tutti i cittadini di ambo i sessi che si impegnino a contribuire alla realizzazione degli scopi sociali e ad osservare il presente statuto, i regolamenti e le deliberazioni degli organi statutari.

Gli associati sono tenuti al pagamento della quota sociale annuale. Tale quota non è trasmissibile né rivalutabile. Gli associati ed i loro familiari, nel rispetto degli appositi regolamenti, hanno diritto di frequentare i locali e le strutture dell'Associazione Sportiva Dilettantistica, di usufruire dei relativi servizi e di partecipare a tutte le attività e manifestazioni indette dall'associazione stessa.

Il rapporto associativo e le modalità associative sono volte a garantire l'effettività del rapporto medesimo.

Tutti gli associati maggiori di età hanno diritto di voto ed il diritto ad essere eletti alle cariche sociali.

La partecipazione all'Associazione Sportiva Dilettantistica non può essere temporanea.

Note:

(37) I principi qui richiamati di democrazia e di uguaglianza dei diritti di tutti gli associati, sanciti dal comma 18, lettera e) dell'art. 90 legge n. 289/2002, e il corollario della elettività delle cariche sociali di cui lo stesso comma 18, lettera e) richiede la previsione espressa (v. gli articoli 7, 8, 9, 10 e 14 del presente Statuto), sono già noti come principi tipici del *genus* "ente non commerciale", in quanto sono stati inseriti nel comma 8, lettere c) ed e) dell'art. 148, già art. 111, del T.U.I.R.-D.P.R. n. 917/1986 dal D.Lgs. n. 460 del 1997.

(38) L'«assenza di fini di lucro e la previsione che i proventi delle attività non possono, in nessun caso, essere divisi fra gli associati, anche in forme indirette» (comma 18, lettera d) dell'art. 90 legge n. 289/2002) sono requisiti fondamentali di tutti gli enti non commerciali (v. il comma 8, lettera a) dell'art. 148, già art. 111, del T.U.I.R.-D.P.R. n. 917/1986, introdotto dal D.Lgs. n. 460/1997). Gli eventuali utili di gestione devono essere totalmente reinvestiti nella realizzazione dei fini statutari. V., nello Statuto in commento, l'ultimo periodo dell'articolo 11.

(39) Il comma 18, lettera b) dell'art. 90 legge n. 289/2002 richiede l'espressa previsione dell'«oggetto sociale con riferimento all'organizzazione di attività sportive dilettantistiche, compresa l'attività didattica».

ARTICOLO 5

*(Criteri di ammissione e esclusione degli associati)**L'ammissione all'Associazione Sportiva Dilettantistica è subordinata alle seguenti norme:*

- a) presentazione della domanda;*
- b) accettazione del presente statuto, degli eventuali regolamenti interni e delle deliberazioni prese dagli organi sociali.*

*Il Consiglio Direttivo cura l'annotazione dei nuovi aderenti nel libro degli associati dopo che gli stessi avranno versato la quota associativa.**La domanda di ammissione ad associato presentata da minorenni dovrà essere controfirmata dall'esercente la potestà familiare. Il genitore che sottoscrive la domanda rappresenta il minore a tutti gli effetti nei confronti dell'Associazione Sportiva Dilettantistica e risponde verso la stessa per tutte le obbligazioni dell'associato minore.**La qualità di associato si perde per recesso, espulsione o decesso. Gli associati possono essere sospesi.**Il recesso deve essere comunicato per iscritto. Il Consiglio Direttivo ne prende atto nella sua prima riunione utile e provvede alla cancellazione dal libro degli associati.**L'espulsione o la sospensione di un associato può essere adottata dal Consiglio Direttivo a maggioranza assoluta dei suoi membri, per i seguenti motivi:*

- a) comportamento gravemente contrastante con gli scopi dell'Associazione Sportiva Dilettantistica o con le norme del presente statuto;*
- b) infrazioni gravi ai regolamenti o non ottemperanza alle deliberazioni degli organi dell'Associazione Sportiva Dilettantistica;*
- c) mancato pagamento delle quote associative;*
- d) aver arrecato volontariamente danni morali o materiali all'Associazione Sportiva Dilettantistica.*

In ogni caso, prima di procedere all'espulsione o alla sospensione devono essere contestati per iscritto all'associato gli addebiti che allo stesso vengono mossi, consentendo facoltà di replica. Gli associati espulsi o sospesi possono ricorrere contro il provvedimento del Consiglio; il ricorso verrà esaminato dall'Assemblea nella prima riunione ordinaria.

ARTICOLO 6

*(Organi dell'Associazione Sportiva Dilettantistica)**Sono organi dell'Associazione Sportiva Dilettantistica:*

- a) l'Assemblea degli associati;*
- b) il Consiglio Direttivo;*
- c) il Presidente;*
- d) il Vice Presidente;*
- e) il Collegio dei Revisori dei Conti.*

Tutte le cariche vengono ricoperte a titolo gratuito. Gli amministratori non possono ricoprire cariche sociali in altre società e associazioni sportive nell'ambito della medesima disciplina (40).

ARTICOLO 7

*(L'Assemblea generale)**L'Assemblea è composta da tutti gli associati, può essere ordinaria e straordinaria ed è convocata dal Presidente previa determinazione del Consiglio Direttivo.**L'Assemblea straordinaria è inoltre convocata dal Presidente su richiesta motivata di 1/10 (un decimo) della base sociale; in quest'ultimo caso l'Assemblea dovrà aver luogo entro 30 (trenta) giorni dalla data in cui viene richiesta.**L'Assemblea ordinaria viene convocata almeno una volta all'anno entro quattro mesi dalla chiusura dell'esercizio sociale e adempie ai seguenti compiti:*

- approva gli indirizzi e le linee generali del programma di attività per l'anno sociale;*

Nota:

(40) Si è optato per la gratuità delle cariche - da intendere come divieto di erogazione di compensi -, sebbene nella nuova formulazione del comma 18 dell'art. 90 legge n. 289/2002 sia stato eliminato il riferimento alla gratuità degli incarichi degli amministratori, già contenuto nel vecchio comma 18, lettera a), n. 5. La previsione della possibilità di erogare compensi troverebbe, peraltro, un limite nel divieto di distribuzione, anche indiretta, degli utili. L'art. 10, comma 6, lettera c) del D.Lgs. n. 460/1997, in tema di O.N.L.U.S., stabilisce, con presunzione assoluta, che si considera distribuzione indiretta di utili la corresponsione ai componenti gli organi amministrativi e di controllo "di emolumenti sproporzionati rispetto a quelli spettanti per l'attività svolta" (A. Guella - A. Roncher, *op. cit.*, 36).

- elegge il Consiglio Direttivo e ne stabilisce il numero dei componenti;
- elegge il Collegio dei Revisori dei Conti e il suo Presidente;
- delibera sulle questioni attinenti alla gestione sociale che eccedono l'ordinaria amministrazione;
- delibera eventuali regolamenti interni e le loro variazioni;
- decide l'importo della quota associativa annuale;
- approva il bilancio preventivo ed il rendiconto economico, finanziario e patrimoniale dell'anno precedente (41);
- decide su eventuali controversie relative ai regolamenti e sulla loro compatibilità con i principi ispiratori dello statuto;
- esamina i ricorsi presentati dagli associati avverso le decisioni di espulsione e di sospensione adottate dal Consiglio Direttivo.

L'Assemblea straordinaria delibera:

- le modifiche dello statuto;
- lo scioglimento dell'Associazione, la nomina dei liquidatori, la devoluzione del patrimonio.

L'Assemblea è convocata con avviso scritto spedito per lettera raccomandata al domicilio di ogni associato almeno 10 (dieci) giorni prima della data fissata.

Gli avvisi di convocazione debbono contenere: l'ordine del giorno, la data, l'ora ed il luogo della prima e dell'eventuale seconda convocazione. Tra la prima e la seconda convocazione deve intercorrere un intervallo non inferiore a ventiquattro ore.

Nell'Assemblea ogni associato maggiore di età ha diritto ad un voto. Nelle deliberazioni di approvazione del bilancio ed in quelle che riguardano la loro responsabilità i consiglieri non hanno voto.

Le deliberazioni dell'Assemblea ordinaria sono prese a maggioranza di voti dei presenti e con la presenza di almeno la metà degli aventi diritto al voto.

In seconda convocazione la deliberazione è valida qualunque sia il numero degli intervenuti.

Per le deliberazioni dell'Assemblea straordinaria occorre, sia in prima che in seconda convocazione, la presenza di almeno tre quarti degli aventi diritto al voto ed il voto favorevole della maggioranza dei presenti.

Non sono ammessi voti per corrispondenza.

L'Assemblea, sia ordinaria che straordinaria, è presieduta da un Presidente nominato dall'Assemblea stessa. Le votazioni possono avvenire per alzata di mano o per scrutinio segreto quando ne faccia richiesta 1/5 (un quinto) dei presenti.

In caso di votazioni a scrutinio segreto vengono nominati dall'Assemblea tre scrutatori con il compito di sovrintendere alle operazioni di voto.

Per l'elezione del Consiglio Direttivo la votazione avviene di norma a scrutinio segreto. Di ogni Assemblea si dovrà redigere apposito verbale firmato da chi ha presieduto l'Assemblea stessa e dal verbalizzante.

Le deliberazioni ed i rendiconti sono pubblicizzati agli associati con l'esposizione per 10 (dieci) giorni dopo l'approvazione nella sede dell'Associazione Sportiva Dilettantistica.

ARTICOLO 8

(Il Consiglio Direttivo)

Il Consiglio Direttivo è composto da un minimo di 3 (tre) ad un massimo di 11 (undici) consiglieri eletti fra gli associati. Il Consiglio direttivo rimane in carica 3 (tre) anni ed i suoi componenti sono rieleggibili.

Il Consiglio elegge al suo interno il Presidente ed il Vice Presidente.

Il Consiglio può attribuire incarichi particolari ai suoi componenti e costituire commissioni e settori di attività.

Nel caso in cui per dimissioni o altre cause uno o più componenti il Consiglio decadano dall'incarico, il Consiglio può provvedere alla loro sostituzione nominando i primi fra i non eletti, che rimangono in carica fino allo scadere dell'intero Consiglio. In caso ciò non fosse possibile, il Consiglio può nominare altri associati i quali rimangono in carica fino alla successiva Assemblea che ne delibera l'eventuale ratifica. Ove decada oltre la metà dei membri del Consiglio, l'Assemblea deve procedere alla nomina di un nuovo Consiglio. Il consigliere che, fatte salve giustificate cause di forza maggiore, non interviene a tre riunioni consecutive del Consiglio Direttivo viene dichiarato decaduto.

Il Consiglio è convocato dal Presidente di propria iniziativa o su richiesta di almeno 1/3 (un terzo) dei consiglieri.

La convocazione avviene con lettera raccomandata da spedirsi almeno 7 (sette) giorni prima della riunione o,

Nota:

(41) L'obbligo di approvare un rendiconto economico e finanziario, di cui al comma 18, lettera f) dell'art. 90 legge n. 289/2002, non è nuovo, in quanto già previsto dal comma 8, lettera d) dell'art. 148, ex art. 111, del T.U.I.R.-D.P.R. n. 917 del 1986, introdotto dal D.Lgs. n. 460/1997.

nei casi di urgenza, mediante telegramma, telefax o messaggio di posta elettronica da inviarsi almeno ventiquattro ore prima, contenente l'indicazione di data, ora, luogo della riunione e l'indicazione degli argomenti da trattare.

Il Consiglio è validamente costituito se è presente la maggioranza dei consiglieri e delibera validamente con il voto favorevole della maggioranza dei presenti.

Le riunioni vengono verbalizzate ed i verbali, sottoscritti dal Presidente e dal verbalizzante, sono conservati agli atti.

Il Consiglio ha il compito di:

- redigere i programmi delle attività sulla base delle indicazioni e delle linee approvate dall'Assemblea degli associati;
- deliberare la convocazione dell'Assemblea;
- curare l'esecuzione delle deliberazioni dell'Assemblea;
- redigere il bilancio di previsione ed il rendiconto economico, finanziario e patrimoniale (42);
- deliberare sulle domande di ammissione degli associati;
- formulare gli eventuali regolamenti interni da sottoporre all'approvazione dell'Assemblea;
- favorire la partecipazione degli associati all'attività dell'Associazione Sportiva Dilettantistica;
- provvedere agli affari di ordinaria amministrazione, ivi compresa la determinazione delle quote suppletive per l'utilizzazione di determinati servizi o per la partecipazione a determinate attività;
- adottare i provvedimenti disciplinari previsti all'articolo 5 del presente statuto.

ARTICOLO 9

(Il Presidente e il Vice Presidente)

Il Presidente e il Vice Presidente sono eletti dal Consiglio Direttivo tra i suoi membri.

Al Presidente è attribuita la rappresentanza legale dell'Associazione Sportiva Dilettantistica sia di fronte ai terzi che in giudizio (43).

Il Presidente ha il compito di presiedere il Consiglio Direttivo e di curare l'attuazione delle deliberazioni assunte.

In caso di sua assenza o impedimento le sue funzioni sono svolte dal Vice Presidente.

Il Presidente uscente è tenuto a dare regolari consegne organizzative, finanziarie e patrimoniali al nuovo Presidente, entro venti giorni dalla elezione di questi; di tali consegne deve essere redatto verbale che deve essere portato a conoscenza del Consiglio Direttivo alla sua prima riunione.

ARTICOLO 10

(Il Collegio dei Revisori dei Conti)

Il Collegio dei Revisori dei Conti vigila sulle delibere del Consiglio Direttivo, sulla gestione economico-finanziaria dell'Associazione Sportiva Dilettantistica e controlla la contabilità e i bilanci annuali.

Esso si compone di tre membri effettivi e due supplenti.

Il Presidente e i membri del Collegio sono nominati dall'Assemblea ordinaria, durano in carica 3 (tre) anni e sono rieleggibili.

Possano essere nominati revisori anche i non soci.

ARTICOLO 11

(Patrimonio)

I mezzi finanziari sono costituiti dalla quote associative, dai contributi di enti ed associazioni, da lasciti, donazioni e liberalità, dai proventi derivanti dalle attività organizzate, dai beni mobili ed immobili di proprietà. Gli eventuali utili di gestione debbono essere reinvestiti per finalità istituzionali.

ARTICOLO 12

(Anno sociale)

L'anno sociale e l'esercizio finanziario iniziano il primo gennaio e terminano il 31 (trentuno) dicembre di ciascun anno.

Note:

(42) Per l'obbligo di redigere annualmente un rendiconto economico e finanziario, di cui alla stessa lettera f) del suddetto comma 18 dell'art. 90 legge n. 289/2002, si può ripetere quanto scritto sopra alla nota 39.

(43) Il comma 18, lettera c) dell'art. 90 legge n. 289/2002 richiede una espressa "attribuzione della rappresentanza legale dell'associazione".

ARTICOLO 13

(Modifiche dello Statuto)

Il presente statuto può essere modificato dall'Assemblea degli associati con le modalità di cui al precedente art. 7.

ARTICOLO 14

(Scioglimento dell'Associazione Sportiva Dilettantistica)

In caso di scioglimento dell'Associazione Sportiva Dilettantistica, l'Assemblea in seduta straordinaria nominerà uno o più liquidatori, anche fra i non associati, che provvederanno alla liquidazione del patrimonio secondo le norme di legge. Quanto residuerà esaurita la liquidazione verrà devoluto ad altra Associazione con finalità analoghe scelta dai liquidatori in base alle indicazioni fornite dall'Assemblea, fatta salva diversa destinazione imposta dalla legge (44).

ARTICOLO 15

(Rinvio)

Per quanto non convenuto nel presente statuto valgono le norme contenute nello statuto nazionale dell'E.N.D.A.S.-Ente Nazionale Democratico di Azione Sociale, nel regolamento dei C.R.A.S.-Circoli Ricreativi di Azione Sociale ed in ultima istanza le norme di legge vigenti in materia.

Nota:

(44) Ai sensi del comma 18, lettere g) e h) dell'art. 90 legge n. 289/2002, lo Statuto deve prevedere, rispettivamente, «le modalità di scioglimento dell'associazione» e «l'obbligo di devoluzione ai fini sportivi del patrimonio in caso di scioglimento delle (...) associazioni».

Diritto comunitario

La “comunitarizzazione” della cooperazione giudiziaria civile

di MARINA CASTELLANETA

Grazie alla adozione di numerosi regolamenti e all'entrata in vigore di alcuni trattati si sta formando un quadro omogeneo nel quale emerge una precisa politica legislativa delle istituzioni europee con l'introduzione di fattispecie proprie del diritto comunitario, autonome rispetto ai diversi ordinamenti giuridici, e un progressivo ridimensionamento del ruolo dei parlamenti nazionali nelle scelte di diritto internazionale privato e di giurisdizione.

Se fino a pochi anni fa l'operatore giuridico nazionale di fronte a una questione di diritto internazionale privato o riguardante l'individuazione della giurisdizione rispetto ai giudici di altri Stati volgeva la sua attenzione all'ordinamento giuridico interno, con l'introduzione del titolo IV nel Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, entrato in vigore il 1° maggio 1999, la situazione è mutata radicalmente con uno spostamento di prospettiva dagli ordinamenti nazionali a quello comunitario. L'attribuzione di una specifica competenza alla Comunità europea nel settore della cooperazione giudiziaria civile, la fine del periodo transitorio il 1° maggio 2004, l'entrata in vigore del Trattato di Nizza il 1° febbraio 2003 hanno prodotto un progressivo ridimensionamento del ruolo dei parlamenti nazionali nelle scelte di diritto internazionale privato e di giurisdizione, con l'introduzione di fattispecie proprie del diritto comunitario e autonome rispetto ai diversi ordinamenti giuridici.

Lo spostamento di competenza a livello comunitario e la conseguenziale preclusione all'intervento del legislatore nazionale e all'operatività delle norme interne, con una limitazione della sovranità statale, è altresì accentuata dal primato del diritto comunitario sul diritto interno, stabilito ormai a livello costituzionale (art. 117 Cost., come modificato dalla legge 18 ottobre 2001, n. 3), nonché dall'obbligo di disapplicazione degli operatori giuridici interni e di responsabilità dello Stato, anche per i comportamenti dei giudici di ultima istanza (1), in caso di mancata applicazione del diritto comunitario.

L'influenza delle norme del Trattato sulle scelte del legislatore nazionale

Inizialmente il Trattato istitutivo mancava di una norma specifica idonea ad attribuire la competenza alle istituzioni comunitarie in materia di diritto internazionale privato e di cooperazione giudiziaria civile.

Tuttavia, anche se le istituzioni comunitarie non potevano adottare atti orizzontali nel settore in esame, grazie a talune disposizioni del Trattato e alla realizzazione delle quattro libertà, l'apporto proveniente dalla Comunità è stato rilevante, condizionando le scelte del legislatore interno (2). Infatti, le convenzioni tra Stati membri, adottate in base all'art. 220 (oggi art. 293), quali ad esempio la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, oggi sostituita, ad esclusione della Danimarca, dal regolamento 44/2001 del 22 dicembre 2000, hanno influenzato le scelte del legislatore italiano in sede di riforma del sistema di diritto internazionale privato (legge 31 maggio 1995 n. 218) sia in relazione all'individuazione dei titoli di giurisdizione sia in materia di riconoscimento delle sentenze straniere.

Malgrado poi l'assenza di un'espressa base giuridica, in numerosi atti di diritto comunitario derivato sono state introdotte specifiche norme di diritto internazionale privato o sulla giurisdizione, come risulta - seppure limitatamente ai contratti - dall'allegato 2 al Libro verde del 14 gennaio 2003 sulla trasformazione in strumento comunitario della Convenzione di Roma (COM 2002, 654 def), nel quale la Commissione ha individuato le direttive che hanno un'incidenza sulla legge applicabile

Note:

(1) V. la sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, 30 settembre 2003, causa C-224/01 (Köbler).

(2) Gaudemet-Tallon, *Quel droit international privé pour l'Union Européenne?*, in *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of Friedrich K. Junger*, a cura di Borchers e Zekoll, New York, 2001, p. 317 ss.; Wilderspin e Lewis, *Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres*, in *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2002, p. 97 ss. e p. 289 ss.; Bariatti, *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del Trattato Ce sul diritto internazionale privato comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 671 ss.; Partsch, *Le droit international privé européen*, Bruxelles, 2003.

in materia contrattuale (3). Basti ricordare, d'altra parte, la Direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori che impone agli Stati membri di prendere tutte le misure necessarie affinché il consumatore non sia privato della protezione garantita nella direttiva nel caso di scelta di un Paese terzo in materia di legge applicabile (art. 6), limitando anche l'applicazione della Convenzione di Roma.

Un posto di rilievo è poi da attribuire alla Corte di giustizia che pronunciandosi in via pregiudiziale tra l'altro sull'applicazione del diritto di stabilimento (4) o sull'obbligo di non discriminazione, ha compreso ulteriormente le scelte legislative interne. E anche in un settore di stretta competenza statale come quello sulle regole anagrafiche, i giudici europei hanno stabilito dei paletti alle scelte legislative interne. In particolare, interpretando l'art. 17 del Trattato comunitario che attribuisce la cittadinanza europea a chiunque abbia la nazionalità di uno Stato membro, nella sentenza Avello del 2 ottobre 2003 (causa C-148/02), la Corte ha stabilito il divieto per uno Stato di limitare gli effetti della cittadinanza di un altro Paese membro anche in materia di attribuzione del cognome, aprendo la strada a possibili ricorsi riguardanti le regole di conflitto di altri Stati nell'ipotesi in cui esse - come avviene con l'art. 19 della legge 218 - privilegino la cittadinanza del foro rispetto a quella di un altro Paese membro (5), in caso di individui con doppia nazionalità.

Pertanto, anche prima della "comunitarizzazione" (6) l'Unione europea ha svolto un ruolo di primo piano nell'affermazione di diversi principi che sono richiamati a livello interno, come risulta dall'art. 2507 c.c., riguardante le società costituite all'estero, nel quale, con la riforma del diritto societario (7), è stato disposto che, nonostante l'applicabilità dell'art. 25 della legge 218 (che individua la legge dello Stato di costituzione della società), sussista un limite all'attuazione della legge richiamata costituito dai principi dell'ordinamento delle Comunità europee che devono essere applicati tenendo conto dell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia.

La "comunitarizzazione"

Con il Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, che ha riconosciuto all'Unione europea la competenza nel settore della cooperazione giudiziaria civile, prende avvio il processo di attribuzione di poteri all'Unione, processo che sarà graduale passando per una prima fase, quella di Maastricht, basata sul sistema della cooperazione intergovernativa (art. K.3, terzo pilastro) (8) fino alla fase della vera e propria comunitarizzazione. Con il Trattato di Amsterdam entrato in vigore il 1° maggio 1999, infatti, parallelamente alla comunitarizzazione del settore dei visti, asilo e immigrazione, si verifica un'attrazione nel primo pilastro della cooperazione giudiziaria civile (9), al quale è

dedicato il Titolo IV, non più di competenza dell'Unione europea ma della Comunità, pur con l'importazione di elementi della cooperazione intergovernativa e l'introduzione di un regime *ad hoc* in materia di competen-

Note:

(3) Si tratta, in particolare, delle direttive sulla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro (93/7 del 15 marzo 1993), sulle clausole abusive (93/13 del 5 aprile 1993), sul "diritto di godimento a tempo parziale" (94/47 del 26 ottobre 1994), sul distacco dei lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi (96/71 del 16 dicembre 1996), sulla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza (97/7 del 20 maggio 1997), su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo (1999/44 del 25 maggio 1999), sulla seconda Direttiva "assicurazione non vita" (88/357, modificata dalla 2002/13), e su quella assicurazione vita (90/619, modificata dalla 2002/12).

(4) Si vedano, tra le altre, la sentenza Centros del 9 marzo 1999 (C-212/97), la pronuncia Überseering del 5 novembre 2002 (C-208/00) e quella Inspire Art del 30 settembre 2003 (C-167/01). Si veda, per tutti, Ballarino, *From Centros to Überseering*, in *Yearbook of Private International Law*, 2002, p. 203 ss.; Licini, *Libertà di stabilimento delle società comunitarie e regole nazionali*, in questa Rivista, 2004, p. 39 ss.

(5) Com'è noto la disposizione in esame dispone che se la persona ha più cittadinanze, tra le quali vi è quella italiana, questa prevalga. Appare altresì utile ricordare la sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2000 (C-423/98) con la quale la Corte ha sancito, in sostanza, che la normativa italiana che dispensava solo i cittadini italiani dal chiedere l'autorizzazione amministrativa per l'acquisto di un bene immobile situato in una zona d'importanza militare (legge 24 dicembre 1976 n. 898), fosse in contrasto con la normativa sulla libertà di stabilimento.

(6) Per "comunitarizzazione" si intende il passaggio, avvenuto con il Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, della cooperazione giudiziaria civile dall'Unione europea alla Comunità europea. Si tratta quindi dell'inclusione del settore della cooperazione giudiziaria civile nel primo pilastro, con il potere delle istituzioni comunitarie di adottare atti vincolanti nelle materie loro attribuite, sottratte così alla cooperazione intergovernativa propria del terzo pilastro.

(7) La riforma del diritto societario è avvenuta con decreto legislativo 17 gennaio 2003 n. 5 e n. 6, modificato con decreto legislativo 6 febbraio 2004 n. 37. Sulla legge applicabile alle società e sull'incidenza del diritto comunitario v. Damascelli, *I conflitti di legge in materia di società*, Bari, 2004, in specie p. 79 ss. Sul diritto societario comunitario v. Tassinari, *Il diritto societario italiano tra riforma ed evoluzione del diritto comunitario: attualità e prospettive del capitale sociale*, in *Il notaio tra regole nazionali ed europee*, Milano, 2003, p. 167 ss.

(8) L'introduzione dell'art. K.3 non ha sostanzialmente intaccato la competenza del legislatore nazionale perché sono state adottate solo convenzioni internazionali alcune delle quali non hanno raggiunto il numero minimo di ratifiche necessarie per l'entrata in vigore.

(9) Cfr. Kohler, *Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam*, in *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1999, p. 1 ss.; Pocar, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European Conflict of Laws Revolution"?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 873 ss.; Basedow, *The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 687 ss.; Id., *European Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam*, in *International Conflict of Laws for the Third Millennium*, cit., p. 175 ss.; Israël, *Conflicts of Law and the EC after Amsterdam. A Change for the Worse*, in *Maastricht Journal*, 2000, p. 81 ss.; Boele-Woelki e van Ooik, *The communitarization of private international law*, in *Yearbook of Priv. Int. Law*, 2002, p. 1 ss.; Kotuby, *Internal Developments and External Effects: the Federalization of Private International Law in the European Community and its Consequences for Transnational Litigants*, in *The Journ. of Law and Commerce*, 2002, p. 157 ss.; Rossi, *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla "comunitarizzazione" alla "costituzionalizzazione"*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 63 ss.

za giurisdizionale (10). Si tratta, quindi, di una comunitarizzazione parziale anche dal punto di vista dell'ambito di applicazione soggettivo a causa della flessibilità nella partecipazione concessa agli Stati perché, in base al Protocollo n. 5 e 6, la Danimarca, il Regno Unito e l'Irlanda ne rimangono fuori salvo una loro diversa decisione (11). In ogni caso, malgrado la presenza di alcuni elementi non del tutto in linea con il processo di comunitarizzazione la novità introdotta da Amsterdam e lo spostamento di competenze a livello europeo hanno compresso sensibilmente l'autonomia legislativa statale. Gettate le basi giuridiche per gli interventi comunitari, specificati nel piano d'azione di Vienna del 3 dicembre 1998 e nel vertice di Tampere del 16 ottobre 1999 gli obiettivi da perseguire, ampliati poi nel Programma dell'Aia del 3 novembre 2004 (intitolato rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea) (12), le istituzioni hanno rapidamente ridisegnato diversi settori del diritto internazionale privato anche grazie ai nuovi poteri concessi dal Trattato di Nizza, entrato in vigore il 1° febbraio 2003 che ha limitato fortemente l'utilizzo dell'unanimità nella procedura di voto. La compressione dell'autonomia legislativa statale a vantaggio di scelte effettuate a livello comunitario è in ogni caso circoscritta dalle disposizioni del Trattato. Infatti, l'art. 61 finalizza l'azione comunitaria all'istituzione progressiva di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia conferendo la competenza al Consiglio per l'adozione di misure idonee ad assicurare la libera circolazione delle persone in base a quanto previsto dall'art. 65 che stabilisce i limiti dei poteri comunitari, fornendo un elenco non tassativo delle materie oggetto della competenza del Consiglio (13).

Pur trattandosi di un elenco esemplificativo, che lascia un certo margine di apprezzamento alle istituzioni comunitarie, nella disposizione in esame sono posti diversi limiti che si aggiungono a quello generale riguardante l'intero titolo IV ossia la libera circolazione delle persone: possono infatti essere adottate misure in cui vi siano implicazioni transfrontaliere e che siano necessarie al "corretto funzionamento del mercato interno", situazione che dovrebbe escludere un intervento del Consiglio nel caso di questioni riguardanti Stati estranei alla Comunità, delimitando la competenza comunitaria ai soli rapporti intercorrenti tra Stati membri. Negli altri casi, quindi, la competenza statale per la disciplina di diritto internazionale privato e processuale dei rapporti interindividuali con elementi di internazionalità, costituiti da collegamenti con ordinamenti estranei alla Comunità, rimane impregiudicata (14).

Tuttavia, la tendenza è verso un progressivo ampliamento degli interventi comunitari con una limitata operatività della condizione del buon funzionamento del mercato interno come risulta anche dal Trattato che adotta una costituzione per l'Europa del 6 agosto 2004, il cui articolo III-269, dedicato alla cooperazione giudiziaria civile, ha limitato la portata del riferimento

"al buon funzionamento del mercato interno" come limite di competenza alla cooperazione giudiziaria, stabilendo che "L'Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e extragiudiziali. Tale cooperazione può includere l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative regolamentari degli Stati membri" e che a questo fine è possibile adottare una legge o una legge quadro europea "in particolare se necessario al buon funzionamento del mercato interno" (15). L'impiego di questa formula fa supporre che una simile delimitazione non sia preclusiva di un intervento delle istituzioni al di fuori delle finalità del mercato interno (16).

Per quanto riguarda la procedura di voto, la fine del periodo transitorio il 1° maggio 2004 e l'entrata in vigore

Note:

(10) V. Audit, *L'interprétation autonome du droit international privé communautaire*, in *Jour. Droit. Int.*, 2004, p. 789 ss.; Nascimbene, *Nuovi profili di competenza del giudice comunitario in materia di cooperazione giudiziaria*, in *Riv. dir. processuale*, 2004, p. 55 ss.

(11) Il Regno Unito e l'Irlanda possono dichiarare, in virtù del sistema di *opting in*, entro tre mesi, la loro partecipazione ai singoli atti, mentre la Danimarca ha scelto una più radicale posizione chiamandosi fuori da tutte le decisioni comunitarie (*opting out*), salva la possibilità di dichiarare una rinuncia ad avvalersi del diritto concesso nel protocollo in esame.

(12) Il programma si riferisce agli anni 2005-2009. Vedilo in GUUE, 3 marzo 2005, C 53, p. 1 ss.

(13) Si tratta del a) miglioramento e semplificazione del sistema per la notificazione transnazionale degli atti giudiziari ed extragiudiziali, della cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, comprese le decisioni extragiudiziali, b) della promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale e c) dell'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei provvedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri.

(14) Occorre però rilevare che una delimitazione netta non appare perseguibile perché la presenza di norme di conflitto stabilite a livello comunitario riguardanti transazioni commerciali che coinvolgono extracomunitari può essere giustificata, in relazione al funzionamento del mercato interno, per evitare situazioni di confusione e per garantire una sicurezza giuridica.

(15) Il par. 2 sancisce che "Ai fini del paragrafo 1, la legge o la legge quadro europea stabilisce, in particolare se necessario al buon funzionamento del mercato interno, misure volte a garantire: a) il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e la loro esecuzione; b) la notificazione transnazionale degli atti giudiziari ed extragiudiziali e la loro esecuzione; c) la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione; d) la cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova; e) un accesso effettivo alla giustizia; f) l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri; g) lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie; h) un sostegno alla formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari". V. Bariatti, *Consolidato il mutuo riconoscimento delle decisioni*, in *Guida al diritto, Dossier mensile*, 2004, n. 10, p. 76 ss.

(16) Si veda Lagarde, *Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures*, in *RabelsZ*, 2004, p. 225 ss.

del Trattato di Nizza hanno determinato l'abbandono della regola dell'unanimità a vantaggio della procedura di codecisione, ad eccezione dei provvedimenti sul diritto di famiglia. Ciò in linea con una progressiva attenuazione dell'influenza dell'origine intergovernativa, rinvenibile nel trattato di Amsterdam non solo nella procedura di voto (unanimità del Consiglio fino alla fine del periodo transitorio), ma anche nell'attribuzione del potere d'iniziativa agli Stati, al ruolo limitato del Parlamento europeo, ai limiti alla competenza della Corte di giustizia, nonché al sistema di *opting out* consentito a ben tre Stati. Oggi, con Nizza, la procedura di voto è cambiata con un ruolo anche del Parlamento europeo nella procedura di codecisione scelta (art. 251); il potere di proporre l'adozione di un atto è attribuito esclusivamente alla Commissione; la Corte di giustizia svolge una funzione, seppure limitata, più linea con le altre politiche comunitarie. Con la comunitarizzazione del settore della cooperazione civile, infatti, non è più necessario prevedere appositi protocolli o clausole opzionali per l'attribuzione di competenza alla Corte comunitaria perché l'art. 68 dispone la possibilità per i giudici di ultima istanza di rimettere la questione in via pregiudiziale alla Corte. Se già il Protocollo alla Convenzione di Bruxelles poneva limiti soggettivi riguardo all'azionabilità del rinvio in via pregiudiziale, così come il secondo Protocollo alla Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 (17), entrato in vigore il 1° agosto 2004, con l'art. 68 la limitazione è ancora più marcata perché sono esclusi non solo i giudici di primo grado ma anche quelli di appello, il cui potere in via pregiudiziale era invece consentito dal Protocollo alla Convenzione di Bruxelles (18). Per quanto riguarda la scelta degli atti legislativi, l'art. 65 lascia l'opzione al Consiglio non indicando in modo specifico alcuno dei provvedimenti vincolanti di cui all'art. 249.

Tra il regolamento, che ha un evidente obiettivo di uniformità, e la direttiva di armonizzazione, oggi sembra emergere una preferenza per il primo atto per evitare interventi legislativi interni, in sede di recepimento delle direttive, non del tutto conformi, in ogni occasione, all'atto comunitario nonché per evitare ritardi in sede di attuazione e consequenziali situazioni differenziate tra gli Stati membri. E verificando la prassi legislativa del Consiglio è possibile ricondurre gli atti sin qui adottati a due categorie: quelli che hanno provveduto alla comunitarizzazione di convenzioni già adottate nell'ambito dell'art. 220 (oggi 293) o in base all'art. K.3 del Trattato di Maastricht, che non erano entrate in vigore per il mancato raggiungimento del numero di ratifiche previsto, e atti che sono il frutto di nuove iniziative. Nel primo gruppo si possono ricordare il regolamento 29 maggio 2000 n. 1348/2000 relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile e commerciale (entrato in vigore il 31 maggio 2001); il regolamento del 29 maggio 2000 n. 1346/2000 relativo alle

procedure di insolvenza (entrato in vigore il 31 maggio 2002); il regolamento 22 dicembre 2000 n. 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (entrato in vigore il 1° marzo 2002), anche se nei confronti della Danimarca rimane applicabile la Convenzione di Bruxelles (così come, per tutti gli Stati, per le controversie sorte prima del 1° marzo 2001) (19); il regolamento 27 novembre 2003 n. 2201/2003 (entrato in vigore il 1° agosto 2004 e da applicare a partire dal 1° marzo 2005) sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale che ha abrogato il regolamento 1347/2000.

Tra le nuove iniziative vi è il regolamento 1206/2001 del 28 maggio 2001 sulla cooperazione tra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile e commerciale (entrato in vigore il 1° luglio 2001); la Direttiva 2002/8 del 27 gennaio 2003 intesa a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere attraverso la definizione di norme minime comuni relative al patrocinio a spese dello Stato in tali controversie; il regolamento n. 805/2004 del 21 aprile 2004, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, entrato in vigore il 21 gennaio 2005 e applicabile dal 21 ottobre 2005. Sono invece ancora in fase di discussione il progetto per un regolamento riguardante la Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali, adottata il 19 giugno 1980, in vigore dal 1° aprile 1991; la proposta di regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali presentata il 22 luglio 2003 (20); la proposta di regolamento del 25 maggio 2004 che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento (21), nonché la proposta di regolamento del 15 marzo 2005 che istituisce un procedimento europeo relativo alle controversie di modesta entità (22).

In materia di successioni e testamenti, la Commissione ha adottato il 1° marzo 2005 il Libro verde (23) e il 14

Note:

(17) La Convenzione è stata ratificata dall'Italia con legge 18 dicembre 1984 n. 975 ed è applicabile dal 1° aprile 1991.

(18) La limitazione dei giudici competenti a rimettere la questione in via pregiudiziale va inquadrata nell'ambito del sovraccarico di lavoro della Corte e anche nella necessità di non far durare oltre i termini ragionevoli i processi nazionali. È comunque previsto un ricorso nell'interesse della legge per il Consiglio, per la Commissione e per gli Stati membri.

(19) Per i Paesi della AELS (Svizzera Norvegia, Islanda, ai quali si è aggiunta la Polonia) è applicabile la Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988. Sul Regolamento 44/2001 v. Carbone, *Il nuovo spazio giudiziario europeo*, Torino, 2002.

(20) La proposta è classificata come COM(2003)427 def. ed è reperibile nel sito <http://www.europa.eu.int>.

(21) COM(2004)173 def.

(22) COM(2005)87.

(23) COM(2005)65.

marzo un analogo atto sulla legge applicabile al divorzio e la giurisdizione (24).

Da quanto detto si evince che, malgrado siano passati pochi anni dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, il Consiglio è stato molto attivo incidendo sulle scelte del legislatore nazionale sia in materia di giurisdizione che di legge applicabile, dimostrando più una volontà di uniformare le norme di conflitto che di "eliminarle" a vantaggio di norme di diritto privato uniforme (25), con interventi con i quali il legislatore comunitario ha sostituito quello nazionale su tematiche particolarmente complesse e ha introdotto discipline innovative, come ad esempio con il regolamento 1346/00 che, in materia di fallimento, ha ordinato la disciplina internazionalprivatistica non oggetto di apposita sistemazione da parte del legislatore interno (26).

La conclusione di accordi internazionali

Il Trattato prevede la possibilità per gli Stati membri di concludere accordi internazionali, possibilità utilizzata, come evidenziato in precedenza, nell'adozione della Convenzione di Bruxelles. C'è da chiedersi se con l'introduzione dell'art. 65 tale possibilità riconosciuta all'art. 293 mantenga un valore (27). Se è vero che nell'art. K.3 del Trattato di Maastricht si faceva salva la conclusione di accordi in base all'art. 293 nella parte in cui si affermava "senza pregiudizio dell'art. 220" e che tale formula è scomparsa dalle norme di cui al titolo IV, occorre altresì rilevare che la proposta dei Paesi Bassi, in sede di negoziazione del Trattato di Amsterdam, in base alla quale dall'art. 293 doveva scomparire il richiamo alla cooperazione giudiziaria civile, non è stata accolta. Ci sembra, di conseguenza, che non si può escludere un potere degli Stati nella conclusione di accordi in base all'art. 293 anche se, considerando che in tale disposizione si adotta l'espressione "in caso di bisogno", il suo utilizzo ha una portata residuale e, ad esempio, potrebbe riguardare, considerando l'*opting out* della Danimarca e la partecipazione limitata ai singoli atti da parte del Regno Unito e dell'Irlanda, l'adozione di convenzioni idonee ad assicurare una certa omogeneità di regolamentazione con questi Stati. In ogni caso, la possibilità di concludere accordi tra Stati membri, fondata sulla volontà dei singoli Paesi, poco incide sulla loro autonomia nell'adozione di un sistema di diritto internazionale privato che rimane, sotto questo profilo, impregiudicata. Invece, il problema di un'ulteriore attenuazione della sovranità legislativa statale si pone in relazione al potere della Comunità di concludere accordi con Stati non membri, al fine di integrare il diritto internazionale privato dei Paesi dell'Unione in un quadro più universale. Nel Trattato non vi è un'espressa disposizione che attribuisca alla Comunità il potere di concludere accordi in via esclusiva come avviene per la politica della pesca, gli accordi di associazione e commerciali, né una specifica ripartizione di competenze esterne tra Stati e Consiglio (28). Tuttavia, anche nel settore della cooperazione giudiziaria civili

le trova applicazione la giurisprudenza della Corte sul parallelismo tra competenze esterne ed interne (caso AETS) (29), in base al quale l'attuazione di poteri interni consente l'esercizio di un potere esterno. D'altra parte, se così non fosse vi sarebbe il rischio di situazioni confliggenti tra accordi con Stati terzi e normativa comunitaria, oltre ad avere situazioni a macchia di leopardo perché non tutti gli Stati sono tenuti a ratificare una determinata convenzione. Ciò è stato evidenziato nel Libro verde del 15 aprile 2004 sulle obbligazioni alimentari, presentato dalla Commissione, per la quale il fatto che non tutti gli Stati abbiano ratificato le Convenzioni dell'Aia del 1956 e del 1973 sulle obbligazioni alimentari non consente di armonizzare le norme sui conflitti di legge applicabili all'interno dello spazio di giustizia europeo con grave pregiudizio per la costruzione di un sistema basato sulla prevedibilità delle soluzioni. D'altra parte, che la Comunità abbia un simile potere lo si desume dai Protocolli concernenti il Regno Unito e la Danimarca nei quali è affermato che questi Stati non sono vincolati da accordi internazionali conclusi in base al titolo IV, espressione che conferma il potere del Consiglio nella conclusione di accordi esterni, ma non chiarisce la questione della ripartizione di competenze nella conclusione di accordi tra Stati e Comunità che, con ogni pro-

Note:

(24) COM(2005)82. Si veda anche l'allegato SEC(2005)333.

(25) Si vedano, a tal proposito, le difficoltà nell'adozione di un atto riguardante il cosiddetto diritto contrattuale europeo evidenziate dalla Commissione nel piano d'azione presentato nel 2003 (GUUE 15 marzo 2003, C63, p. 1 ss.). Si veda, più recentemente, la *Comunicazione della Commissione sul diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro*, presentata al Parlamento europeo e al Consiglio il 22 ottobre 2004 (n. 13802/04, JUSTCIV 158).

(26) Il regolamento in esame, infatti, si occupa della giurisdizione, del riconoscimento delle sentenze straniere in materia di fallimento nonché della legge applicabile a diversi rapporti. Cfr. Starace, *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. int.*, 2002, p. 295 ss.

(27) Cfr. Fallon e Meeusen, *Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition*, in *Yearbook of Private Int. Law*, 2002, p. 36 ss.; Wilderspin e Rouchaud-Joët, *La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé*, in *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 1 ss. Per Basedow, *The Communitization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam*, cit., p. 698, l'art. 65 non lascia alcuno spazio all'art. 293 per quanto riguarda la materia della cooperazione giudiziaria civile. A tal proposito, per lo studioso, i tentativi di eliminare il richiamo alla conclusione di accordi riguardanti il riconoscimento delle sentenze, respinti in sede di conclusione del Trattato di Amsterdam, non sono indice di una sopravvivenza della disposizione perché "under that provision (art. 293) the reciprocal recognition and enforcement of judgments is a general target which includes criminal as well as tax and administrative matters. Since the transfer of the legislative competence relating to judicial co-operation in civil matters did not exhaust the scope of application of Article 293 fourth indent EC (ex art. 220) it would not have been justified to delete this provision".

(28) V. Hess, *Les compétences externes de la Communauté européenne dans le cadre de l'article 65 CE*, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, a cura di Fuchs, Watte Pataut, Paris, 2004, p. 81 ss.

(29) Si tratta della sentenza 31 marzo 1971, causa C-22/70, in *Raccolta*, 1971, p. 263 ss.

babilità, sarà spiegata dal parere che la Corte di giustizia è stata chiamata a fornire in ordine all'esercizio della competenza esterna per la futura Convenzione di Lugano (richiesta di parere 1/03). In ogni caso, malgrado dal Protocollo sulle relazioni esterne, seppure in relazione all'articolo 62 (che rientra tuttavia nel titolo IV), si stabilisca che è lasciata intatta la competenza degli Stati, situazione che fa propendere per una competenza concorrente, ci sembra che, qualora le misure comunitarie rischino di essere compromesse dalla conclusione di accordi unilaterali degli Stati si possa configurare una preclusione all'intervento autonomo degli Stati. Ciò sembra confermato da diversi atti adottati dalla Commissione europea che lasciano propendere per un'assenza di competenza unilaterale degli Stati ad aderire ad alcuni Trattati, come ad esempio alla Convenzione per la protezione del bambino adottata all'Aia nel 1996 per la parte sulla giurisdizione e sul riconoscimento delle sentenze, la cui portata per gli Stati membri già parti alla Convenzione è delimitata dall'art. 61 del regolamento 2201/2003. La Commissione poi ha evidenziato la propria competenza esclusiva in relazione alla Convenzione dell'Aia sugli strumenti finanziari nel settore della legge applicabile a tali strumenti in forza delle direttive già adottate. In ultimo, nella decisione del 19 dicembre 2002, con la quale il Consiglio autorizza gli Stati membri (anche considerando che la Convenzione ammette la partecipazione solo di Stati e non di organizzazioni) a firmare la Convenzione dell'Aia del 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di potestà genitoriale e di misure di protezione dei minori, il Consiglio, agendo in base all'art. 61, ha dichiarato che la Comunità ha competenza esclusiva per le disposizioni della Convenzione che hanno ripercussioni sulla normativa comunitaria in materia, con una competenza degli Stati membri per i settori disciplinati dalla Convenzione che non incidono sul diritto comunitario e che non si accavallano ai regolamenti già adottati.

L'attribuzione di competenza al Consiglio nella conclusione di accordi internazionali al posto degli Stati, oltre che limitare ulteriormente la competenza statale nel settore della cooperazione giudiziaria civile, incide sulla gerarchia dei rapporti tra diverse fonti normative. Una volta conclusi dalla comunità accordi con Paesi terzi, tali accordi pongono obblighi analoghi ad altri atti vincolanti della Comunità. Se una disposizione di un accordo stabilisce un obbligo chiaro e preciso tale disposizione ha un effetto diretto, anche in mancanza di un intervento del legislatore, come evidenziato dalla Corte di giustizia nella sentenza del 15 luglio 2004 (causa C-213/03) riguardante il Protocollo relativo alla protezione del mare mediterraneo dall'inquinamento di origine tellurica: dopo l'entrata in vigore del Protocollo le disposizioni direttamente applicabili producono un effetto diretto e tutti gli interessati possono far valere tali disposizioni dinanzi ai giudici nazionali.

Le altre basi giuridiche previste nel Trattato e il rapporto con il Titolo IV

L'attribuzione alla Comunità della competenza nel settore della cooperazione giudiziaria civile non ha comportato l'eliminazione di una certa confusione e non ha eliminato gli ostacoli al raggiungimento di un quadro più organico a causa dell'introduzione di specifiche norme di conflitto in atti comunitari adottati al di fuori del titolo IV. Infatti, oltre al citato articolo 293 che dovrebbe rivestire un ruolo marginale, occorre ricordare che l'art. 95 del Trattato è stato utilizzato per introdurre diverse disposizioni di diritto internazionale privato e sulla giurisdizione in atti comunitari di diritto materiale (30). Se infatti l'art. 65 deve essere utilizzato per gli atti che sono finalizzati in modo diretto alla cooperazione giudiziaria civile nel quadro della libera circolazione delle persone, l'art. 95 che, con l'introduzione di una norma specifica per la regolamentazione del settore in esame, dovrebbe avere una portata più limitata e per certi aspetti residuale, costituisce tuttavia una base giuridica idonea all'adozione di atti finalizzati all'armonizzazione che coprono anche aspetti del diritto internazionale privato e sulla giurisdizione, soprattutto con riguardo alle questioni collegate alla libera circolazione dei beni e servizi (31).

In ogni caso, proprio la pluralità di basi giuridiche impone agli operatori un notevole sforzo ricostruttivo, visto che le norme di conflitto possono essere disseminate in diversi atti. Né è stato formulato alcun elenco: anche il citato allegato alla proposta di regolamento della Convenzione di Roma, che indica alcune direttive contenenti norme di conflitto, non ha un carattere esaustivo. Negli atti adottati al di fuori del titolo IV sono adottate due strategie: in alcune direttive piuttosto che inserire norme di conflitto sono previste norme di diritto privato uniforme, disponendo una limitazione delle norme di conflitto interne; in altre invece sono state inserite norme di diritto internazionale privato identiche quindi per gli Stati membri. Nel primo gruppo ricordiamo, tra le altre, la Direttiva 2000/31 dell'8 giugno 2000 su taluni aspetti giuridici della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, (direttiva dalla quale è esclusa l'attività dei notai), la quale dispone che l'atto non introduce norme supplementari di diritto internazionale privato né sulla giurisdizione, anche se l'art. 3 può essere interpretato come una norma che stabilisce l'applicazione della legge dello Stato d'origine, utilizzato come criterio di col-

Note:

(30) Cfr. Grundmann, *Internal Market Conflict of Laws from Traditional Conflict of Laws to an Integrated Two Level Order*, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, a cura di Fuchs, Watte, Pataut, Paris, 2004, p. 5 ss.

(31) La norma in esame, inclusa nella parte riguardante il ravvicinamento delle legislazioni, consente al Consiglio l'adozione di "direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune".

legamento in diversi contesti comunitari che disciplinano la materia delle norme di conflitto, pur facendo salva la volontà delle parti con i limiti di tutela disposti per il consumatore (32); la Direttiva 2000/35 del 29 giugno 2000 relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali nella quale è posto un limite agli Stati membri, i quali "provvedono in conformità con le disposizioni nazionali applicabili secondo il diritto internazionale privato affinché il venditore conservi il diritto di proprietà sui beni fintanto che essi non siano stati pagati totalmente, qualora sia stata esplicitamente concordata una clausola di riserva di proprietà tra l'acquirente e il venditore prima della consegna dei beni" (art. 4, riserva di proprietà) (33); il Regolamento 6/2002 del 12 dicembre 2001 su disegni e modelli comunitari che pone un limite all'applicazione delle norme di conflitto degli Stati escludendone l'attuazione per le questioni che rientrano nel campo di applicazione del regolamento (34).

Nel secondo gruppo vi è la Direttiva 2002/83, del 5 novembre 2002 sull'assicurazione vita il cui art. 32 stabilisce che "la legge applicabile ai contratti relativi alle attività previste dalla presente direttiva è quella dello Stato membro dell'impegno. Tuttavia, se il diritto di tale Stato lo permette, le parti possono scegliere la legge di un altro paese", prevedendo solo in via residuale l'applicazione delle norme generali di diritto internazionale privato in materia di obbligazioni contrattuali; la Direttiva 2002/47 del 6 giugno 2002 (recepita con la legge comunitaria 2002 del 3 febbraio 2003 n. 14), relativa ai contratti di garanzia finanziaria con trasferimento del titolo di proprietà che dispone all'art. 9, dedicato ai conflitti di legge, l'applicabilità della legge del Paese in cui è situato il conto di pertinenza (nel quale vengono iscritte le registrazioni), specificando che con riferimento alla legislazione di uno Stato si intende il suo diritto interno, a prescindere da qualunque regola in virtù della quale la questione di cui trattasi deve essere regolata dalla legislazione di un altro Paese. L'adozione poi di istituti propri del diritto comunitario come la società europea, hanno consentito al Consiglio una maggiore articolazione della disciplina. Ad esempio, il regolamento 2157/2001 dell'8 ottobre 2001 relativo allo statuto della società europea (35) prevede che i diritti e gli obblighi degli azionisti di minoranza e dei terzi derivanti per un'impresa dal controllo esercitato su di un'altra impresa soggetta ad un diverso ordinamento giuridico sono disciplinati dal diritto applicabile all'impresa controllata, fatti salvi gli obblighi ai quali l'impresa che esercita il controllo sia soggetta in base alle disposizioni del diritto ad essa applicabile, per esempio in materia di elaborazione dei conti consolidati (preambolo, par. 15) (36).

Conclusioni

Malgrado la frammentarietà del quadro normativo dovuto all'immissione di norme di conflitto in diversi atti comunitari ci sembra

che, proprio grazie alla comunitarizzazione della cooperazione giudiziaria civile e l'adozione di numerosi regolamenti, si stia formando un quadro più omogeneo, nel quale emerge una precisa politica legislativa delle istituzioni comunitarie che, sia nella scelta dei titoli di giurisdizione sia nell'individuazione dei criteri di collegamento privilegiano il principio di effettività. L'opzione, nel regolamento matrimoniale 2201/2003, tra gli altri, del titolo di giurisdizione della residenza abituale dei coniugi che in un certo senso coincide con il luogo della prevalente localizzazione della vita matrimoniale e nel regolamento 1346/2000 sulle procedure di insolvenza del titolo di giurisdizione costituito dal centro degli interessi principali del debitore (art. 3, comma 1), considerato come il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale la gestione dei suoi interessi, sono un chiaro esempio in questa direzione. Al tempo stesso, sul piano del riconoscimento e dell'esecuzione delle sentenze si assiste a una maggiore intensificazione del principio della circolazione delle sentenze e degli atti autentici, a prescindere da una comune definizione (37), con una limitazione della stessa procedura di *exequatur* che, ad esempio, nel regolamento 2201/2003 è esclusa in materia di diritto di visita e di ritorno del minore (art. 41), prevedendo, altresì, in generale, per quanto riguarda il riconoscimento delle decisioni, che non è "necessario alcun procedimento per l'aggiornamento delle iscrizioni nello stato civile di uno Stato membro a seguito di una decisione di divorzio, separazione etc. a condizione che avverso la pronuncia non sia più possibile proporre impugnazione" (art. 21). Del pari, nel regolamento 805/2004 sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati non solo è stato previsto il riconoscimento automatico per gli atti dichiarativi, ma anche per gli effetti esecutivi, senza necessità di una procedura di *exequatur*.

Note:

(32) Cfr. Fallon e Meeusen, *Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé*, in *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2002, p. 435 ss.

(33) La stessa direttiva però, pur non occupandosi della giurisdizione, dispone che gli Stati membri debbano assicurare che un titolo esecutivo (definito come ogni decisione, sentenza o ordine di pagamento) possa essere ottenuto entro novanta giorni a decorrere dalla presentazione del ricorso.

(34) Per le altre materie il Tribunale dei disegni e dei modelli comunitari "applica la propria legge nazionale, compreso il diritto internazionale privato" (art. 88).

(35) V. Rescio, *La società europea tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Il notaio tra regole nazionali ed europee*, cit., p. 131 ss.

(36) Il Regolamento 1435/2003 sullo Statuto della società cooperativa europea prevede che legge applicabile alla costituzione mediante fusione sia quella dello Stato membro cui è soggetta ciascuna cooperativa che si fonde (art. 28).

(37) V. Pasqualis, *Appunti sulla circolazione degli atti notarili nello spazio giuridico europeo*, in *Il notaio tra regole nazionali ed europee*, cit., p. 329 ss.

Funzione notarile

Riflessioni sull'imparzialità del notaio

di GIUSEPPE CELESTE

Al tema dell'imparzialità del notaio quale garanzia dell'ordine contrattuale è stato dedicato il recente Congresso Internazionale dell'Unione Internazionale del Notariato Latino. Ma come si inserisce la funzione notarile nel contesto dei poteri pubblici e nel quadro dell'economia del libero mercato? Le riflessioni che seguono sono dedicate al contributo che il Notariato italiano ha dato alla discussione e che è stato ampiamente recepito nella risoluzione finale del Congresso.

Il primo tema del recente Congresso Internazionale, dell'Unione Internazionale del Notariato Latino (Città del Messico, 17 - 22 ottobre 2004) è stato dedicato all'imparzialità del notaio quale garanzia dell'ordine contrattuale.

Il tema è stato approfondito con una ricchezza di contributi che testimonia la maturità culturale raggiunta dall'Unione e la sua capacità di confrontarsi con culture giuridiche diverse, quale il sistema di *common law*, sostenendo i valori del notariato latino. Il contributo italiano su questo tema è stato incentrato sull'inquadramento dell'imparzialità del notaio nel sistema delle regole costituzionali che presidiano l'esercizio delle funzioni pubbliche nell'ordinamento italiano.

Le riflessioni che seguono sono dedicate alle linee portanti di tale contributo, ampiamente recepito nella risoluzione finale del congresso.

L'obiettivo perseguito nel contributo è stato quello di definire come si inserisce la imparziale funzione notarile di garanzia nel contesto dei poteri pubblici e nel quadro dell'economia del libero mercato (1), alla quale il nostro ordinamento si sta adeguando, come si è già accennato, non sulla base di un indirizzo politico contingente, ma in virtù di una scelta compiuta con l'adesione a trattati internazionali, ai quali l'ordinamento giuridico nazionale deve perciò conformarsi (2).

Si assiste, infatti, non soltanto nel nostro paese, ma anche nelle altre nazioni europee ed in ambito comunitario (3), all'affermarsi di un nuovo modello organizzativo, correntemente definito amministrazione o autorità «indipendente (4)» che si caratterizza, sotto il profilo strutturale, per una posizione di estraneità all'apparato amministrativo e di neutralità, a presidio della quale vi è un complesso di norme, variabile a seconda delle diverse autorità, che regolano la preposizione all'ufficio, l'autonomia finanziaria e che sanciscono l'assenza di vincoli di subordinazione nei confronti degli organi della Pubblica amministrazione (5).

Note:

(1) Spunti interessanti in Perchinunno, *Il notariato nell'economia liberale*, in *Riv. not.*, 1994, pp. 551 ss., con particolare riguardo al ruolo attivo del notaio ai fini dell'effettiva attuazione del dovere di correttezza che le parti devono osservare sia nelle trattative che in ogni fase delle vicende contrattuali. Un quadro aggiornato sull'attività notarile nel contesto dell'economia di libero mercato in Trapani, *Il notaio, consulente giuridico delle parti, interprete e garante di interessi pubblici e privati*, in *Il notaio istituzione*, cit., pp. 75 ss.

(2) Si allude, in particolare, alle limitazioni di sovranità conseguenti all'adesione all'Unione europea, che trovano, secondo la corrente opinione, fondamento nell'art. 11, Cost. Cfr., in argomento, ad esempio, A. Cassese, *Art. 11*, in AA.VV., *Principi fondamentali*, in *Comm. cost. Branca*, Bologna - Roma, 1975, p. 579; Crisafulli, voce *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, pp. 939 ss.; Guarino, *Pubblico e privato nell'economia, la sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quaderni cost.*, 1992, pp. 21 ss.; Paladini, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, pp. 436 ss. con considerazioni critiche.

(3) Cenni su queste esperienze in Valentini, *Figure, rapporti, modelli organizzatori*, in *Tratt. dir. amm. Santaniello*, vol. IV, Padova, 1996, pp. 132 ss.

(4) Su questo modello organizzativo cfr., Valentini, *Figure*, cit., pp. 125 ss.; Barile, Cheli e Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico*, VII Ediz., Padova, 1995, pp. 289 ss.; Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, II ediz., Torino, 1997, pp. 229 ss.; Cerulli Irelli, *Premesse problematiche allo studio delle «Amministrazioni indipendenti»*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di Bassi e Merusi, Milano, 1993, pp. 1 ss.; Longobardi, *Le amministrazioni indipendenti: profili introduttivi*, in *Scritti per M. Nigro*, vol. II, Milano, 1991, pp. 174 ss.; *idem*, «Amministrazioni indipendenti» e posizioni istituzionale dell'Amministrazione pubblica, in *Dir. banc. finanz.*, 1993, I, pp. 33 ss.; Franchini, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, pp. 549 ss.; Massera, «Autonomia» e «indipendenza» nell'Amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di Giannini*, Milano, 1988, pp. 488 ss.; Cagli, *Il quadro normativo delle Amministrazioni pubbliche indipendenti*, in *Foro amm.*, 1991, pp. 1627 ss.; Emiliozzi, *Le decisioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. e soc.*, 1995, pp. 365 ss.; Portelli, *Brevi note sulle autorità amministrative indipendenti*, in *Nuove autonomie*, 1995, pp. 523 ss.; Lombardi, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. Amm.*, 1995, pp. 629 ss.; Politi, voce *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Roma, 1996, pp. 1 ss.; Pericu, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 1996, pp. 1 ss.

(5) Cfr., Longobardi, *Le amministrazioni indipendenti: profili introduttivi*, in *Scritti per M. Nigro*, vol. II, Milano, 1991, pp. 174 ss.

Significativamente, questi uffici sono stati definiti “quasi magistrature (6)” con un’operazione concettuale non dissimile, a nostro avviso, da quella dinanzi esaminata con riguardo al notaio.

Dal punto di vista funzionale, nell’ambito di tali autorità la dottrina ne distingue alcune che svolgono compiti di regolazione amministrativa di settori dell’attività economica rispetto ad altre che sono attributarie anche di poteri normativi e sanzionatori, a tutela di situazioni giuridiche di rango costituzionale, quali il Garante per la radiodiffusione e l’editoria (7) e l’Autorità garante per la concorrenza e il mercato (8). Discussa è, invece, la collocazione tra le suddette autorità della Banca d’Italia sotto il profilo delle sue funzioni di vigilanza e di regolazione dei flussi monetari (9).

Il discorso è ovviamente assai complesso, sia in relazione alla diversità di modelli accolti dal legislatore nella genesi delle autorità indipendenti, sia per la circostanza che in dottrina, anche a causa della novità del fenomeno, non si è ancora pervenuti a conclusioni consolidate circa la compatibilità con le norme costituzionali di alcune potestà ad esse attribuite (10).

Sembra, comunque, che i caratteri comuni delle autorità indipendenti risiedano in un’autonomia organizzativa piena, in un potere regolamentare (11) non soggetto all’autorità di governo, (che a volte, per espressa previsione di legge, può incidere anche sulle posizioni dei privati), e in un complesso di norme finalizzate a tutelare la professionalità e l’indipendenza delle persone preposte (12).

Sulla scorta del fenomeno descritto, si è diffusa la tesi che ascrive, nell’ambito dei poteri pubblici, alle autorità in discorso una funzione di garanzia, diversa e distinta dagli altri poteri statuali. E le motivazioni socio-politiche dell’adozione del nuovo modello sono state individuate non tanto nelle carenze dell’Amministrazione statale, quanto nella crisi delle tradizionali forme organizzative e, in particolare, del modello dell’apparato centralizzato con la conseguente spinta verso un diffuso policentrismo (13).

Orbene, a noi sembra che la potestà demandata al notaio, quale è stata delineata nel corso di tali ultimi paragrafi, presenti notevoli fattori comuni alla funzione di garanzia in discorso.

Tali caratteri, che erano presenti *in nuce*, come si è visto, nei compiti di adeguamento previsti dalla legge fondamentale, tendono, infatti, a nostro avviso, ad emergere successivamente sulla base di una rilettura di queste norme nel quadro dei principi introdotti dalla Costituzione e alla luce dei compiti ausiliari di più recente attribuzione (14).

E questa affermazione ci sembra plausibile se si considera, *prima facie*, che l’istituzione notarile, intesa proprio come ufficio deputato alla cura di interessi diffusi, è nata assai prima che nei moderni stati nazionali si affermasse il modello dello Stato centralista.

Né sembra potersi addurre, in senso contrario alla tesi

proposta, la circostanza che l’ordinamento notarile sia di gran lunga anteriore alla genesi delle amministrazioni indipendenti. Obiezioni analoghe vengono, infatti, superate in dottrina, con riferimento ad altre autorità, affermando che il modello organizzativo in discorso si stava già profilando ben prima che esso formasse oggetto, come di recente è avvenuto, di specifica attenzione da parte della dottrina (15).

Neppure sembra rilevante, in senso contrario, la struttura unipersonale dell’ufficio notarile, la cui indipendenza - su questo punto si fa riserva di ritornare più ampiamente nel prosieguo -, ci sembra, comunque, adeguatamente tutelata.

Note:

(6) Si vedano ad esempio Barile, Cheli e Grassi, *Istituzioni*, cit., p. 292; Valentini, *Figure*, cit., p. 130, che discorre di posizione “paragiurisdizionale”; Clarich, *Per uno studio sui poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Mercati e amministrazioni*, cit., p. 116.

(7) Sul quale cfr., Corasaniti, *Il garante per l’editoria*, in Loiodice, Brighino e Corasaniti, *I servizi dell’informazione*, tomo I, Editoria e stampa, in *Tratt. dir. amm. Santaniello*, Padova, 1990, pp. 181 ss.; Brighina, *Organi di governo e di garanzia nel sistema radiotelevisivo*, in AA.VV., *I servizi dell’informazione*, Tomo II, Radiotelevisione, a cura di Zaccaria, in *Tratt. dir. amm. Santaniello*, Padova, 1996, pp. 188 ss.; Zanolari, *Aspetti istituzionali del ruolo del Garante per l’editoria*, in *Dir. soc.*, 1987, pp. 203 ss.; Santaniello, *Figura, competenze e attività del Garante per la radiodiffusione e l’editoria*, in AA.VV., *Informazione e comunicazione - Le dominanti della normativa vigente in Italia*, Roma, 1991, pp. 46 ss.; Castiglia, *Il garante dell’attuazione della legge per l’Editoria*, in *Giur. it.*, 1993, IV, cc. 290 ss.

(8) Cfr., Zito, *L’attività dell’Autorità garante del mercato e della concorrenza in materia di concentrazioni*, in *Dir. amm.*, 1994, pp. 167 ss.; Amorelli, *L’Amministrazione con funzioni regolatorie, le autorità di disciplina della concorrenza sul piano interno e comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, pp. 943 ss.; Marino, *Autorità garante della concorrenza e giustizia amministrativa*, in *Il diritto dell’economia*, 1992, pp. 573 ss.; Antonioli, *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato: il procedimento, il silenzio e i rimedi giuridici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, p. 809 ss.; Saja, *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato: prime esperienze e prospettive di applicazione della legge*, in *Giur. comm.*, 1991, pp. 4 s.

(9) In senso negativo, ad esempio, Cerulli Irelli, *Corso*, cit., p. 233. *Contra*, Valentini, *Figure*, cit., p. 131; Mezzacapo, *L’indipendenza della Banca d’Italia*, in *Mercati e Amministrazioni*, cit., pp. 33 ss.

(10) Cerulli Irelli, *Premesse problematiche*, cit., pp. 5 ss., pp. 26 ss.

(11) Sull’ammissibilità di un potere regolamentare idoneo a incidere sulle posizioni soggettive di terzi sono stati sollevati in dottrina dubbi di costituzionalità. Cfr., ad esempio, Merusi, *Considerazioni generali sulle Amministrazioni indipendenti*, in *Mercati e amministrazioni*, cit., pp. 159 ss.

(12) In questo senso si veda, ad esempio, Cerulli Irelli, *Premesse problematiche*, cit., p. 6.

(13) Valentini, *Figure*, cit., p. 129.

(14) In dottrina una funzione di garanzia è stata riferita per la prima volta al notaio, da Nigro, *Il notaio nel diritto pubblico*, in *Riv. not.*, 1979, p. 1171. Si badi bene, peraltro, che non si tratta, come è stato autorevolmente osservato dal Casavola, nella *Prefazione* al volume *Il notaio istituzione garante*, cit., pp. 3 ss., di istituire un parametro a fini definitivi con le autorità di garanzia, quanto piuttosto di registrare un comune fattore evolutivo tra quelle garanzie istituzionali e la garanzia notarile.

Per approfondimenti, con specifico riguardo all’accostamento della funzione notarile a quella delle autorità indipendenti, si veda il nostro lavoro, *La funzione pubblica del notaio*, in *Cons. St.*, 1998, pp. 1390 ss.

(15) Per questa affermazione, cfr., ad esempio, Mezzacapo, *L’indipendenza*, cit., pp. 35 ss.

È stato, anzi, sostenuto in dottrina che il modello organizzativo monocratico è quello che sembra più consoni ai compiti demandati a questo genere di uffici (16).

La funzione notarile appare, dunque, corredata da un complesso di penetranti poteri pubblicistici, affini a quelli che spettano alle autorità indipendenti le quali, se pur caratterizzate da una notevole varietà di modelli, appaiono accomunate, sotto il profilo funzionale, dallo svolgimento di un'attività non soggetta all'indirizzo politico governativo, a fini di salvaguardia del mercato.

E ci sembra che quest'ultima definizione, rinviando al prosieguo del presente lavoro l'indagine sul profilo strutturale della terzietà del notaio, ben si adatti, sia pure in linea di massima, a rappresentare, in una visione sintetica, anche il complesso delle attività ad esso demandate.

Questa funzione non comporta poteri discrezionali, ma di certificazione e adeguamento, alla cui base vi è una certazione, la quale comporta l'esercizio di una attività discrezionale e procedimentalizzata, così garantendo in una prospettiva dinamica l'imparzialità della funzione (17).

Quanto alle funzioni del notaio nel processo (18), è anche in base ad esse che è stata giustamente sottolineata la posizione caratteristica e privilegiata che gli viene riservata nell'ordinamento (19).

In particolare il notaio assume un ruolo di rilievo nella procedura esecutiva; infatti la l. 3 agosto 1998, n. 302, perseguendo l'intento di semplificare l'iter del processo esecutivo con l'introduzione dell'art. 591-bis c.p.c., ha consentito al giudice di affidare al notaio talune fasi della procedura esecutiva, pur rimanendo di competenza del giudice la fase degli atti preliminari, la risoluzione di tutte le controversie ed, infine, l'emanazione del decreto di trasferimento (20).

In modo particolare, si è osservato che appare riduttivo giustificare l'attribuzione di tali funzioni in relazione all'appartenenza del notaio alla categoria degli ausiliari del giudice, della quale è stata più volte denunciata la disomogeneità (21).

La ragione giustificatrice dell'attribuzione di tali funzioni è stata, invece, ravvisata nell'essere l'attività notarile, nelle sue diverse estrinsecazioni, una funzione pubblica, unitariamente intesa, caratterizzata, sotto il profilo della struttura dell'ufficio, da una posizione di indipendenza ed estraneità nei confronti della Pubblica amministrazione (22).

Ciò che rileva, dunque, in tutte le attività processuali demandate al notaio (23), non è tanto la delega di po-

lando la possibilità (o l'obbligo) per il notaio di inserire nell'atto notarile una motivazione circa il suo ricevimento. Cfr., sul punto, ad esempio, Santangelo, *Schematismi e creatività*, in *Vita not.*, 1979, p. 431.

(18) Tra queste ad esempio vi sono: la direzione delle operazioni divisionali (art. 786, c.p.c.), sulla quale, cfr., per tutti, Andrioli, *Commentario al Codice di procedura civile*, vol. IV, Napoli, 1964, pp. 606 ss.; il ricevimento di atti di notorietà (R.D.L., 26 luglio 1917, n. 1239, e l. 16 febbraio 1913, n. 89, art. 1, I comma, n. 2); il rilascio di estratti di libri o registri da esibire in giudizio (art. 212, II comma, c.p.c.); la formazione di inventari (art. 769, c.p.c.); le vendite all'incanto dei beni dei minori (art. 733, I comma, c.p.c.); l'esercizio dello *jus postulandi* negli atti di volontaria giurisdizione senza dover esibire procura o mandato (in conseguenza di ciò il notaio è stato qualificato mandatario senza procura da Andrioli, *Commentario*, cit., p. 218, ovvero rappresentante legale da Jannuzzi, *La funzione del notaio nel processo*, in *Riv. not.*, 1953, p. 436). A tali ipotesi è da aggiungere l'intervento del notaio nelle procedure di liquidazione dell'eredità beneficiata e dell'eredità giacente (artt. 498 ss. e 530, c.c.), le quali, secondo una dottrina, hanno natura di processo esecutivo volontario (cfr., Vocino, *Contributo alla teoria del beneficio d'inventario*, Milano, 1942, pp. 563 ss.).

Sulla funzione o meglio sul ruolo del notaio nel processo si veda E. Fabiani, *Funzione processuale del notaio ed espropriazione forzata*, in *Studi e materiali*, 2002, pp. 517 ss.

(19) Vocino, *La funzione processuale del notaio*, in *Riv. not.*, 1968, pp. 1 ss. Si vedano, inoltre, Jannuzzi, *La funzione*, cit., pp. 431 ss.; Pajardi, *La funzione del notaio nel giudizio divisorio*, in nota a Cass. civ., II sez., 30 aprile 1955, n. 1216, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, cc. 233 ss. Uno spunto sull'argomento in Nigro, *Il notaio*, cit., p. 1152.

(20) La legge attribuisce al notaio due differenti settori d'intervento che concernano la certificazione ipo - catastale e la delegazione da parte del giudice di determinate operazioni del processo esecutivo.

Il giudice dell'esecuzione, inoltre, può delegare al notaio lo svolgimento di tutte le operazioni che riguardano lo svolgimento delle operazioni concernenti la vendita all'incanto (l'art. 591-bis, c.p.c. prevede la facoltà del notaio di provvedere a tutte le operazioni della vendita quali la determinazione del valore dell'immobile, l'autorizzazione circa l'assunzione dei debiti, la valutazione delle offerte dopo l'incanto, la formazione del progetto di distribuzione). In caso di difficoltà insorte durante lo svolgimento di tali operazioni, è fatta salva la facoltà da parte del notaio (art. 591-ter, c.p.c) di rivolgersi al giudice dell'esecuzione. Per approfondimenti, si veda AA.VV., *Delegabilità ai notai delle operazioni di incanto nelle operazioni espropriazioni immobiliari*, *Atti del convegno di studi*, Roma 22 - 23 maggio 1993, in Consiglio nazionale del notariato, Milano, 1993, *passim*.

È possibile ipotizzare l'attribuzione al notaio di compiti più specifici in materia di separazione dei coniugi. Allo stato attuale l'attività notarile in materia è incentrata sui trasferimenti di beni tra coniugi al momento della separazione consensuale; in argomento, si veda, P. Giunchi, *L'intervento del notaio nei trasferimenti di beni tra coniugi nella separazione personale*, in *Riv. not.* 1994, pp. 289 ss.; V. Russo, *Accordi di separazione e consenso traslativo sul presunto conflitto di competenze tra notariato e magistratura*, in *questa Rivista*, 2001, pp. 292 ss. In particolare, sulla competenza del notaio al ricevimento di atti contenenti accordi tra coniugi concernenti le condizioni sulla separazione personale consensuale e sul divorzio a domanda congiunta, G. Metitieri, *La funzione notarile nei trasferimenti di beni tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, in *Riv. Not.*, 1995, pp. 1157 ss., il quale evidenzia i contrasti dottrinali in materia.

Sul ruolo del notaio nel diritto di famiglia, si veda in una prospettiva più generale, Capozzi, *La funzione del notaio nel diritto di famiglia*, in *Vita not.*, 1973, pp. 1 ss.

Infine, sul ruolo che il notaio potrebbe assumere in materia di conciliazione arbitrato, si veda, A. Fusaro, *Prospettive d'intervento notarile nelle ADR*, in *Vita not.*, 2002, pp. 1007 ss., e da ultimo C. Brunelli, *Conciliazione e notariato: una sfida appena iniziata*,

(21) Vocino, *La funzione*, cit., p. 2. Nello stesso senso, più in generale, si veda Redenti, *Diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1952, p. 154.

(22) Vocino, *La funzione*, cit., pp. 6 s.

(23) Non vi è delega di poteri giurisdizionali, ad esempio, in caso di rappresentanza delle parti negli affari di volontaria giurisdizione.

Note:

(16) Corasaniti, *Il garante per l'editoria*, in Loiodice, Brighina e Corasaniti, *I servizi dell'informazione*, tomo I, *Editoria e stampa*, in *Tratt. dir. amm.* Santaniello, Padova, 1990, pp. 249 ss. Cfr., pure, Gessa, *Comice e quadro normativo*, in *La legge sull'editoria*, a cura di Gessa e Fragola, Roma, 1982, p. 16.

(17) Nigro, *Il notaio*, cit., p. 1160; Barile, *Riflessioni di un costituzionalista sulla professione di notaro*, in *Vita not.*, 1984, p. 39. Significativa sotto questo aspetto è anche la proposta di riformare la legge notarile preve-

teri (24), ma l'attribuzione di determinate funzioni proprio e soltanto in ragione della sua posizione pubblicistica e, in particolare, quindi, delle garanzie di imparzialità e terzietà offerte dal suo ufficio (25).

La funzione notarile si inserisce così in un processo storico nell'ambito del quale i moderni stati di diritto si caratterizzano per una sempre più accentuata divisione dei poteri.

Tale principio che è alla base di ogni Stato liberale, è nato e s'è evoluto nel corso dei secoli XVIII e XIX, quando dal principio dell'accentramento del potere in un'unica persona si è passati alla divisione dei poteri fra più organi diversi, in modo che il potere, unico nella sua essenza, pur rimanendo in capo allo Stato, sia suddiviso per garantire che non sia esercitato in modo arbitrario o comunque incontrollato. I poteri sono stati separati tra diversi organi, fra loro collegati, ai quali l'ordinamento attribuisce in via istituzionale l'esercizio di una frazione dell'autorità (26).

Lo Stato moderno assume, così, come propri, i principi dell'eguaglianza formale, della tutela dei diritti fondamentali e per proclamarli solennemente, tramite il consenso del popolo si dà Costituzioni scritte (27).

Anche la Costituzione italiana accoglie come principio cardine quello della divisione dei poteri, menzionando in modo specifico quali sono gli organi, secondo un criterio di prevalenza, ai quali deve essere attribuito l'esercizio delle funzioni (28); dunque, alla distinzione delle funzioni in legislative, amministrative e giurisdizionali corrisponde la distinzione tra gli organi in legislativo, amministrativo e giurisdizionale.

In attuazione di tale principio il potere legislativo è stato affidato alle Camere, quello giudiziario alla magistratura (esiste, infatti, una riserva di giurisdizione a favore del giudice, potendo solo quest'ultimo applicare la norma al caso concreto e sindacare gli atti provvedimenti), ed, infine, il potere esecutivo al Governo (organo indipendente dal Parlamento, pur se collegato a questo (29), dotato di una propria responsabilità amministrativa e politica). Il Governo si differenzia, poi, dall'amministrazione, anche se collabora con essa per garantire l'esecuzione dell'indirizzo politico, espresso dalla maggioranza, e per assicurare l'imparzialità (30).

Note:

(24) Il notaio viene definito «sostituto» del giudice e non «ausiliario» da Pajardi, *La funzione*, cit., cc. 235 ss., il quale, peraltro, precisa che sembra discutibile parlare di «delega di giurisdizione», in quanto da essa esulano i poteri decisorii, e che questa esclusione rende la delega di cui si tratta un fatto non eccezionale.

(25) Altro problema, poi, è quello della delimitazione delle competenze notarili nei loro rapporti con la giurisdizione. La questione si è posta, ad esempio, con riferimento al ricevimento di un atto di accertamento negoziale che, secondo una giurisprudenza di merito da noi vivamente contestata (si vedano i nostri lavori, *Confermabilità del testamento e accertamento negoziale*, in nota a Trib. Bergamo, 7 novembre 1994, in *questa Rivista*, 1995, pp. 277 ss.; *Efficacia probatoria dell'atto pubblico, accertamento negoziale e funzione notarile*, in nota ad App. Brescia, 20 luglio 1995, in *questa Rivista*, 1996, pp. 247 ss.) sfocerebbe in un'attività di cognizione ri-

servata all'A.G.O. L'indirizzo delle corti di merito è stato censurato decisamente dalla Corte suprema. Si veda, Cass. civ., sez. 11 luglio 1996, n. 6313, in *questa Rivista*, 1996, pp. 509 ss., con nostra nota adesiva *Conferma del testamento e efficacia dell'atto pubblico: il punto*. Condivide le nostre osservazioni Tordo Caprioli, *Attività negoziale e funzione notarile*, Milano, 1996, p. 243 e nota 83. *Contra*, ma con considerazioni riferibili al diverso problema, di ordine pratico, che l'accertamento negoziale non corrisponda all'effettiva volontà testamentaria: Scalia, *Confermabilità del testamento orale, prova della volontà del de cuius, certezza dei rapporti e funzione notarile. Alcune riflessioni sul tema*, in *Riv. not.*, 1997, pp. 166 ss. Ma, a tacere della circostanza che anche nel processo esiste il rischio che i fatti accertati non corrispondano al vero, non ci sembra condivisibile l'affermazione, sulla quale Scalia fonda la propria opinione, che nell'attività negoziale in discorso, qualora il fatto accertato non esista, non vi sarebbero rimedi. Infatti, il negozio in tal caso è nullo. Cfr., sul punto, Giorgianni, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 239.

(26) Si veda, T. Martines, *Diritto Costituzionale*, Milano, 1992, pp. 149 ss.

In particolare Stelio Valentini, in *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1996, vol. IV, pp. 56 ss., il quale pone in dubbio l'applicazione di tale principio alla realtà attuale. Infatti l'organizzazione amministrativa si identifica con l'organizzazione del potere esecutivo, "ma (...) benché l'apparato dello Stato inteso come quello proprio dell'amministrazione diretta dello Stato, abbia istituito il prototipo attorno al quale sono state elaborate le principali figure organizzative, non può disconoscersi come esso non abbia costituito da solo l'intero apparato amministrativo."

(27) A delineare tale forma di governo contribuirono le dottrine liberali del XVIII e XIX secolo che hanno voluto, da un lato, limitare la sfera di azione dello Stato nei confronti dei singoli individui e, dall'altro, distribuire il potere fra i vari organi per evitare possibili accentramenti dello stesso. Per una disamina della questione, si veda, T. Martines, *Diritto*, cit., pp. 155 ss.

(28) La nostra Costituzione si limita infatti ad indicare quali siano gli organi ai quali viene attribuito l'esercizio di ciascuna funzione secondo un criterio di prevalenza, ma non esclude, allo stesso tempo, che la stessa funzione possa anche essere esercitata da organi diversi. In tal senso, si veda, T. Martines, *Diritto*, cit., pp. 204 ss.

(29) Ad esempio, è utile ricordare che il governo dipende dalla fiducia del Parlamento.

(30) Appare, a questo punto, opportuno soffermarsi, se pur brevemente, sui diversi significati giuridici che il termine Stato assume.

Lo Stato può essere infatti inteso come istituzione e, cioè, indicare uno dei tanti corpi sociali organizzati - istituzioni - con determinate caratteristiche, con propri ed esclusivi elementi costitutivi che valgono ad individuare l'ordinamento giuridico statale come comprensivo oltre che di tutti i minori corpi sociali, anche di tutti gli ordinamenti particolari ai quali è sovraordinato.

Allo scopo di assicurare un ordinato svolgimento della vita sociale è, infatti, necessario che la pluralità e la varietà degli ordinamenti giuridici diversi sia ricondotta ad unità; occorre pertanto assegnare allo Stato - inteso come gruppo sociale, il quale comprende, esprime e tutela gli interessi di tutta la collettività - una posizione di preminenza sugli altri tipi di ordinamenti.

Lo Stato, pertanto, deve essere identificato come quell'ordinamento a carattere originario - nel senso che l'ordinamento del gruppo sociale è indipendente ossia non dipende da nessun altro ordinamento superiore - che persegue fini generali, cioè gli interessi propri della collettività, ha base territoriale - nel senso che il territorio è l'ambito spaziale di riferimento degli interessi a cui l'ordinamento appresta tutela - ed è dotato di un apparato autoritario posto in posizione di supremazia, perché prevale su quello degli altri gruppi sociali.

È questo lo Stato istituzione o Stato ordinamento che la Costituzione italiana designa con il nome di Repubblica.

In un secondo significato il termine Stato indica l'insieme delle autorità a cui l'ordinamento conferisce formalmente il potere di emanare e di portare ad esecuzione le norme e i comandi, mediante i quali lo Stato fa valere la sua supremazia. Lo Stato, così concepito, si definisce Stato - apparato, ed è costituito dall'insieme dei governanti che esercitano la loro autorità mediante atti tipici.

(segue)

Alle pubbliche amministrazioni, deputate a provvedere alla realizzazione dei fini demandati dallo Stato, si affiancano, inoltre, anche altre istituzioni, o "autorità," istituite dalla legge, le quali svolgono una funzione pubblica per il soddisfacimento di interessi collettivi.

È la legge statale che determina la sfera di competenza di tali "entità" ed è sempre la legge che conferisce in via esclusiva le specifiche funzioni a quella più idonea, in ragione della sua organizzazione e della sua struttura, ad esercitarle, in vista del conseguimento e del soddisfacimento dell'interesse pubblico (31).

La dottrina, in epoca recente, muovendo dalla constatazione che l'apparato amministrativo tende a disgregarsi e che non tutte le funzioni pubbliche oggi fanno capo ad organi dello Stato - apparato, ha ravvisato, anche sulla base del progressivo superamento del dogma della tripartizione dei pubblici poteri, l'esistenza di una pluralità di uffici ed entità non personificate che sono attributarie di funzioni pubbliche aventi caratteri distintivi del tutto originali (32).

Venuto meno, dunque, il "monopolio" dello Stato sulle pubbliche potestà, le funzioni amministrative sono esercitate, in via esclusiva o concorrente, anche da soggetti o apparati esterni a quelli amministrativi, purché il conferimento delle funzioni avvenga tramite una legge. Ad esempio, le Autorità indipendenti e soggetti privati, come il notaio, ai quali, per assicurare il raggiungimento di un interesse pubblico, viene delegato l'esercizio di compiti propri dello Stato, svolgono una funzione strumentale all'amministrazione (33), utilizzando per l'esercizio della loro attività mezzi propri e restando separati dall'organizzazione statale.

Per spiegare poi, in particolare, la partecipazione all'amministrazione di soggetti estranei all'apparato si è ricorsi alla nozione di esercizio privato di pubbliche funzioni. Ciò avrebbe luogo ogni qual volta una porzione della funzione amministrativa è esercitata da un soggetto estraneo all'apparato amministrativo, il quale non è legato da alcun rapporto di servizio.

Con riguardo, infatti, alla figura del notaio, secondo una tradizionale tesi, egli sarebbe un soggetto privato esercente un'attività libero professionale, attributario anche di poteri di certificazione, nell'ambito dell'attività di amministrazione pubblica del diritto privato (34).

Ma tale tesi non riceve più consensi. Anzi, la stessa categoria dogmatica dell'esercizio privato di funzioni e servizi pubblici può dirsi oggi definitivamente superata dalla dottrina, la quale ne ha sottolineato l'assoluta eterogeneità, proponendo una ricostruzione della funzione notarile in termini di *munus* (35).

Il titolare del *munus*, accanto ad un'attività di tipo privato che si sostanzia nella cura dei propri interessi, ne svolge un'altra, rivolta alla cura di un interesse pubblico.

L'esercizio della funzione, a causa della mancanza di un ufficio organizzato nell'ambito dei pubblici poteri, al

quale imputare l'attività, deve essere compiuto in nome proprio dal soggetto agente, mentre gli effetti dell'attività vengono imputati alla collettività, o persino all'apparato dei pubblici poteri, sebbene il titolare del *munus* non vi appartenga.

La funzione amministrativa è demandata, dunque, ad un soggetto che non è titolare di alcun complesso organizzativo; esiste pur sempre un ufficio in senso oggettivo, inteso cioè come determinazione delle potestà nelle quali il suo esercizio si concreta, ma non vi è una struttura materiale servente, con la conseguenza che la potestà pubblica non può essere riferita ad un'istituzione

Note:

(segue nota 30)

Dallo Stato - apparato, poi, vanno distinti tutti gli altri soggetti, definiti i governati, perché sottoposti alla supremazia di questo, che compongono lo Stato - comunità. Sull'applicazione di tale ultima accezione del termine Stato si dubita. Non essendo questa la sede adatta per analizzare in modo approfondito tali prospettazioni, si preferisce rinviare a T. Martines, *Diritto*, cit., pp. 7 ss.

La distinzione fra Stato - istituzione e Stato - apparato si palesa solo formale ed oggi non ha più alcun ragione d'essere. Si veda, Giannini, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, vol. I, Padova, 1998, pp. 61 ss., il quale afferma che tale distinzione, "che poteva avere un significato nello Stato monoclasse, in sostanza non era che un tentativo di razionalizzare l'anfibologia del termine Stato, con cui si designavano effettivamente o l'entità Stato o il complesso dell'entità e del popolo."

(31) La legge demanda a determinati soggetti, quali ad esempio i notai, l'esercizio di funzioni pubbliche, tra cui quelle che riguardano la certezza pubblica.

(32) In generale si veda sull'argomento, per tutti, S. Cassese, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, in *Foro it.*, 1996, 1, 1, cc. 755; *idem*, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1985, pp. 374 ss.; D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato - trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992, spec. pp. 49 ss., 97 ss., 144 ss.

In particolare, il S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo*, tomo I, 2000, Milano, p. 165, analizza il fenomeno della frammentazione delle amministrazioni e sostiene che tale processo incomincia in Italia agli inizi del XX secolo con l'istituzione di organismi pubblici, non statali, che successivamente si identificano con gli Enti pubblici o parastatali. Agli organi dello Stato si affiancano gli enti pubblici e, poi, negli anni 70, agli enti pubblici si aggiungono le autorità indipendenti. In tal modo, il Governo si differenzia dall'amministrazione, il potere locale si distacca da quello centrale, gli enti pubblici e le autorità indipendenti diventano autonomi dallo Stato e si dotano di poteri regolamentari propri.

(33) Poet, *L'esclusività delle funzioni di ricevere atti negoziali nella tradizione e nella struttura del notariato* in *Vita not.*, 1965, p. 266. L'Autore afferma che il principio della divisione dei poteri "deve ritenersi valido nell'ambito di ciascun potere statale in quanto corrisponde ad un criterio logico inoppugnabile che anche in tale più ristretta sfera l'organo appositamente istituito e strutturato in ragione di una data funzione sia anche l'unico abilitato ad espletarla. E poiché l'attività notarile può essere ricompresa nell'amministrazione pubblica del diritto privato ne deriva che anche ad essa è applicabile il principio generale suddetto."

(34) Si veda, Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Tratt. Orlando*, vol. II, parte III, Milano, 1935, pp. 34 ss.; *idem*, *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, VI ediz., Milano, 1958, pp. 341 ss.

(35) In tal senso Valentini, *Figure, rapporti, modelli organizzatori*, in *Tratt. dir. amm. Santaniello*, vol. IV, Padova, 1996, pp. 56 ss.

organizzata nell'ambito dei pubblici poteri, ma soltanto al suo titolare (36).

Tale tesi ci sembra quella più idonea a descrivere la posizione del notariato, il quale è organizzato secondo il modello libero - professionale, ma riferisce la sua attività allo Stato - comunità (37), così collocandosi nel moderno sistema di organizzazione fondato sulla ripartizione dei poteri e caratterizzato, come si è visto, dalla frantumazione dello Stato - apparato.

La funzione del notaio è ordinata in conformità ai principi relativi all'organizzazione dei pubblici poteri ed, in particolare, al principio (38) della separazione, secondo il quale la legge determina la sfera di competenza dei vari istituti e conferisce specifiche funzioni all'organo più idoneo, in ragione della sua struttura ed organizzazione, ad esercitarle con il massimo soddisfacimento dell'interesse pubblico.

E il notaio può definirsi ufficio della Repubblica, purché con tale espressione si voglia designare solo la potestà attribuitagli, che viene da questo esercitata in nome proprio. In tal modo si attua il necessario raccordo tra la sua posizione pubblicistica e l'esercizio dell'attività in regime di libera professione.

L'imparzialità del notaio nell'esercizio della sua funzione si pone in coerenza con la sua collocazione nell'ambito dei pubblici poteri, ai sensi dell'art. 97, Cost.

Ma, prima di evidenziare come si atteggi l'imparzialità nell'organizzazione e nell'esecuzione dell'attività notarile, è opportuno soffermare la nostra indagine sulla funzione del notaio, al fine di delineare il ruolo che questi assume nell'ordinamento statale.

Ed, infatti, un'indagine della struttura dell'ufficio del notaio, sotto il profilo delle regole che ne presidiano l'imparzialità e l'indipendenza e, quindi, in una visione statica della sua organizzazione, sarebbe fine a se stessa, oltre che povera di contenuti, se non venisse preceduta da una ricostruzione dinamica dell'attività che questi svolge, ricostruzione nella quale ovviamente si avrà specifico riguardo ai momenti di emersione del suo agire imparziale. Ciò in quanto ogni funzione pubblica presuppone un ufficio deputato al suo esercizio, ma l'affermazione che tale ufficio debba essere organizzato in modo da assicurare l'imparzialità dell'esercizio della funzione si risolverebbe, nei moderni ordinamenti costituzionali in una tautologia, se non si definiscono a priori, in concreto, i compiti ad esso demandati ed i fini di interesse pubblico da perseguire.

L'esigenza di assicurare ai singoli dei rimedi contro un esercizio non imparziale dei poteri amministrativi è stata sempre sentita nel nostro ordinamento. Pertanto, l'attuale testo dell'art. 97, Cost., risente di questa riflessione ed introduce come principio cardine dell'agire della pubblica amministrazione quello dell'imparzialità, che si fonde con il principio d'uguaglianza (o meglio ancora con il principio di pari dignità) e con quello di legalità dell'agire della pubblica amministrazione; principi, questi, tutti opportunamente costituzionalizzati.

L'art. 97, primo comma, Cost., recita: "i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione."

Tale articolo, inoltre, prevede, da una parte, che sia il legislatore a dettare la regolamentazione necessaria per compiere ed orientare le scelte della pubblica amministrazione e, dall'altra, che tale potere sia limitato dalla riserva di amministrazione prevista nel precedente art. 95, Cost.

L'imparzialità è, dunque, un principio generale, che esprime il potere, da parte della pubblica amministrazione, di ponderare e valutare interessi rilevanti nell'ambito del procedimento e di adottare le scelte conseguenti, evitando di effettuare preferenze. Si impone, cioè, all'amministrazione di non operare in modo parziale ed arbitrario, evitando trattamenti ingiustificatamente difformi per casi analoghi, e adoperandosi per il rispetto dei criteri, previamente fissati dal legislatore o utilizzati per la risoluzione di casi precedenti.

I primi interpreti della Costituzione, tuttavia, ritennero che il canone di imparzialità sia una regola generale priva di contenuto giuridico (39).

Note:

(36) Si veda Valentini, in *Figure*, cit., pp. 59 ss., il quale precisa l'utilità di tale forma di organizzazione di origine antica, anche negli ordinamenti moderni. Tale Autore, infatti, afferma che "negandosi il monopolio statale delle pubbliche potestà, ne risulta una realtà giuridica pluralista in cui funzioni amministrative possono essere proprie di soggetti o apparati non pubblici, purché il relativo conferimento avvenga direttamente dalla norma organizzatoria."

Per l'Autore è configurabile il *munus* "ogniquivolta la norma operi il conferimento di una potestà ad un soggetto estraneo all'apparato dei pubblici poteri" e si tratti appunto di pubbliche potestà con la conseguente doverosità del loro esercizio; tale carattere di pubblica potestà deve positivamente risultare dalle norme di conferimento o comunque dall'ordinamento. Invece, l'esercizio delle funzioni in via sostitutiva è una forma di titolarità alternativa dell'ufficio che esclude l'esistenza del *munus*, perché in tali casi v'è pur sempre l'elemento oggettivo preponderante rappresentato dalla predisposizione delle funzioni e dal loro accorpamento attorno ad una realtà istituzionale, rappresentata dall'ufficio che esercita in via primaria quelle funzioni.

(37) Alcuni autori hanno tentato di superare tale ricostruzione della funzione del notaio come *munus*, sostenendo che la rilevanza pubblicistica della funzione di garanzia demandata al notaio sarebbe inconciliabile con la circostanza che essa è attribuita interamente ad un privato, cioè ad un soggetto estraneo alla pubblica amministrazione. Secondo tali autori i caratteri dell'organizzazione notarile potrebbero, invece, far ritenere che essa è un vero e proprio ufficio pubblico o meglio è un ufficio non personificato dello Stato - comunità. Si veda, Nigro, *Il notaio nel diritto pubblico*, in *Riv. not.*, 1979, p. 1161; Barile, *Riflessioni di un costituzionalista sulla professione di notaio*, in *Vita not.*, 1984, pp. 38 ss.

(38) Si vedano, in particolare, Sandulli, *Manuale di Diritto amministrativo*, vol. I, X ediz., Napoli, 1962, p. 9 ss.; F. Carnelutti, *La figura giuridica del notaio*, in *Riv. not.*, 1951, V, pp. 1 ss.

(39) Nel secondo dopoguerra, durante i lavori della Commissione Forti, concernenti la riorganizzazione dello Stato, si era individuato, quale problema da affrontare a livello costituzionale, quello di evitare l'ingerenza della politica sull'azione della p.a., problema che poteva risolversi solo affermando l'imparzialità della p.a.

(segue)

Fu solo durante gli anni cinquanta e sessanta che tale principio acquistò nell'elaborazione dottrinarie concretezza e venne considerato idoneo ad esplicare i suoi effetti cogenti per ciò che attiene all'organizzazione e all'esercizio dell'attività amministrativa e, quindi, all'esercizio in concreto delle funzioni che la legge ha attribuito alla singola amministrazione per il raggiungimento di un interesse pubblico.

Prevalse, così, una lettura dell'art. 97, primo comma, Cost., secondo la quale l'imparzialità avrebbe dovuto essere considerata come diretta conseguenza di una forma di organizzazione in cui la pubblica amministrazione pondera tutti gli interessi giuridicamente rilevanti e adotta le scelte conseguenti in modo ragionevole e trasparente, garantendo la partecipazione e la valutazione di tutti gli interessi coinvolti.

L'imparzialità è stata posta così dal legislatore a garanzia del raggiungimento del massimo grado di obiettività e di neutralità dell'attività amministrativa. Da ciò si deduce che l'imparzialità vuole indicare l'agire secondo diritto, sempre nel rispetto della pari dignità dei singoli: la pubblica amministrazione - e i soggetti che svolgono funzioni di rilevanza pubblicistica, quali il notaio - devono, pertanto, comportarsi nel modo più idoneo al raggiungimento dell'interesse collettivo, senza operare alcuna distinzione ingiustificata tra i singoli e tra le diverse situazioni (40).

La legalità e l'uguaglianza devono connotare ogni comportamento, tanto di fronte all'esercizio di un potere discrezionale, quanto nel caso in cui il soggetto è chiamato ad incidere e a risolvere una situazione in cui vi sia un conflitto di interessi; in tal ultimo contesto, l'imparzialità diventa soprattutto un canone di valutazione di merito, non suscettibile come tale di definizione a priori.

Il potere discrezionale è strettamente collegato, essendo stato attribuito per il soddisfacimento di un interesse pubblico, all'esercizio di una funzione, deputate alla composizione di interessi. Dovendo quest'ultima essere esercitata nel migliore dei modi, in quanto è stata attribuita da una norma per il soddisfacimento di esigenze della collettività, anche l'esercizio del potere discrezionale deve essere imparziale, nel senso che l'ufficio chiamato ad esercitarlo, deve provvedervi dopo aver valutato le ragioni di tutti coloro che hanno un interesse (41).

L'analisi del concetto d'imparzialità conduce ad apprezzare la rilevanza dell'interesse pubblico, in quanto dal riconoscimento della rilevanza di quest'ultimo deriva una valutazione, da parte della pubblica amministrazione, corretta e ragionevole (42).

La prevalenza di un interesse su un altro deve, infatti, poter essere ravvisata in termini di ragionevolezza e, in tale ottica, il principio di imparzialità assume un valore non tanto come principio finale a cui debba tendere l'agire di tutti i soggetti deputati dall'ordinamento alla cura di un interesse pubblico, ma come strumento per

Note:

(segue nota 39)

In tal senso, fra i primi commentatori alla Costituzione e al testo dell'art. 97, I comma, si veda, per tutti, G. Balladore Pallieri, *La nuova Costituzione italiana*, Milano, 1948, pp. 164 ss.

Per maggiori approfondimenti sul punto si rinvia a Allegretti, *Imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, pp. 3 ss.

(40) L'imparzialità deve realizzare, per quanto possibile, il bene di tutti i soggetti che vengono toccati dall'azione amministrativa; e deve essere collegata poi alla giustizia dell'amministrazione, unitamente alla discrezionalità.

L'imparzialità è così emersa sul piano normativo, assumendovi, anzi, valore di capitale dichiarazione costituzionale in ordine alla struttura e ai caratteri di questa funzione. In questi termini, Allegretti, *Imparzialità*, cit., p. 15.

Sempre tale autore identifica come obiettivo da raggiungere quello dell'imparzialità ed insiste sulla necessità di una tutela giurisdizionale; infatti, l'Autore sostiene che in pratica nonostante le migliori garanzie sostanziali di imparzialità, l'amministrazione può risultare in concreto parziale o le parti possono sottrarsi al loro dovere di solidarietà e quindi "l'imparzialità amministrativa non può essere il prodotto di tutto l'ordinamento e come non si può realizzare senza la legge così ha bisogno del presidio della giurisdizione." L'imparzialità per l'Autore è un concetto giuridico che definisce l'essenza stessa dell'amministrazione. Altri autori (v. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, p. 79; Berti, *la pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1966) dopo avere definito l'organizzazione come il complesso di uffici predisposti dall'ordinamento per il soddisfacimento degli interessi della comunità, considerano l'imparzialità come un obiettivo per il perseguimento degli scopi prestabiliti mediante strumenti obiettivi, poiché l'attuazione delle norme disciplinanti finalisticamente l'attività amministrativa non è rimessa alla volontà soggettiva ma all'organizzazione strumentale. Si aggiunge anche che alla luce dell'ordinamento odierno e delle garanzie generali prestate a tutti i cittadini indipendentemente dall'ambito in cui operino la modificazione del rapporto tra amministrazione ed ordinamento complessivo è stata radicale: la garanzia del cittadino non è più consegnata a dei limiti formali, perché il cittadino partecipa dello Stato e partecipa anche quindi della pubblica amministrazione dello Stato.

Si veda, Cerri, *Imparzialità e indirizzo politico nella Pubblica amministrazione*, Padova, 1973, pp. 120, secondo il quale il principio contiene una norma di comportamento la quale trova applicazione nel procedimento amministrativo. Tale Autore, infatti, nella prospettiva di voler collegare il principio di imparzialità a quello di eguaglianza, ritiene che "l'imparzialità si pone come necessità di ponderare tutti gli interessi legislativamente tutelati che possono essere direttamente toccati dall'agire amministrativo e solo essi, e di operare le conseguenti scelte in base ai criteri previsti dalla legge oppure unitari, ossia conformi ad indirizzi generali adottati dagli organi competenti alla stregua del sistema democratico."

Si veda, F. Satta, voce *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.* vol. XV, Roma, 1989, pp. 1 ss. Secondo tale Autore l'imparzialità è un valore strumentale per compiere la graduazione degli interessi; infatti di fronte all'esercizio di un potere discrezionale ed al conflitto di interessi che il potere è chiamato a risolvere "l'imparzialità diventa canone della valutazione di merito insuscettibile di valutazione a priori (...)." Essa assume qui non già il valore di una regola formale del comportamento sebbene un valore strumentale nel senso che diviene mezzo per compiere ed accettare la graduazione degli interessi.

(41) Si veda Perlingieri, *Commento alla costituzione italiana*, Napoli, 1997, pp. 670. Allegretti, *Imparzialità*, cit., pp. 13 ss., secondo il quale questo tipo di interesse "è travolto nella sua natura di interesse proprio dello Stato o anche della collettività, ma comunque concepito come entità imparziale e oggettiva, esterna rispetto ai diritti dei cittadini."

(42) Attraverso la definizione dell'interesse pubblico si può arrivare alla definizione stessa del concetto d'imparzialità. Non essendo questa la sede per approfondire tale tema, si rinvia a F. Satta voce *Imparzialità*, cit., pp. 1 ss.

A tale concetto si affianca quello del buon andamento che, come vedremo in seguito, deve essere inteso come efficienza, economicità e semplicità dell'azione amministrativa.

orientare la scelta nel caso concreto, garantendo che l'interesse facente capo al singolo, dopo essere stato oggetto di valutazione da parte del soggetto deputato alla sua cura, in seguito ad un esame comparativo di tutti gli interessi coinvolti, sia ritenuto ragionevolmente tale da soddisfare o da sacrificare in relazione a un interesse superiore.

Infine, l'art. 97, Cost., implica che anche dal punto di vista dell'organizzazione debba essere osservato tale principio e, pertanto, richiede, da parte delle amministrazioni, la predisposizione imparziale delle condizioni organizzative necessarie per l'esercizio della loro attività, cosicché l'agire sia improntato alla più assoluta indifferenza soggettiva e si svolga in modo indipendente da ogni influenza esterna.

Come corollario di tale principio, devono essere osservate le regole sull'incompatibilità, sull'astensione, sulla ricasazione e sull'ineleggibilità (43).

L'imparzialità si attua così anche mediante il rispetto di talune precondizioni per l'esercizio del potere.

L'art. 97, primo comma, Cost., enuncia, quali cardini dell'agire della pubblica amministrazione, accanto a quello di imparzialità, anche il principio del buon andamento, come limite alla discrezionalità del legislatore, limite, quindi, riconducibile al superiore principio d'uguaglianza (44).

Dopo l'approvazione della Costituzione, come si è visto, i due principi enunciati dall'art. 97, Cost., non furono applicati, tanto che in dottrina si arrivò a considerarli come "regole generali circa i pubblici uffici, prive di ogni preciso contenuto giuridico (45)." Secondo una prima interpretazione, il principio d'imparzialità significava apertività dell'amministrazione; in seguito, invece, è stata accolta un'interpretazione più complessa ed è stato evidenziato come la regola dell'imparzialità comporta che l'amministrazione deve, nell'emanare i suoi atti, ponderare tutti gli interessi legislativamente tutelati, ispirando le scelte ai criteri stabiliti in sede di determinazione dell'indirizzo politico secondo le regole di democrazia stabilite dalle norme. Si è così passati da un'interpretazione in senso negativo (ossia ciò che non si deve fare) ad una di segno positivo.

Alle difficoltà della dottrina si è accompagnata una scarsa attenzione della giurisprudenza in sede applicativa dei principi enunciati dalla norma in esame.

Negli anni sessanta si assiste ad una loro rivalutazione e, mentre l'imparzialità è stata configurata come limite alla dinamica organizzativa, in quanto posta al servizio del principio di legalità e di democrazia al fine di ponderare tutti gli interessi legislativamente tutelati, che possono essere direttamente toccati dall'agire amministrativo, il buon andamento, invece, è stato a lungo considerato come attinente allo svolgimento delle attività materiali e ai relativi risultati ed è stato collegato al principio dell'efficienza.

Entrambi tali principi, comunque, attengono all'organizzazione della pubblica amministrazione e si impongono

come criteri sia per la legge che per l'amministrazione (nella sua accezione più ampia). In tale ottica appare esatto, pertanto, ritenere che l'imparzialità e il buon andamento non andrebbero affatto considerati come principi distinti, ma come un'endiadi che pone un concetto unitario di legalità (46), costituendo la *ratio* stessa dell'autovincolo imposto dal legislatore all'agire dei pubblici uffici.

L'imparzialità deve, dunque, essere concepita insieme al buon andamento. Infatti, essa non può che essere il prodotto di tutto l'ordinamento, concorrendo a giustificare il potere di autoorganizzazione dell'amministrazione, fondato sul binomio buon andamento - efficienza.

Così l'organizzazione deve adeguare il suo agire alle regole di buona amministrazione per raggiungere la maggiore efficienza, assicurando la realizzazione dell'interesse generale senza subire influenze di parte. Il buon andamento, al fine di garantire l'efficacia dell'azione, deve riferirsi all'efficienza, intesa come migliore impiego delle risorse.

Sull'applicazione dell'art 97, Cost. si è poi pronunciata più volte anche la stessa Corte Costituzionale, la quale, dopo una prima fase in cui era restia ad affermare il proprio sindacato sull'idoneità delle norme di legge ad assicurare l'imparzialità e il buon andamento (47), ha poi mutato indirizzo, ammettendo tale controllo nei limiti della non arbitrarietà o della non irragionevolezza (48).

Note:

(43) Il regime dell'ineleggibilità, così come l'obbligo di astensione, devono dunque ricollegarsi al principio di cui all'art. 97, I comma, Cost.

(44) Si veda Virga, *La limitazione della discrezionalità per l'attuazione dell'imparzialità amministrativa*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, vol. V, Padova, 1970.

(45) In tal senso, si veda G. Ballardore Pallieri, *La nuova costituzione*, cit., p.164, secondo il quale tali principi, pur ammettendone la rilevanza giuridica, furono interpretati in senso restrittivo, in quanto l'imparzialità fu intesa come parità di trattamento fra i privati e il buon andamento, invece, come principio direttivo della buona amministrazione.

(46) Si veda, Pastori, *La burocrazia*, Padova, 1967, p. 91.

Inoltre su questa endiadi, cfr., ad esempio, Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, pp. 319 ss.; Treves, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, 1971, p. 27; Pastori, *La burocrazia*, cit., p. 91; Pinelli, *Art. 97*, in AA.VV., *La Pubblica amministrazione*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna - Roma, 1994, pp. 173 ss. La Corte costituzionale, dopo una prima fase nella quale era restia ad ammettere il sindacato sull'idoneità delle norme di legge ad assicurare il buon andamento e l'imparzialità (cfr., Corte cost., 9 marzo 1959, n. 9, in *Giur. cost.*, 1959, pp. 237 ss.) ha, poi, mutato indirizzo, ammettendo tale controllo nei limiti della «non arbitrarietà» o della «non irragionevolezza.» (cfr., Corte cost., 4 febbraio 1967, n. 8, in *Giur. cost.*, 1967, pp. 69 ss.; Corte cost., 4 dicembre 1968, n. 123, in *Giur. cost.*, 1968, suppl. I, pp. 723 ss.; Corte cost., 10 maggio 1982, n. 86, in *Giur. cost.*, 1982, pp. 863 ss.; Corte cost., 29 settembre 1983, n. 277, in *Cons. Stato*, 1983, pp. 908 ss.; Corte cost., 16 luglio 1987, in *Cons. Stato*, 1987, pp. 1143 ss.; Corte cost., 23 febbraio 1989, n. 56, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, cc. 1272 ss.

(47) Corte Cost., 9 marzo 1959, n. 9 in *Giur. cost.*, 1959, p. 237.

(48) In tal senso, si vedano, Corte Cost., 4 dicembre 1968, in *Giur. cost.*, 1968, suppl. I, pp. 723 ss.; Corte cost., 29 settembre 1983, n. 277, in *Cons. Stato*, 1983, p. 908; Corte cost., 23 febbraio 1989, n. 56, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, cc. 1272 ss.

Ai due canoni la Corte Costituzionale si è riferita in diverse occasioni, ammettendo o escludendo il contrasto di singole disposizioni con i canoni medesimi (49).

I principi enunciati, come si è più volte avvertito, non esauriscono la loro efficacia solo per ciò che attiene all'organizzazione e all'agire della pubblica amministrazione, ma assurgono a principi guida dell'ordinamento statale (50).

L'art. 97, primo comma, Cost., individua nella legge la fonte primaria dell'organizzazione pubblica. Il potere organizzativo è, dunque, affidato al legislatore per ciò che attiene ai profili sostanziali e all'amministrazione per ciò che riguarda gli aspetti settoriali e di dettaglio (51). Il principio della riserva di legge (52), che persegue come obiettivo quello di assicurare la garanzia della libertà e di limitare il potere normativo del Governo e la discrezionalità della pubblica amministrazione, deve essere differenziato dal principio di legalità, il quale, anche se non contenuto espressamente in nessuna norma costituzionale, rappresenta un criterio cardine del nostro ordinamento (53).

Più precisamente, il principio di legalità, teso a garantire i cittadini contro gli abusi e il cattivo esercizio del potere da parte dell'amministrazione, si pone come criterio di riparto delle competenze tra Parlamento e Governo (54), ossia come fondamento legittimante dell'esercizio dell'attività amministrativa (la riserva di legge, invece, limita l'esercizio del potere della pubblica amministrazione.)

Il principio di legalità stabilisce che tra Parlamento e Governo debba intercorrere un rapporto circolare. I cittadini eleggono i parlamentari, i quali adottano le leggi che contengono i limiti al potere dell'amministrazione allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini stessi. La legge, opera, dunque come limite interno per la pubblica amministrazione e come limite esterno per i privati, e presiede dunque ad ogni momento dello svolgimento dell'attività della pubblica amministrazione (55).

Con il principio di legalità, infatti, s'è soliti indicare la sottomissione alla legge da parte della pubblica amministrazione. Ed il contenuto di tale principio assume significato diverso a seconda dei diversi periodi storici (56).

Con la riserva di legge, invece, una norma di rango costituzionale attribuisce una determinata materia alla sola legge formale, sottraendola quindi alla disciplina di altre fonti a questa subordinata.

Avendo tale principio, come già detto, una funzione di garanzia dei diritti individuali, esso è stato accostato al principio di legalità, ma non se ne deve tacere la differenza portata poiché in un sistema a Costituzione rigida, come il nostro, il principio di legalità comporta che l'azione amministrativa trovi il proprio fondamento positivo, oltre che il limite negativo, in una norma di legge, mentre il principio della riserva di legge richiede una norma che regolamenti, in tutto o in parte, le materie che ne sono oggetto (57).

La legge non potrebbe mai sostituirsi agli organi delle amministrazioni per adottare i relativi provvedimenti che rientrano nella loro sfera di attribuzione e "soltanto così è realizzata l'imparzialità dell'amministrazione (come funzione ed attività), la quale implica che gli organi che la costituiscono siano distinti dagli organi legislativi; insieme è resa davvero operante la garanzia della tutela giurisdizionale del cittadino, la quale, a sua volta,

Note:

(49) Corte cost., 23 marzo 1966, n. 25, in *Giur. cost., suppl.*, 1966, II, p. 138; Corte cost., 4 febbraio 1967, n. 8, in *Giur. cost.*, 1967, I, p. 691.

(50) Si veda, Allegretti, *Imparzialità*, cit., p. 169; Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, p. 79.

Si veda, in particolare, Massera, "Autonomia" e "indipendenza", cit., p. 479, che ha ricollegato all'imparzialità anche i profili strutturali e funzionali delle autorità amministrative indipendenti. nello svolgimento delle loro attività non perseguono un proprio interesse ma assumono un ruolo *super partes*.

(51) Il concetto di imparzialità ha assunto una concreta rilevanza soprattutto in tema di vizi dell'atto amministrativo e come sintomo della figura dell'eccesso di potere. In tal senso, si veda l'analisi di F. Satta, voce *Imparzialità*, pp. 3 ss.

(52) L'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale ha distinto la riserva di legge assoluta da quella relativa. In quest'ultima ipotesi si richiede l'intervento della legge solo per dettare la disciplina di principio sugli aspetti essenziali della materia.

(53) Si noti che in tema di organizzazione della p.a. la riserva di legge non opera nel senso di prevedere l'intervento esclusivo della legge in materia, e, quindi la riserva di cui all'art. 97 deve essere interpretata come riserva di legge relativa la quale non esclude l'intervento di altre fonti.

(54) In particolare il principio di legalità opera sul piano dell'attività amministrativa dei pubblici poteri, quello della riserva di legge sul piano dell'esercizio delle attività normative della p. a.

(55) Si veda, Zanobini, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, pp. 203 ss.

L'art. 97, Cost. incide sui rapporti tra Governo e Parlamento in quanto il previgente art. 1, n. 3), l. 31 gennaio 1926, n. 100, prevedeva un potere regolamentare del Governo nel disciplinare l'organizzazione ed il funzionamento delle Amministrazioni dello Stato. In tale contesto normativo il potere di organizzazione era in larga parte riservato alla fonte regolamentare. Con la Costituzione si attribuisce invece alla legge la formulazione delle norme fondamentali della struttura generale dell'amministrazione.

(56) Nella fase del dualismo tra Parlamento e Governo (inteso come amministrazione di vertice), il principio di legalità stava ad indicare il limite posto dal Parlamento all'attività del Governo; nella fase successiva di parlamentarizzazione, come si suol dire, dello Stato dall'applicazione di tale principio derivò il primato della legge sugli atti amministrativi e venne meno il rapporto dualistico tra Governo e Parlamento, in quanto tali poteri non furono più considerati come separati e contrapposti ma, in ragione dell'investitura popolare del Parlamento, si ebbe una sottoposizione a quest'ultimo del Governo.

(57) Secondo Crisafulli, *Lezioni di Diritto costituzionale*, Padova, 1993, pp. 61, si potrebbe anche sostenere, riguardo alla differenza tra il principio di legalità e quello della riserva di legge, che "l'uno sia un limite al potere esecutivo e largamente ai pubblici poteri diversi dal potere legislativo, l'altro sia un vincolo di contenuto alla stessa legge formale. Poi le norme dello Stato attribuiscono alle singole amministrazioni i compiti e le funzioni da esercitare, individuano l'ambito e il fine a cui deve tendere l'attività delle singole amministrazioni ed è sempre la legge che assegna alle singole amministrazioni un'articolazione organizzativa ed infine è sempre la legge che attribuisce a queste tutti i poteri necessari allo svolgimento dei compiti che le sono state assegnati."

per essere piena presuppone che gli atti medesimi siano adottati da autorità pubbliche e quindi sindacabili dai giudici ordinari e amministrativi (58).”

La legge nazionale definisce il notaio pubblico ufficiale. Da ciò deriva che, pur non essendo il notaio un organo dell'apparato, tuttavia, egli esplica una funzione pubblica. Possono trovare, pertanto, piena applicazione i principi propri dell'organizzazione dell'amministrazione, fin qui esposti (59).

Il notaio è, il garante della legalità dell'atto concluso tra i privati e, oltre a realizzare le finalità perseguite dalle parti, deve “inibire la regolazione di interessi suscettibili di incrinare la certezza della legalità (60).”

Il notaio, pertanto, può esercitare tale complessa funzione solo ed in quanto la sua opera sia imparzialmente prestata a tutela di tutte le parti per evitare l'arbitrio di una sull'altra (61).

L'imparzialità è strettamente connessa all'indipendenza, intesa come assenza di subordinazione gerarchica, ma anche come assenza di ogni forma di compromissione, nel senso che il notaio non deve dipendere, economicamente, gerarchicamente, o in altro modo da terzi, perché per essere imparziale deve essere soggetto solo alla legge.

L'attività del notaio deve essere indipendente anche dallo Stato, atteso che egli non è legato da alcun rapporto di subordinazione con la pubblica amministrazione, pur dovendo, in virtù del giuramento prestato al momento dell'assunzione dell'incarico, rispettare i doveri di fedeltà e lealtà verso gli utenti.

La figura del notaio, infatti, è posta a tutela dei diritti del cittadino, ed in particolare, del diritto del contraente più debole e del diritto dei terzi a non essere pregiudicati dall'attività delle parti.

Accanto alla tutela dei diritti dei singoli, al notaio è demandata anche la cura di interessi superiori, connessi al rispetto della legalità e della certezza del diritto, alla sicurezza ed efficacia della contrattazione, all'uguaglianza delle parti.

Per assolvere tali attività, l'imparzialità si pone come condizione dell'esercizio della funzione notarile, indicando un modo di essere del notaio non nei confronti dei soli contraenti ma di qualunque soggetto dell'ordinamento.

Egli deve porsi, quindi, in una posizione di equidistanza rispetto agli interessi delle parti, evitando prevaricazioni dell'interesse di una su quello dell'altra, e nell'esecuzione dell'incarico professionale deve informare ciascuna parte in modo corretto, a prescindere dalla provenienza dell'incarico; deve, inoltre, modulare la realizzazione dell'intento voluto dalle parti con l'interesse pubblico.

Pertanto, il caso di conflitto tra interesse statale, cioè pubblico, e quello privato non deve essere risolto sempre con la prevalenza del primo. In presenza di un obbligo o divieto imposto dalla legge per la soddisfazione di un interesse pubblico, il notaio non dovrà imporre

tale interesse su quello voluto dalle parti, ma dovrà adeguare la realizzazione di quest'ultimo al raggiungimento di quello primario, sacrificando l'interesse dei privati solo in mancanza di soluzioni alternative che non consentano di realizzare comunque il fine voluto senza incorrere nella violazione di norme cogenti.

Imparzialità, indipendenza, terzietà sono quindi, giustamente da sempre considerati in modo unanime dalla dottrina valori immanenti della professione notarile (62).

Nella legge fondamentale del notariato si rinvergono numerose disposizioni a presidio di questo principio: in primo luogo, l'art. 28, primo comma, nn. 2) e 3) (63), che detta norme sulle incompatibilità, prescrivendo un dovere di astensione la cui violazione è sanzionata con la nullità dall'art. 58, primo comma, n. 3); l'art. 47, che demanda esclusivamente al notaio (si veda pure l'art. 67, primo comma, del regolamento di attuazione) la redazione dell'atto, la cui violazione è sanzionata con la nullità dall'art. 58, primo comma, n. 4), l. not.

La garanzia di imparzialità è poi rafforzata dalla immediatezza del rapporto tra notaio e le parti, che si realizza attraverso la necessaria personalità della prestazione,

Note:

(58) Crisafulli, *Lezioni*, cit., pp. 80, ss.

(59) Si veda, Poet, *L'esclusività*, cit., pp. 266 ss., il quale, riguardo alla natura dell'attività notarile, afferma che “si tratta in ogni caso di un'attività amministrativa *sui generis* la quale istituzionalmente e necessariamente, non può essere affidata ad altri che a privati. Il notaio è un ufficio pubblico, ma esso non potrà mai essere un organo dell'amministrazione dello Stato. Infatti, la terzietà del notaio, la sua necessaria imparzialità posta opportunamente in evidenza da tanti autori, è un attributo indispensabile del notaio, onde esso non può concepirsi che come un libero professionista. In altri termini così come il giudice, il notaio, non può dipendere da alcuna delle parti ed essere inquadrato alle dipendenze del potere esecutivo, a pena di perdere la sua peculiare caratteristica di organo imparziale.”

(60) Casavola, *Il notaio istituzione garante dei diritti del cittadino e dell'interesse pubblico*, in Consiglio nazionale del notariato, XXXIV Congresso nazionale del notariato 1997, pp. 3 ss., per spiegare la peculiare funzione, non arbitraria, ma tipizzata, di garanzia propria del notaio, ricorre all'analogia con le Autorità indipendenti.

(61) In tale ottica vanno letti, come analizzeremo maggiormente nel paragrafo seguente, i divieti di cui all'art. 28, I comma, nn. 2) e 3), l. not.

(62) Cfr., ad esempio, Poet, *L'esclusività*, cit., pp. 273 ss.; Baratta, *La funzione notarile*, in *Riv. not.*, 1955, p. 198; Lovato, *Il notaio pubblico ufficiale e libero professionista nei notariati a tipo latina*, in *Riv. not.*, 1955, p. 155; A. Morello, *Le limitazioni all'esclusività della funzione notarile in Italia*, in *Riv. not.*, 1974, pp. 931 ss.; Grasso, *La funzione del notaio e la tutela stragiudiziale dei diritti*, in *Riv. not.*, 1971, p. 22, secondo il quale una norma che sancisca l'imparzialità del notaio sarebbe inutile perché il principio è già insito nel sistema; Perchinunno, *Il notariato*, cit., pp. 548 ss. Giacobbe, *La funzione notarile oggi*, in *Riv. not.*, 1977, p. 921. Nello stesso senso, si veda ad esempio, G. Amato, *I limiti della libertà professionale del notaio*, in *Riv. not.*, 1960, p. 73 ss.

Per un approfondimento dei riflessi di questo quadro sul piano della responsabilità professionale del notaio si rinvia al nostro lavoro, *La responsabilità civile del notaio*, in AA.VV., *Spontaneità del mercato e regole giuridiche*, Milano, 2002, pp. 455 ss.

(63) Cfr., Boero, *La legge notarile commentata*, vol. I, Torino, 1993, pp. 222 ss.

sancita dall'art. 5, secondo comma, l. not., in difetto della quale è comminata la nullità dell'atto (art. 58, primo comma, n. 6), l. not).

E si noti che la regola della personalità è al tempo stesso espressione del generale principio secondo il quale la funzione pubblica non può essere delegata dal suo titolare ad altri, al di fuori dei casi e se non nei modi prescritti dalla legge, i quali, per il notaio, sono regolati dagli artt. 26 e 43 ss., l. not.

L'art. 147 (64), l. not., contiene, poi, una disposizione che tutela in via generale il principio di imparzialità in discorso, ponendo a carico del singolo notaio un obbligo di comportamento nei confronti dei colleghi e del gruppo professionale nel suo insieme. Va a questo riguardo osservato che, sulla base di un'interpretazione che tenga nel debito conto i principi costituzionali, i valori protetti da questa norma sanzionatoria devono essere a nostro avviso ricondotti al contenuto di cui all'art. 54 (65), Cost., secondo il quale i cittadini, ai quali sono affidati funzioni pubbliche, devono adempiervi con disciplina ed onore (66).

La disposizione di cui al citato art. 147, si raccorda, poi, con la previsione di cui all'art. 16, l. n. 220 del 1991, che, ampliando l'ambito dell'autonomia normativa dell'ordine professionale notarile in coerenza con il diffuso policentrismo, al quale si è già fatto riferimento, ha demandato al Consiglio nazionale del notariato il potere di elaborare principi di deontologia professionale anche per quanto concerne le modalità di svolgimento della funzione pubblica (67).

I contenuti del codice deontologico adottato dal Consiglio nazionale sono improntati, infatti, ai principi di indipendenza e imparzialità e si caratterizzano specialmente per la presenza di numerose norme tecniche ed attuative, che investono tutte le fasi dell'attività del notaio (68), a presidio della funzione pubblica ad esso demandata.

Né può tacersi il rilievo che assumono nell'ambito di questo codice le norme che pongono a carico del notaio l'obbligo di un costante aggiornamento professionale (69).

Quanto alla disciplina della concorrenza tra colleghi, in particolare, alla quale è dedicata una parte del codice, essa non appare avulsa dai principi in discorso, ma intimamente connessa ad essi, in quanto, nell'esercizio della funzione pubblica, la libera concorrenza tra notai necessariamente deve essere subordinata agli interessi pubblici, a tutela dei quali l'ufficio è preposto. Come risulta da diverse situazioni tipizzate nel codice, infatti, la concorrenza può subire alterazioni nel suo regolare svolgimento da impedimenti di fatto nella libera scelta del notaio da parte dell'utenza (fenomeno definito nel codice con l'espressione «accaparramento»). Orbene, quando ciò avviene, la posizione di indipendenza del notaio risulta quasi sempre già compromessa con inevitabili riflessi sul regolare esercizio della funzione (70).

Ed è significativo che l'Autorità garante nazionale della

concorrenza e del mercato, a chiusura della propria indagine sulle professioni cosiddette protette (71), ha ri-

Note:

(64) Tale articolo, infatti, prevede la possibilità di sanzionare la condotta del notaio sia nella vita pubblica che privata qualora egli comprometta la sua dignità e reputazione e quindi il "decoro e il prestigio della classe notarile" o ancora egli "con la riduzione di onorari e diritti accessori faccia ai colleghi illecita concorrenza."

Si veda anche il R.D.L., 14 luglio 1937, n. 1666, art. 14, nel testo modificato dalla l., 30 dicembre 1937, n. 2358.

(65) Cfr., al riguardo, ampiamente, il nostro lavoro, *La deontologia*, cit., p. 100 e nota 23. Si veda anche Rivasanseverino, *Sulla funzione del notaio*, in *Riv. not.*, 1954, p. 23.

(66) Cfr., Ventura, *Art. 54*, in Batistoni Ferrara Ventura, *Rapporti politici*, tomo II, in *Comm. Cost. diretto da Branca*, Bologna - Roma, 1994, pp. 84 ss., pp. 108 ss.; Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, pp. 175 ss., pp. 196 ss.; Ventura, *La fedeltà alla Repubblica*, Milano, 1984, pp. 184 ss. Si richiama al dettato costituzionale Di Fabio, voce *Notai (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1978, p. 613.

(67) Per un'ampia dimostrazione di questa affermazione, che trova notevole riscontro in dottrina, e per un esame degli indirizzi della giurisprudenza, che pure si sta orientando a favore della tesi accolta nel testo, si vedano i nostri lavori già citati. La previsione di siffatto potere in capo al Consiglio nazionale non contrasta, a nostro avviso, con l'art. 97, Cost., in quanto la riserva di legge prevista in questa disposizione, secondo la dottrina dominante, è relativa e non esclude una normazione secondaria di fonte non statale. Cfr., per tutti, Nigro, *Studi*, cit., pp. 79, il quale, tra l'altro, estende l'area applicativa dell'art. 97, Cost. a tutta l'organizzazione pubblica e non solo all'apparato statale.

(68) Circa l'esatto significato di questa definizione si rinvia al nostro lavoro, *La deontologia*, cit., p. 112 e nota 63.

(69) Secondo le conclusioni alle quali è pervenuta l'indagine dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, anzi, uno dei compiti principali degli ordini professionali deve essere proprio quello di vigilare sull'aggiornamento professionale e di promuoverlo, certificando così la qualità dei servizi che possono essere resi dagli iscritti.

(70) Cfr., in argomento, Trapani, *La libertà di scelta del notaio e tutela del consumatore - acquirente*, in *Riv. not.*, 1998, pp. 1157 ss.

(71) L'indagine fu aperta con decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, il 1° dicembre 1994 n. 2523 (IC 15), pubblicata in *questa Rivista*, 1995, pp. 209 ss. Questa decisione suscitò perplessità, specialmente in merito all'esattezza dell'assimilazione delle libere professioni alle imprese sotto il profilo dell'osservanza delle regole della concorrenza, sulla base della sentenza Corte di giustizia C.E.E., 23 aprile 1991, n. 41 (caso Macroton), in *Riv. dir. pub. comun.*, 1992, pp. 1322 ss. (su tale assimilazione si vedano le considerazioni critiche di G. Mariconda, *Libere professioni e antitrust: un binomio da scindere*, in *questa Rivista*, 1996, pp. 407 s.). Circa il merito delle conclusioni raggiunte dall'Autorità garante, che non possono essere approfondite in questa sede, va rilevato che quest'ultima, pur paventando che i codici deontologici, al pari delle tariffe e dei vincoli all'accesso alle attività professionali, possono divenire strumentali ad una predeterminata articolazione dell'offerta, ne riconosce la potenzialità a contribuire alla creazione di un quadro di garanzie per l'utenza. Orbene, proprio nel caso della codificazione deontologica notarile, in particolare, ci sembra che essa possa incidere, a tutela degli interessi generali, sulla qualità della prestazione resa all'utenza. Se pure, infatti, da un lato, fosse dimostrato che l'ordinamento notarile realizza una predeterminata articolazione dell'offerta, si dovrebbe, dall'altro, allora verificare, con un bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti, che sono coinvolti nella fattispecie in esame, se la tutela della fede pubblica e dell'autonomia negoziale non sia comunque prevalente rispetto all'esigenza di una assoluta libertà di concorrenza. Quest'ultima, infatti, in assenza di norme comportamentali, potrebbe sfociare in un incontrollato esercizio dei poteri demandati al notaio. Cfr., sul punto, G. Laurini, *Tariffe professionali e libera concorrenza*, in *questa Rivista*, 1995, pp. 105 ss.; Mulieri, *Attualità del codice deontologico*, in *Riv. not.*, 1997, pp. 1145 ss.

conosciuto la natura pubblica della funzione notarile e, nel rilevare che «le prestazioni rese dal notaio ai propri clienti possono avere effetti esterni per l'intera collettività» e che «il controllo della conformità degli atti all'ordinamento corrisponde ad un'attività di giustizia preventiva, che consente di limitare il contenzioso», ha tratto la conseguenza che «sussistono condizioni di significativa asimmetria che rendono possibile l'erogazione di servizi qualitativamente insoddisfacenti con effetti anche molto negativi sul benessere del cliente.» Considerazioni, queste, dalle quali risulta indubbiamente valorizzato il ruolo della normazione deontologica, la quale non deve affatto garantire posizioni di privilegio corporativistico, ma porsi a presidio del corretto esercizio della funzione di garanzia dei traffici giuridici, la quale, come già si è visto, non è posta solo a protezione dell'interesse individuale alla certezza dei rapporti giuridici e alla prevenzione delle liti, ma anche di altri rilevanti interessi pubblici che possono collidere con l'autonomia privata.

In questa prospettiva, che, a nostro avviso, conduce ad assegnare al notaio un ruolo di garante del mercato, la normazione deontologica trova indubbio fondamento, per quanto concerne la sua classe professionale nel già richiamato art. 97, Cost., che afferma il principio secondo il quale l'esercizio delle funzioni pubbliche deve essere organizzato in modo da assicurare anche il buon andamento.

E ciò, si noti, non solo per quanto concerne la potestà di certificazione (72), ma anche per gli altri compiti che, come si è visto, rientrano nella sua funzione pubblica, tra i quali, in particolare, l'indagine sulla volontà delle parti e l'adeguamento della stessa ai canoni dell'ordinamento (73).

Ed è in questo quadro che si inserisce la disposizione di cui all'art. 16, della citata l. n. 220 del 1991, la quale, del resto, ha una *ratio* identica a quella che sta a fondamento, per l'ordinamento giudiziario, del D. Lgs 23 dicembre 1993, n. 546, art. 26 (74). Anche per la funzione giurisdizionale, infatti, il legislatore ha ritenuto necessario un *corpus* di norme deontologiche, in modo da disporre di una fonte di integrazione che adeguasse i doveri alla molteplice e mutevole realtà delle situazioni concrete, aggiungendo altre ipotesi a quelle tipizzate legislativamente.

E, se si vuol rintracciare nella legge fondamentale del notariato una disposizione generale, in virtù della quale il notaio, nell'esercizio della funzione, è tenuto a conformarsi al complesso dei suoi doveri deontologici, si deve, a nostro avviso, richiamare l'art. 18, primo comma, n. 2), l. not., che pone a suo carico, attraverso la formula del giuramento, tra l'altro, un generale obbligo di adempiere ai doveri inerenti l'ufficio. E si noti che questo generale dovere non è posto a carico del singolo notaio nei confronti dei soli appartenenti al gruppo professionale - come dispone, invece, il già citato art. 147, l. not., -, ma nei confronti della generalità dei sog-

getti dell'ordinamento, come si deduce dalla diversa formulazione del citato art. 18.

La disposizione in discorso non è, dunque, fine a se stessa, ma ha una portata precettiva finora trascurata. Infatti, alla generale prescrizione di conformarsi ai doveri inerenti l'ufficio necessariamente consegue il potere - dovere di rifiutare il ministero notarile non solo nelle ipotesi espressamente contemplate dall'art. 28, primo comma, nn. 2) e 3), l. not., ma anche in ogni altra ipotesi di contrarietà della prestazione richiesta alle regole poste a presidio della funzione pubblica, quali risultano sia, in una visione sistematica, dal complesso delle norme legislative e regolamentari che la regolano, sia, se pur in posizione subordinata, dai precetti deontologici.

Non potrebbe, come vedremo nei paragrafi seguenti, ad esempio, il notaio giustificare disciplinarmente il ricevimento di atti nei quali sia parte una società di cui egli sia unico socio, ancorché non amministratore - la *ratio* - del dovere di astensione in questa ipotesi non prevista dall'art. 28, primo comma, l. not., è di tutta evidenza - facendo appello all'obbligo di prestare il suo ministero, di cui all'art. 27, primo comma, l. not., ogni qual volta ne sia richiesto, fatta eccezione per i soli casi espressamente previsti dall'art. 28, l. not. A nostro avviso, infatti, anche al di fuori delle previsioni di cui all'articolo

Note:

(72) Nella richiamata indagine conoscitiva, invece, l'Autorità garante distingue nell'ambito dell'attività notarile, secondo l'impostazione tradizionale e oggi non più seguita, della quale si è già dato conto, tra la funzione di certificazione, che sarebbe - essa sola - manifestazione di potestà pubblicistica e l'attività di natura professionale, nella quale confluirebbero, invece, gli altri compiti tipici della figura in discorso.

(73) Non ci sembra che l'Autorità garante, nelle conclusioni della sua indagine abbia tenuto nel debito conto la complessità e la rilevanza degli interessi in gioco nell'approccio al problema del concorso per la nomina a notaio, il cui assoluto rigore è da tutti oggi riconosciuto, allorché si è domandata se il livello di preparazione richiesto per il suo superamento non sia eccessivo rispetto alle esigenze di una preparazione adeguata all'esercizio professionale. Il controllo selettivo per l'accesso all'attività notarile, oltre a trovare fondamento costituzionale nelle disposizioni di cui agli artt. 33, V comma, e 97, Cost., ha la sua ragion d'essere nella necessità che il notaio sia dotato di strumenti conoscitivi adeguati alla complessa varietà di schemi negoziali che l'autonomia privata nella sua libera esplicazione può adottare. Tale varietà non può ridursi certo ai cosiddetti atti spersonalizzati si allude in particolar modo alle autenticazioni delle dichiarazioni di vendita di autoveicoli, le quali, seppur numericamente rilevanti, hanno, sia sotto il profilo dell'impegno professionale complessivo richiesto al notaio nell'espletamento della sua attività sia sotto il profilo dei proventi che egli ne trae, una rilevanza assai esigua. Ovviamente il controllo all'accesso deve essere attuato, come già avviene nel notariato, mediante opportuni criteri per la composizione delle commissioni d'esame che ne assicurino (cfr., art. 13, R.D., 14 novembre 1926, n. 1953) l'imparzialità, evitando il prevalere di possibili logiche corporative, come osserva la stessa Autorità garante. Il concorso, d'altro canto, non solo è garanzia di un elevato livello di preparazione professionale, ma è funzionale all'esigenza di organizzare in modo adeguato la funzione pubblica notarile, al pari di ogni altro settore dell'attività amministrativa, garantendo una scelta imparziale della persona investita dell'ufficio ed una distribuzione adeguata sul territorio, in attuazione dell'art. 97, Cost.

(74) Si veda il nostro lavoro su *La deontologia*, cit., pp. 109 ss.

da ultimo citato ogni altra ipotesi di contrarietà ai doveri dell'ufficio deve necessariamente sfociare nel rifiuto della prestazione, sulla base della regola generale di comportamento di cui al n. 2) dell'art. 18, primo comma, l. not.

L'indipendenza del notaio, come si è già detto, non solo nei confronti delle parti, ma anche nei confronti dell'apparato amministrativo, deve essere garantita sia per ciò che attiene alla strutturazione del suo ufficio, sia per ciò che concerne il rapporto con le parti che ne richiedano il ministero, sia rispetto alla stessa pubblica amministrazione (75).

Il principio di imparzialità, quale regola per l'ordinato svolgimento della funzione notarile, assume rilevanza fondamentale al momento della formazione del regolamento contrattuale. In questa fase, corollario di tale principio è la regola della trasparenza, che deve connotare l'esecuzione dell'incarico da parte del notaio.

Infatti, nei rapporti tra il notaio, quale titolare di un ufficio dello Stato - comunità, ed i privati che richiedono il suo ministero, assumono un ruolo fondamentale i principi sulla trasparenza nell'esercizio delle funzioni pubbliche, sia ai fini della determinazione del compenso professionale sia ai fini della formulazione delle regole deontologiche, le quali devono presiedere alla formazione del contenuto dell'incarico e ad una chiara e completa informazione dell'utente circa le attività che il notaio è tenuto ad eseguire per il compimento dell'atto voluto dalle parti in vista del raggiungimento dello scopo.

Il principio della trasparenza deve, quindi, poter governare il rapporto professionale soprattutto per assicurare la tutela dell'affidamento che i singoli ripongono nelle garanzie apprestate dall'intervento notarile, ed, in tal modo, l'imparzialità ed il buon andamento dell'ufficio.

La vigilanza sull'autonomia privata demandata al notaio si colloca così nel punto di maggiore efficienza: la fase della formazione della volontà, realizzando un'allocazione dei pubblici poteri nell'ambito della società civile, che trova il suo fondamento, da un lato, in un'esigenza di buon andamento dell'azione amministrativa e, dall'altro, nella necessità di assicurare l'indipendenza nell'esercizio della funzione in discorso, affinché non risulti menomata la tutela che l'ordinamento riconosce all'autonomia privata (76).

Sulla base della ricostruzione della funzione pubblica del notaio, da noi precedentemente svolta, finalizzata a garantire che l'autonomia privata non si ponga in conflitto con altri interessi costituzionalmente protetti, ci sembra corretto affermare che la imparziale formulazione del regolamento contrattuale in termini chiari e comprensibili rientra tra i *munera* della funzione notarile, che assurge così a strumento di trasparenza per il corretto funzionamento del mercato.

Il notaio è chiamato a porre in essere un'attività di adeguamento la quale non investe solo il contenuto del re-

golamento contrattuale sotto il profilo della sua conformità all'ordinamento, ma anche il tenore linguistico della dichiarazione, che deve risultare chiara e comprensibile per entrambe le parti.

E, se si vuole rintracciare nel sistema una norma da porre a fondamento diretto del generale dovere di garantire la trasparenza del contratto, deve farsi sicuramente riferimento proprio all'art. 97, Cost., disposizione, questa, di immediata efficacia precettiva.

Il principio affermato nella norma costituzionale risulta poi specificato ulteriormente nell'art 1, primo comma, della l. 7 agosto 1990, n. 241, il quale, con una norma non riferibile soltanto all'apparato amministrativo, ma di portata più generale, dispone che l'azione dei pubblici uffici sia retta, tra l'altro, da criteri di efficacia secondo le disposizioni che disciplinano i singoli procedimenti.

L'imparzialità e il buon andamento sono allora a fondamento del dovere del notaio di garantire la trasparenza del contratto. In attuazione di tali principi il notaio deve redigere il contratto articolando le singole clausole in modo uniforme e logicamente consequenziale, in modo da evitare, in particolare, che talune di esse assurgano ad un rilievo tale da ostacolare la percezione delle altre.

Inoltre, l'atto deve essere completo. Il requisito della completezza impone, infatti, al fine di soddisfare l'esigenza della sua comprensibilità dell'atto, l'inserzione di tutte quelle clausole che, pur se attinenti agli effetti naturali del contratto, si palesano necessarie ai fini di un'esatta conoscenza delle vicende che sul piano giuridico scaturiscono da quel tipo di contratto.

E la completezza persegue l'ulteriore fine della effettiva comprensione dell'assetto di interessi voluto dalle parti. L'applicazione dei fondamentali principi di rango costituzionale, richiamati a proposito della redazione dell'atto pubblico, considerato che la funzione notarile è essenzialmente unitaria, impone al notaio di svolgere, anche in sede di autenticazione della scrittura privata, un'indagine sulla volontà delle parti finalizzata a verificare che il documento corrisponda pienamente al programma negoziale dei contraenti.

Indagine che non deve limitarsi ad un mero giudizio di congruenza tra l'intento empirico delle parti e il contenuto dell'atto, ma presuppone, così come specificato dalle norme deontologiche, l'esercizio di un potere - dovere di informazione delle parti circa le vicende che l'atto è idoneo a produrre, in tal modo colmando con il

Note:

(75) Ad esempio, a presidio di tale principio è posto il procedimento per la nomina dei notai, che avviene solo tramite concorso pubblico.

(76) Per approfondire il ruolo che il notaio assume nella formazione del regolamento contrattuale si rimanda, per ciò che attiene al canone della chiarezza e completezza dell'atto pubblico e per i collegamenti tra tali principi e la terzietà del notaio, al nostro lavoro *Trasparenza e funzione notarile*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1999, pp. 150 ss.

proprio intervento le lacune e deficienze in termini di chiarezza e comprensibilità delle clausole contrattuali con particolare riguardo al caso in cui il contratto si conclude tra un operatore professionale che ne ha predisposto il testo, ed un consumatore che potrà accettarlo o meno, ma non modificarlo.

Potrebbe obiettarsi che tale attività sia superflua almeno per quei contratti per i quali opera a vantaggio del consumatore la disciplina di cui agli artt. 1469-bis, c.c. (77), e così parimenti per i contratti che sono disciplinati dagli artt. 115, ss., D. Lgs. 1 settembre, 1993, n. 385, in materia bancaria e creditizia.

Ma, se si considera che in tali fattispecie è senz'altro ipotizzabile anche uno specifico ruolo del notaio nell'informare imparzialmente le parti sulla possibile inefficacia di una o più clausole, in dipendenza di violazioni delle disposizioni a tutela del consumatore e, a maggior ragione, circa la possibilità che tale inefficacia comporti la caducazione dell'intero contratto, appare evidente come, nel rispetto del generale principio di economicità di mezzi giuridici, l'intervento del notaio in queste specifiche materie, se pur in presenza di un regolamento negoziale predisposto unilateralmente e che non può formare oggetto di trattativa, si palesa opportuno in coerenza con l'esigenza di superamento delle asimmetrie informative.

Il ministero notarile concorre così anche a realizzare quel risultato che, con un termine del quale forse oggi si abusa, può definirsi «trasparenza del contratto (78)», la quale è il prodotto dell'agire imparziale del notaio nella fase della formazione della volontà negoziale.

Né può tacersi che anche per la prestazione notarile, in sé considerata, vi è un'esigenza di trasparenza a tutela dell'imparzialità dell'agire del notaio rispetto alla quale è auspicabile, ad esempio, che si diffonda e si ampli la prassi, da taluni già oggi seguita, con riferimento all'esecuzione delle indagini ipotecarie e catastali, di far risultare dal documento l'attività istruttoria espletata, specificando l'arco di tempo considerato, la specie degli accertamenti compiuti ed ogni altro dato pertinente (79), con particolare riguardo all'ipotesi - che deve essere in ogni caso del tutto eccezionale e fondata su valide contingenze del caso concreto (80) - di omissione, in conformità all'incarico ricevuto dalle parti, di talune indagini (81).

L'enunciazione di siffatte circostanze non dà affatto luogo, a nostro avviso, ad un'ipotesi di ricevimento di atto contenente disposizioni che interessano il notaio, opportunamente vietata in modo espresso dall'art. 28, primo comma, n. 3), l. not., come, talvolta, si è, invece, opinato (82), in quanto essa non è riferibile alla sfera giuridico - patrimoniale privata del notaio, ma, essendo finalizzata a soddisfare l'esigenza di una puntuale informazione delle parti sull'esecuzione dell'incarico, rappresenta una doverosa modalità di esplicazione della funzione pubblica.

Per analoghe ragioni neppure ci sembra collidere con la

disposizione della legge fondamentale sul notariato, da ultimo citata, la prassi di inserire nell'atto notarile clausole che facciano espresso riferimento all'affidamento al notaio di somme e valori in relazione alla fattispecie posta in essere dalle parti ed alle attività giuridiche e materiali che questi dovrà compiere in esecuzione dell'incarico, a garanzia dell'effettivo conseguimento degli effetti da esse voluti, come, del resto, già in passato affermato da autorevole dottrina (83).

Il canone della trasparenza, che vale per la generalità dei contratti stipulati tramite l'ausilio del notaio, deve raccordarsi con le specifiche norme poste dal legislatore in caso di contratti con i consumatori.

La tutela che il notaio può apprestare al riguardo non si realizza, peraltro, a nostro avviso, con il rifiuto di ricevimento dell'atto, in quanto contenente clausole cosiddette «abusive», le quali, sulla base della sistematica adottata dal legislatore negli artt. 1469-bis e ss., c.c., sembrano senz'altro esulare dai paradigmi dell'art. 28, primo comma, n. 1), l. not.

Un intervento del notaio a tutela del consumatore rispetto a siffatte clausole sembra, invece, che possa configurarsi, e in misura significativa, nella fase della formazione del regolamento contrattuale, mediante il potere di indagini della volontà, che comporta anche l'obbligo del notaio di chiarire alle parti, e segnatamente alla parte che non riveste, in relazione a quel contratto, la posizione di operatore professionale, gli effetti giuridici dell'atto; il notaio, infatti, nello svolgimento del suo ruolo di consigliere imparziale delle parti, deve illustrare ed informare le parti riguardo al contenuto di

Note:

(77) Il capo XIV bis (artt. 1469 bis ss. c.c.) regola i contratti con i consumatori, recependo la direttiva comunitaria in tema di clausole abusive e condizioni generali del contratto. Lo scopo di tale disciplina è quello di evitare squilibri nei diritti e negli obblighi a carico dei "consumatori" ed a favore del professionista, nel caso di contratto avente ad oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi.

(78) Cfr., Alpa, *Note minime sulla trasparenza dei contratti bancari e finanziari*, in *Vita not.*, 1995, pp. 559 ss.; De Donato, *Garanzia e trasparenza nell'attività notarile*, in *Fedemotizie, Quaderni n. 9, Atti, cit.*, pp. 45 ss.

(79) Cfr., in argomento, di recente, Magliulo, *Prospettive di riforma dell'art. 28 della legge notarile: la funzione notarile da garanzia di validità a garanzia di trasparenza dell'atto*, in *Fedemotizie, Quaderni, n. 9, Atti*, pp. 37 ss.

(80) In tal senso si esprimono i *Principi di deontologia notarile*, punto a.3.1, lett. c).

(81) Si fa riferimento, ovviamente, all'attività di adeguamento "facoltativo."

(82) Trapani, *I limiti dell'obbligo di eseguire visure ipocatastali e la clausola di dispensa*, in nota a Trib., Napoli, 14 maggio 1996, in *questa Rivista*, 1997, pp. 251 ss., spec. p. 260, al quale rinviamo per una più ampia disamina della fattispecie.

(83) D'Orazi - Flavoni, *La responsabilità e le responsabilità del notaio*, in *Scritti giuridici*, vol. II, Roma, 1965, p. 1060. L'affidamento di somme e valori al notaio, quale pubblico ufficiale, è regolato, purtroppo, da scarse disposizioni, inerenti il solo aspetto procedimentale, che hanno fatto sorgere dubbi sull'ambito applicativo dell'istituto. Cfr., in argomento, Boero, *La legge*, cit., pp. 228 e 395 ss.

tali clausole, laddove queste possano potenzialmente produrre uno squilibrio (84).

Il notaio potrà, poi, concorrere a precostituire la prova di una effettiva trattativa sulle clausole abusive.

È discusso, peraltro, se talune clausole «abusive», alle quali, secondo la sistematica della novella legislativa, viene riconosciuta giuridica rilevanza solo se hanno formato oggetto di «trattativa», siano da ritenersi, se inserite nell'atto pubblico, senz'altro efficaci, essendo il ministero notarile in sé considerato sufficiente ad integrare il presupposto richiesto dalla legge (85).

Secondo una tesi minoritaria, infatti, la lettura che il notaio fa dell'atto può equivalere alla trattativa, e di conseguenza, sarebbe integrato tale presupposto (86).

Secondo un altro orientamento che appare preferibile, in caso di atto pubblico, la lettura del notaio comporta solo che il consumatore conosca il contenuto dell'atto, ma tale conoscenza non esclude la vessatorietà delle stesse.

La lettura, quindi, non esclude il controllo sulla vessatorietà delle clausole, eccettuato il caso in cui si dimostri che il notaio non si è limitato a dare lettura dell'atto e, quindi, delle relative clausole, predisposte dal professionista, ma che sia intervenuto nella formazione dell'atto, determinando aggiustamenti o modifiche al testo predisposto unilateralmente dal professionista (87).

Non sembra, comunque, rientrare tra gli obblighi del notaio anche quello di assicurarsi che tutte le clausole approvate dalle parti e trasfuse nell'atto da lui stesso rogato siano state oggetto di specifica trattativa, essendovi solo a suo carico un obbligo di informativa.

Occorre, infine, accennare ai rapporti tra la regola della trasparenza, intesa quale formulazione chiara e completa dell'atto notarile, e il requisito della conoscenza, nella contrattazione standardizzata, delle clausole predisposte unilateralmente da uno dei contraenti.

La giurisprudenza, infatti, non ritiene applicabile la disciplina di cui all'art. 1341, c.c. anche ai contratti conclusi per atto pubblico, in quanto, in tali casi, l'intervento del notaio surroga la specifica approvazione per iscritto. Infatti, proprio in considerazione dei compiti demandati nella sua fase formativa al notaio, l'atto notarile sembra di per sé idoneo ad assolvere quell'esigenza di conoscibilità che è alla base dell'onere posto a carico del soggetto che predispose clausole uniformi (88). L'imparzialità dell'agire del notaio, che si concretizza nei doveri di formulare in modo trasparente il contratto e di garantire un'adeguata conoscenza di tutte le sue clausole anche al soggetto che non le ha predisposte, trova, dunque, una sua concreta esplicazione sia in materia di contratti con i consumatori che di contrattazione standardizzata. E risulta così valorizzato il ruolo imparziale del notaio proprio con riferimento ad alcuni tra i più significativi settori dell'esperienza giuridica attuale.

L'ordinamento pubblicistico del notariato, la natura

pubblica della funzione incidono in misura determinante sul problema dell'applicabilità a questa professione dei principi inerenti la libera circolazione dei servizi che

Note:

(84) Angeloni, *Responsabilità del notaio e clausole abusive*, Milano, 1999, p. 70. Per tale Autore la rogazione di un atto notarile contenente una o più clausole vessatorie, ai sensi dell'art. 1469-bis, non può comportare la responsabilità del notaio per violazione dell'art. 28, atteso che tale articolo si riferisce solo agli atti nulli.

(85) In questo senso, Condò, *Condizioni generali di contratto, clausole vessatorie, clausole abusive e intervento del notaio*, in *Federnotizie*, 1997, pp. 74 s.; G. Mariconda, *Considerazioni generali di contratto e atto pubblico*, in AA.VV., *Clausole abusive*, cit., p. 80; *contra*, Costanza, *Clausole abusive e atto notarile, che cosa potrebbe cambiare con l'applicazione della direttiva C.E.E. del 5 aprile 1993*, in *Vita not.*, 1995, pp. 569 ss.; E. Marmocchi, *Atto pubblico tra clausole vessatorie e clausole abusive*, in *Riv. not.*, 1997, pp. 63; Scarano, *Art. 1469 - ter, IV comma*, in AA.VV., *Le Clausole*, cit., pp. 644 ss. Non condivisibile, comunque, ci sembra la conclusione alla quale perviene Costanza, *Clausole*, cit., secondo la quale "Il sigillo notarile, non è più sinonimo di consenso" (p. 573). La ratio della tutela legislativa, infatti, non sembra risiedere in una deficienza del consenso, ma in uno squilibrio significativo tra la posizione della parti del contratto.

(86) G. Mariconda, *Condizioni generali di contratto e atto pubblico*, in AA.VV., *Clausole abusive*, cit., p. 80; Capobianco, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Vita not.*, 1996, pp. 1142 ss.

(87) Angeloni, *Responsabilità del notaio*, cit., pp. 80 ss.

(88) Cfr., ad esempio, in giurisprudenza, Cass. civ., 10 dicembre 1959, n. 3516, in *Rep. giust. civ.*, 1959, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 86; Cass. civ., I sez., 24 aprile 1964, n. 1005, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, cc. 72 ss.; Cass. civ., I sez., 26 maggio 1967, n. 1144, *ivi*, 1967, I, 1, cc. 1254 ss.; Cass. civ., I sez., 6 dicembre 1974, n. 4031, in *Rep. giust. civ.*, 1974, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 76. In dottrina, nel senso del testo, si veda, per tutti, Bianca, *Diritto civile*, vol. III, Milano, 1987, p. 361. Cfr., pure, E. Marmocchi, *Atto pubblico*, cit., pp. 489 ss, il quale formula opportune distinzioni in relazione alle diverse ipotesi che possono presentarsi nella pratica. *Contra*, Tatarano, *Clausole vessatorie e atto notarile. Osservazioni sul ruolo del notaio nella contrattazione standardizzata*, in *Studi Capozzi*, vol. I, tomo II, Milano, 1992, pp. 1205 ss., secondo il quale al notaio, nel corretto esercizio della funzione di adeguamento, spetta anche il compito di individuare nel regolamento contrattuale le clausole vessatorie per provocarne l'espressa - approvazione da parte dei contraenti, ai fini di cui all'art. 1341, secondo comma, c.c. Sul coordinamento tra questa disposizione e la novella legislativa sulle clausole abusive, cfr., per tutti, Di Majo *Clausole abusive e regimi protettivi*, in *Le clausole*, cit., pp. 795 ss. U. Morello, *La sicurezza giuridica delle contrattazioni come mezzo di tutela del consumatore*, in *Riv. not.*, 1995, pp. 1191 ss. In giurisprudenza, secondo un orientamento costante, che trova conferma da ultimo in Cass. 21 gennaio 2000, n. 675, con nota di commento di E. Dalmotto, *Le clausole vessatorie ed il contratto stipulato davanti al notaio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, pp. 386 ss., si afferma, riguardo al problema se fosse necessaria la specifica approvazione per iscritto di clausole vessatorie allorché il contratto fosse stipulato per atto pubblico, che, essendo le clausole contenute in un atto notarile, ancorché rispecchino le condizioni poste da uno solo dei contraenti, non possono comunque considerarsi come predisposte unilateralmente dal contraente medesimo ai sensi dell'art. 1341, c.c., e, pertanto, pur se vessatorie, non necessitano di un'approvazione scritta.

Tale conclusione non può essere condivisa in quanto la stipulazione davanti al notaio non implica la negoziazione del contratto, in quanto la lettura del documento da parte del notaio non può certo implicare, in sé considerata, che sulle singole clausole vi sia stata una trattativa. La forma di atto pubblico, dunque, non impedisce l'abusività dei contratti conclusi con i consumatori.

Cfr., anche, Bruno, *Le deroghe agli artt. 1955, 1956, 1957 cod. civ. in un contratto di fideiussione stipulato per atto pubblico*, in *Giur. it.*, 2000, cc. 2043 ss.

si stanno affermando nel diritto internazionale e dell'Unione Europea.

L'adesione dell'Italia agli atti concernenti i risultati dell'*Uruguay Round* (89) dei negoziati multilaterali aperti nell'ambito del *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) (90) ha, infatti, introdotto nel nostro ordinamento le norme di carattere generale contenute nell'accordo in questione (91). Il fulcro della normativa è rappresentato dagli artt. XVI - XVII, applicabili solo ai servizi inseriti in apposito elenco, nel quale sono incluse talune attività svolte dagli iscritti all'Ordine dei dottori commercialisti, mentre non vi figura l'attività notarile.

Il punto è che il notariato non è affatto, come abbiamo sostenuto, un "servizio" dal punto di vista tecnico - giuridico, ma una funzione pubblica, alla quale la prima definizione solo parzialmente si adatta anche sotto un profilo economico - sociale. Ed, infatti, se pure l'esercizio dell'attività notarile in regime di libera professione è il modulo tecnico adottato dal legislatore per disciplinare il rapporto che si instaura tra il titolare del *munus* e l'utenza, ciò, come si è visto, non modifica, né contraddice, la natura di funzione pubblica di quest'attività. Ben diverso, invece, è il discorso sia per i servizi svolti dai dottori commercialisti sia per la consulenza legale (quest'ultima è stata inserita nella "lista di concessione" limitatamente alla consulenza sulla legislazione del paese di origine e sul diritto pubblico internazionale) (92), che sono attività professionali *tout court*.

Vi è, poi, da considerare che l'attività del notaio appare obiettivamente finalizzata a garantire, nei settori nei quali è prescritto il suo necessario intervento, anche l'ordine pubblico nonché la riscossione efficace dei tributi (93). In tali ipotesi, l'applicazione del trattato GATS è soggetta ad eccezioni generali, che consentono agli stati aderenti di adottare misure limitative alla libera circolazione dei servizi.

Ben più rilevanti per la professione notarile sono gli effetti del processo di integrazione europeo (94), improntato dai principi della libera prestazione dei servizi e della libertà di stabilimento, in relazione ai principi informativi dell'ordinamento del notariato (95) per il quale, nella maggior parte degli Stati membri dell'Unione è stato adottato il modello di tipo latino (96).

Per un corretto approccio al problema occorre qui muovere dall'art. 55, Tratt. CEE, che deroga al diritto di stabilimento per le attività che partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri (97). La sussistenza dei presupposti per l'applicazione al notariato del regime derogatorio (98) è ampiamente documen-

(90) Si veda in modo particolare, l'*Accordo generale sugli scambi di servizi* (GATS), allegato 1B all'Atto finale, che incorpora i risultati commerciali multilaterali dell'*Uruguay round*, sottoscritto a Marrakesh il 5 aprile 1994 (pubblicato, in traduzione italiana non ufficiale, sulla G.U.C.E. 23 dicembre 1994, n. L 336).

(91) La liberalizzazione ha per oggetto tutte le possibili forme di prestazione di servizio rilevanti a livello internazionale e precisamente:

- la prestazione transfrontaliera del servizio, cioè la fornitura dello stesso senza lo spostamento né del fornitore né dell'acquirente;
 - lo spostamento del consumatore nel luogo ove il servizio deve essere consumato;
 - la possibilità per il prestatore di stabilire una presenza commerciale sul territorio dello Stato ove vuole fornire la prestazione;
 - la prestazione di un servizio attraverso la presenza di una persona fisica.
- In argomento, Dordi, *La liberalizzazione dei servizi professionali e l'assetto normativo italiano*, in AA.VV., *La liberalizzazione multilaterale dei servizi e i suoi riflessi per l'Italia*, a cura di Sacerdoti e Venturini, Milano, 1997, pp. 82 ss., con particolare riguardo ai limiti di carattere generale agli impegni assunti in merito all'accesso al mercato nazionale italiano.

(92) Cfr. Dordi, *La liberalizzazione*, cit., pp. 89 ss.; più in generale, Sacerdoti, *L'accordo generale sugli scambi di servizi (GATS): dal quadro OML all'attuazione interna*, in *La liberalizzazione multilaterale*, cit., pp. 16 ss.

(93) Si veda l'art. XIV, primo capoverso, lettere a) e d) del GATS. La salvaguardia dell'ordine pubblico può essere invocata, secondo la nota 1 all'art. XIV, primo capoverso, lettera a), del GATS, quando sia esposto "ad un rischio reale e sufficientemente grave" "uno degli interessi fondamentali della società" (citiamo dal testo italiano in traduzione non ufficiale, di cui alla precedente nota 90).

(94) Si vedano in argomento le pregnanti osservazioni di Calò, *L'influenza del diritto comunitario sugli ordinamenti nazionali, in Il notariato dell'Europa comunitaria: certezza giuridica a tutela del cittadino, relazioni al XXXII Congresso nazionale del notariato*, Palermo, 15 - 19 ottobre 1991, vol. I, *Tavola dei notariati d'Europa*, a cura di Cantelmo, pp. 171 ss.

(95) Cfr. Gass, *Il notaio latino nella Comunità europea*, in *Riv. not.*, 1990, pp. 23 ss.; Laurini, *Il notariato nell'Europa del 1993*, in *Riv. not.*, 1990, pp. 5 ss.; Wehrens, *Sviluppi ed attività nell'ambito del Notariato in Europa*, in *Riv. not.*, 1994, pp. 919 ss.; Laugier e Mugarra, *Avenir du notariat et perspectives européennes*, in *Riv. not.*, 1992, pp. 1131 ss.

(96) Per un quadro generale in materia, AA.VV., *Il notariato nell'Europa*, cit., vol. I, *Tavola dei notariati d'Europa*, cit.; Picard e Isaac, *Le notariat et la CEE, Introduction au droit communautaire*, Parigi, 1992, pp. 55 ss.

(97) Cfr., in argomento, Mazziotti, *Etude sur l'adaptation du système juridique italien a la liberté d'établissement et à la libre prestation des services, prévue par le traité instituant la Communauté Economique Européenne*, in AA.VV., *La liberté d'établissement et la libre prestation des services dans le Pays de la C.E.E.*, a cura di Mazziotti e altri, Milano, 1970, pp. 3 ss.; Foschini, *Première note de mise à jour*, ivi, pp. 67 ss.; Mazziotti, *Deuxième note de mise à jour*, ivi, pp. 83 ss.; Tizzano, *La libera circolazione dei servizi nella CEE profili generali*, in AA.VV., *Professioni e servizi nella CEE*, a cura di Tizzano, Padova, 1985, pp. 2 ss.; Picard e Isaac, *Le notariat*, cit., pp. 51 ss.

(98) La tesi, qui accolta, circa la rilevanza dell'art. 55, Tratt. CEE, per il problema che ci occupa, è implicitamente confermata dalla direttiva in data 22 marzo 1977, n. 77/249/CEE (in G.U.C.E. 26 marzo 1977, n. L 78), art. 1, n. 1), 2° capoverso, che così dispone: "Nonostante le disposizioni della presente direttiva, gli Stati membri possono riservare a determinate categorie di avvocati la compilazione di atti autentici che abilitano all'amministrazione dei beni di persone defunte o che riguardano la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari."

L'art. 55 del Trattato CEE non è stato modificato dal Trattato sull'Unione europea, firmato il 7 febbraio 1992 a Maastricht (ratificato dall'Italia con l. 3 novembre 1992, n. 454), in quanto il principio, che vieta ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità, di cui all'art. 6, tratt. CEE, nel testo modificato dal trattato di Maastricht e corrispondente all'art. 7 del testo precedentemente in vigore, è applicabile "senza pregiudizio delle disposizioni particolari" previste dal trattato, tra le quali devono essere annoverati l'art. 55, già citato, ed il successivo art. 66, che richiama espressamente quest'ultima disposizione.

Note:

(89) Legge 29 dicembre 1994, n. 747. La Comunità Europea ha aderito con Decisione del Consiglio in data 22 dicembre 1994, n. 94/800/CE (in G.U.C.E. 23 dicembre 1994, n. L 336).

tata sia dalla risoluzione adottata il 23 marzo 1990 a Madrid dalla Conferenza dei notariati dell'Unione Europea (99), sia nel rapporto della Commissione giuridica e dei diritti del cittadino del Parlamento Europeo, dedicato alla situazione ed all'organizzazione del notariato negli stati membri della Comunità (100), al quale ha fatto seguito una risoluzione dello stesso Parlamento (101). In questi atti ufficiali i caratteri della funzione notarile sono stati individuati, in sostanza, nell'attribuzione di una potestà autoritativa da parte dello Stato, esercitata in regime di indipendenza e imparzialità ed assoggettata a controlli pubblicistici, finalizzata a prevenire le liti (102). E si noti che, sotto il profilo dell'ampiezza di tali compiti, il citato rapporto fa espresso riferimento alla risoluzione adottata dalla Conferenza dei Notariati Europei che sottolinea la inscindibile unitarietà dei compiti notarili (103).

Sulla base di questi caratteri essenziali (104), che vengono ampiamente confermati dalle conclusioni alle quali si è pervenuti nel corso del presente lavoro sia in merito alla funzione pubblica del notaio in Italia sia quanto alla struttura del suo ufficio, risulta evidente che la professione notarile, ai sensi dell'art. 66, Tratt. CEE, che dichiara applicabile il precedente art. 55 anche in materia di prestazione di servizi, esula dal campo di operatività dell'intero capo del trattato concernente il diritto di stabilimento. Ne deriva che l'esclusione della libertà di stabilimento non va riferita soltanto alla potestà di certificazione ma a tutta l'attività notarile nel suo insieme (105) e che l'imposizione, nelle diverse legislazioni degli stati membri, del requisito della cittadinanza nazionale ai fini della nomina a notaio non è perciò contraria ai trattati comunitari.

Del resto, la stessa Commissione Europea (106), nell'elencare le "attività specifiche della funzione pubblica nazionale", di cui all'art. 48, quarto comma, Tratt. CEE, per le quali, in deroga al principio di libertà di stabilimento, si richiede a ciascuno stato membro il requisito della cittadinanza nazionale, ha, tra l'altro, menzionato la magistratura, l'amministrazione fiscale e le "attività coordinate ad un potere pubblico giuridico dello Stato (...), come l'elaborazione degli atti giuridici, la loro esecuzione, il controllo della loro applicazione". Queste considerazioni, svolte con riferimento a cariche ricoperte da impiegati pubblici, ben possono estendersi, a nostro avviso, *mutatis mutandis*, alla funzione notarile.

Il problema della libertà di stabilimento, d'altro canto, non può ridursi, come mostra, invece, di ritenere la Commissione Europea (107), a quello del mutuo riconoscimento dei diplomi, che ha formato oggetto di una recente direttiva (108). L'accesso al notariato, infatti, richiede in ogni caso una preparazione professionale che può raggiungersi solo con il conseguimento di titoli di studio di durata superiore a quelli che hanno formato oggetto della citata direttiva, a tacere, poi, della complessità delle misure previste ai fini del mutuo riconoscimento.

Ovviamente non può tacersi che le posizioni assunte dagli organi comunitari, alle quali si è fatto cenno, hanno anche una valenza politica, che non può essere approfondita in questa sede. Ma dai principi comuni alla professione notarile nell'Europa continentale ed, in particolare, dall'unitarietà della funzione notarile e dalla sua rilevanza pubblicistica non potrà, certo, prescindere, qualora si voglia procedere ad armonizzare la legislazione degli Stati membri della Comunità Europea (109), a favore della quale si è espresso il Parlamento Europeo nella citata risoluzione, pur prendendo atto

Note:

(99) Per un resoconto della riunione si veda Attaguile, *Per una interpretazione non riduttiva dell'art. 55 Trattato CEE*, in *CNN Attività*, 1990, II, pp. 28 ss.

(100) Relatore il parlamentare Marinho.

(101) Approvata il 18 gennaio 1994.

(102) In questo senso si vedano sia il "rapporto Marinho" (*considerando* c della proposta di risoluzione, allegato II, al rapporto) sia la risoluzione del Parlamento Europeo (di tenore identico alla proposta di risoluzione).

(103) L'inscindibilità delle funzioni attribuite al notaio è veramente il fulcro del problema, come emerge dalla risposta del commissario CEE Bangemann in data 19 maggio 1989 all'interrogazione scritta n. 2199/88 del parlamentare Kujipers del 14 febbraio 1989, in G.U.C.E. 23 ottobre 1989, n. C 270 (89/C 270/49) entrambe pubblicate in *CNN Attività*, 1990, I, p. 34. In questa risposta si osserva, infatti, proprio con riferimento alla professione notarile, che la deroga di cui all'art. 55, tratt. CEE, è estensibile all'intera professione solo se le attività connesse con i pubblici poteri non possono essere scisse dall'insieme dell'attività in questione. Ed, infatti, la Corte di Giustizia CEE, con decisione 21 giugno 1974, n. 296 (Caso "Reyners"), in *Racc. giur. Corte*, 1974, pp. 631 ss., aveva statuito, con riferimento alla professione dell'avvocato, che non si potevano considerare soggette ad eccezione al principio della libertà di stabilimento la consulenza e l'assistenza legali o la rappresentanza e la difesa in giudizio, anche se costituenti oggetto di un obbligo o di un'esclusiva voluta della legge, in quanto di per sé non implicanti partecipazione diretta all'esercizio dei pubblici poteri.

Altri materiali giurisprudenziali sull'argomento in *Casi e materiali di diritto comunitario*, a cura di Mengozzi, Padova, 1994, pp. 469 ss.

(104) Comuni a tutti gli Stati membri, ad eccezione del Regno Unito, di un *land* tedesco e del Portogallo, dove il notaio è un funzionario pubblico.

(105) Sul punto, si vedano, Wehrens, *Sviluppi*, cit., p. 919; Laugier e Mugarra, *Avenir*, cit., p. 1133.

(106) Comunicazione 17 marzo 1988, in G.U.C.E. 18 marzo 1988, n. C 72 (88/C 72/02).

Nella legislazione italiana le regole enunciate sono state accolte dal d.l. 3 febbraio 1993, n. 29, art. 37, che consente l'accesso dei cittadini comunitari solo agli impieghi che non implicino esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri. Si veda, pure, il d.P.C.M. 7 febbraio 1994, n. 174, in G.U. 15 marzo 1994, n. 61, emanato in virtù del citato art. 37.

(107) Si vedano, oltre al rapporto citato alla precedente nota, la risposta della Commissione Europea in data 22 luglio 1996 all'interrogazione E-1458/96 in data 12 giugno 1996 del parlamentare Piquer in materia di libera circolazione degli atti notarili in G.U.C.E. 25 novembre 1996, n. C 356, (n. 96/C 356/64).

(108) Direttiva 21 dicembre 1988, n. 89/48/CEE, in G.U.C.E. 24 gennaio 1989, n. L 19.

(109) Tema al quale gli organismi del notariato europeo non sono affatto insensibili, come è dimostrato anche dall'approvazione di un codice deontologico europeo.

che tale iniziativa esula dall'ambito delle istituzioni comunitarie, quale delineato dai trattati vigenti (110).

In realtà, il problema, che per primo deve essere affrontato per la costruzione dell'Unione, è quello della circolazione e, quindi, dell'efficacia nell'ordinamento interno degli stati membri, degli atti notarili formati negli stessi (111), a favore della quale pure si è espresso il Parlamento Europeo nella citata risoluzione.

Ed è in questa prospettiva che l'istituzione notarile, tributaria di una funzione che si palesa idonea a concorrere ad un ordinato sviluppo del libero mercato, può dare il suo contributo alla realizzazione dell'Unione Europea (112).

Note:

(110) La Commissione Europea, nella propria risposta alla citata risoluzione, ha escluso, allo stato, qualsiasi iniziativa in tal senso (si veda il processo verbale dei lavori della Commissione, II parte, 18 gennaio 1994).

(111) Cfr. Picard e Isaac, *Le notariat*, cit., pp. 93 ss.

(112) È questo il monito formulato dal Presidente della Repubblica Italiana nel suo incontro con i partecipanti alla Conferenza dei Notariati dell'Unione Europea, Roma, 5 dicembre 1996. Uno stralcio del discorso si legge in *CNN Attività*, 1997, 3 - 4, pp. 12 s.

Incapacità

L'amministratore di sostegno nel sistema di protezione delle persone in difficoltà: prime applicazioni e prime perplessità (*)

di LEONARDO MILONE

Quali sono i presupposti dell'amministrazione di sostegno? Quali i caratteri distintivi rispetto alla interdizione? Quali i modelli di comportamento emersi nella prassi dei giudici tutelari? Può dirsi che il vuoto di coordinamento tra le figure di protezione degli incapaci, sia colmato, valorizzando il nuovo istituto, o piuttosto l'auspicio è che la logica patrimonialistica, sottesa agli istituti di protezione, ceda il passo a vantaggio di una logica personalistica che garantisca un corretto sviluppo della personalità dell'individuo?

Il mio primo incontro con l'amministratore di sostegno risale al 1996; in quell'anno ho iniziato ad interessarmi di autodeterminazione e mi ponevo la domanda se dalla necessità, socialmente sentita, di attribuire maggiore spazio alla volontà potesse derivare, anche in Italia, un diritto dell'individuo ad esprimere nell'ipotesi di una sua futura incapacità, determinate scelte terapeutiche compresa, quella diretta a proseguire la vita nel caso in cui venga prolungata artificialmente, ed a manifestare direttive vincolanti nel campo dei rapporti personali e patrimoniali con la nomina preventiva di un mandatario, specificando, il contenuto e i limiti dell'incarico affidatogli (1).

I due istituti che rispondevano a queste esigenze erano il testamento biologico o di vita, e la procura in previsione della propria incapacità; questi istituti, in quegli anni, erano stati già recepiti dagli ordinamenti più evoluti.

Ma cosa avveniva in Italia in quegli stessi anni. Del testamento biologico ne parlavano i comitati di bioetica, anticipando conflitti ideologici che ancora oggi ne determinano una stasi legislativa; della procura in previsione della propria incapacità solo qualche cenno in dottrina, anche se autorevole.

Occorre, però, rilevare che esisteva da tempo un vasto dibattito sulla cosiddetta infermità di mente in relazione alla quale l'evoluzione dell'ordinamento italiano presentava una caratteristica anomala. Ed infatti, in questo campo, in tutti gli altri paesi europei vi era stato od era in corso un movimento riformatore che ha investito,

più o meno simultaneamente il versante pubblicistico come pure gli aspetti privatistici della relativa disciplina; per contro la riforma attuata in Italia con la legge "Basaglia", risalente al 1978, mentre ha portato innovazioni giuridiche tra le più audaci relativamente al ricovero dei sofferenti psichici, non era per nulla intervenuta sugli aspetti privatistici della disciplina degli infermi di mente, lasciando immutati gli istituti della interdizione e della inabilitazione.

Una grande sensibilità era stata però manifestata negli anni '80 dalla dottrina che aveva sottoposto ad una critica serrata i due istituti, ponendo il problema di una rivisitazione, necessaria più che opportuna, del sistema vigente, in quanto la protezione giuridica della persona inferma di mente veniva realizzata nel nostro ordinamento attraverso un sistema normativo che comportava la perdita totale o parziale della capacità di agire, producendo quindi una reiezione da parte della società civile dello stesso infermo di mente che veniva isolato, nei suoi rapporti con la società, in un vero e proprio ghetto.

Questa presa di posizione della dottrina ha provocato

Note:

(*) Il testo riproduce la relazione svolta al Convegno di studio organizzato dagli avvocati di Portogruaro sul tema: "La capacità di agire e gli strumenti di tutela con particolare riguardo alle nuove norme sull'amministrazione di sostegno" svoltosi a Portogruaro il 19 e 20 novembre 2004.

(1) L. Milone, *Il testamento biologico (Living Will)*, in *Vita Not.*, 106 ss.

alla fine degli stessi anni '80 un prima iniziativa legislativa dovuta al Prof. Cendon sull'amministrazione di sostegno, istituto che dopo una serie di proposte legislative variegata, che sono il prodotto di un percorso parlamentare che ha attraversato varie legislature ma che fondamentalmente si sono rifatte alla prima iniziativa, ha finalmente visto la luce, con la legge n. 6 del 2004.

Durante l'iter legislativo, il Consiglio Nazionale del Notariato ha tentato di inserirsi nell'attività delle Commissioni cui era stata affidata la delega, proponendo, in più occasioni, da una parte, una riforma più radicale dell'ordinamento con la eliminazione degli istituti della interdizione e della inabilitazione e l'introduzione di un nuovo unico modello protettivo, dall'altra, con l'introduzione nel nostro ordinamento della procura in previsione della propria incapacità.

Non si trattava, di istituti di prima applicazione, ma di idee elaborate e realizzate da ordinamenti, che oserei dire più evoluti.

Per sostenere queste proposte, mentre era in corso il lavoro della Commissione, è stato organizzato nel 2002 dal Consiglio nazionale del Notariato un convegno a Roma dal titolo fortemente programmatico: "La riforma della interdizione e della inabilitazione."

Ritornando alle proposte, del Consiglio Nazionale del Notariato, è da rilevare che nessuna delle due è fatta propria dalla legge in esame, anche se bisogna riconoscere, che in essa sono stati recepiti alcuni suggerimenti dello stesso Consiglio.

Dopo questa premessa, cosa dire di questa legge e dei suoi contenuti.

Nel convegno, cui abbiamo accennato, il relatore della legge Senatore Zancan ha dichiarato che era prevalente in commissione legislativa il giusto desiderio di raggiungere dopo tanti anni un risultato e che per riportarsi sul terreno della interdizione e della inabilitazione sarebbero stati necessari almeno ancora tre o quattro anni; non erano bastati i sedici anni trascorsi dalla prima iniziativa legislativa!

In occasione dei convegni cui ho partecipato, dopo l'entrata in vigore della legge, di fronte alle notevoli critiche che sono state poste alle nuove norme definite una "riforma imperfetta" e soprattutto alla circostanza che erano state mantenute in vita l'interdizione e l'inabilitazione, i magistrati presenti, con il loro eccezionale pragmatismo, hanno in maniera univoca manifestato una posizione che si può esprimere nell'affermazione: abbiamo una nuova legge, delle nuove regole che possono definirsi un passo in avanti, cerchiamo di applicarle ottenendo il miglior risultato, guardando all'interesse curato dal legislatore ed dalle finalità della stessa legge solennemente affermate nell'art. 1.

È un appello che non si può disconoscere considerando che nel diritto vivente, - già prima della legge in esame - con una interpretazione estensiva delle misure di protezione introdotte con l'art. 35, sesto comma della legge

n. 833 del 1978, dettate per le persone sottoposte a trattamento sanitario obbligatorio, i giudici tutelari avevano già cercato percorsi e soluzioni alternative a quelle proprie delle interdizione e dell'inabilitazione. Avevano così evitato l'emarginazione sociale che derivava dalle stesse, nominando per la persona disabile, la persona più idonea a curare tali interessi, con l'elencazione nello stesso provvedimento degli atti da compiere finalizzati all'assistenza e alla cura del disabile e con l'obbligo del rendiconto periodico e della documentazione delle spese effettuate.

I giudici avevano dato vita, già molto prima dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni, ad una amministrazione di sostegno virtuale.

L'opinione espressa dai magistrati mi ha indotto - pur di fronte a norme tecnicamente assai difettose e piene di lacune - ad abbandonare la mia iniziale posizione di radicale rigetto della legge, rigetto che riposava fondamentalmente sulla delusione derivante dalla mancata cancellazione della interdizione e della inabilitazione, ed a seguire i suggerimenti degli stessi magistrati, assumendo così una posizione costruttiva diretta a ricercare ed a esaminare in positivo alcuni aspetti della nuove norme, pur mantenendo un atteggiamento critico, anche in vista di un possibile futuro intervento correttivo del legislatore.

Questa ricerca è stata correlata ad una esame della giurisprudenza sin qui conosciuta e soprattutto ad un monitoraggio dei decreti del giudice tutelare di Roma da me analizzati. Il buon numero di questi decreti manifesta in ogni caso il successo delle nuove norme, ancora poco conosciute, ma senz'altro ben accette alla società civile che aveva bisogno, in un campo così delicato, di qualcosa di nuovo.

Nell'analisi di alcune aree della legge iniziamo dai soggetti che ne sono i protagonisti e cioè il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno, il beneficiario.

Il giudice tutelare è il primo protagonista della legge nella vicenda individuale del disabile, ne muove i fili, nomina e sceglie l'amministratore di sostegno, colloquia senza soluzione di continuità con gli altri soggetti, interferisce nei loro rapporti e cura soprattutto "i valori" del beneficiario da ogni punto di vista, anche etico, come suggerisce o meglio impone l'intero sistema normativo. Il compito più delicato della sua attività è il rapporto con il beneficiario in quanto il giudice deve sentirlo personalmente, recandosi ove occorre nel luogo in cui questi si trova. In occasione del primo colloquio il giudice dovrebbe accertare indagando la volontà del beneficiario che la persona indicata come amministratore di sostegno nel ricorso corrisponda o meno alle esigenze primarie indicate più volte dalla legge e dirette a proteggere lo stesso beneficiario.

Questi compiti dimostrano la straordinaria fiducia riposta dal legislatore sul giudice tutelare.

L'unica fase di estraneità dal procedimento del giudice tutelare è data dalla proposizione del ricorso.

Le norme individuano i soggetti che sono legittimati e tra essi il futuro beneficiario.

Nei procedimenti esaminati è da rilevare che in nessun caso il ricorso è stato presentato dal futuro beneficiario; in qualche ipotesi si è attivata l'assistenza sociale; la presenza dell'avvocato (o per delega o per procura) è stata ritenuta solo facoltativa e non richiesta dallo stesso giudice.

Per quanto riguarda l'individuazione dell'amministratore di sostegno, la grande novità è costituita dalla possibilità conferita al beneficiario di indicare la persona gradita, anche verbalmente come fa intendere l'art. 43 delle disposizioni di attuazione del codice civile. Nell'ipotesi di indicazione suggerita dal beneficiario il giudice tutelare non ha l'ampio potere discrezionale di scelta riconosciutogli negli altri casi, ma può nominare come amministratore di sostegno una persona diversa da quella suggerita solo per gravi motivi e il relativo decreto deve essere motivato.

In relazione alla nomina, l'esame dei decreti già emessi, evidenzia che nella quasi totalità dei casi è stata nominata la persona indicata dal richiedente e talora anche la persona stabilmente convivente, come espressamente previsto dalla nuova formulazione del 1° comma dell'art. 417. In due casi, nei quali l'istanza era stata presentata dall'assistente sociale, in assenza di amministratori designati, il giudice tutelare ha nominato amministratore di sostegno il sindaco di Roma, con facoltà di delegare l'incarico ad un dipendente comunale.

Per quanto riguarda la durata della nomina nei casi esaminati essa è avvenuta a tempo indeterminato ad eccezione di una sola ipotesi in cui si richiedeva l'amministratore per il compimento di un singolo atto.

Sul procedimento, l'esame dei decreti già emessi mette in luce che il giudice tutelare ha applicato il secondo comma dell'art. 407, provvedendo a sentire personalmente la persona per la quale veniva richiesto l'amministratore di sostegno, recandosi nel luogo in cui la stessa persona si trovava.

Solo in alcune ipotesi la visita ed il colloquio sono stati omessi in quanto la particolare condizione del soggetto non lo rendevano necessario, così come rivelato dalle certificazioni mediche prodotte o richieste, che mettevano in evidenza il totale deficit fisico e psichico del futuro beneficiario. Sul punto è da rilevare, incidentalmente, che un tribunale ha ritenuto non valida la delega ricevuta da altro tribunale di sentire la persona disabile, in quanto è stata sostenuta come inderogabile l'esigenza di un immediato e diretto contatto tra il giudice, di prossimità chiamato a decidere, e la persona da esaminare.

Il procedimento si svolge sotto la direzione del giudice, secondo le indicazioni contenute nel terzo comma dell'art. 407, che prevede la facoltà dello stesso giudice di disporre d'ufficio "gli accertamenti di natura medica e tutti gli altri mezzi istruttori utili ai fini della decisione". La dottrina ha posto, in ogni caso, in evidenza la neces-

sità di una integrazione tecnica culturale dell'ufficio del giudice tutelare attraverso idonei ausiliari. Dall'intero procedimento istruttorio, con particolare riferimento a quanto esposto nel ricorso, il giudice tutelare dovrà desumere gli elementi per la sua decisione e per determinare il contenuto e conseguentemente l'estensione del provvedimento da emettere.

Dallo stesso iter istruttorio dovranno emergere necessariamente le "scale di disabilità" della persona esaminata, in tutti i suoi aspetti fisico-psichici.

Sotto questo aspetto l'esame dei provvedimenti emessi ha evidenziato la grandissima area di patologie che sono il presupposto del ricorso come delineato dall'art. 404 che costituisce la principale chiave di lettura del nuovo istituto. Nell'articolo richiamato, si parla infatti di infermità o menomazione fisica o psichica, formula in cui si riassume l'eterogeneità delle situazioni di disagio del disabile.

In detti provvedimenti si è data rilevanza anche alla "prodigalità" (tipica ipotesi alla quale sarebbe relegata, secondo una parte della dottrina, la inabilitazione così come oggi delineata), ma più in generale si è data rilevanza a tutte le difficoltà idonee a rendere difficili il compimento di atti di gestione sia a carattere personale che economico; in molti casi esaminati è stata delineata da parte del ricorrente ed accertata in sede di istruttoria una completa incapacità di intendere e di volere, del futuro beneficiario. In un decreto si legge testualmente che il beneficiario non era in grado di rispondere alle più elementari domande né di sottoscrivere il verbale.

I procedimenti si sono conclusi nella quasi totalità dei casi con la nomina di un amministratore di sostegno, ad esclusione di un caso in cui i presupposti non esistevano in quanto il soggetto non è stato considerato disabile. In due casi, esaminati e decisi subito dopo l'entrata in vigore della legge, la richiesta di nomina avanzata dagli stretti parenti del disabile è stata seguita, dopo l'attività istruttoria del giudice tutelare dalla trasmissione degli atti al pubblico ministero per promuovere il giudizio di interdizione. Le perplessità che suscitano questi provvedimenti sono soprattutto rilevanti da un punto di vista umano. La trasmissione degli atti al pubblico ministero per promuovere il giudizio di interdizione, che non era nella volontà degli istanti, non può che produrre negli stessi istanti un grave disagio e rammarico in quanto era stato chiesto un provvedimento meno invasivo della interdizione. Sul piano normativo, una prima critica che si può porre a questi due decreti si fonda su quanto previsto dal quarto comma dell'art. 413 il quale dispone che il giudice tutelare quando ritiene che la nomina dell'amministratore di sostegno si sia rilevata inidonea a realizzare la piena tutela del beneficiario può promuovere il giudizio di interdizione. Dalla previsione normativa si potrebbe derivare il principio che di fronte ad una richiesta di nomina dell'amministratore di sostegno, la prima misura cautelare in

ogni caso dovrebbe essere la nomina di un amministratore di sostegno provvisorio.

Nell'esame dei protagonisti della legge una particolare attenzione è da dedicare al beneficiario e cioè a colui cui la legge è dedicata. Affrontiamo subito l'aspetto più importante e domandiamoci: chi è il beneficiario? Siamo di fronte ad una terza ipotesi di incapacità? Così come è formulata la legge la risposta non può che essere positiva. Abbiamo tentato di non utilizzare per il maggiore di età, la parola "incapace" modificando il linguaggio giuridico; purtroppo il termine rappresenta una "categoria legislativa", un modello richiamato continuamente dall'ordinamento positivo. L'opportunità di un diverso linguaggio presuppone preliminarmente la soluzione di un "problema culturale" forse non ancora ben avvertito dalla società civile.

Ma ritorniamo, ancora, alla legge. Perché il beneficiario è un incapace, o come è stato detto un incapace parziale?

È fondamentale a tal proposito l'esame dell'art. 409 (effetti dell'amministrazione di sostegno); il primo comma afferma: il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno; il primo segno che si coglie è negativo: per tutti gli atti in cui è richiesta la rappresentanza o l'assistenza e cioè per quella sfera di attività che sarà determinata dal contenuto del provvedimento, la capacità di agire è perduta, anche se si tratta di perdita che può essere provvisoria. Questa ablazione di capacità è mitigata dalla affermazione che al di fuori delle ipotesi delineate il beneficiario conserva la piena capacità nell'esercizio dei propri diritti, e che il beneficiario "può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare l'esigenze della propria vita quotidiana".

Da un primo esame dell'art. 409, non si riesce a comprendere la correlazione logica tra il primo e il secondo comma dell'art. 409, sopra richiamato, in quanto certamente si tratta di attività per la quale non appare necessaria la rappresentanza esclusiva o l'assistenza dell'amministratore di sostegno, a meno che il legislatore non abbia voluto riaffermare un principio fondamentale già contenuto nel primo comma, oppure precisare che in ogni caso la "contrattualità minima" è assicurata al beneficiario anche nell'ipotesi di provvedimenti che in linea generale prevedano la sostituzione o l'assistenza dell'amministratore di sostegno.

Questa incapacità, che indubbiamente nasce dal decreto di nomina, è confermata da quanto dispone l'infelice formulazione dell'ultimo comma dell'art. 412, che prevede l'annullabilità, su istanza dell'amministratore di sostegno, del beneficiario o dei suoi eredi o aventi causa, degli atti compiuti personalmente dal beneficiario in violazione delle disposizioni di legge o di quelle contenute nel decreto che istituisce l'amministrazione di sostegno.

La formulazione della norma è particolarmente infelice,

come si è detto, in quanto, se l'area della incapacità è determinata dal contenuto del decreto di nomina, che può anche prevedere il penalizzante rinvio di cui all'ultimo comma dell'art. 411, le "violazioni di legge" sopra richiamate, anche se dettate per la protezione del beneficiario, non possono che determinare per la loro genericità profili critici per la tutela dell'affidamento dei terzi.

Ma ritorniamo alla incapacità del beneficiario; se questa esiste come, si è messo prima in evidenza, - e confermata anche da locuzioni usate dal legislatore come quella contenuta nel terzo comma dell'art. 412 in cui si parla di uno stato di sottoposizione del beneficiario dell'amministrazione - da cosa si distingue, da quella derivante dalla inabilitazione e dall'interdizione. In altre parole in che cosa si differenziano gli istituti della interdizione, della inabilitazione e dell'amministrazione di sostegno, tutti definiti dal legislatore della riforma "misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia"? Non dedichiamo alcuno spazio alla inabilitazione in quanto la riteniamo già disapplicata di fatto, anche se normativamente prevista e regolata, e limitiamo l'indagine all'amministrazione di sostegno ed alla interdizione, dando il giusto rilievo alla circostanza che quest'ultima risulta, per così dire, addolcita nelle sue regole giuridiche e risulta ancora applicata nella prassi giudiziaria, anche se in casi sporadici e residuali.

La differenza che cerchiamo, non può che rinvenirsi o nei presupposti o negli effetti delle misure di protezione. Esaminiamo i presupposti dell'amministrazione di sostegno per cercarne i caratteri distintivi rispetto alla interdizione:

- la differenza non può rinvenirsi nel grado di "infermità" sempre che questa possa considerarsi un presupposto, in quanto l'art. 1 della legge in esame, nell'esprimere la sua finalità indica come riferimento per la nomina dell'amministratore di sostegno la perdita parziale o totale di autonomia, e cioè tutti i gradi di "infermità":
- non può ancora affermarsi che la differenza riposi sulla qualità della menomazione in quanto l'art. 404, come si è visto, prevede che essa può essere fisica o psichica;

- non può ancora affermarsi che l'impossibilità di provvedere ai propri interessi prevista dall'art. 404 debba essere solo temporanea, perché la legge afferma espressamente che l'amministratore di sostegno può essere nominato in ipotesi anche di impossibilità parziale o temporanea e conseguentemente, se le parole hanno un significato, l'amministrazione di sostegno può ricorrere principalmente nell'ipotesi di impossibilità per così dire apparentemente definitiva.

Questa presunta definitività è confermata dai provvedimenti esaminati nei quali la nomina dell'amministratore di sostegno è stata fatta a tempo indeterminato.

In concreto l'analisi dei decreti già messi in evidenza che le scale di disabilità - i presupposti di cui parlavamo che vanno esposti nel ricorso ed esaminati dai giudici -

coincidono spesso con una assoluta incapacità di intendere del soggetto per il quale si chiede la nomina dell'amministratore di sostegno.

Con altra chiave di lettura si potrebbe affermare ancora che l'amministrazione di sostegno si distingue dall'interdizione, con riferimento alla residua capacità del disabile che potrebbe essere esclusa nell'interdizione.

Questa affermazione, che a primo avviso può apparire logica e corrispondente alla volontà del legislatore, è contraddetta dal nuovo art. 427 in cui si legge che "nella sentenza che pronuncia l'interdizione o l'inabilitazione, o in successivi provvedimenti dell'autorità giudiziaria può stabilirsi che taluni atti di ordinaria amministrazione possono essere compiuti dall'interdetto senza l'intervento ovvero con l'assistenza del tutore o che taluni atti eccedenti l'ordinaria amministrazione possono essere compiuti dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore. Ed è altresì contraddetta dall'ultimo comma dell'art. 411 che prevede che il giudice tutelare nel decreto di nomina può disporre che determinati effetti, limitazioni o decadenza previsti da disposizione di legge per l'interdetto o l'inabilitato si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno.

A mio avviso il elemento discrezionale non può che rinvenirsi nella volontà legislativa e precisamente sia nel quarto comma dell'art. 413 che dispone che il giudice tutelare provvede d'ufficio alla dichiarazione di cessazione dell'amministrazione di sostegno quando questa si sia rilevata inidonea a realizzare la piena tutela del beneficiario e soprattutto nell'art. 414 che prevede il ricorso all'interdizione del maggiore di età e del minore emancipato "quando ciò è necessario per assicurare la loro protezione".

Dalle norme richiamate si evince che la condizione essenziale per l'interdizione è da una parte la sua necessità, necessità che può derivare dalla inidoneità di una precedente amministrazione di sostegno, dall'altra che questa necessità deve essere correlata ad una riconosciuta esigenza di proteggere in maniera più adeguata la persona che ha bisogno di quella "tutela" di cui parla l'art. 1 della legge, che è espressa nel termine "sostegno" e che si riferisce a tutti i disabili.

Da quest'ultima esigenza deriva una chiara volontà del legislatore della riforma di disattendere l'orientamento di una certa giurisprudenza precedente che nel pronunciare l'interdizione e inabilitazione davano rilievo agli interessi strettamente economici, trascurando del tutto l'aspetto protezionistico e garantistico del soggetto incapace.

Sotto questo profilo è da criticare l'atteggiamento di una parte della dottrina che privilegia l'aspetto economico ed individua l'elemento distintivo tra amministrazione di sostegno e interdizione nella consistenza e complessità del patrimonio, sostenendo così la tesi che nell'ipotesi di grandi patrimoni la nomina dell'interdetto assicura una più adeguata protezione allo stesso interdetto; forse, diciamo noi, agli interessi economici dei

suoi parenti. La maggiore rigidità delle figure tradizionali è reputata una maggiore garanzia in una ottica prevalentemente conservativa del patrimonio del beneficiario e conseguentemente detti istituti dovrebbero essere azionati ogni volta che il patrimonio sia esposto a rischi.

A nostro avviso, invece, la logica patrimonialistica sottesa agli istituti di protezione è destinata a cedere il passo a vantaggio di una logica personalistica che garantisca un corretto sviluppo della personalità dell'individuo, infermo, o meglio disabile.

Scendendo sul piano pratico osserviamo che in ultima analisi la scelta della misura di protezione è rimessa al vero protagonista del procedimento e cioè al giudice tutelare che dovrà sempre tener presente la finalità della legge e la posizione marginale della interdizione così chiaramente manifestata dal legislatore con l'art. 414. Sarà un giudizio di valutazione in quanto, come è noto, a differenza del tutore e del curatore, l'amministratore di sostegno non ha funzioni predefinite. In altre parole il giudice tutelare dovrebbe convincersi che per realizzare la tutela della persona inabile sia necessaria l'interdizione e non una misura meno invasiva come l'amministrazione di sostegno.

Ma vediamo quali sono i modelli di comportamento del giudice tutelare nei provvedimenti esaminati. In tutti è stato dato il maggior risalto possibile sia alla *cura personae* che alla *cura patrimonii*.

Non è stata esaminata l'ipotesi, esclusa da una parte della dottrina, di amministratore nominato esclusivamente per la "cura personae". L'opinione, a mio avviso, è da rivedere in quanto non appare opportuno escludere che, anche su richiesta dello stesso beneficiario, l'amministratore di sostegno, sia richiesto per proteggere una persona debole - anche nella sfera psichica - che abbia bisogno di una assistenza, in senso normativo o generico, più, efficiente di quella prestata da un "badante" o da un "accompagnatore", brutte espressioni fatte proprie da altro criticabile linguaggio.

Ma ritorniamo all'esame dei provvedimenti conosciuti: in essi nell'oggetto dell'incarico previsto nella prima parte del numero 3 dell'art. 404, si è dato risalto agli aspetti personali del beneficiario e alla sua necessità di assistenza medica e morale; in alcuni casi l'amministratore di sostegno è stato designato anche per esprimere il consenso ai trattamenti medici. Si dispone che il beneficiario sia sempre informato e talora che venga chiesto il suo consenso sulle decisioni dell'amministratore di sostegno; si dispone altresì che in caso di urgenza l'amministratore potrà decidere da solo con obbligo di rimettere entro breve termine la "questione" al giudice tutelare.

In nessun decreto è previsto l'inventario, ma spesso si richiede espressamente che l'amministratore di sostegno, presenti periodicamente un rendiconto economico, e talora apra un conto corrente dedicato; si richiede, ancora, che svolga una relazione sulle condizioni

di salute, nonché di vita personale e sociale del beneficiario.

Per gli aspetti patrimoniali nel delineare le funzioni dell'amministratore, il giudice ha trascurato quelle di assistenza, dedicando la sua attenzione ai poteri sostitutivi che spesso sono stati enunciati in maniera graduata con una indicazione analitica degli atti che lo stesso amministratore può compiere in nome e per conto dei beneficiari. In alcuni provvedimenti viene espressamente affermato che non vi sono ulteriori limiti alla capacità di agire del beneficiario, ad eccezione di quelli indicati. Da altri provvedimenti esaminati è emersa la necessità di un'area di protezione maggiore degli interessi del beneficiario al di là dell'enunciazione dei singoli atti - come prevede espressamente la legge - ed il giudice tutelare ha fatto ricorso, nonostante la mancanza di previsione legislativa, al potere sostitutivo dell'amministratore di sostegno per tutti gli atti di straordinaria amministrazione e talora anche per quelli di ordinaria amministrazione.

Laddove si è fatto richiamo a categorie di atti, è stato espressamente prevista la necessità delle autorizzazioni, come per altro proposto dal primo comma dell'art. 411. Nell'ipotesi di autorizzazioni sorge la necessità per il Notaio e di chiunque entri in contatto con l'amministratore di sostegno, di controllare non solo che sia autorizzato il compimento dell'atto, ma che questo rientri nell'ambito della tipologia di quegli atti con riferimento ai quali è avvenuta la nomina. In qualche ipotesi l'attività di ordinaria e straordinaria amministrazione è stata affidata all'amministratore di sostegno, e contemporaneamente riconosciuta al beneficiario creando difficili aree di compatibilità e prevalenza. In alcuni provvedimenti si è invece imposto un divieto al beneficiario di compiere atti determinati. In uno in particolare si dichiara che perdono efficacia le procure precedentemente rilasciate. Questa decisione del giudice è particolarmente rilevante, perché richiama un problema non avvertito dalla dottrina, è irrisolto, e cioè qual'è la sorte o meglio la residua efficacia delle procure rilasciate prima del provvedimento del giudice ritenuto che la nomina dell'amministratore di sostegno determina l'incapacità nell'area degli atti per i quali è prevista la sostituzione.

Perdono del tutto efficacia le procure precedentemente rilasciate o quelle che incidono sulla sfera dell'attività per la quale sono stati previsti i poteri sostitutivi o di assistenza dell'amministratore di sostegno?

Il problema così posto era stato risolto, nel progetto Cendon e precisamente dall'art. 18 che all'ultimo comma disponeva: "dal momento dell'emissione del decreto... perde effetto ogni procura o mandato rilasciato in precedenza dal beneficiario, salvo che il giudice non disponga diversamente".

Per ritornare alla precedente e fondamentale domanda: quando ricorrere all'interdizione? I decreti esaminati hanno messo in evidenza che il giudice tutelare in diverse ipotesi ha ritenuto di proteggere il beneficiario

non rispettando, e forse a ragione, quanto previsto dalla legge sulla analiticità del provvedimento in relazione agli atti su cui esercitare il potere sostitutivo o di assistenza, e ha fatto ricorso alla categoria astratta degli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, categoria che ha sempre caratterizzato gli istituti dell'interdizione e inabilitazione. Con la disapplicazione immediata di quest'ultimi istituti, il giudice tutelare, per una adeguata protezione della persona disabile non ha ritenuto necessario o meglio opportuno ricorrere all'interdizione rispettando l'istanza di minor impatto sociale contenuta nel ricorso e diretta alla nomina dell'Amministratore di sostegno. Ha ritenuto, così l'istituto potenzialmente suscettibile di ben più ampia applicazione di quanto risulta da una rigida lettura normativa.

Si è, quindi, già affermato nella prassi il principio che l'amministrazione di sostegno è una figura a più facce in grado, nel momento opportuno, di operare, proprio con gli stessi effetti della interdizione e inabilitazione, risparmiando al disabile il disagio sociale e la rigidità normativa che accompagnano i precedenti tradizionali istituti.

Considerato che la legge contiene indicazioni non chiare ed addirittura antinomiche, è stata esercitata dal giudice tutelare la così detta funzione nomofilattica, e cioè quella funzione integrativa della volontà del legislatore che è propria della Corte di Cassazione, ma che già è stata esercitata dai giudici di merito nel campo della volontaria giurisdizione, quando agli stessi era affidata l'omologazione degli atti societari.

La "necessità" richiesta dalla legge per far ricorso alla interdizione è da ritenere una "icona linguistica", in quanto per determinare i presupposti di applicazione della misura più invasiva, il legislatore ha fatto ricorso ad accertamenti e circostanze concrete rimesse alla valutazione del giudice tutelare, escludendo valori già pre-costituiti dall'ordinamento giuridico.

Come avviene nell'interesse del minore, spesso, si verifica nel linguaggio giuridico una conversione da una ricerca oggettivistica del criterio di bene di una persona ad una ricerca soggettivistica affidata al giudice.

Se questa è la prassi che sarà adottata dai tribunali, può dirsi che il vuoto di coordinamento ed i problemi derivanti dalla circolarità tra le tre figure di protezione degli incapaci, si possono dire colmati, valorizzando l'amministrazione di sostegno, rispetto alle altre, con la conseguente progressiva disapplicazione dei vecchi istituti.

Si attua così una riforma non voluta espressamente dal legislatore ma forse sentita, una riforma che deve essere completata da un nuovo impulso politico e da un nuovo assetto dell'attuale codificazione che andrebbe radicalmente modificata - anche per quanto riguarda i diritti personalissimi - in tutte le norme che richiamano l'interdizione, l'inabilitazione, l'amministrazione di sostegno, e le altre manifestazioni di incapacità sparse nei vari codici, per prevedere un sistema unico nel quale al disabile che abbia bisogno di cura e di aiuto in

tutte la manifestazione della sua vita di relazione sia messa accanto, sempre con intervento dell'autorità giudiziaria, un'assistente che abbia funzioni diversamente articolate.

Prima di concludere, ancora brevi notazioni su due aree critiche della legge.

Un autore, nel commentare la legge ha recentemente affermato, che non è di certo una grande manifestazione di autodeterminazione, quanto previsto dall'art. 408 introdotto all'ultima ora su iniziativa del Consiglio Nazionale del Notariato. Detto articolo prevede che l'Amministratore di sostegno possa essere designato dallo stesso interessato in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata. Si afferma criticamente che la disposizione di certo non prevede un vero e proprio mandato in previsione di una futura incapacità, come sarebbe stato opportuno prevedere.

La critica è da ritenersi ingiusta e rileva disinformazione dovuta ad una lettura solo parziale degli atti del citato convegno di Roma.

In quegli atti che hanno, come si è detto, preceduto la legge si è quasi in maniera ossessiva suggerito al legislatore l'opportunità di inserire il mandato nei termini sopradetti, richiamandone l'utilità, le esperienze degli altri paesi, ed, addirittura, pubblicando, in coda ai predetti lavori, una proposta già formulata in disegno di legge. L'appello è rimasto inascoltato; si è solo ottenuto quanto previsto dal predetto art. 408 che ha di certo i suoi limiti che consistono anche nella circostanza che ad una nomina predeterminata può farsi riferimento solo nell'ipotesi in cui chi ha indicato l'amministratore di sostegno si trovi al momento della nomina da parte del giudice tutelare, nell'assoluta incapacità di intendere e di volere. In ogni altro caso, il futuro beneficiario, sia nel momento della presentazione, del ricorso che in quello successivo del colloquio con il giudice, può suggerire la persona più idonea allo svolgimento delle funzioni di amministratore.

Ma quanto previsto dall'art. 408 può senz'altro costituire un'apertura verso il mandato in previsione della propria incapacità, in quanto la designazione può essere intesa in senso estensivo e quindi comprensiva di indicazioni compiti e limiti posti al futuro amministratore di sostegno; in altre parole la designazione potrebbe essere completata con i contenuti che caratterizzano la procura; la designazione può, altresì, prevedere la sostituzione del designato se questo non può accettare nonché l'esclusione della nomina di determinate persone non gradite allo stesso futuro beneficiario.

E anche in questi casi, a mio avviso, il giudice tutelare se vuole disapplicare tali indicazioni dovrà farlo con decreto motivato e sempre nel superiore interesse del beneficiario.

Un'ultima annotazione prima della conclusione. Abbiamo parlato di tre forme di incapacità: amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione; in realtà ne

abbiamo una quarta, l'incapacità naturale regolata dall'art. 428 del c.c., si tratta di una norma non modificata dal legislatore che deve correlarsi con le altre forme di protezione. Com'è noto gli elementi per dare rilevanza all'incapacità naturale nei rapporti negoziali, sono il danno per l'incapace, e l'elemento soggettivo che consiste nella malafede del contraente.

La dottrina ha sostenuto che la formulazione della norma è da criticare, in quanto per lo statuto protettivo dell'incapace naturale è sufficiente il danno che gli deriva dal negozio. La malafede dell'altro contraente è irrilevante. Nonostante le critiche, e le variazioni proposte dal Prof. Cendon nell'originario disegno di legge, la norma non è stata modificata e l'elemento soggettivo è stato mantenuto.

Sorge allora un dubbio: nell'ipotesi di nomina di amministratore di sostegno: per gli atti compiuti dal beneficiario, che non rientrano nella previsione del decreto di nomina, deve presumersi la malafede del contraente reso edotto dalla pubblicità che il soggetto con il quale entra in contatto è sottoposto ad una misura di protezione, o al contrario deve ritenersi protetto l'affidamento del terzo, in quanto il beneficiario conserva, per definizione legislativa la sua piena capacità di agire per tutte le attività per le quali non è stata prevista né assistenza né sostituzione? Di fronte a questa incertezza rimane danneggiata la circolazione dei beni, aumentano le perplessità di tutti coloro che entrano in contatto con il beneficiario, rimangono gravi ed irrisolti i dubbi di tutti gli operatori giuridici, ed in particolare dei Notai.

Regime patrimoniale della famiglia

Trasferimento di beni personali del coniuge in comunione legale

di TOMMASO ROMOLI

L'esclusione dei beni dall'oggetto della comunione legale e le modalità secondo cui i beni personali di un solo coniuge possono mantenere la loro personalità, anche in ipotesi di trasferimento e scambio, sono tra gli argomenti più controversi nell'ambito dell'istituto della comunione legale. Sulla complessità delle dispute si è inserita l'attività giurisprudenziale, che non solo non è valsa a eliminare o quanto meno a diminuire l'incertezza delle soluzioni, ma vi ha paradossalmente fornito ulteriore impulso.

Emblematica è un'ormai celebre sentenza della Cassazione (1), che ha affermato la natura negoziale della dichiarazione con cui il coniuge non acquirente conferma l'esclusione dalla comunione legale degli acquisti compiuti dall'altro coniuge, riconoscendogli inoltre la possibilità di rifiutare - perfino in assenza dei presupposti oggettivi per la conservazione del carattere personale del bene - la contitolarità di quanto l'altro coniuge proceda ad acquistare. La pronuncia ha acceso un fecondo dibattito in dottrina, accresciuto da successive decisioni giurisprudenziali che nel corso del tempo hanno esaminato altri aspetti rilevanti del tema.

La giurisprudenza e l'art. 179 primo comma lettera f) e ultimo comma c.c.

Si è infine giunti a recenti prese di posizione della Suprema Corte (2) proprio sul problema del trasferimento e dello scambio dei beni personali di un solo coniuge in comunione legale. Le sentenze in primo luogo forniscono lo spunto per verificare la consistenza delle questioni nascenti dall'applicazione delle regole previste dall'art. 179 primo comma lettera f) e ultimo comma c.c., con particolare riguardo all'impiego di denaro personale di un solo coniuge, e alla natura sia della dichiarazione del coniuge acquirente sia della partecipazione all'atto dell'altro coniuge. In secondo luogo esse offrono l'opportunità per "interrogarsi, una volta esclusa la riconducibilità della fattispecie all'acquisto di beni personali, sulla possibilità di rifiutare la caduta in comunione di un bene altrimenti destinato ad esservi incluso" (3). Con i loro ultimi interventi i giudici di legittimità hanno portato un notevole contributo alla ricostruzione - in conformità al dettato normativo - del

1997 e ss.; in *Giur. It.*, 1990, Parte Prima, Sez. I, cc. 75 e ss.; in *Riv. Not.*, 1989, p. 867 e ss.; in *Foro It.*, 1990, Parte Prima, cc. 608 e ss., con nota di F. Parente, *Il preteso rifiuto del coacquisto «ex lege» da parte di coniuge in comunione legale* e di A. Jannarelli, *Comunione, acquisto «ex lege», autonomia privata*; in *Giur. Agraria It.*, 1990, Fasc. 1, p. 37 e ss.; in *Arch. Civ.*, 1990, p. 492 e ss.; in *Riv. Not.*, 1990, p. 172 e ss., con nota di G. Laurini, *A proposito di un'originale interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 179 c.c.*; in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1990, p. 56 e ss.; in *Giust. Civ.*, 1990, Parte Prima, p. 1359 e ss., con nota di D. De Stefano, *È possibile impedire la «caduta» in comunione legale tra coniugi al momento dell'acquisto di un bene immobile?*; in *Giur. It.*, 1990, Parte Prima, Sez. I, cc. 1307 e ss., con nota di F. Galletta, *Estromissione di beni dalla comunione legale e consenso del coniuge*; in *Vita Not.*, 1989, Parte Prima, p. 389 e ss., con nota di M. Labriola, *Esclusione di un acquisto dalla comunione legale per consenso (rifiuto) dell'altro coniuge*; in *La Nuova Giur. Civ. Commentata*, 1990, Parte Prima, p. 219 e ss., con nota di R. De Falco; in *Rass. Dir. Civ.*, 1992, p. 591 e ss., con nota di G. Rubino, *Il «sistema» dei beni personali e la convenzione che esclude un acquisto dalla comunione legale (art. 179, comma 2, c.c.)*.

(2) Cass., 24 settembre 2004, n. 19250; Cass., 24 febbraio 2004, n. 3647; Cass., 27 febbraio 2003, n. 2954, in *Foro It.*, 2003, Parte Prima, cc. 1039 e ss., con nota di G. De Marzo; in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2003, p. 348 e ss., con nota di C. Bernardo, *Rifiuto del coacquisto da parte di coniuge nel regime di comunione legale*; in *Riv. Not.*, 2003, p. 412 e ss., con nota di M.C. Lupetti, *Rifiuto del coacquisto: è il tramonto di un'epoca?*; in *Dir. & Giust.*, 2003, Fasc. 18, p. 49 e ss., con nota di M.R. San Giorgio e con nota di F. Minniti e M. Minniti, *Non sono validi gli atti di rinuncia in deroga al regime di comunione legale. La dichiarazione del coniuge ha efficacia solo ricognitiva*; in *Il Nuovo Dir.*, 2003, p. 363 e ss., con nota di A. Scacchi, *Comunione legale dei beni - Irrinunciabilità alla comproprietà dei beni acquistati durante il matrimonio*; in Guida al Diritto, 2003, Fasc. 16, p. 32 e ss., con nota di G. Grisi, *Solo con una modifica del regime patrimoniale è possibile assecondare la volontà delle parti*; in *Arch. Civ.*, 2003, p. 725 e ss.; in *Giust. Civ.*, 2003, Parte Prima, p. 910 e ss.; in *Arch. delle locazioni e del condominio*, 2003, p. 307 e ss.; in *Famiglia e Diritto*, 2003, p. 559 e ss., con nota di F. Patti, *Il cosiddetto rifiuto del coacquisto*; in *Giust. Civ.*, 2003, Parte Prima, p. 2107 e ss., con nota di M. Finocchiaro, *La Cassazione e la «corretta» interpretazione dell'art. 179, comma 2, c.c.*; in *La Nuova Giur. Civ. Commentata*, 2003, Parte Prima, p. 911 e ss., con nota di F. Regine, *Nuove prospettive in tema di «rifiuto del coacquisto»*; in *Vita Not.*, 2003, p. 886 e ss.; in *Vita Not.*, 2003, p. 676 e ss., con nota di A. Giuliani, *Presupposti, limiti ed efficacia dell'acquisto di bene personale ai sensi dell'art. 179, lett. f), c.c.*; in *Giur. It.*, 2004, p. 281 e ss., con nota di P. Cerolini, *Comunione legale e autonomia privata*.

Note:

(1) Cass., 2 giugno 1989, n. 2688, in *Giust. Civ.*, 1989, Parte Prima, p.

(3) G. De Marzo, in *Foro It.*, Parte Prima, c. 1042.

sistema degli acquisti compiuti dai coniugi in comunione legale, cercando di superare incertezze di dottrina e giurisprudenza (4).

Il quadro legislativo di riferimento consiste nell'art. 179 primo comma lettera f) e ultimo comma c.c., in correlazione con l'art. 177 primo comma lettera a) c.c., secondo cui sono oggetto di comunione legale "gli acquisti compiuti dai due coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio, ad esclusione di quelli relativi ai beni personali".

L'art. 179 primo comma lettera f) c.c. è probabilmente il frutto del tentativo di conciliare il rispetto della titolarità esclusiva dei beni personali di ciascuno dei coniugi con il principio della loro libera circolazione (5). La norma si prefigge l'obiettivo di consentire di evitare che la titolarità individuale di uno solo dei coniugi venga meno a seguito delle vicende del commercio giuridico, senza che si voglia in nessun modo limitare né tanto meno impedire la circolazione dei beni. Si intende invece proprio promuoverla, con l'eliminazione di eventuali remore da parte del coniuge, che, in assenza di un mezzo per preservare la titolarità esclusiva dei beni, potrebbe preferire astenersi dalla loro alienazione e dal successivo acquisto, per impedire che l'oggetto di quest'ultimo divenga comune.

Si disciplina un meccanismo in grado di permettere che, nonostante l'alienazione dei beni personali di uno dei coniugi, la ricchezza dagli stessi rappresentata non entri a fare parte della comunione legale, ma rimanga personale del coniuge già titolare esclusivo del bene, creando una relazione di continuità concernente la natura personale del bene alienato e di quello acquisito (6).

Ai singoli coniugi si vuole garantire una sfera di autonomia individuale, idonea a salvaguardare i principi di libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) e di dignità umana (art. 2 Cost.) (7). Sotto questo profilo, l'art. 177 primo comma lettera a) c.c. prevede la regola generale della caduta in comunione legale immediata degli acquisti compiuti, mentre l'art. 179 c.c. contempla le eccezioni alla suddetta regola (8).

Ai sensi dell'art. 179 primo comma lettera f) c.c., "i beni acquisiti con il prezzo del trasferimento dei beni personali ... o col loro scambio" possono rimanere personali del coniuge acquirente e quindi esclusi dalla comunione legale, sempre che vi sia un'espressa dichiarazione in tal senso al momento del loro acquisto. La disposizione considera dunque il caso in cui il denaro ricavato dall'alienazione di un bene personale venga utilizzato per l'acquisto di un altro bene, stabilendo le modalità per farne salva la personalità (9).

Per i beni immobili e per i beni mobili iscritti nei pubblici registri si è stimato opportuno disporre ulteriori cautele, verosimilmente per ampliare la certezza riguardando alla loro natura personale sia nei confronti dei terzi, sia nei rapporti tra i coniugi (10).

La contrapposizione tra beni oggetto di comunione le-

gale immediata e beni personali di ciascun coniuge potrebbe rilevarsi altresì sul piano delle espressioni adoperate dal legislatore. L'art. 177 primo comma lettera a) c.c. include nella comunione legale immediata "gli acquisti compiuti" (11), mentre l'art. 179 c.c. si riferisce sempre ai "beni", o (art. 179 primo comma lettera f) c.c.) ai "beni acquisiti". Sembra che l'art. 177 primo comma lettera a) c.c. intenda cogliere essenzialmente l'aspetto dinamico dell'attività dei coniugi, mentre l'art. 179 c.c. voglia riferirsi all'aspetto statico della titolarità dei beni. Dette considerazioni, peraltro, possono subire un ridimensionamento, ove si consideri che proprio l'art. 177 primo comma lettera a) c.c. prevede inoltre l'esclusione di quelli relativi ai beni personali", riferen-

Note:

(4) Cfr. E. Quadri, *Il contenuto della comunione legale: l'itinerario esegetico della cassazione*, in *La Nuova Giur. Civ. Commentata*, 1994, Parte seconda, p. 311 e ss..

(5) Cfr. G. Beccara, *I beni personali*, in *Trattato di Dir. di Famiglia*, diretto da P. Zatti, Volume terzo, *Regime patrimoniale della famiglia*, a cura di F. Anelli e M. Sesta, Milano, 2002, p. 186, 187.

(6) Non sembra che la ratio della norma consista invece nella tutela del coniuge non acquirente, che può controllare più agevolmente l'oggetto della comunione legale con l'altro coniuge, dal momento che il vantaggio dato dalla maggiore facilità di accertare i presupposti della surrogazione è un effetto ulteriore della disposizione, diverso essendone il motivo ispiratore.

(7) Per un'attenta e completa ricostruzione delle norme sulla comunione legale nell'ambito della riforma del diritto di famiglia, v. G. Vettori, *Il dovere coniugale di contribuzione*, in *Il Diritto di Famiglia*, Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, Vol. II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1997, Ristampa 1998, p. 1 e ss.. Cfr. altresì M.R. Morelli, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Famiglia e Diritto*, 1994, p. 108, 109; G. Alpa, *I principi generali e il diritto di famiglia*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1993, p. 261 e ss.; S. Santangelo, *Alcuni aspetti della riforma del diritto familiare particolarmente significativi sul piano giuridico-sociale*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1976, p. 1263 e ss..

(8) Cfr. Cass., 27 febbraio 2003, n. 2954, cit., secondo cui "l'art. 177 c.c., stabilendo, per regola generale, che costituiscono oggetto della comunione legale dei beni fra coniugi, innanzitutto, quelli da loro acquistati, insieme o separatamente, durante il matrimonio, contempla poche eccezioni relative ai beni cc.dd. "personali", le cui categorie sono tassativamente elencate nel successivo art. 179".

(9) Il legislatore non si interessa del denaro ricavato dall'alienazione in sé - a prescindere dal suo reimpiego in un nuovo acquisto - e ciò probabilmente perché esso viene considerato comunque personale. Cfr. L.A. Scarano, *I beni acquistati con il prezzo o lo scambio di beni personali (art. 179 lett. f c.c.)*, in C.M. Bianca (a cura di), *La comunione legale*, Tomo I, Milano, 1989, p. 536.

(10) Secondo alcuni diverso è dichiarare espressamente all'atto dell'acquisto (art. 179 lettera f) c.c.) dal far risultare l'esclusione dall'atto di acquisto (art. 179 ultimo comma c.c.): cfr. M. Detti, *Oggetto, natura, amministrazione della comunione legale dei coniugi*, in *Riv. Not.*, 1976, p. 1166, 1167.

(11) Sul concetto di "acquisti compiuti", v. C. Trinchillo, *Regime di comunione legale e acquisti di beni*, in questa *Rivista*, p. 73 e ss., con un'accurata analisi della casistica; nello stesso senso v. T. Romoli, *Aspetti problematici della vendita con riserva della proprietà di beni immobili*, in questa *Rivista*, 2003, p. 193, 194, 195. Cfr. anche M. Comporti, *Gli acquisti dei coniugi in regime di comunione legale*, in *Riv. Not.*, 1979, p. 41 e ss.; M. Mazzola e G. Re, *Proposta di un diverso modo d'intendere la comunione dei beni tra coniugi*, in *Riv. Not.*, 1978, p. 773 e ss..

dosi evidentemente agli stessi "acquisti compiuti" di cui alla prima parte della medesima disposizione (12).

Denaro personale di un solo coniuge

Allo scopo di comprendere i presupposti cui è subordinata la personalità dell'acquisto che si intende ricondurre al disposto dell'art. 179 primo comma lettera f) e ultimo comma c.c., occorre domandarsi in quali termini assuma rilevanza la circostanza che il predetto acquisto venga compiuto da un solo coniuge per mezzo di denaro suo personale.

Proprio il compimento di un acquisto con denaro personale di un solo coniuge è stato il punto di partenza per la discussione sulle modalità cui l'art. 179 primo comma lettera f) e ultimo comma c.c. assoggetta la facoltà di mantenere personali gli acquisti effettuati dal coniuge in comunione legale. Sia in dottrina che in giurisprudenza si è probabilmente ritenuto che includere nella comunione legale perfino i beni acquistati da un solo coniuge mediante l'impiego di denaro suo personale avrebbe pregiudicato eccessivamente la posizione del coniuge acquirente. Si sono allora cercate di estendere le maglie del sistema per permettere il mantenimento della qualità di bene personale in un ampio spettro di situazioni, anche a dispetto del chiaro tenore dell'art. 177 primo comma lettera a) c.c..

Per valutare la correttezza di siffatti tentativi è fondamentale prendere le mosse dall'analisi in ordine alla possibilità di includere o meno il denaro nell'ambito dei beni personali del coniuge, il cui uso consente di fare salva la personalità dell'acquisto compiuto.

È essenziale premettere delle osservazioni circa la disciplina giuridica del denaro, che, dal punto di vista economico, è senza dubbio un bene, anzi è il bene economico per eccellenza. Dal punto di vista giuridico, il denaro è però soggetto a una regolamentazione peculiare rispetto agli altri beni. Questo è del resto reso manifesto dalla presenza nel mondo del diritto di due istituti diversi, vale a dire la vendita e la permuta, la cui distinzione risiede proprio nell'oggetto dello scambio che viene posto in essere (13). Nella vendita si ha scambio di denaro con un bene chiaramente differente dal denaro, mentre nella permuta si ha scambio tra un bene e un altro bene, nessuno dei quali è rappresentato dal denaro (14).

La speciale configurazione giuridica del denaro si riflette anche sulla valutazione in ordine all'inclusione o meno nell'oggetto della comunione legale dei beni acquistati mediante il suo utilizzo. La circostanza che l'acquisto di un bene avvenga per mezzo di denaro personale di un coniuge sembra avere di per sé una rilevanza alquanto residuale.

L'art. 177 primo comma lettera a) c.c. sancisce l'inclusione nella comunione legale immediata degli "acquisti compiuti dai due coniugi insieme o separatamente". L'acquisto compiuto da uno dei coniugi separatamente prescinde evidentemente dalla titolarità del denaro im-

piegato, con il risultato che l'effetto regolato non può essere impedito dal fatto che il denaro utilizzato sia escluso dalla comunione legale, salvo quanto disposto con riguardo ai beni personali (15).

Note:

(12) Cfr. E. Russo, *Nuove considerazioni sull'oggetto della comunione legale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1997, Parte Prima, p. 673, 674.

(13) Sulla citata distinzione tra i due istituti v. C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da F. Vassalli, Volume settimo, Tomo primo, **, seconda edizione, Torino, 1993, p. 1138, 1139.

(14) Cfr. M. Detti, *Oggetto, natura, amministrazione della comunione legale dei coniugi*, cit., p. 1196, 1197.

(15) Il legislatore - seguendo una tendenza risultante già dal confronto tra l'art. 374 primo comma n. 1 c.c. e l'art. 375 primo comma n. 1 c.c. - distingue pure in materia di comunione legale gli acquisti di beni dalle alienazioni. I primi possono essere compiuti con effetti verso la comunione legale anche da un solo coniuge, ai sensi dell'art. 177 primo comma lettera a) c.c., come risulta altresì confermato argomentando a contrario dall'art. 179 ultimo comma c.c., che dispone l'intervento in atto dell'altro coniuge solo al fine di escludere gli acquisti dalla comunione legale, evidenziando così la superfluità di detto intervento ove l'acquisto divenga comune: cfr. Cass., 14 novembre 2003, n. 17216, in *Riv. Not.*, 2004, p. 476 e ss., con nota di N.A. Toscano, *L'estensione applicativa dell'art. 184 c.c.: il punto sugli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali*; M.C. Andriani, *La trascrizione dell'acquisto «separato» del coniuge*, in *Riv. Not.*, 1977, p. 1041.

Le alienazioni richiedono invece il consenso congiunto di entrambi i coniugi, ai sensi dell'art. 180 ultimo comma c.c., con la relativa sanzione prevista dall'art. 184 c.c.. Se oggetto dell'atto è un bene immobile, il coniuge non intervenuto può chiedere l'annullamento dell'alienazione, mentre per l'acquisto con impiego di denaro oggetto della comunione legale avrà diritto di pretendere la ricostituzione di quest'ultima nello stato in cui essa era prima del compimento dell'atto, ai sensi dell'art. 184 ultimo comma c.c.. Detta norma si riferisce esclusivamente ai beni che già sono oggetto di comunione legale, mentre l'immobile prima dell'acquisto non vi rientra, per cui l'atto di straordinaria amministrazione riguarda il denaro adoperato e non è annullabile, dato che non concerne immobili o mobili registrati. In tal caso, il coniuge non stipulante ottiene dunque sia la ricostituzione della comunione legale sia l'acquisto di un immobile; ciò peraltro non configura indebito arricchimento, trattandosi di due fonti di acquisto tra loro autonome, atteso che il denaro per la ricostituzione della comunione di cui all'art. 184 terzo comma c.c. ha natura risarcitoria, mentre l'acquisto del bene immobile avviene ai sensi dell'art. 177 primo comma lettera a) c.c..

Non è condivisibile l'opinione di C. Navarra, *L'intervento dell'altro coniuge negli acquisti di beni personali immobili o mobili registrati*, in *Riv. Not.*, 1977, p. 1062, secondo cui "per l'acquisto di beni immobili o beni mobili elencati nell'art. 2683 cod. civ. destinati alla comunione è, pertanto, necessario l'intervento di entrambi i coniugi. Se uno solo è intervenuto in detto acquisto, l'altro coniuge potrà o chiedere l'annullamento dell'acquisto ai sensi dell'art. 184 cod. civ., oppure avvalersi dell'art. 177 cod. civ., che gli assicura la partecipazione all'acquisto; in questo ultimo caso, convalidando espressamente l'atto ai sensi del detto art. 184 cod. civ., ovvero lasciando trascorrere il termine ivi indicato senza proporre azione di annullamento dell'atto".

R. De Rubertis, *La comunione di beni tra coniugi: acquisto «separato» e «correzione» del contratto*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2000, p. 829 e ss., ritiene che l'acquisto compiuto rientri nell'ambito degli atti di amministrazione della comunione. In senso contrario, cfr. M. Atlante, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia alla luce della prima esperienza notarile*, in *Riv. Not.*, 1976, p. 9; F.D. Busnelli, *La «comunione legale» nel diritto di famiglia riformato*, in *Riv. Not.*, 1976, p. 43, 44.

È tuttavia opportuno evidenziare che il denaro può essere oggetto di comunione legale immediata solo qualora costituisca utili e incrementi dell'azienda gestita da entrambi i coniugi, ai sensi dell'art. 177 primo

(segue)

Proprio con riferimento alla disciplina di questi ultimi, si contempla la facoltà di escludere dalla comunione legale - ai sensi dell'art. 179 primo comma lettera f) c.c. - "i beni acquistati con il prezzo del trasferimento dei beni personali ... o col loro scambio". Quanto allo scambio, avendo - come si è detto - il denaro una specifica regolamentazione giuridica, distinta rispetto agli altri beni, l'uso di denaro personale di un coniuge rende comunque oggetto di comunione legale - ai sensi dell'art. 177 primo comma lettera a) c.c. - il bene che viene acquistato, poiché si è sempre al di fuori dell'istituto della permuta (16).

Invece, in caso di alienazione di un bene personale, l'utilizzo del prezzo del suo trasferimento per l'acquisto di un altro bene può non determinare la caduta di quest'ultimo nella comunione legale, permettendo invece di farne rimanere salvo il carattere personale (17). Potrebbe sembrare che questo contraddica quanto si è appena sostenuto. In realtà, però, la contraddizione è soltanto apparente: allo scopo di rendere personale l'acquisto compiuto non rileva infatti la circostanza che per esso sia stato impiegato materialmente lo stesso denaro che si è ricavato dall'alienazione del bene personale, attesa la sua caratteristica fungibilità, con conseguente impossibilità di pretendere l'identità oggettiva e materiale tra il denaro tratto dall'alienazione e quello adoperato poi per l'acquisto.

La disposizione prende dunque in considerazione - con riferimento alla produzione dell'effetto surrogatorio (18) disciplinato - non il denaro in quanto bene giuridico nella sua identità appunto oggettiva e materiale, ma il valore che esso rappresenta, cosicché il suddetto effetto surrogatorio, in grado di fare salva la personalità dell'acquisto compiuto, investe il valore utilizzato per il suo compimento, valore che discende dalla precedente alienazione di un bene personale.

Non è del resto nemmeno condivisibile ritenere che il termine "scambio" di cui all'art. 179 primo comma lettera f) c.c. vada riferito non solo alla permuta, ma anche alla vendita, e che quindi la personalità dell'acquisto potrebbe aversi non soltanto se viene alienato a titolo di permuta un bene personale, ma pure quando si proceda a un acquisto con l'impiego di denaro personale (19).

Il medesimo art. 179 primo comma lettera f) c.c. già si riferisce inequivocabilmente alla vendita, menzionando i "beni acquistati con il prezzo del trasferimento dei beni personali". Perciò, se la *ratio* fosse stata quella di consentire che l'uso di denaro personale permettesse comunque l'esclusione dalla comunione legale dei beni così acquistati, non ci sarebbe stato bisogno di prevedere la duplice eventualità di acquisti compiuti per opera del prezzo del trasferimento di beni personali ovvero mediante il loro scambio (20). Sarebbe stato piuttosto sufficiente menzionare l'unica categoria dei beni acquistati proprio con lo scambio di altri beni persona-

Note:

(segue nota 15)

comma lettera d) e ultimo comma c.c., ovvero nel caso in cui venga tratto dall'alienazione di altri beni già oggetto di comunione legale. Il denaro non può invece essere oggetto di acquisti compiuti ex art. 177 primo comma lettera a) c.c., né è evidentemente un'azienda ai sensi dell'art. 177 primo comma lettera d) c.c.. Al momento dell'instaurazione della comunione legale il denaro non ne è oggetto, ma può diventarlo soltanto successivamente. Cfr. M. Detti, *Oggetto, natura, amministrazione della comunione legale dei coniugi*, cit., p. 1195, 1196.

Per la rilevanza della distinzione tra atti di alienazione e di acquisto, v. G. Santarcangelo, *La volontaria giurisdizione*, Volume primo, *Procedimento e uffici in generale*, seconda edizione, Milano, 2003, p. 360.

(16) Cfr. Cass., 27 febbraio 2003, n. 2954, cit.

(17) Secondo una teoria, gli acquisti compiuti con l'impiego di denaro personale sono sempre oggetto di comunione legale immediata perché il denaro non rientra nelle categorie di beni previsti dall'art. 179 primo comma, lettere da a) fino a e), c.c., con conseguente impossibilità di surrogazione reale ai sensi dell'art. 179 primo comma lettera f) c.c.: cfr. P. Schlesinger, *Art. 179 c.c., Beni personali*, in L. Carraro, G. Oppo e A. Trabucchi (a cura di), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, Tomo primo, Parte prima (Artt. 1-89), *Introduzione generale - domicilio e assenza - matrimonio - scioglimento del matrimonio e separazione personale - regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 1977, p. 395, 396; V. De Paola e A. Macrì, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1978, p. 132, 133; F. Santosuosso, *Beni ed attività economica della famiglia*, in *Giur. sistematica di diritto civ. e commerciale* fondata da W. Bigiavi, II ed., Torino, 2002, p. 173; Tribunale Parma, 28 marzo 1985, n. 263, in *Riv. Not.*, 1985, p. 1204 e ss..

Secondo altri anche il denaro va considerato bene personale, che - come qualunque altro bene personale - può essere scambiato con altri beni che diventano anch'essi personali, ai sensi dell'art. 179 primo comma lettera f) e ultimo comma c.c.: v. G. Santarcangelo, *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, Vol. IV, *Regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1989, p. 188, 189; F. Corsi, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Vol. VI, tomo I, sezione I, *I rapporti patrimoniali tra coniugi in generale. La comunione legale*, Milano, 1979, p. 88, 89; M.G. Cubeddu, in *Famiglia e Diritto*, p. 603; G. Gabrielli e M.G. Cubeddu, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997, p. 51, 52, che svolgono un'analisi storica sulla formulazione della norma; L.A. Scarano, *I beni acquistati con il prezzo o lo scambio di beni personali (art. 179 lett. f c.c.)*, cit., p. 536, 537, 538; V. De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, tomo secondo, *Il Regime patrimoniale della famiglia. Nozioni introduttive - convenzioni matrimoniali - comunione legale dei beni - comunione convenzionale*, II ediz., Milano, 2002, p. 573, 574; E. Russo, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, Artt. 177-179, in *Il Codice civile Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, p. 224, 225; T. Auletta, in *La comunione legale*, in *Trattato di Diritto Privato* diretto da M. Bessone, Vol. IV, *Il Diritto di Famiglia*, tomo II, Torino, 1999, p. 212, 213; G. Gabrielli, *Acquisto in proprietà esclusiva di beni immobili o mobili registrati da parte di persona coniugata*, in *Vita Not.*, 1984, p. 665, 666; G. Lo Sardo, *Acquisto di beni con il prezzo del trasferimento di beni personali o con il loro scambio e dichiarazione di esclusione dalla comunione legale*, in *Riv. Not.*, 1995, p. 766, 767.

(18) Sotto il profilo concettuale, v. A. Magazzù, voce *Surrogazione reale*, in *Enciclopedia del Diritto*, Volume XLIII, Varese, 1990, p. 1497 e ss..

(19) Così M.C. Lupetti, *Rifiuto del coacquisto: è il tramonto di un'epoca?*, in *Riv. Not.*, 2003, p. 417 e 418.

(20) Cfr. M. Detti, *Oggetto, natura, amministrazione della comunione legale dei coniugi*, cit., p. 1196, secondo cui "lo scambio di denaro personale che non deriva dall'alienazione di un bene in natura personale, con un bene in natura, non dà luogo ad un acquisto di un bene personale". M. Finocchiaro, *Permuta di beni personali e omessa dichiarazione ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 179 c.c.. Pretesa irrilevanza*, in *Giust. Civ.*, 1997, Parte Prima, p. 2429, afferma che "è palese che la formula, da una parte, fa riferimento a tutte le ipotesi, contrattuali, di acquisto di un «bene» mediante consegna di una somma di denaro, dall'altra, richiama - espressamente - la fattispecie descritta dall'art. 1552 c.c. (permuta)".

li (21). Non si può sostenere la diversa opinione sulla base della presenza del termine “scambio” invece del termine “permuta”, dovendo ciò essere semplicemente attribuito allo scarso tecnicismo della legge 19 maggio 1975, n. 151, senza rivestire rilievo decisivo (22).

Deve dunque escludersi che l'appartenenza al coniuge acquirente del denaro impiegato per l'acquisto sia di per sé un elemento sufficiente per impedirne la caduta in comunione legale (23).

Del resto, il fatto che gli acquisti compiuti tramite i proventi dell'attività separata di uno dei coniugi siano oggetto di comunione legale ai sensi dell'art. 177 primo comma lettera a) c.c. (24) è estremamente significativo al fine di negare rilevanza alla personalità del denaro in ordine all'esclusione dalla comunione legale dell'acquisto operato per mezzo dello stesso (25).

Sia i frutti dei beni propri dei coniugi, sia i proventi della loro attività separata, se non risultano consumati al momento dello scioglimento della comunione legale, formano oggetto di comunione residuale, ai sensi dell'art. 177 primo comma rispettivamente lettere b) e c) c.c. (26). Essi sono pertanto nella libera disponibilità del singolo coniuge proprietario del bene o esercente l'attività da cui detta ricchezza viene tratta, e divengono oggetto di comunione legale soltanto quando quest'ultima si scioglie e sempre che non siano già stati consumati (27).

La norma intende così tutelare la libertà di iniziativa economica e il patrimonio personale del singolo coniuge, il quale può adoperare nel modo ritenuto più opportuno la ricchezza che è espressione dei propri beni ovvero della propria attività separata (28).

Diversamente, non è conforme alla *ratio* della disposizione, né sostenibile sulla base di qualsiasi altro riferimento legislativo, comprendere nella comunione *de residuo* “tutti i redditi percetti e percipiendi rispetto ai quali il titolare dei redditi stessi non riesca a dare la prova che sono stati consumati o per il soddisfacimento dei bisogni della famiglia o per investimenti già caduti in comunione” (29).

Note:

(21) Prima della riforma del diritto di famiglia, l'art. 217 c.c. (Oggetto della comunione) aveva un tenore letterale tale da suscitare dubbi in ordine all'inclusione della permuta nell'ambito degli strumenti giuridici idonei a fare salva la personalità dell'acquisto. Gli interpreti dovevano ricorrere a un'interpretazione correttivo-integrativa. La norma si riferiva soltanto agli acquisti “fatti col prezzo dell'alienazione della cosa già appartenente in proprio a uno dei coniugi, purché in quest'ultimo caso ciò risulti espressamente dall'atto di acquisto”. Cfr. G. Lo Sardo, *Acquisto di beni con il prezzo del trasferimento di beni personali o con il loro scambio e dichiarazione di esclusione dalla comunione legale*, cit., p. 762, 763.

(22) Cfr. F. Patti, *Il cosiddetto rifiuto del coacquisto alla luce della sentenza n. 2954/2003*, in *Riv. Not.*, 2003, p. 1558. In materia di comunione legale un altro esempio di scarso tecnicismo è l'art. 191 c.c., intitolato “Scioglimento della comunione”, mentre tecnicamente si tratta di cessazione della comunione legale, poiché a essa segue la comunione ordinaria e non lo scioglimento di qualsiasi comunione tra i coniugi, permanendo invece lo stato di indivisione; v. G. Santarcangelo, *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, Vol. IV, *Regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 535, 536.

(23) Di grande interesse è Cass., 27 febbraio 2003, n. 2954, cit., decisione che investe una controversia nascente da un atto pubblico di vendita in cui il coniuge acquirente dichiara di acquistare quanto oggetto del contratto con denaro suo proprio.

(24) Cfr. G. Lo Sardo, *Acquisto di beni con il prezzo del trasferimento di beni personali o con il loro scambio e dichiarazione di esclusione dalla comunione legale*, cit., p. 770, 771.

(25) Cfr. Cass., 23 settembre 1997, n. 9355, in *Guida al Diritto*, 1997, Fasc. 40, p. 45 e ss., con nota di A. Busani e C.M. Canali, *Destinati per legge ai bisogni della famiglia i proventi dell'attività di lavoro dei coniugi*; in *Il Corriere Giuridico*, 1998, p. 68 e ss., con nota di G. Gioia, *Titolarietà delle azioni tra fiducia germanistica e comunione legale*; in *Giur. It.*, 1998, cc. 876 e ss., con nota di N. Cipriani, *I proventi dell'attività separata dei coniugi tra comunione immediata e comunione de residuo*; in *Vita Not.*, 1998, Parte Prima, p. 920 e ss.; in *Foro It.*, 1999, Parte Prima, cc. 1324 e ss.; in *Riv. Not.*, 1999, p. 671 e ss., con nota di A. Ruotolo, *Comunione legale e proventi dell'attività separata dei coniugi*; in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1999, p. 537 e ss., con nota di L. Leone, *Regime patrimoniale della famiglia: comunione de residuo, acquisto di partecipazioni sociali con redditi di lavoro di uno dei coniugi, esercizio del diritto di opzione e proprietà dei titoli azionari gestiti da società fiduciarie*; in *La Nuova Giur. Civ. Commentata*, 1999, Parte Prima, p. 624 e ss., con nota di F. Alleva, *La natura giuridica dei proventi dell'attività separata dei coniugi in comunione legale e l'interazione di tale regime patrimoniale con la disciplina delle partecipazioni azionarie*; e Cass., 27 febbraio 2003, n. 2954, cit..

(26) Cass., 2 agosto 1986, n. 4966, in *Vita Not.*, 1986, Parte Prima, p. 1224 e ss.; in *Giur. It.*, 1987, Parte Prima, Sez. I, cc. 1662 e ss., con nota di P. Venturini, *Frutti dei beni personali e «comunione de residuo»*; in *Riv. Not.*, 1988, p. 139 e ss., asserisce che nella comunione *de residuo* occorre “da un lato, il dissolversi della convivenza coniugale con conseguente scioglimento della comunione, e, dall'altro, che i frutti dei beni personali di un coniuge, già percepiti dal titolare, non siano stati consumati nel corso della stessa convivenza”.

(27) Secondo Cass., 12 settembre 2003, n. 13441, in *Diritto & Giustizia*, 2003, Fasc. 35, p. 39 e ss., con nota di M.R. San Giorgio, *Le partecipazioni azionarie cadono in comunione ma i risparmi no*; in *Giust. Civ.*, 2004, Parte Prima, p. 341 e ss., “i redditi individuali dei coniugi, tanto che si tratti di redditi di capitali (art. 177, lettera “b”, c.c.), quanto che si tratti di proventi della loro attività separata (art. 177, lettera “c”, c.c.), non cadono automaticamente in comunione, ma rimangono di pertinenza del rispettivo titolare, salvo a diventare comuni, nella misura in cui non siano stati già consumati, al verificarsi di una causa di scioglimento della comunione”.

(28) Cfr. G. Furguele, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, p. 184, 185; M. Dogliotti, *L'oggetto della comunione legale tra coniugi: beni in comunione de residuo e beni personali*, in *Famiglia e Diritto*, 1996, p. 385. Secondo A. Ruotolo, *Comunione legale e proventi dell'attività separata dei coniugi*, in *Riv. Not.*, 1999, p. 681, “l'acquisizione differita dei redditi personali non avrebbe significato se il percettore dei redditi, dopo aver assolto l'obbligo di contribuzione, non avesse la più ampia disponibilità dei redditi stessi”. Cfr. Cass., 2 agosto 1986, n. 4966, cit.; Cass., 29 novembre 1986, n. 7060, in *Foro It.*, 1987, Parte Prima, cc. 810 e ss., con nota di A. Jannarelli, *Destinazione dei beni e pubblicità nella comunione “de residuo” ex art. 178 c.c.*; in *Giust. Civ.*, 1987, Parte Prima, p. 293 e ss., con nota di M. Finocchiaro, *Acquisto di beni immobili destinati all'esercizio di impresa da parte di persona coniugata, soggetta al regime di comunione dei beni*; in *Riv. Not.*, 1987, p. 328 e ss.; in *Vita Not.*, 1987, p. 266 e ss.; in *Giur. Comm.*, 1987, p. 754 e ss..

(29) Cass., 10 ottobre 1996, n. 8865, in *Vita Not.*, 1996, Parte Prima, p. 1200 e ss., con nota di M. Finocchiaro, *La Cassazione e la comunione de residuo: una sentenza da dimenticare*; in *Il Corriere Giuridico*, 1997, p. 36 e ss., con nota di L. Barbiera, *Oggetto della comunione de residuo e onere della prova*; così anche Cass., 17 novembre 2000, n. 14897; v. P. Schlesinger, *Art. 177 c.c., Oggetto della comunione*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, Tomo terzo, Padova, 1992, p. 116 e ss.. Secondo F. Gazzoni, *Manuale di Diritto Privato*, IX ed., Napoli, 2001, p. 370, ciò rappresenta il “totale stravolgimento della norma”.

Si è invece chiaramente valutato che il punto di equilibrio tra interesse individuale del singolo coniuge e comunione legale consiste nel conservare a ciascun coniuge la titolarità esclusiva dei frutti e dei proventi - così da consentirgliene l'utilizzazione esclusiva ai fini della soddisfazione delle proprie esigenze correnti (30) - e nel disciplinare l'inclusione nella comunione legale degli acquisti compiuti mediante il loro impiego (31).

Infatti, "nel silenzio della normativa la quale non pone obblighi di destinazione sui beni oggetto della comunione de residuo né limiti o controlli alla facoltà di "consumazione", l'esercizio di quest'ultima, ovvero l'impiego nei più vari modi, ma senza che l'operazione comporti nuovi, durevoli acquisti, sottrae "lecitamente" cespiti a quella che, al momento dello scioglimento della comunione, diverrà esattamente la comunione de residuo anzidetta, tanto da costituire un fatto "impeditivo" suscettibile di opposizione al coniuge il quale dimostri il godimento di determinate entrate da parte dell'altro (potendosi altrimenti presumere che quelle sostanze siano state semplicemente occultate)" (32).

Non ci sono vincoli di destinazione né si impongono limiti o controlli in relazione al diritto di ciascun coniuge di disporre dei propri redditi, cosicché il coniuge non percettore non è titolare di nessuna aspettativa giuridicamente tutelata sui proventi e sulle relative modalità di amministrazione (33).

L'esclusione dei redditi individuali dei coniugi dalla comunione legale immediata incontra però un limite, allorché dette sostanze siano appunto adoperate per acquistare dei beni. Opera allora il principio generale dell'acquisto in comunione legale ai sensi dell'art. 177 primo comma lettera a) c.c. (34), mancando nell'ambito dei tassativi casi di esclusione di cui all'art. 179 c.c. una previsione volta a escludere dalla comunione legale gli acquisti compiuti grazie a dette sostanze.

La titolarità del denaro utilizzato per l'acquisto non rileva neppure in ordine ai beni di uso strettamente personale, né ai beni che servono all'esercizio della professione del coniuge ai sensi dell'art. 179 primo comma rispettivamente lettere c) e d) c.c.. In entrambe le fattispecie, per quanto concerne l'esclusione dalla comunione legale, non assume rilievo l'appartenenza delle sostanze impiegate per l'acquisto dei beni, quanto la specifica loro destinazione alle finalità cui ha riguardo la norma (35).

Il legislatore considera quindi esplicitamente in modo distinto - con riferimento alla valutazione in ordine alla personalità dell'acquisto compiuto - il denaro rispetto ai beni personali del coniuge.

Come si è visto in precedenza, l'art. 179 primo comma lettera f) c.c. mostra che la personalità del denaro rileva soltanto - al fine di permettere la surrogazione - in quanto sia ricavato dalla vendita di altri beni personali. Invece, se il denaro, pur essendo personale, ha una diversa provenienza, il suo impiego non consente di fare salva la personalità dell'acquisto così compiuto (36).

Più precisamente, stante la sua caratteristica fungibilità, la surrogazione interessa in realtà il valore rappresentato e non il denaro nella sua oggettiva entità materiale. Di conseguenza, si possono rendere personali acquisti effettuati attraverso denaro personale soltanto in pre-

Note:

(30) M. Finocchiaro, *La Cassazione e la comunione de residuo: una sentenza da dimenticare*, in *Vita Not.*, 1996, Parte Prima, p. 1205, considera "chiaramente di segno antiliberal e dispotico" il contrario orientamento espresso dalla citata sentenza della Cassazione.

(31) Non sono condivisibili le considerazioni svolte da A. Maresca, *Aspetti laburistici del nuovo diritto di famiglia*, in *Foro It.*, 1976, V, c. 161, secondo cui "i proventi derivanti dall'attività lavorativa entrano a far parte del patrimonio comune immediatamente, cioè nello stesso momento in cui uno dei coniugi matura il diritto alle somme stesse", tra l'altro riprese da Cass., 23 settembre 1997, n. 9355, cit.. In base alla citata sentenza, i proventi "dell'attività separata di ciascuno dei coniugi entrano di pieno diritto a far parte della comunione immediata e, conseguentemente, entrano a far parte della comunione immediata gli acquisti compiuti dai coniugi utilizzando i proventi delle rispettive attività separate". Non è appunto condivisibile ritenere che i proventi dell'attività separata di ciascuno dei coniugi siano destinati indistintamente al consumo della famiglia, poiché in realtà la *ratio* della norma sembra consistere nell'esatto contrario di detto assunto, e più precisamente nella protezione della libertà di iniziativa economica del coniuge percettore.

(32) Cass., 12 settembre 2003, n. 13441, cit..

(33) Secondo Cass., 12 settembre 2003, n. 13441, cit., l'altro coniuge, per tutelare i propri diritti, può "sia chiedere l'anticipata separazione dei beni (art. 193 c.c., il quale, in caso di cattiva gestione di uno dei coniugi nei propri affari o di mala amministrazione dei beni, riconosce l'interesse dell'altro coniuge, esprimendo un concetto che può comprendere l'aspettativa inerente la comunione residuale), sia avvalersi di strumenti di tutela di carattere generale spettanti ad ogni creditore, del genere delle azioni revocatoria e surrogatoria nonché del risarcimento dei danni, sia, infine, in via di estremo subordine, invocare il principio di buona fede ed il divieto dell'abuso del diritto, fermo l'obbligo, per il coniuge "dissipatore", di rendere il conto delle sue entrate e di come sono state spese". L'individuazione di strumenti che consentano di prospettare in capo al coniuge non percettore di redditi una possibilità di difesa nei confronti degli abusi del coniuge percettore è stata proposta da F.D. Busnelli, *La «comunione legale» nel diritto di famiglia riformato*, cit., p. 37, 38. Cfr. inoltre F.D. Busnelli, *Linee di tendenza della dottrina nei primi due anni di applicazione della riforma del diritto di famiglia*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1979, p. 412 e ss., con rilievi di diritto comparato. V. in generale sulla comunione de residuo L. Barbiera, *La comunione legale*, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, 3, *Persone e famiglia*, Tomo secondo, Torino, 1982, p. 436 e ss.; M. Finocchiaro, *Aspetti controversi del regime patrimoniale tra i coniugi (regime patrimoniale e matrimonio, nonché questioni diverse in tema di comunione legale e di suo scioglimento)*, in *Vita Not.*, 1997, p. 1250 e ss..

(34) Sulla portata generale di detto principio cfr. Cass., 24 febbraio 2001, n. 2736, in *Giur. delle Imposte*, 2001, Parte Prima, p. 536 e ss.; in *Giur. It.*, 2001, p. 2183 e ss.; in *Riv. Not.*, 2001, p. 1432 e ss., con nota di L. Coco, *Comunione legale e redditi di partecipazione societaria*.

(35) Detti beni risultano esclusi dalla comunione legale a prescindere dalla titolarità delle sostanze impiegate per il loro acquisto, cioè anche se per esso viene utilizzato denaro rientrante in comunione legale. Trattandosi di acquisto compiuto con denaro della comunione legale, non si deve procedere "a ricostituire la comunione nello stato in cui era prima del compimento dell'atto", ai sensi dell'art. 184 c.c., se l'acquisto è compiuto con il consenso del coniuge non acquirente intervenuto in sede di stipula; si rientra allora nella fattispecie disciplinata dall'art. 192 c.c., con obbligo per il coniuge acquirente di "rimborsare alla comunione le somme prelevate dal patrimonio comune per fini diversi dall'adempimento delle obbligazioni previste dall'articolo 186".

(36) Cfr. Cass., 16 dicembre 1993, n. 12439.

senza di un atto precedente cui ricollegare il valore di cui ci si serve per effettuare l'acquisto: questo è del resto il contenuto dell'art. 179 primo comma lettera f) e ultimo comma c.c..

Non dovrebbero perciò ammettersi ulteriori ipotesi in cui la personalità del denaro utilizzato consenta di impedire l'inclusione nella comunione legale del bene acquistato per suo mezzo.

In contrario, si è riscontrata la sussistenza dei presupposti per l'acquisto di un bene personale anche qualora il denaro in questione sia pervenuto al coniuge per donazione o per successione *mortis causa* (37). La relativa giustificazione consiste nel fatto che perfino in tale evenienza si avrebbe un atto cui ricollegare la personalità del valore che viene impiegato nell'acquisto.

Questa soluzione suscita dei dubbi, dal momento che sembra andare contro la tassatività dell'art. 179 c.c. in ordine all'esclusione degli acquisti dall'oggetto della comunione legale.

Si è comunque tentata un'equiparazione tra denaro acquistato per donazione o per successione *mortis causa* ex art. 179 primo comma lettera b) c.c. e denaro ricavato dall'alienazione di beni personali di cui all'art. 179 primo comma lettera f) c.c.. L'unica possibilità per consentire siffatta equiparazione è il ricorso all'interpretazione estensiva dell'art. 179 primo comma lettera f) c.c. (38), stante la tassatività delle categorie di beni personali, con conseguente preclusione nei confronti dell'interpretazione analogica.

La giurisprudenza ha considerato verosimile escludere un bene dalla comunione legale allorché il relativo acquisto sia avvenuto per mezzo di denaro non già solo ricavato dall'alienazione di beni personali, ma altresì direttamente acquisito a titolo gratuito e poi appunto utilizzato per l'acquisto di beni (39). Nell'ambito del denaro ricavato dalla vendita di beni personali, cui evidentemente si riferisce la prima parte dell'art. 179 primo comma lettera f) c.c., questa teoria ha ritenuto che possa invero rientrare anche il denaro personale ai sensi dell'art. 179 primo comma lettera b) c.c., per cui si è giudicata insensata una differenziata disciplina. In entrambi i casi risulta la personalità del valore rappresentato dal denaro entrato a fare parte del patrimonio del singolo coniuge, valore che potrebbe appunto essere impiegato per compiere un acquisto suscettibile di esclusione dalla comunione legale.

Si può dunque concludere che, ai fini della personalità del bene acquistato e della sua esclusione dalla comunione legale ex art. 179 primo comma lettera f) e ultimo comma c.c., non rileva il mero fatto dell'uso di denaro proprio (40), ma occorre la circostanza ulteriormente qualificante che esso sia tratto da un atto precedente, cosicché risulti in modo espresso la provenienza del valore che si impiega per compiere l'acquisto (41). Non è altrimenti ammissibile la dichiarazione di esclusione del bene dalla comunione legale da parte del coniuge non acquirente, ai sensi dell'art. 179 ultimo

comma c.c., poiché mancherebbe il presupposto affinché la dichiarazione stessa produca gli effetti che le sono propri. Il legislatore ha chiaramente considerato che una diversa soluzione avrebbe determinato un varco nella sfera della comunione legale, permettendo delle elusioni nei confronti dell'inderogabilità della disciplina.

È opportuno sottolineare la differenza - quanto alla facoltà di escludere dalla comunione legale l'acquisto operato - tra denaro personale perché di titolarità del coniuge prima del matrimonio ex art. 179 primo comma lettera a) c.c. e denaro ricevuto per donazione o

Note:

(37) Cfr. M. Finocchiaro, *La Cassazione e la «corretta» interpretazione dell'art. 179, comma 2, c.c.*, in *Giust. Civ.*, 2003, Parte Prima, p. 2116.

(38) Ferma rimanendo la perplessità nel riconoscere la personalità dell'acquisto anche quando avvenga con denaro pervenuto per donazione o per successione *mortis causa*, l'applicazione del disposto di cui all'art. 179 primo comma lettera f) e ultimo comma c.c. è possibile soltanto in forza dell'interpretazione estensiva. Stante la tassatività della normativa, non è consentito il ricorso all'*analogia legis* di cui all'art. 12 secondo comma delle disposizioni sulla legge in generale.

La differenza tra i procedimenti interpretativi è chiara dal punto di vista teorico, dal momento che con il procedimento analogico si regolamentano casi comunque non contemplati dalla norma, mentre con quello interpretativo-estensivo si perviene invece all'individuazione di tutte le ipotesi disciplinate, che solo apparentemente ne sono estranee a causa della mancata espressa menzione, per cui si dice che il legislatore *minus dixit quam voluit*. Meno agevole è individuare se il procedimento interpretativo in concreto impiegato abbia carattere analogico ovvero estensivo: da ciò discendono le perplessità in ordine alla soluzione adottata, accresciute dal fatto che proprio l'utilizzo del procedimento interpretativo analogico è stato proposto da Cass., 25 ottobre 1996, n. 9307, in *Guida al Diritto*, 1997, fasc. 5, p. 71 e ss., con nota di R. Zanaboni, *La decisione suscita perplessità perché si fonda su un'interpretazione troppo formale della legge*; in *Riv. Not.*, 1997, p. 826 e ss.; in *Giust. Civ.*, 1997, Parte Prima, p. 2887 e ss., con nota di F. Picardi, *Comunione legale e acquisto personale di immobili o mobili registrati*; in *Rass. Diritto Civ.*, 1998, p. 648 e ss., con nota di S. Asta, *Gli acquisti a titolo personale di immobili o mobili registrati da parte di persona coniugata in regime di comunione legale dei beni*.

(39) Cfr. Cass., 18 agosto 1994, n. 7437, in *Le Società*, 1995, p. 499 e ss., con nota di A. Montesano, *Cessione di titoli azionari e regime patrimoniale dei coniugi*; in *La Nuova Giur. Civ. Commentata*, 1995, Parte Prima, p. 551 e ss., con nota di F. Regine, *Acquisto di azioni, dichiarazione ex art. 179, comma 1°, lett. f), cod. Civ. e comunione legale dei beni fra coniugi*; in *Vita Not.*, 1995, Parte Prima, p. 798 e ss.; in *Giust. Civ.*, 1995, Parte Prima, p. 2503 e ss.; in *Riv. Not.*, 1995, p. 939 e ss.; in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1995, p. 965 e ss.; in *Famiglia e Diritto*, 1994, p. 593 e ss., con nota di M.G. Cubeddu, *Comunione legale e beni personali: limiti probatori e dichiarazione di acquisto*, e con nota di V. Carbone, *Sul concetto di adeguatezza dei redditi del coniuge separato*, sentenza che si riferisce al controverso rapporto tra regime patrimoniale della famiglia e titolarità di pacchetti azionari. In proposito, fondamentale è il contributo di C. Trinchillo, *Partecipazioni sociali e comunione legale dei beni*, in *Riv. Not.*, 2002, p. 851 e ss..

(40) Del resto, secondo Cass., 14 marzo 1996, n. 2118, in *Foro It.*, 1996, Parte Prima, cc. 1219 e ss.; in *Giust. Civ.*, 1997, Parte Prima, p. 202 e ss.; in *Riv. Giuridica dell'Edilizia*, 1996, p. 1076 e ss., "la comunione dei beni tra coniugi è istituita dalla legge sulla base non di una presunta pari ricchezza degli sposi, ma in forza di una comunione di vita in cui sfumano e vengono meno le considerazioni economiche e contabili relative al dare e all'avere".

(41) Sull'importanza dell'esistenza di un preciso titolo di provenienza, v. V. Santarsiere, *La surrogazione dei beni personali nel diritto di famiglia*, in *Arch. Civ.*, 1995, p. 803.

successione *mortis causa* ex art. 179 primo comma lettera b) c.c..

Il legislatore ha ritenuto che dovesse essere regola generale per i coniugi in comunione legale l'espansione nella sfera giuridica del coniuge non acquirente dell'acquisto compiuto dall'altro coniuge con denaro suo personale, come si ricava dall'art. 177 primo comma lettera a) c.c..

Il principio della diffusione degli acquisti nella sfera giuridica del coniuge non acquirente può subire eccezioni soltanto in presenza di un atto cui potere inequivocabilmente ricollegare la personalità del valore utilizzato dal coniuge per effettuare l'acquisto, facendosi così salva quell'esigenza di certezza che si è vista improntare l'istituto. Può trattarsi dell'alienazione di un bene personale, di una donazione o di un acquisto per successione *mortis causa*, tutte situazioni da cui si rileva espressamente l'ingresso di un valore nel patrimonio del coniuge. Anche al fine di escludere dalla comunione legale gli acquisti compiuti con denaro proveniente da donazione o da successione per causa di morte è sempre necessario porre in essere le formalità prescritte dall'art. 179 primo comma lettera f) e ultimo comma c.c. (42).

Dopo avere verificato le ragioni per cui la semplice natura personale del denaro non è di per sé sufficiente a impedire la caduta in comunione legale dell'acquisto compiuto, bisogna soffermarsi sui presupposti e le modalità che consentono il mantenimento della natura personale degli acquisti.

La dichiarazione di cui all'art. 179 primo comma lettera f) c.c.

E' una formalità condizionante e costitutiva (43) della natura personale dell'acquisto compiuto, essendo "l'unico elemento oggettivo ed esterno d'identificazione della caratterizzazione dell'acquisto esclusivo, ed adempie anche ad una elementare funzione di pubblicità verso i terzi" (44). Per quanto concerne le sue caratteristiche strutturali, essa "non è emessa nei confronti del venditore: è emessa in occasione dell'acquisto, è autonoma rispetto ad esso, ed incide sui suoi effetti legali" (45).

Essenziale è il momento temporale (46) in cui la dichiarazione deve intervenire, dato che effetto analogo

Note:

(42) Così Cass., 25 ottobre 1996, n. 9307, cit., mentre secondo Cass., 18 agosto 1994, n. 7437, cit., questo non è sempre indispensabile. V. altresì Cass., 14 dicembre 2000, n. 15778, in *Giust. Civ.*, 2001, Parte Prima, p. 335 e ss.; in *Corriere Giuridico*, 2001, p. 645 e ss., con nota di C. Rimini, *L'acquisto di un bene immobile con denaro fornito da un terzo e l'ambito di applicazione dell'art. 179, lett. b, cod. civ.*; in *Arch. delle locazioni e del condominio*, 2001, p. 408 e ss.; in *La Nuova Giur. Civ. Commentata*, 2001, Parte Prima, p. 270 e ss., con nota di W. Finelli, *Sul difficile rapporto tra donazione indiretta e comunione legale dei beni*; in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2001, p. 938 e ss., con nota di G. Curti, *Alloggi in cooperativa, donazioni indirette e comunione legale: fattispecie insolite tra principi consolidati ed eccezioni configurabili*; in *Il Diritto di Famiglia e delle*

Persone, 2002, p. 32 e ss., con nota di B. Calabrese, *Comunione legale tra coniugi e donazione indiretta*; in *Vita Not.*, 2001, Parte Prima, p. 1235 e ss., con nota di A. Busani, *Donazioni indirette e comunione legale tra i coniugi*; in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2002, p. 33 e ss., con nota di B. Calabrese, *Comunione legale tra coniugi e donazione indiretta*; in *Riv. Not.*, 2002, p. 1469 e ss., con nota di R. Scotti, *Il problema dell'acquisto di bene immobile con denaro altrui (anche alla luce della recente riforma fiscale)*, senza che distingua a seconda che oggetto di donazione sia il denaro ovvero il bene immobile acquistato per suo mezzo. Si nega che in quest'ultima circostanza il bene possa essere oggetto di comunione legale, in quanto si riscontra la sussistenza di una liberalità indiretta, come tale esclusa dalla comunione legale ai sensi dell'art. 179 primo comma lettera b) c.c..

Più propriamente, se il denaro è fornito quale mezzo per l'acquisto dell'immobile, acquisto che costituisce il fine della donazione, "il collegamento tra la elargizione del denaro paterno e l'acquisto del bene da parte del figlio porta a concludere che si sia in presenza di una donazione indiretta dell'immobile e non già del denaro impiegato per l'acquisto: ne consegue che, in tale ipotesi, il bene acquistato, dopo il matrimonio, dal figlio è escluso dal regime di comunione legale, ai sensi dell'art. 179 lettera b) c.c.". Si può ricavare *a contrario* dalla citata pronuncia che se oggetto di donazione fosse il denaro e poi lo stesso venisse utilizzato nell'acquisto di un immobile, quest'ultimo diventerebbe oggetto della comunione legale, a meno che si realizzi quanto delineato dall'art. 179 ultimo comma c.c.. V. Cass., 15 novembre 1997, n. 11327, in *Riv. Not.*, 1998, p. 182 e ss., e in *Foro It.*, 1999, Parte Prima, cc. 994 e ss..

Critico in proposito è M. Ieva, *Le convenzioni matrimoniali e la pubblicità dei regimi patrimoniali della famiglia*, in *Riv. Not.*, 2001, p. 1264, secondo cui "la soluzione di ricondurre le liberalità indirette, ai fini dell'esclusione, all'ipotesi degli acquisti per donazione, è una interpretazione che, a mio avviso, ha effetti dirompenti sul sistema", poiché "urta certamente contro il dato letterale, è proprio al di fuori del dato testuale, e gli inconvenienti che porta sono enormi: incertezza sul regime di appartenenza del bene, scarsa tutela del coniuge, scarsa tutela dei terzi creditori".

(43) M. Dogliotti, *L'oggetto della comunione legale tra coniugi: beni in comunione de residuo e beni personali*, cit., p. 389, sostiene che "in ogni caso l'assenza della dichiarazione produce sicuramente l'effetto della caduta in comunione, ancorché tale omissione derivi da distrazione, ignoranza, errore". Così pure V. De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, tomo secondo, cit., p. 579, 580, 581; F. Santuosso, *Beni ed attività economica della famiglia*, cit., p. 175; E. Silvestri, *Formalità degli acquisti in surrogazione di cui alla lettera f) dell'art. 179 c.c.*, in C.M. Bianca (a cura di), *La comunione legale*, Tomo I, Milano, 1989, p. 566, 567; G. Santarcangelo, *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, Vol. IV, *Regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 197; G. Di Transo, *Comunione legale*, II edizione, Napoli, 1999, p. 43; V. Panuccio, *La dichiarazione di esclusione del regime di comunione e l'intervento all'atto dell'altro coniuge (art. 179 ultimo comma e lettera f cod. civ.)*, in *Vita Not.*, 1981, p. 41; A. Giuliani, *Presupposti, limiti ed efficacia dell'acquisto di bene personale ai sensi dell'art. 179, lett. f), c.c.*, in *Vita Not.*, 2003, p. 681; M. Segni, *Gli atti di straordinaria amministrazione del singolo coniuge sui beni immobili della comunione*, in *Riv. di Diritto Civ.*, 1980, Parte Prima, p. 623; C. Radice, *I beni personali*, in *Il Diritto di Famiglia*, Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, Vol. II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1997, Ristampa 1998, p. 150, 151; U. Majello, voce *Comunione dei beni tra coniugi I) Profili sostanziali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Volume VII, Roma, 1998, p. 6; Tribunale Milano, 21 dicembre 1981, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1983, p. 128 e ss., con nota di L. Natola.

(44) M. Detti, *Oggetto, natura, amministrazione della comunione legale dei coniugi*, cit., p. 1164.

(45) M. Detti, *Oggetto, natura, amministrazione della comunione legale dei coniugi*, cit., p. 1164.

(46) Secondo G. Gabrielli e M.G. Cubeddu, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit. p. 53, la dichiarazione, oltre che contemporanea, può essere perfino anteriore rispetto all'acquisto; così anche L.A. Scarano, *I beni acquistati con il prezzo o lo scambio di beni personali (art. 179 lett. f c.c.)*, cit., p. 529, 530.

non potrebbe discendere se la stessa fosse resa dopo il compimento dell'atto di acquisto (47).

Secondo alcuni autori basta che venga attestato il carattere personale del corrispettivo, senza necessità di specificarne la fonte (48), mentre secondo altri è imprescindibile l'indicazione della specifica provenienza di quanto si utilizza per l'acquisto (49).

Trattandosi di una dichiarazione unilaterale del coniuge interessato, essa non è di per sé sufficiente a dimostrare l'effettiva ricorrenza dei presupposti per la surrogazione, di cui dovrà essere fornita adeguata prova, tenuto conto del fatto che nei confronti dei terzi l'art. 197 c.c. richiede un atto avente data certa (50). Probabilmente per questa ragione il legislatore - seguendo l'impostazione generale del codice civile - ha disposto maggiori cautele quando oggetto dell'acquisto siano beni di valore tendenzialmente maggiore, come immobili e mobili registrati, per i quali esiste la specifica previsione di cui all'art. 179 ultimo comma c.c. (51). L'art. 179 primo comma lettera f) c.c. si riferisce infatti soltanto all'acquisto di beni mobili (52).

La dichiarazione del coniuge acquirente e la partecipazione all'atto dell'altro coniuge, ai sensi dell'art. 179 ultimo comma c.c.

Si sono addirittura avanzati dei dubbi in ordine alla necessità da parte del coniuge acquirente di rendere tutte le volte la dichiarazione di esclusione del bene acquistato dalla comunione legale. In particolare, sulla base dell'interpretazione letterale dell'art. 179 ultimo comma c.c., si è sostenuto che la dichiarazione di esclusione del coniuge acquirente debba risultare dall'atto di acquisto solo "se" sia presente l'altro coniuge, cosicché la stessa non sarebbe indispensabile in caso di mancata partecipazione di quest'ultimo (53). Presupposto di detta ricostruzione è che solo se l'altro coniuge interviene all'atto si potrebbero generare incertezze in ordine alla titolarità del bene.

Come però è stato riscontrato dalla Suprema Corte di Cassazione (54), la *ratio* della disposizione e il sistema generale della comunione legale sono invece destinati a fare ritenere irrinunciabili sia la dichiarazione di esclusione da parte del coniuge acquirente, sia la partecipazione all'atto dell'altro coniuge. Il "se" deve allora essere interpretato nel senso di "e purché", altrimenti si creerebbe un insanabile contrasto con il disposto dell'art. 177 primo comma lettera a) c.c., secondo cui cadono in comunione legale gli acquisti compiuti anche da uno solo dei coniugi separatamente.

Dal momento che l'art. 179 c.c. disciplina tassativamente l'esclusione dei beni dalla comunione legale - con derivante inoperatività della regola di cui all'art. 177 primo comma lettera a) c.c. - occorre che il procedimento acquisitivo sia differenziato per ottenere i diversi effetti dell'inclusione o meno dell'acquisto compiuto nell'oggetto della comunione legale, pena il pregiudizio della certezza del diritto.

Non si avrebbe certezza del diritto se si trattasse sempre di un atto di acquisto in cui intervenga soltanto il coniuge acquirente, che per di più non sarebbe neppure tenuto a rendere la dichiarazione di esclusione del bene dalla comunione legale. Ammettere questa possibilità significherebbe obliterare del tutto l'esigenza di certezza relativa alla titolarità dei beni in regime di comunione legale, poiché i terzi non potrebbero distinguere l'acquisto di un bene comune da quello di un bene personale: si avrebbe sempre l'intervento in atto del solo coniuge acquirente e la sua natura comune o personale risulterebbe

Note:

(47) Cfr. G. Lo Sardo, *Acquisto di beni con il prezzo del trasferimento di beni personali o con il loro scambio e dichiarazione di esclusione dalla comunione legale*, cit., p. 812 e ss. Si discute sulla natura negoziale o meno della dichiarazione del coniuge acquirente: cfr. P. Pitrone, *La natura giuridica della partecipazione del coniuge all'acquisto di un bene personale*, in *Rass. Diritto Civ.*, 1989, p. 817 e ss..

(48) V. P. Schlesinger, *Art. 179 c.c., Beni personali*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, Tomo terzo, cit., p. 157; A. Galasso, *Del regime patrimoniale della famiglia*, Tomo I, Art. 159-230, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *Libro primo - Delle persone e della famiglia*, Bologna-Roma, 2003, p. 286, 287; G. Beccara, *I beni personali*, in *Trattato di Diritto di Famiglia*, diretto da P. Zatti, Volume terzo, *Regime patrimoniale della famiglia*, a cura di F. Anelli e M. Sesta, cit., p. 193, 194; G. Caliendo, in *Famiglia e Diritto*, 1996, p. 53. Secondo M. Detti, *Oggetto, natura, amministrazione della comunione legale dei coniugi*, cit., p. 1166, 1167, la giustificazione della qualità personale dei beni dovrebbe riguardare solo immobili e mobili registrati, enunciando dati e circostanze da cui risulti il fondamento dell'esclusione.

(49) V. G. Lo Sardo, *Acquisto di beni con il prezzo del trasferimento di beni personali o con il loro scambio e dichiarazione di esclusione dalla comunione legale*, cit., p. 811, 812; G. Cian e A. Villani, *La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, in *Riv. di Diritto Civ.*, 1980, Parte Prima, p. 398; A. Avanzini, L. Iberati e A. Lovato, *Formulario degli atti notarili 2002*, Diciassettesima ed., Torino, 2002, p. 81; E. Russo, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, cit., p. 231, 232.

(50) Cfr. G. Santarcangelo, *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, Vol. IV, *Regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 194; G. Lo Sardo, *Acquisto di beni con il prezzo del trasferimento di beni personali o con il loro scambio e dichiarazione di esclusione dalla comunione legale*, cit., p. 807.

(51) Cfr. Cass., 24 settembre 2004, n. 19250, cit..

(52) Diversamente, E. Russo, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, cit., p. 229, 230, 231.

(53) Cass., 25 ottobre 1996, n. 9307, cit.; v. C. Navarra, *L'intervento dell'altro coniuge negli acquisti di beni personali immobili o mobili registrati*, cit., p. 1061; v. inoltre Cass., 8 febbraio 1993, n. 1556, in *Giust. Civ.*, 1993, Parte Prima, p. 2425 e ss., con nota di M. Finocchiaro, *Permuta di beni personali e omessa dichiarazione ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 179 c.c.: Pretesa irricevibilità*; in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1993, p. 980 e ss.; in *Giur. It.*, 1994, Parte Prima, Sez. I, cc. 270 e ss., con nota di B. Balboni; in *Riv. Not.*, 1994, p. 1023 e ss.; in *Riv. Not.*, 1995, p. 233 e ss., con nota di F. Marasco, *Sull'ambito applicativo delle norme di cui alla lettera f) ed all'ultimo comma dell'art. 179 c.c.: un'altra «spallata» della Cassazione al sistema della comunione legale dei beni*; in *Rass. Diritto Civ.*, 1995, p. 898 e ss., con nota di M. Di Martino, *Permuta in regime di comunione legale: è davvero così semplice rendere un acquisto personale?*, sentenza secondo cui "come si desume dalla formulazione della norma, solo quando l'altro coniuge partecipi alla stipulazione del negozio di acquisto occorre la dichiarazione bilaterale di esclusione dalla comunione (soprattutto a tutela dell'interesse dei terzi)".

(54) Cass., 24 settembre 2004, n. 19250, cit..

rebbe soltanto *ex post*, con possibili manipolazioni dovute alle contingenti esigenze dei coniugi.

La necessità per il coniuge acquirente di rendere la dichiarazione discende altresì dalla circostanza che essa è richiesta dall'art. 179 primo comma lettera f) c.c., nei cui confronti l'ultimo comma si pone come un'integrazione riferita a specifiche tipologie di beni. Pertanto, ai fini dell'esclusione dalla comunione legale, deve comunque rispettarsi quanto richiesto dall'art. 179 primo comma lettera f) c.c.. Il coniuge acquirente deve rendere la dichiarazione prescritta, essendo l'ultimo comma dell'art. 179 c.c. un'ulteriore formalità da assolvere per ottenere - con riferimento a beni immobili e mobili registrati - l'esclusione del bene dalla comunione legale (55).

L'ultimo comma dell'art. 179 c.c. richiede un maggiore rigore documentale, correlato alla natura dei beni in oggetto. La loro esclusione dalla comunione legale dipende tuttavia dalla sussistenza dei presupposti di cui al primo comma, che, alla lettera f), in caso di acquisto col prezzo del trasferimento di beni personali o col loro scambio, esige un'espressa dichiarazione all'atto dell'acquisto da parte del coniuge acquirente.

Si è asserito che la partecipazione del coniuge non acquirente sarebbe una sorta di testimonianza privilegiata (56) circa la natura personale del bene, con la conseguenza che, una volta verificatasi, sarebbe possibile fornire la prova contraria della natura comune del bene (57), e che, in assenza della stessa, se ne potrebbe comunque provare la personalità (58). Può sostanzialmente convenirsi sulla prima affermazione, dato che l'esclusione del bene dalla comunione legale può aversi soltanto quando i requisiti oggettivi si accompagnano all'intervento in atto del coniuge non acquirente, che da solo non basta.

Più delicata è la questione dell'indispensabilità o meno della sua partecipazione all'atto allo scopo di rendere personale l'acquisto compiuto dall'altro coniuge.

Se ai requisiti oggettivi si unisce l'intervento in atto del coniuge non acquirente, indiscutibilmente il bene non rientra nella comunione legale. Se invece sono presenti i requisiti oggettivi ma manca l'intervento del coniuge non acquirente, possono aversi soluzioni divergenti. La precedente giurisprudenza, nell'ambito di un processo di ridimensionamento della rigidità della disciplina della comunione legale, riteneva sufficienti i requisiti oggettivi. La partecipazione del coniuge non acquirente non era considerata indispensabile, e si consentiva l'eventuale accertamento della personalità del bene in un momento successivo a quello dell'acquisto, tenuto altresì conto della natura non negoziale della sua partecipazione (59).

Note:

(55) V. F. Corsi, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Vol. VI, tomo I, sezione I, *I rapporti patrimoniali tra coniugi* in

generale. La comunione legale, cit., p. 108; M. Detti, *Oggetto, natura, amministrazione della comunione legale dei coniugi*, cit., p. 1168, 1169; G. Gabrielli e M.G. Cubeddu, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit., p. 89; M. Mazzola e G. Re, *Proposta di un diverso modo d'intendere la comunione dei beni tra coniugi*, cit., p. 776, 777, nota 11.

(56) V. G. Oppo, *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. di Diritto Civ.*, 1976, Parte Prima, p. 111, nota 10.

(57) Cfr. Tribunale Parma, 21 gennaio 1994, in *Famiglia e Diritto*, 1994, p. 310 e ss., con nota di R. Dogliotti. Quanto alle ripercussioni di siffatta evenienza nei confronti dei terzi aventi causa dal coniuge acquirente, una soluzione potrebbe essere l'applicazione dei principi generali in materia di amministrazione dei beni oggetto della comunione legale. L'atto di alienazione posto in essere da parte del solo coniuge acquirente sarebbe soggetto all'art. 184 c.c. quanto alla sanzione e al termine di prescrizione ivi previsti, con l'obbligo per il coniuge medesimo di risarcire il danno ai terzi suoi aventi causa.

Diverse conclusioni - fondate sulla ricerca dell'inquadramento della natura giuridica dell'azione con cui il coniuge non acquirente impugna l'esclusione del bene dalla comunione assumendone l'appartenenza alla massa comune - sono proposte da B. Valignani, in *Famiglia e Diritto*, 2000, p. 355; V. De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, tomo secondo, cit., p. 589, 590; F. Corsi, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Vol. VI, tomo I, sezione I, *I rapporti patrimoniali tra coniugi in generale. La comunione legale*, cit., p. 118; e T. Auletta, *La comunione legale*, cit., p. 230, 231.

(58) Così F. Picardi, *Comunione legale e acquisto personale di immobili o mobili registrati*, in *Giust. Civ.*, 1997, Parte Prima, p. 2892, 2893.

(59) La stessa Cass., 27 febbraio 2003, n. 2954, cit., pare risentire di questa impostazione. Cfr. Cass., 9 novembre 2000, n. 14575, che si basa sulla già menzionata interpretazione letterale dell'espressione "se di esso sia stato parte anche l'altro coniuge" di cui all'articolo 179 ultimo comma c.c.. Secondo quest'ultima sentenza non sarebbero necessari né la dichiarazione di esclusione da parte del coniuge acquirente né la partecipazione all'atto dell'altro coniuge: soltanto se l'altro coniuge partecipa, il coniuge acquirente dovrebbe rendere la dichiarazione di esclusione, mentre, in assenza della suddetta partecipazione, la personalità dell'acquisto potrebbe essere accertata successivamente dall'autorità giudiziaria. La prospettata ricostruzione suscita notevoli dubbi perché sembra avulsa dalla considerazione del sistema generale dell'oggetto della comunione legale, che risulta non soltanto dall'art. 179 ultimo comma c.c., ma soprattutto dall'art. 177 primo comma lettera a) c.c. e dall'art. 179 primo comma c.c..

Ai sensi dell'art. 177 primo comma lettera a) c.c., è irrilevante che l'acquisto sia compiuto insieme o separatamente dai coniugi in comunione legale: esso costituisce oggetto della comunione salvo che si tratti di beni personali ex art. 179 c.c.. Quest'ultima norma elenca al primo comma i beni personali, mentre al secondo comma prescrive delle modalità specifiche affinché, con riferimento all'acquisto di beni immobili o mobili registrati, ne venga fatta salva la personalità. L'ultimo comma dell'art. 179 c.c. pare dunque configurare rispetto al primo comma un'integrazione che il legislatore ha stimato opportuna in considerazione delle specifiche tipologie di beni disciplinate. La citata pronuncia priva invece di contenuto l'art. 179 ultimo comma c.c., rimettendo in definitiva l'esclusione dei beni dalla comunione legale al solo disposto del primo comma. È difficile sostenere una siffatta *interpretatio abrogans* dell'art. 179 ultimo comma c.c., pur trattandosi di una disposizione di non facile applicazione per quanto concerne gli autoveicoli. Non a caso proprio a questi si riferisce l'intervento della Suprema Corte.

Mentre per gli immobili la forma scritta è richiesta *ad substantiam* dall'art. 1350 c.c. ed è quindi agevole fare risultare dall'atto di acquisto tanto l'esclusione dalla comunione legale quanto la partecipazione dell'altro coniuge, il trasferimento degli autoveicoli non è soggetto a forme tipiche e manca un documento in cui possa esprimersi la partecipazione all'atto dell'altro coniuge. Il trasferimento degli autoveicoli può avvenire verbalmente e la dichiarazione autenticata resa dal solo venditore sostituisce il titolo scritto d'acquisto all'esclusivo scopo della trascrizione nel pubblico registro automobilistico, configurando un atto formale successivo e ricognitivo dell'avvenuto trasferimento. Cfr. anche Cass., 6 febbraio 1998, n. 1292.

Diversa è la conclusione cui sono pervenuti adesso i giudici di legittimità (60), muovendo dalla considerazione che il dettato normativo è improntato a esigenze di certezza. Si impone allora di fare risultare dall'atto di acquisto la natura personale del bene attraverso lo specifico congegno di cui all'art. 179 ultimo comma c.c., ovvero mediante una sentenza che accerti la sussistenza dei requisiti per la sua personalità, senza che la natura negoziale o meno dell'intervento del coniuge non acquirente possa condurre a diverse soluzioni (61).

Proprio in considerazione della loro finalità, le modalità di esclusione dell'acquisto dalla comunione legale non potrebbero intervenire in un momento successivo rispetto al compimento dell'atto (62). Precisamente questo è il punto fondamentale della questione, dovendosi valutare la partecipazione del coniuge non acquirente con riferimento specifico agli effetti che si vogliono in concreto perseguire. Essa ha dunque insieme natura costitutiva - nel senso che in assenza della stessa, ovvero della sentenza sostitutiva, l'acquisto diviene comune senza facoltà di provarne la personalità (63) - e ricognitiva, poiché rende sì personale l'acquisto, ma solo se sussistono effettivamente i corrispondenti presupposti (64).

La partecipazione varrebbe quale attestazione della mancata opposizione all'esclusione del bene dalla comunione legale, ferma rimanendo, per il coniuge non acquirente, la possibilità di contestare il carattere personale dell'acquisto nell'ambito di un giudizio di accertamento. Invero, "tale possibilità verrebbe suggerita dall'esigenza di evitare il pratico inconveniente che altrimenti si verificherebbe se fosse un terzo a chiedere l'illegittimità della dichiarazione di esclusione del cespite dalla comunione; in questo caso, infatti, il bene potrebbe risultare appartenente alla comunione nei confronti dei terzi, rimanendo personale nei rapporti interni tra coniugi" (65).

Non è affatto necessaria una dichiarazione da parte del coniuge non acquirente, ma è sufficiente la sua partecipazione all'atto, consistente nel manifestare, "anche con il silenzio (in questo caso «espressivo»), la volontà di non opporsi o di non contestare la veridicità della dichiarazione resa dal coniuge che acquista" (66).

Si discute se il coniuge non acquirente sia parte in senso tecnico. Si propende per la tesi negativa, atteso che non è destinatario di nessun effetto, per cui la sua partecipazione si configura come un mero intervento (67). Sicuramente non riveste il ruolo di parte in senso sostanziale, dato che nella sua sfera giuridica non si produce nessun effetto. È invece controverso se possa considerarsi parte in senso formale, dipendendo la relativa soluzione dalla natura negoziale o meno che si intende ravvisare nella sua partecipazione (68). Sembra preferibile la tesi negativa, basata sulla circostanza che "l'eventuale dichiarazione non avrebbe natura dispositiva ma tutt'al più ricognitiva perché l'esclusione dell'acquisto dalla comunione dipende non già dall'assenso del-

l'altro coniuge ma dal realizzarsi della fattispecie legale" (69).

Note:

(60) Cass., 24 settembre 2004, n. 19250, cit..

(61) V. Tribunale Pistoia, 21 ottobre 1995, in *Famiglia e Diritto*, 1996, p. 50 e ss., con nota di G. Caliendo, secondo cui si tratta di "un requisito di forma (partecipazione all'atto dell'altro coniuge e consenso) in mancanza del quale l'acquisto, compiuto anche da un coniuge separatamente, costituisce oggetto di comunione (art. 177 c.c.)".

(62) Cfr. C. Radice, *I beni personali*, in *Il Diritto di Famiglia*, Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, Vol. II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 155, 156; Tribunale Catania, 14 novembre 1989, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1990, p. 556, 557.

(63) Cfr. M. Detti, *Oggetto, natura, amministrazione della comunione legale dei coniugi*, cit., p. 1169, 1170.

(64) Così G. Santarcangelo, *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, Vol. IV, *Regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 198. Differente è invece distinguere tra natura costitutiva e ricognitiva della dichiarazione in argomento con riguardo ai beni obiettivamente - in ragione del titolo o del tempo dell'acquisto - ovvero soggettivamente - in considerazione dell'uso o della funzione - personali, nel senso che per i primi la dichiarazione avrebbe valore ricognitivo e per i secondi costitutivo. Così F. Corsi, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Vol. VI, tomo I, sezione I, *I rapporti patrimoniali tra coniugi in generale. La comunione legale*, cit., p. 116, 117, 118. Al contrario, però, l'art. 179 ultimo comma c.c. non opera nessuna distinzione sotto questo profilo.

(65) B. Balboni, in *Giur. It.*, 1994, Parte I, sez. I, c. 272.

(66) Cass., 19 febbraio 2000, n. 1917, in *Giust. Civ.*, 2000, Parte Prima, p. 1365, con nota di M. Finocchiaro, *Acquisto dei beni in proprietà esclusiva del coniuge in regime di comunione legale*; in *Foro It.*, 2000, Parte Prima, cc. 2247 e ss.; in *Vita Not.*, 2000, p. 896 e ss.; in *Giur. It.*, 2001, cc. 39 e ss.; in *La Nuova Giur. Civ. Commentata*, 2001, Parte Prima, p. 16 e ss., con nota di F. Regine, *Acquisto di beni personali e ruolo dell'art. 179, comma 2°, cod. civ.*; in *Famiglia e Diritto*, 2000, p. 345 e ss., con nota di B. Valignani; in *Vita Not.*, 2000, p. 895 e ss.; v. A. Rocchietti March, *L'intervento dell'altro coniuge negli acquisti di beni personali immobili e mobili registrati*, in C.M. Bianca, (a cura di), *La comunione legale*, Tomo I, Milano, 1989, p. 585, 586; G. Gabrielli, *Acquisto in proprietà esclusiva di beni immobili o mobili registrati da parte di persona coniugata*, cit., p. 666, 667; T. Auletta, *La comunione legale*, cit., p. 223, 224, 225; G. Lo Sardo, *Acquisto di beni con il prezzo del trasferimento di beni personali o con il loro scambio e dichiarazione di esclusione dalla comunione legale*, cit., p. 833, 834, 835.

(67) V. F. Picardi, *Comunione legale e acquisto personale di immobili o mobili registrati*, cit., p. 2890; contra M. Detti, *Oggetto, natura, amministrazione della comunione legale dei coniugi*, cit., p. 1169.

(68) F. Patti, *Il cosiddetto rifiuto del coacquisto alla luce della sentenza n. 2954/2003*, cit., p. 1553, 1554, sostiene che la natura giuridica della dichiarazione sarebbe in definitiva strettamente e direttamente collegata al suo contenuto: "ove la dichiarazione del coniuge acquirente venga resa senza alcun preciso riferimento alla esistenza dei presupposti di cui alle lettere c), d) ed f) dell'art. 179 c.c. e confermata negli stessi termini dall'altro coniuge, essa non potrà che avere natura negoziale, giacché la valutazione della natura personale del bene è rimessa esclusivamente alla volontà dei coniugi, pur in assenza dei presupposti espressamente indicati dall'art. 179 c.c."

Ove invece la dichiarazione dello stipulante riconduca il proprio acquisto ad una delle specifiche situazioni di cui alle lett. c), d) ed f) dell'art. 179 c.c., la dichiarazione del coniuge non acquirente assumerà natura ricognitiva o dispositiva a seconda che con essa si sia inteso confermare la effettiva sussistenza dei presupposti di cui all'art. 179 c.c., ovvero si sia voluto che un bene venisse acquistato a titolo particolare dall'altro coniuge nel rispetto degli schemi offerti dal legislatore, ma senza volere in alcun modo entrare nel merito della sussistenza o meno dei presupposti di cui all'art. 179 c.c."

(69) Cass., 19 febbraio 2000, n. 1917, cit.; v. anche Cass., 8 febbraio 1993, n. 1556, cit.; e Cass., 24 settembre 2004, n. 19250, cit..

Una volta escluse la negoziabilità, si conclude che l'intervento dell'altro coniuge è un atto giuridico in senso stretto privo di contenuto negoziale, volto a riscontrare gli effetti della dichiarazione dell'altro coniuge circa la natura personale del bene.

Difficilmente conciliabile con il rispetto dell'autonomia privata e della libertà di iniziativa economica del coniuge acquirente sarebbe attribuire valore negoziale alla partecipazione dell'altro coniuge.

La negoziabilità precluderebbe qualsiasi intervento sostitutivo da parte dell'autorità giudiziaria e rimetterebbe sostanzialmente al coniuge non acquirente la decisione in ordine all'esclusione o meno del bene dalla comunione legale. Questi potrebbe perciò da un lato impedire l'acquisto di un bene personale pur in presenza dei presupposti di legge e dall'altro lato consentirlo anche in loro assenza.

L'intervento sostitutivo dell'autorità giudiziaria può ammettersi soltanto ove diretto all'accertamento di circostanze di fatto, qual è l'esistenza o meno nel caso concreto dei presupposti per il riconoscimento della natura personale dell'acquisto. Se invece la personalità dipendesse da una libera valutazione da parte del coniuge non acquirente, l'intervento dell'autorità giudiziaria dovrebbe escludersi poiché sarebbe invasivo della sfera di autonomia privata del soggetto.

La possibilità che la personalità dell'acquisto venga accertata in giudizio salvaguarda il coniuge acquirente, che altrimenti non avrebbe modo di opporsi al rifiuto ingiustificato dell'altro coniuge, con conseguente vanificazione dell'intento legislativo di non escludere né limitare la circolazione dei beni.

Accordando al coniuge non acquirente la facoltà discrezionale di permettere o meno l'esclusione dell'acquisto dalla comunione legale, si impedirebbe al coniuge acquirente di procedere ad acquistare beni personali, pur esistendo realmente i presupposti legali. Si avrebbe in definitiva sottrazione della disponibilità dei beni personali.

La natura negoziale della dichiarazione del coniuge non acquirente deve altresì ulteriormente negarsi per il fatto che l'art. 179 c.c. palesa che, sussistendo i relativi presupposti, è un diritto del coniuge acquirente perfezionare un acquisto personale, altrimenti si determinerebbe un'insanabile contraddizione con il primo comma della stessa norma, che non subordina la personalità dell'acquisto al consenso dell'altro coniuge.

L'intervento in atto da parte del coniuge non acquirente, previsto genericamente dall'art. 179 ultimo comma c.c., se ricorrono i requisiti di cui al primo comma per la natura personale dei beni, "non può considerarsi presupposto necessario dell'acquisto personale a favore dello stipulante, giacché in tal modo lo si renderebbe arbitro esclusivo di consentire o meno che l'acquisto assuma carattere personale; ma così non è, visto che in caso di ingiustificato rifiuto del coniuge non stipulante la sua dichiarazione può essere sostituita con provvedimento giudiziale di accertamento" (70).

La dichiarazione del coniuge non acquirente è allora una dichiarazione di scienza (71), con funzione meramente dichiarativa, e costituisce presupposto per la trascrizione del bene come personale (72), con inversione dell'onere della prova.

L'art. 179 ultimo comma c.c. ha quindi esclusivamente lo scopo di mettere il coniuge non acquirente nella condizione di verificare l'effettiva sussistenza dei presupposti oggettivi di esclusione del bene dalla comunione legale. Il suo intervento si esaurisce nella mera attestazione della ricorrenza dei requisiti di cui all'art. 179 primo comma c.c., e può essere sostituito - se il coniuge non acquirente si rifiuta di intervenire - da un accertamento pieno - in un giudizio contenzioso (73) - "della effettiva sussistenza dei presupposti per la esclusione dalla comunione" (74).

Se il coniuge non acquirente rifiuta di partecipare all'atto, il coniuge che intende addivenire all'acquisto di un bene personale ai sensi dell'art. 179 ultimo comma c.c. deve perciò promuovere nei suoi confronti un giudizio contenzioso, per fare accertare - in un momento precedente rispetto alla stipulazione dell'atto (75) - l'esistenza delle condizioni per l'acquisto di un bene personale.

Come già accennato in precedenza, si è anche sostenuto diversamente (76), nel senso che la dichiarazione potrebbe essere perfino successiva all'atto di acquisto.

Note:

(70) F. Patti, *Il cosiddetto rifiuto del coacquisto alla luce della sentenza n. 2954/2003*, cit., p. 1551, 1552.

(71) V. V. De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, tomo secondo, *Il regime patrimoniale della famiglia, Nozioni introduttive - convenzioni matrimoniali - comunione legale dei beni - comunione convenzionale*, Milano, 1995, p. 500.

(72) Secondo F. Patti, *Il cosiddetto rifiuto del coacquisto alla luce della sentenza n. 2954/2003*, cit., p. 1552, "la partecipazione al negozio traslativo anche del coniuge non acquirente è imposta dal legislatore a garanzia del sistema della pubblicità immobiliare da effettuarsi ai sensi dell'art. 2647 c.c., per segnalare il carattere personale dell'acquisto".

(73) Cfr. G. Lo Sardo, *Acquisto di beni con il prezzo del trasferimento di beni personali o con il loro scambio e dichiarazione di esclusione dalla comunione legale*, cit., p. 836 e ss.. Invece, secondo A. Finocchiaro e M. Finocchiaro, *Riforma del diritto di famiglia, Commento teorico pratico alla legge 19 maggio 1975, n. 151*, Vol. I, art. 1-89, Milano, 1975, p. 533; e F. Santosuoso, *Beni ed attività economica della famiglia*, cit., p. 179, 180, detto giudizio ha natura di volontaria giurisdizione e può inquadarsi nell'ambito dell'art. 181 c.c..

(74) P. Schlesinger, *Art. 179, Beni personali*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, Tomo terzo, cit., p. 160.

(75) Secondo G. Caliendo, cit., p. 54, "la pronuncia di accertamento deve intervenire prima dell'acquisto in questione, quale condizione indispensabile". Cfr. M. Finocchiaro, *Permuta di beni personali e omessa dichiarazione ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 179 c.c.. Pretesa irrilevanza*, cit., p. 2430.

(76) Tribunale Lucca, 8 maggio 1978, in *Riv. di diritto ipotecario*, 1978, p. 257 e ss., con nota di C. Ghigo, *La trascrizione degli acquisti dei beni destinati all'esercizio dell'impresa di uno dei coniugi e quella degli acquisti dei beni che servono all'esercizio della sua professione - artt. 178 e 179 lettera d) del cod. civ.*

Secondo questa opinione, il mancato intervento in atto del coniuge non acquirente non impedirebbe al coniuge che ha proceduto da solo all'acquisto di fornire la prova della natura personale del bene, al fine di ottenere un provvedimento giudiziale di accertamento, che potrebbe essere pure posteriore al compimento dell'atto in questione (77).

È difficile accettare questa opinione. In assenza della suddetta partecipazione, il bene diviene immediatamente oggetto di comunione legale (78) e non può trasformarsi, in seguito, in bene personale del solo coniuge acquirente, altrimenti verrebbero pregiudicate quelle esigenze di certezza che sono centrali nella disciplina della comunione legale (79).

La partecipazione del coniuge non acquirente deve dunque essere contestuale all'acquisto, non essendo consentita nessuna dichiarazione tardiva da parte dello stesso, perché altrimenti si provocherebbe la perdita, a danno della comunione, di un diritto già acquisito, al di fuori di qualsivoglia regolamentazione legislativa (80).

Si discute se il coniuge non acquirente possa impugnare la sua dichiarazione esclusivamente per simulazione ovvero per il fatto che il consenso è stato frutto di violenza, errore, dolo, o incapacità naturale, oppure se non ci siano limiti al potere di fare valere la falsità della dichiarazione. Avendo quest'ultima natura non negoziale, è inammissibile applicare la normativa sulla simulazione, che è notoriamente limitata ai contratti e ai negozi unilaterali recettizi, ma che non concerne gli atti giuridici in senso stretto (81). È invece plausibile chiedere il semplice accertamento della sua mancanza di veridicità e della conseguente assenza - in favore del solo coniuge acquirente - della personalità dell'acquisto, dal momento che detta dichiarazione non è da sola sufficiente a impedire l'inclusione del bene nella comunione legale.

L'impossibilità di revocare o di fare valere la falsità della dichiarazione produrrebbe in concreto effetti analoghi a quelli discendenti dal riconoscimento dell'ammissibilità del rifiuto del coacquisto, poiché comunque si finirebbe col permettere ai coniugi di derogare nei fatti al rigido disposto dell'art. 179 c.c. (82).

Beni "oggettivamente esclusi" dalla comunione legale

Una particolare linea ricostruttiva ha preso le mosse dall'opinione secondo cui l'art. 179 primo comma lettera f) e ultimo comma c.c. è volto a tutelare i terzi che possono subire pregiudizio dalla vicenda circolatoria, a causa della difficoltà di conoscere la natura personale o meno dell'acquisto posto in essere da uno dei coniugi.

Si è allora reputato che il corrispondente meccanismo non abbia ragione di applicarsi se il collegamento tra l'acquisto compiuto mediante un atto di permuta e la natura personale del bene con la stessa alienato risulti

oggettivamente. Questo si verifica quando a titolo di permuta viene alienato un bene obiettivamente escluso dalla comunione legale perché acquistato prima del matrimonio ai sensi dell'art. 179 primo comma lettera a) c.c., ovvero perché ricevuto a titolo di donazione o di successione *mortis causa* ai sensi dell'art. 179 primo comma lettera b) c.c. (83).

Si è inoltre affermato - con riferimento all'art. 179 primo comma lettera f) c.c., che, ai fini dell'esclusione del bene dalla comunione legale, richiede l'espressa dichiarazione all'atto dell'acquisto - che quest'ultima è necessaria soltanto nelle "fattispecie nelle quali possa essere obiettivamente incerto se l'acquisto realizzi o meno il reinvestimento (o l'investimento) di denaro avuto per donazione o per eredità o sia frutto dello scambio di beni egualmente personali" (84).

Note:

(77) Cfr. V. De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, tomo secondo, cit., p. 597, 598. Secondo Commissione Tributaria Centrale, 3 novembre 1999, n. 6615, il coniuge non intervenuto nell'atto potrebbe comunque fare salva la personalità dell'acquisto effettuato dall'altro coniuge, rilasciando successivamente una dichiarazione con cui affermi che l'acquisto è avvenuto con il ricavato della vendita di beni personali di quest'ultimo.

(78) Così Cass., 24 settembre 2004, n. 19250, cit.

(79) Cfr. A. Finocchiaro e M. Finocchiaro, *Riforma del diritto di famiglia, Commento teorico pratico alla legge 19 maggio 1975*, n. 151, Vol. I, art. 1-89, cit., p. 532, 533.

(80) Così pure P. Di Martino, *Gli acquisti in regime di comunione legale fra coniugi*, Milano, 1987, p. 29, 30.

(81) Secondo Cass., 19 febbraio 2000, n. 1917, cit., l'intervento del coniuge non acquirente, costituendo un qualificato strumento probatorio, avente valenza di riconoscimento della continuità tra bene personale ceduto e acquisto effettuato, tendente ad attestare che quanto dichiarato dal coniuge acquirente corrisponde a verità, "determina una presunzione *iuris et de iure* di esclusione della contitolarità dell'acquisto ed assicura, in modo incontrovertibile, il bene alla sfera personale dell'acquirente. Il vincolo che deriva dalla riferita presunzione non è assoluto ma può essere rimosso solo per errore di fatto o violenza, nei limiti in cui è consentito per la confessione (art. 2732 c.c.), cui può equipararsi il riconoscimento di una situazione giuridica". Avendo dunque natura confessoria, il coniuge non acquirente non potrebbe più contestare il carattere personale dell'acquisto, al di fuori di quanto espressamente previsto.

Tuttavia, si è rilevato da parte di M. Finocchiaro, *Acquisto dei beni in proprietà esclusiva del coniuge in regime di comunione legale*, cit., p. 1367, che la natura ricognitiva della dichiarazione dell'art. 179 ultimo comma c.c. mal si concilia con l'istituto della confessione, di cui si sostiene invece la natura dispositiva, così come è stato affermato da Cass., 13 gennaio 1990, n. 93.

Normalmente l'intervento del coniuge non acquirente non ha natura confessoria, consistendo unicamente nella presa d'atto della dichiarazione di esclusione. Solo se la partecipazione si connota in maniera diversa, con emissione di dichiarazioni volte a riconoscere l'effettiva sussistenza dei presupposti per l'esclusione, può in concreto ricorrere una confessione stragiudiziale, con le discendenti preclusioni nei confronti della successiva contestazione giudiziale dell'acquisto personale.

(82) Cfr. F. Regine, *Acquisto di beni personali e ruolo dell'art. 179, comma 2°*, cod. civ., in *La Nuova Giur. Civ. Commentata*, 2001, Parte Prima, p. 20, 21.

(83) V. Cass., 8 febbraio 1993, n. 1556, cit.. Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile, II, La famiglia - Le successioni*, III ed., Milano, 2001, p. 106.

(84) Cass., 18 agosto 1994, n. 7437, cit..

La dichiarazione di cui all'art. 179 primo comma lettera f) c.c. sarebbe imprescindibile innanzitutto nei confronti dei terzi creditori o aventi causa da uno dei coniugi, non essendo giustificabile gravarli dell'indagine relativa alla ricostruzione della provenienza della ricchezza utilizzata per l'acquisto. Essa spiegherebbe effetti anche nei confronti dell'altro coniuge, però solo nell'eventualità in cui il coniuge acquirente abbia la disponibilità non solamente di beni acquisiti per donazione o per successione *mortis causa*, ma pure di altre sostanze aventi una diversa provenienza, dato che la dichiarazione avrebbe la funzione di eliminare l'incertezza in ordine all'individuazione della personalità o meno di quanto impiegato per l'acquisto. Pertanto, la dichiarazione richiesta dall'art. 179 primo comma lettera f) c.c. non sarebbe dovuta nei confronti dell'altro coniuge qualora non vi siano dubbi in ordine alla natura personale delle sostanze adoperate per l'acquisto, e si conclude col ritenere "irragionevole attribuire, anche in tal caso, alla sua semplice omissione effetti sostanziali traslativi tanto gravi" (85).

Le considerazioni svolte non sono condivisibili, dal momento che le formalità di cui all'art. 179 primo comma lettera f) e ultimo comma c.c. configurano un requisito di sostanza necessario per il perfezionarsi dell'acquisto, rappresentandone dunque un elemento costitutivo (86). La suddetta interpretazione ha l'effetto di stravolgere il sistema normativo della comunione legale, che è strutturato in modo logico e organico (87). Come si è rilevato in precedenza, secondo la regola generale contenuta nell'art. 177 primo comma lettera a) c.c., si ha l'ingresso nella comunione legale di qualsiasi acquisto compiuto dai coniugi - insieme o separatamente - in costanza della medesima comunione legale, prescindendosi del tutto dall'indagine in ordine alla natura personale o meno delle sostanze utilizzate. È così evidente che la personalità di queste ultime è tendenzialmente assolutamente irrilevante, salvo quanto previsto dall'art. 179 c.c., che disciplina tassativamente l'esclusione dei beni dalla comunione legale (88).

L'art. 179 ultimo comma c.c. dispone, con riferimento ai beni immobili e mobili registrati, le modalità secondo cui farne salva la personalità. Se non si adempiono dette formalità, vale il principio generale di cui all'art. 177 primo comma lettera a) c.c., nei cui confronti è ammissibile una deroga solo se esplicitamente contemplata.

La tassatività - ai sensi dell'art. 179 c.c. - dell'esclusione dei beni dalla comunione legale impedisce il ricorso all'interpretazione analogica. La personalità degli acquisti può essere fatta salva soltanto ove ve ne sia un'espressa regolamentazione (89).

Il fatto che non vengano posti in essere gli adempimenti previsti dall'art. 179 c.c. per mantenere personale l'acquisto compiuto ne determina l'inclusione nella comunione legale. Se invece se ne consentisse comunque l'esclusione, si finirebbe col precludere al singolo coniu-

ge stipulante la possibilità di effettuare un acquisto destinato a espandersi pure nella sfera giuridica dell'altro coniuge, e magari posto in essere proprio al fine di arretrare un beneficio a quest'ultimo (90).

Non può invero sostenersi - alla luce della vigente disciplina sull'oggetto della comunione legale - che il coniuge che aliena a titolo di permuta beni suoi personali perché rientranti tra quelli indicati dall'art. 179 primo comma lettere a) e b) c.c., per fare passare i beni personali in comunione legale con il coniuge non acquirente, "non ha altro che da consentire la cointestazione

Note:

(85) Cass., 18 agosto 1994, n. 7437, cit.

(86) V. G. Lo Sardo, *Acquisto di beni con il prezzo del trasferimento di beni personali o con il loro scambio e dichiarazione di esclusione dalla comunione legale*, cit., p. 884, 885.

(87) In caso contrario, secondo M. Finocchiaro, *Permuta di beni personali e omessa dichiarazione ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 179 c.c.*. *Pretesa irrilevanza*, cit., p. 2428, bisognerebbe concludere che "la previsione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 179 c.c. costituisca una sorta di facoltativo *optional*, rimesso alla «buona intenzione» dei coniugi, ovvero tipica «grida manzoniana» all'insegna del «comanda chi può, obbedisce chi vuole»".

(88) Nella citata sentenza la Suprema Corte ha interpretato non l'art. 179 c.c. avvalendosi dei criteri interpretativi di cui all'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, ma la volontà negoziale del coniuge contraente mediante i principi relativi all'interpretazione del contratto, vale a dire ricercandone la reale intenzione, che era evidentemente nel senso di voler escludere il bene dalla comunione legale.

(89) Così perfino la giurisprudenza in materia tributaria: v. Cass., 26 settembre 1996, n. 8496, in *Giur. It.*, 1997, Parte Prima, Sez. I, cc. 895 e ss., secondo cui "la comproprietà in capo ai coniugi del bene da loro comprato in regime di comunione si verifica *ope legis*, indipendentemente dalla provenienza del denaro necessario, ed anche quando esso sia frutto della dismissione di un cespite personale, tenendosi conto che, pure in tale ipotesi, si determina la comproprietà stessa ove sia carente un'espressa previsione derogativa da includersi nel contratto [art. 179, 1° comma, lett. f), c.c.]".

V. altresì Cass., 4 ottobre 1996, n. 8722, in *Famiglia e Diritto*, 1997, p. 33 e ss., con nota di V. De Paola; Cass., 17 dicembre 1996, n. 11280, in *Il Fisco*, 1997, p. 4737 e ss., con nota di V. De Luca; in *Giur. delle Imposte*, 1997, Parte Terza, p. 665 e ss.; Cass., 28 febbraio 1996, n. 1569, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 1999, Parte Seconda, p. 1248 e ss., con nota di F. De Piaggi, *L'esenzione INVIM sul reinvestimento per acquisto in regime di comunione legale*; in *Giur. delle Imposte*, 1997, Parte III, p. 113 e ss.; in *Corriere Tributario*, 1996, p. 2593 e ss.; Cass., 12 aprile 1996, n. 3482, in *Il Fisco*, 1996, p. 9171 e ss., con nota di G. Spaziani Testa, *L'esenzione INVIM per la prima casa si applica anche all'acquisto in comunione legale fatto con il ricavato della vendita dell'immobile personale di un coniuge*; in *Gazzetta giuridica Italia oggi*, 1996, fasc. 23, Parte IV, p. 62 e ss.; in *Bollettino Tributario d'informazione*, 1996, p. 1558 e ss., con nota di G. Aiello, *Vecchie questioni in tema di agevolazioni INVIM ex legge n. 168/1982 per l'acquisto della prima casa da parte dei coniugi*; in *Riv. Not.*, 1996, p. 1465 e ss.; in *Riv. Giuridica dell'Edilizia*, 1996, p. 779 e ss.; Cass., 3 maggio 1996, n. 4085; Commissione Tributaria Centrale, 19 dicembre 1995, n. 4430, in *Giur. It.*, 1997, Parte Terza, Sez. II, cc. 8 e ss., con nota di M.C. Fregni, *Acquisto coniugale della «prima casa» in regime di comunione legale ed esenzione dall'INVIM*; in *Il Fisco*, 1996, p. 5197 e ss.; in *Riv. Giuridica dell'Edilizia*, 1996, p. 2260 e ss.; in *Giur. delle Imposte*, 1997, Parte Terza, p. 117 e ss..

(90) Cfr. M. Di Martino, *Permuta in regime di comunione legale: è davvero così semplice rendere un acquisto personale?*, in *Rass. Diritto Civ.*, 1995, p. 905 e ss.; F. Marasco, *Sull'ambito applicativo delle norme di cui alla lettera f) ed all'ultimo comma dell'art. 179 c.c.: un'altra «spallata» della Cassazione al sistema della comunione legale dei beni*, in *Riv. Not.*, 1995, p. 243 e ss..

del bene anche all'altro coniuge, mezzo questo molto più chiaro e consapevole rispetto a quello consistente semplicemente nell'omettere la dichiarazione di cui alla lett. f) dell'art. 179 c.c., ben potendo tale omissione essere dovuta a pura dimenticanza, o, comunque, a fattori estranei alla volontà di mettere in comunione anche beni che, invece, si avrebbe il diritto di conservare come personali" (91).

Il testo normativo richiede l'esatto contrario: se si procede all'acquisto *sic et simpliciter*, si applica l'art. 177 primo comma lettera a) c.c., e l'acquisto diviene oggetto di comunione legale, mentre per evitare questo effetto è necessario ricorrere agli strumenti di cui all'art. 179 primo comma lettera f) e ultimo comma c.c. (92).

Si sarebbe pure potuto disporre che, qualora la natura personale di quanto impiegato per l'acquisto di un bene risulti in modo incontrovertibile e sia rilevabile dal contenuto dell'atto, l'esclusione dell'acquisto dalla comunione legale discenda unicamente da un'apposita dichiarazione da parte del coniuge acquirente, potendosi prescindere dall'intervento in atto dell'altro coniuge.

Se viene alienato a titolo di permuta un bene la cui natura personale si evinca oggettivamente in ragione del tempo (art. 179 primo comma lettera a) c.c.) ovvero del titolo (art. 179 primo comma lettera b) c.c.) dell'acquisto, si sarebbero potute ritenere sufficienti - al fine di mantenere personale quanto si acquista col medesimo atto di permuta - la menzione in atto della personalità del bene alienato (comprensiva dell'indicazione del motivo della personalità) e la dichiarazione del coniuge acquirente volta a escludere l'acquisto dalla comunione legale. Si sarebbero così tutelati sia la libertà del coniuge acquirente in ordine alla scelta se includere o meno nella comunione legale il bene che procede ad acquistare, senza bisogno di fare intervenire l'altro coniuge, sia l'interesse dei terzi a conoscere la natura personale o meno dello stesso bene acquistato, che si sarebbe potuta agevolmente desumere dalla lettura dell'atto.

Il legislatore però ha operato una diversa valutazione, considerando sempre indispensabile non solo la dichiarazione di esclusione da parte del coniuge acquirente, ma altresì l'intervento in atto dell'altro coniuge, probabilmente stimando il maggiore formalismo più funzionale in relazione alla certezza nella circolazione dei beni (93). Pur essendo discutibile la decisione legislativa, non si può evitare di tenerne conto sotto il profilo dell'applicazione concreta degli istituti giuridici.

In definitiva, quando l'atto ha per oggetto beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, il rispetto dell'art. 179 ultimo comma c.c. costituisce l'unico mezzo per escludere che perfino l'acquisto compiuto con la permuta di un bene personale cada in comunione legale (94).

La semplice presenza dei presupposti per l'esclusione del

bene dalla comunione legale non è sufficiente, se non vi si accompagnano sia la volontà del coniuge acquirente sia la partecipazione all'atto dell'altro coniuge, in conformità al dettato dell'art. 179 c.c., così da evidenziare lo specifico carattere personale dell'acquisto (95).

Note:

(91) Cass., 18 agosto 1994, n. 7437, cit..

(92) Non pare condivisibile l'opinione di C. Bernardo, *Rifiuto del coacquisto da parte di coniuge nel regime di comunione legale*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2003, p. 361, secondo cui "la personalità del bene è sempre e comunque oggettivamente legata alla effettiva ricorrenza dei requisiti posti dall'art. 179 c.c., senza che a nulla rilevino le dichiarazioni rese dai coniugi in atto". In realtà, come si è detto, l'oggettiva sussistenza dei presupposti richiesti dall'art. 179 c.c. è solo un punto di partenza ai fini della conservazione della natura personale del bene: a essa deve accompagnarsi la dichiarazione da parte del coniuge non acquirente di cui all'art. 179 ultimo comma c.c., altrimenti il bene acquistato diventa oggetto di comunione legale. Osserva giustamente E. Silvestri, *Formalità degli acquisti in surrogazione di cui alla lettera f) dell'art. 179 c.c.*, cit., p. 567, 568, che "la lett. f) attribuisce al coniuge la facoltà di assoggettare il nuovo acquisto al regime di comunione mediante una condotta negativa, vale a dire l'omissione della dichiarazione: ne consegue che dal semplice atto di permuta, non potendosi comprendere se l'acquirente abbia o meno esercitato la facoltà di escludere il bene dalla comunione, scaturirebbero incertezze circa la sorte degli effetti dell'acquisto.

In altri termini, la dichiarazione, poiché non assolve solo la funzione di specificare la connessione fra cessione del bene personale e acquisto in sostituzione, ma è ulteriormente finalizzata ad accertare, fino a prova contraria, la direzione degli effetti dell'atto nella sfera personale, risulta anche nella specie indispensabile".

(93) Cfr. M. Ieva, *Le convenzioni matrimoniali e la pubblicità dei regimi patrimoniali della famiglia*, cit., p. 1263, secondo cui senza la partecipazione del coniuge non acquirente "il risultato è che il regime di appartenenza diventa quello comune. In altri termini il mancato rispetto di queste regole comporta la caduta in comunione; e del resto questa conseguenza determina una situazione di certezza, perché al momento dell'acquisto si individua il regime di appartenenza del bene".

(94) Anche Cass., 25 ottobre 1996, n. 9307, cit., ritiene indispensabile detta dichiarazione affinché uno dei coniugi possa "procedere all'acquisto di un immobile (o mobile registrato) come bene «personale» a norma delle lettere c), d) e f) del comma 1 dell'art. 179 c.c.". Cfr. infine Corte Appello Genova, 22 aprile 2000, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2002, p. 338 e ss., con nota di F. Piccaluga, *Favor communionis ed acquisto di beni con denaro personale*.

(95) Cfr. Cass., 24 settembre 2004, n. 19250, cit.. La sentenza si premura peraltro di salvare espressamente il contenuto delle precedenti pronunce (Cass., 8 febbraio 1993, n. 1556, cit.; Cass., 18 agosto 1994, n. 7437, cit.). Siffatto tentativo si rivela però inconciliabile con la sostanza dei principi da ultimo espressi, tanto è vero che la stessa Suprema Corte fa presente che diversi sono i presupposti delle precedenti sentenze, cercando così di giustificare e di porre la differenza nei principi giuridici enunciati.

Diritti reali

E-conveyancing: inquadramento sistematico

Studio 05.01.28.36/UE 28 gennaio 2005

(Approvato dalla Commissione Affari europei e internazionali il 28 gennaio 2005)

L'e-conveyancing e l'e-Gov.

La locuzione "e-conveyancing" (abbreviato per "electronic conveyancing") si usa per indicare "l'attuazione con modalità elettroniche dell'intero procedimento attraverso il quale si realizza il trasferimento (1) di un diritto reale immobiliare, inclusa la sua "pubblicazione" (intesa come "legale conoscibilità" per i terzi).

Il processo si inquadra nel ben più ampio fenomeno dell'"e-Gov" (abbreviato per *electronic Governance*), cioè l'utilizzazione di tecnologie elettroniche avanzate da parte dei Governi (pubbliche amministrazioni), al fine di rendere i propri servizi e le proprie prestazioni più efficienti, meno costose, in grado di garantire sempre più ampie correlazioni ed interazioni tra le varie banche dati pubbliche (*share information*).

L'e-Gov implica elevata qualità ed affidabilità dei servizi, che vengono resi veloci ed economici; consente il lavoro a distanza e ne riduce, conseguentemente, i relativi costi (2).

Il progetto di sviluppo dell'e-Gov è stato fatto proprio anche dall'Unione Europea, che già nel 1999, attraverso la Commissione, ha lanciato l'iniziativa "eEurope" (3), al fine di far fruire i cittadini dell'Unione di tutti i vantaggi e benefici resi possibili dalla nuova tecnologia informatica.

In particolare, si è ritenuto che i cambiamenti indotti dalla tecnologia elettronica avessero una portata tendenzialmente globale, con la possibilità di avvicinare le varie comunità, di creare ricchezza, consentire la condivisione di informazioni, con enormi potenziali di crescita.

Il progetto eEurope dichiara i seguenti obiettivi:

- portare tutti i cittadini dell'Unione nell'era digitale ed on-line;
- creare una Europa "digitalmente colta", supportata da una cultura imprenditoriale;
- assicurare che il processo includa tutte le fasce sociali e costruisca la fiducia dei cittadini.

Nel Giugno 2000 fu ideato l'e-Europe 2002 Action Plan, al quale è seguito l'eEurope 2005.

Gli obiettivi enunciati da tali Programmi sono: creare le condizioni ambientali che favoriscano lo sviluppo economico e la creazione di nuovi posti di lavoro; promuovere la modernizzazione dei pubblici servizi; offrire

a tutti i cittadini la possibilità di partecipare alla "società della informazione globale".

Con specifico riferimento all'e-conveyancing, sempre a livello europeo è stato dato inizio al progetto EULIS (European Land Information Services) (4) che ha ad oggetto proprio lo sviluppo internazionale - o quantomeno internazionalmente coordinato - di un sistema di registrazione dei diritti immobiliari, al fine di confrontare e risolvere problemi collegati all'accesso transfrontaliero ai dati immobiliari, usando la tecnologia informatica ed Internet, con lo scopo di consentire un migliore accesso agli organismi finanziatori, e l'obiettivo ultimo di *facilitare le operazioni di credito internazionali* (5).

E-conveyancing

L'e-conveyancing (inteso come applicazione di e-Gov ai trasferimenti immobiliari) si inserisce, dunque, in un più ampio progetto, del quale

Note:

(1) In questo contesto, la locuzione "trasferimento immobiliare" (per semplicità) si intenderà comprendere e potrà essere riferita in generale - oltre che al trasferimento - anche alla costituzione, modificazione ed estinzione di diritti reali immobiliari. Si invita, in particolare, a riferirla anche alla costituzione di garanzie immobiliari.

(2) "Information technology is a useful tool and can help breakdown bureaucracy, backwardness, inwardness, monopolistic practices, and inefficiencies in the public and private sectors. The implementation of the principles for an electronic government system with the application of information and communications technologies shall reduce barriers to entry and transaction costs in business, increase competition, and improve the mechanisms responsible for setting prices. This is the result of an improved flow of information and improved access to information sources". (La tecnologia informatica è uno strumento utile e può aiutare ad eliminare la burocrazia, l'arretratezza, la chiusura, pratiche monopolistiche e le inefficienze nei settori pubblici e privati. L'implementazione dei principi dell'e-Gov con l'applicazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione ridurrà i costi di accesso ed i costi degli scambi economici, aumenterà la competitività e migliorerà i meccanismi che determinano i costi. Ciò risulterà da un migliore flusso delle informazioni e da un migliorato accesso alle fonti di informazione).

(3) Vedi sito in bibliografia.

(4) www.eulis.org.

(5) Può essere interessante notare che ad EULIS hanno finora aderito solo: Austria, Inghilterra e Galles, Finlandia, Lituania, Norvegia, Scozia e Svezia. Nel convegno organizzato a Dublino nel novembre 2004, l'Irlanda ha dichiarato la propria intenzione di partecipare attivamente allo sviluppo di EULIS(6).

condivide e tende ad attuare - nel settore specifico dei trasferimenti immobiliari - gli stessi obiettivi: migliorare i servizi ai cittadini, rendendo i trasferimenti più veloci e meno costosi; aumentare, così, l'efficienza degli scambi favorendo, in senso ampio, lo sviluppo economico.

I Paesi in cui l'e-conveyancing (quale riflesso applicativo dell'e-Gov) hanno avuto più precoce e sostanziale impulso appartengono tutti all'area (o comunque sono di influenza) anglo-sassone: riferendoci all'e-conveyancing in particolare, si tratta, infatti, di Canada, Inghilterra ed Irlanda, Hong Kong, Singapore, Australia Occidentale, Nuova Zelanda (6).

Fino a non molti anni fa, l'adozione da parte di uno Stato di un sistema piuttosto di un altro in materia di trasferimenti immobiliari e di sua pubblicità era argomento di scarso interesse internazionale. E quindi ciò che accadeva nel mondo anglo-sassone veniva spesso ignorato dal mondo di diritto continentale (e viceversa, naturalmente).

Attualmente, però, la globalizzazione - che comporta l'espansione dei traffici economici e delle relative esigenze di finanziamento in ogni tipo di ordinamento - rende, viceversa, assolutamente inevitabile l'interesse e l'interazione tra i vari paesi per l'attuazione della indispensabile "omogeneizzazione" degli "strumenti produttivi" da intendersi in senso estremamente lato. Ciò, soprattutto, per l'inevitabile "ricaduta" economica delle diverse scelte, anche normative. (7)

Non a caso, infatti, il Rapporto "Doing Business 2005" (8) della Banca Mondiale - che analizza e classifica le economie su scala mondiale, appunto - non solo dedica un capitolo specifico alla "registrazione di diritti immobiliari", bensì afferma addirittura che:

"...La determinazione e la pubblicità dei diritti immobiliari si sono rivelate positive anche per gli imprenditori. La terra e gli edifici costituiscono tra la metà ed i tre quarti della ricchezza della maggior parte degli Stati. E con formali (i.e. validi ed efficaci) titoli di proprietà gli imprenditori possono ottenere finanziamenti (con garanzia) sulle loro proprietà immobiliari ed iniziare le loro attività..." (9)

Lo stesso Rapporto si sofferma, poi, appunto sui vari sistemi e risultati di "registrazione immobiliare". A prescindere dai risultati cui perviene (a volte piuttosto sorprendenti), è significativo l'interesse dimostrato, la metodologia di analisi e confronto, nonché il riferimento espresso che viene fatto al "Land Registry" inglese, entrato in vigore nell'ottobre 2003 e che ha lo scopo principale di attuare, nel più breve possibile, l'e-conveyancing.

È particolarmente importante sottolineare, in particolare, che l'attuazione di tali processi "elettronici" (ed in particolare dell'e-conveyancing) - come ormai è stato ampiamente messo in luce - implica necessariamente modifiche delle legislazioni sostanziali (oltre alla necessaria soluzione di importanti problemi collegati alla sicurezza ed affidabilità dei dati elettronici, come meglio si vedrà anche nel seguito (10)).

Questo dato determina l'individuazione - oltre che di problemi collegati oggettivamente alla tecnologia informatica - di problematiche collegate alle caratteristiche normative peculiari dei vari sistemi legali coinvolti nell'e-conveyancing. Tali problematiche, per le ragioni già indicate, devono però essere affrontate tenendo presente che l'importanza "globale" della materia *imporrà soluzioni quanto più possibile e sempre più "omogenee"*, a pena di vedere gravemente compromesse le possibilità di conseguire gli obiettivi che l'e-Gov, in ogni sua manifestazione, si propone.

In altri termini, e come meglio si specificherà oltre, *il fenomeno interessa e riguarda tutti i Paesi, per la duplice ragione del progressivo aumento dei contatti tra i vari ordinamenti (globalizzazione) e dell'incidenza economica che esso esercita sullo sviluppo dei traffici economici in senso ampio.* (11)

Individuazione dei problemi: come si attua l'e-conveyancing

Se molto elevate sono le aspettative per i vantaggi apportati dalla tecnologia elettronica, quasi altrettanto sottolineate sono, però, sia le difficoltà normative di adattamento, nonché le problematiche tecniche ed i pericoli ad essa collegabili.

Lo stesso "Doing Business 2005", ancora una volta, evidenzia che "...la tecnologia non è una panacea...Se i

Note:

(6) Si noti che a tutte le conferenze internazionali collegate all'e-conveyancing partecipano - soprattutto e quasi esclusivamente, oltre ai Paesi in via di sviluppo - Paesi di common law (es. Electronic Lodgment and beyond, tenutasi a Perth nel maggio 2003, a cui parteciparono sostanzialmente solo Australia, Nuova Zelanda, Inghilterra e Scozia). Però il processo interessa anche i paesi di civil law.

(7) A tutti è noto, infatti, il dilagante fenomeno della c.d. "competizione tra ordinamenti".

(8) È a disposizione della Segreteria Internazionale del Consiglio Nazionale del Notariato, a Roma, la copia integrale del Rapporto "Doing Business 2005", che sembra molto interessante soprattutto per comprendere la mentalità con cui il sistema anglo-americano affronta ed analizza le situazioni e trova le soluzioni.

(9) "... Defining and publicizing property rights have proven good for entrepreneurs as well. Land and buildings account for between half and three quarters of country wealth in most economies. And with formal property titles, entrepreneurs can obtain mortgages on their homes or land and start business..."

(10) Per tutti, tra i moltissimi, si vedano i molti articoli di Raymond Perry (tra gli altri, sul sito: www.raymondperry.co.uk; www.axeyardgallery.com/indexr.htm; www.venables.co.uk); nonché i risultati della "E-conveyancing consultation report", reperibili su www.ghostdigest.co.au/code/A_112.html).

(11) Ciò trova ulteriore conferma anche solo esaminando la lista dei Paesi partecipanti ai più recenti convegni internazionali in materia (facilmente reperibili sul WEB), con la evidente dimostrazione dell'interesse che tutti i Paesi in via di sviluppo, mostrano per tale fenomeno. Si vedano tutti i più recenti convegni: "FIG" (www.fig.net) tra i quali, in particolare, quello avente ad oggetto "e-Land administration", tenutosi ad Innsbruck il 2-4/6/2004, nonché il prossimo programmato per Il Cairo nel 2005; Lawasia (www.lawasiadowunder.com); Dublin University (www.ucc.ie/law/irishlaw/blogger/blogger.html).

dati cartacei non sono accurati ed esatti, introdurli in un computer non aiuterà. *Perciò l'attenzione deve accentrarsi sul miglioramento dell'efficienza degli attuali servizi e sulla completezza ed accuratezza dei registri...*" (12).

Per averne una immediata - ancorché assolutamente superficiale - percezione, è forse opportuno ricordare brevemente qualche esempio concreto (tra i possibili) di attuazione dell'e-conveyancing.

In tutti i sistemi legali di trasferimento che ci sono più familiari (13), il trasferimento di diritti immobiliari e la loro opponibilità ai terzi si sono finora attuati con l'intervento di diversi soggetti e l'utilizzo di mezzi cartacei. Il processo di sostituzione dei procedimenti che coinvolgono persone e carta con procedimenti elettronici, è in costante ed inarrestabile crescita, e l'e-conveyancing vuole, appunto, estenderlo ai trasferimenti immobiliari. Il fine ultimo dell'e-conveyancing, cioè, è la sostituzione di tutto il processo cartaceo con il processo elettronico.

In pratica, ed in estrema sintesi, l'idea alla base dell'e-conveyancing è:

se qualsiasi bene si può vendere e comprare su Internet e se qualsiasi trasferimento di denaro si può fare elettronicamente, perché non comprare e vendere elettronicamente anche le case? O costituire elettronicamente le garanzie immobiliari?

Per fare un esempio concreto, il prelievo di denaro dal Bancomat sostituisce elettronicamente il processo con cui una persona va in Banca, compila e firma un modulo di prelievo, lo consegna al cassiere, il quale compila altro modulo e lo firma lui stesso, e quindi consegna il denaro al cliente.

Se trasferito nell'ambito dell'e-conveyancing, questo - nella sua "ipotesi" più radicale - può significare che ciascun soggetto dotato di una Smart-card (come quella che viene utilizzata dai Notai italiani, ad esempio, ma anche diffusa come "Carta dei Servizi" da molti Comuni italiani, in collaborazione con UnionCamere) e di un computer collegato ad Internet, con relativo "lettore" di smart-card, può attuare un trasferimento immobiliare elettronico stando a casa e senza alcun contatto diretto e/o fisico tra le parti.

Ciò già avviene, appunto, nell'ambito del c.d. e-commerce.

Si pensi, ad esempio, all'acquisto di libri, dischi, vetture, che già è facilmente attuabile su Internet, in via elettronica: da casa qualsiasi persona con un computer collegato ad Internet può accedere, ad esempio, al sito "amazon.com"; cercare il libro e/o il CD desiderato, ordinarlo e confermare l'acquisto, introdurre i dati della sua carta di credito per i pagamenti e confermare con "Invio".

Dopo una decina di giorni (e dopo che il venditore ha avuto conferma del pagamento), il bene ordinato arriva a casa.

Teoricamente, nello stesso identico modo si può acquistare o vendere acquistare un bene immobile: si accede

al sito "case a milano.com" (14), si seleziona la cartella "case da 200.000 a 400.000 euro", si guardano le varie foto disponibili, si sceglie la preferita, si "ordina" (cioè si seleziona e si preme il tasto "invio") si inseriscono i dati bancari per il pagamento, e si conferma. Dopo 3 giorni (il tempo per la controparte di controllare il pagamento), la casa viene registrata a nome dell'acquirente, senza che nessuna delle parti (acquirente, venditore, banca) si sia mai fisicamente incontrata.

Se ciò appare estremo, si pensi ad un'ipotesi più "semplice": Tizio, che vuole vendere la sua casa, incontra Caio che è interessato al suo acquisto.

Entrambi sono dotati di Smart Card, e quindi si recano a casa di Tizio, dove con il suo computer accedono al sito dei Registri Immobiliari, accedono al "file" con i dati della casa di Tizio e, utilizzando le rispettive Smart Card e PIN (15) autorizzano il trasferimento della casa di Tizio a Caio. Contemporaneamente Caio, sempre usando la sua Smart Card ed il servizio "Home Banking della sua Banca, ha disposto un bonifico irrevocabile del prezzo a favore di Tizio.

Ancora più semplice può risultare "costituire elettronicamente" un'ipoteca.

Il solito Tizio, che vuole un prestito, va nella sua banca, la quale si dichiara disponibile ad accordare il prestito purché venga prestata una garanzia immobiliare.

Tizio acconsente, l'impiegato della Banca accede al Registro Immobiliare, cerca il nome del cliente, sul video

Note:

(12) Si fa qui riferimento solo al Rapporto "Doing business 2005" perché esso rende evidente l'interesse "globale", proprio degli ordinamenti più ricchi e perciò sia più coinvolti che più influenti, rispetto al fenomeno.

La bibliografia che evidenzia, però, l'importanza ed al tempo stesso le problematiche del fenomeno è estremamente ampia.

(13) In estrema sintesi, possiamo ricordare che i modelli legali (in relazione ai diritti su immobili) cui si fa qui riferimento sono i seguenti:

- *modello franco-italiano*: nel quale il trasferimento o la costituzione del diritto - in linea di principio - si realizza con il contratto in cui viene validamente espresso il consenso, mentre la trascrizione nei registri immobiliari realizza la opponibilità ai terzi (salva l'ipoteca, ad esempio, per cui la iscrizione nel registro immobiliare ha efficacia costitutiva);

- *modello tedesco*: sia il trasferimento (o la costituzione) che la pubblicità si realizzano contestualmente con la "registrazione" nel Registro immobiliare del contratto di trasferimento;

- *modelli anglosassoni*: sono due:

tradizionale: il trasferimento e l'opponibilità ai terzi si realizzano con la consegna (unilaterale) del titolo di proprietà dal venditore all'acquirente, il quale avrà in precedenza pagato l'intero prezzo; la dimostrazione della proprietà, quindi, si ha solo con la esibizione fisica del titolo (possiamo avvicinarlo - *mutatis mutandis* - ad un titolo di credito);

Torrens: il trasferimento si realizza con la registrazione nel registro immobiliare del titolo di proprietà, ma, come nel sistema anglo-sassone tradizionale, essa è preceduta dal pagamento del prezzo. A differenza del sistema tedesco (dal quale pure il Torrens ha preso ispirazione), la registrazione nel registro immobiliare non è preceduta dal duplice intervento e controllo notarile e giudiziale.

(14) Ad esempio, l'agenzia immobiliare "Tecnocasa" ha già un sito in cui si può prendere visione delle varie case disponibili.

(15) Personal Identification Number, il codice personale che viene utilizzato per il Bancomat.

compaiono i dati catastali della sua casa, l'impiegato iscrive (nell'apposita casella) l'ammontare dell'ipoteca, il cliente gli dà la smart-card, l'impiegato la inserisce nel lettore, il cliente digita il suo PIN. E l'ipoteca è iscritta.

Tutti questi esempi possono sembrare semplicistici (ed in parte volutamente lo sono), ma i problemi tecnici sottostanti sono davvero facilmente risolvibili. Ed in alcuni ordinamenti di common law pare che così semplicemente accada, soprattutto per la costituzione di garanzie immobiliari.

Ecco perché l'e-conveyancing è tanto attraente. La tecnologia elettronica la rende "teoricamente" molto semplice e davvero poco costosa.

Naturalmente in realtà l'attuazione concreta dell'e-conveyancing pone problemi di non poco conto.

Il primo in assoluto è evidenziato anche dal citato rapporto "Doing Business 2005": i dati elettronici sono attendibili nella esatta e sola misura in cui sono attendibili i dati che vi sono stati inseriti.

Ora, poiché il sistema dei diritti immobiliari viene considerato soprattutto sotto il suo profilo di "strumento" per l'accesso al credito (sotto forma di "collateral") (16), è evidente che la affidabilità del sistema (in generale) diventa presupposto indefettibile per la sua stessa reale utilità.

Nel caso di trasferimenti immobiliari, le verifiche necessarie a priori - per garantire l'attendibilità del Registro Immobiliare elettronico e quindi la sua effettiva utilità - sono molteplici. In sintesi, e senza pretesa di completezza, esse riguardano:

1. identificazione dei soggetti partecipanti (fisica e "digitale", questa ultima quasi più "fallibile" della prima);
2. verifica della legittimazione a disporre (è persona sposata? In che regime? Il rappresentante della società può disporre del bene? Se lo ha ereditato, è davvero l'unico ad avervi diritto? Etc.);

3. identificazione esatta del bene (è da ricordare che se ciò è abbastanza semplice nel mondo europeo di diritto continentale - grazie a Napoleone - nei paesi anglo-sassoni non esiste un Catasto come il nostro; da nessuna parte è, infatti, ancora completo; in Inghilterra è *in via* di completamento, ma non ancora attuato).

4. verifica della sussistenza di vincoli, pesi, ipoteche etc.: cioè *contenuto reale, in termini economici*, del bene.

Se, quindi, qualcuno ipotizza un e-conveyancing completamente "privato", senza intervento di alcun professionista, in realtà ciò appare - almeno per il momento - assolutamente non attuabile. Sembrano, infatti, essere *indispensabili*, al minimo:

- l'intervento di un professionista che compia adeguate verifiche soggettive e "legali" in senso ampio (il Registro elettronico DEVE garantire l'esistenza ed il contenuto esatto del diritto reale, altrimenti tradisce le aspettative che tutti - compreso "Doing Business 2005" - esprimono);

- un impianto normativo che "si adatti" alle esigenze

della tecnologia (ma sarebbe meglio riuscire a realizzare il contrario, cioè verificare - ed implementare - il sistema normativo che meglio può costituire il substrato per l'attuazione elettronica del procedimento di trasferimento immobiliare);

- un completo ed esatto sistema di identificazione dei beni (catasto geo-fisico aggiornato); e non a caso ci sono in corso studi e progetti monumentali in tal senso in tutto il mondo anglo-sassone e - più importante - in tutti i paesi in via di sviluppo che vogliono evidentemente migliorare il proprio "rating" anche agli occhi della Banca Mondiale.

In altri termini, l'attuazione efficace ed efficiente dell'e-conveyancing sembra imporre di verificare i seguenti profili:

1) gli impianti normativi sottostanti, che devono poter garantire sotto ogni profilo la sicurezza ed attendibilità dei dati di qualsiasi Registro Immobiliare elettronico (tipicità e *numerus clausus* dei diritti reali etc.);

2) il ruolo, le funzioni, le responsabilità del professionista che tale attendibilità e sicurezza deve garantire: può essere un agente immobiliare? Può essere un commercialista? Può essere l'impiegato di una banca? Quale il ruolo e la responsabilità del professionista, e quale del registro immobile? Questo ultimo profilo riguarda in particolare gli ordinamenti anglo-sassoni perché utilizzano - in relazione all'e-conveyancing - il sistema "Torrens", nel quale il Registro Pubblico paga per eventuali inesattezze (17).

3) I problemi elettronici, con costi e rischi correlati: (18) gli anglo-sassoni hanno e continuano a porre in rilievo i notevoli problemi che si devono affrontare e ri-

Note:

(16) Si pensi, ad esempio, a quanto la prestazione di garanzia immobiliare può facilitare e rendere meno costoso l'accesso al Credito secondo i parametri del c.d. "Accordo Basilea2", che prevede il "collateral" immobiliare come strumento tipico e principale per l'abbassamento della Loss Given Default (LGD), uno dei quattro parametri ai quali riferire, appunto, sia l'accesso che il costo del credito bancario. E Basilea2 (salve modifiche allo stato non prevedibili) entrerà in vigore - dal 2006 - per le Banche dei G10 coinvolti, e, quindi, con immediate ricadute sui soggetti dei relativi paesi.

(17) Sotto tale profilo, il sistema continentale del notariato latino potrebbe essere visto come più efficiente e meno costoso per la collettività, perché "scarica" la responsabilità sul professionista, e quindi il Registro non deve affrontare i costi di un particolare "addestramento" del suo personale, né affrontare impegnativi risarcimenti, che - almeno nelle esperienze del Torrens utilizzato negli Stati Uniti, ne hanno immediatamente mostrato i limiti e decretato il fallimento.

(18) A tal proposito, l'attuale sistema italiano (Modello Unico Informativo - MUI) sembra porsi davvero all'avanguardia. Se non ci fosse la necessità, ancora, di portare la copia cartacea all'Agenzia del territorio per realizzare la pubblicità immobiliare, probabilmente sarebbe già il sistema di e-conveyancing più avanzato al mondo, sotto tutti i profili: sicurezza, rapidità e contenimento dei costi (rapportati, naturalmente, all'efficienza - e cioè alla sicurezza - del sistema). Potrebbe, probabilmente, superare anche il sistema elettronico canadese (il primo e oggi considerato il più avanzato), perché esso ha necessariamente alla base le "debolezze" (cioè i margini di insicurezza) del sistema di trasferimento anglo-sassone.

solvere per garantire efficienza ed affidabilità ai Registri Elettronici (di ogni specie), che sono essenzialmente collegati alla sicurezza dell'acquisizione, trasferimento e conservazione dei dati elettronici.

1) Sotto il primo profilo, è necessario - sia pure in estrema sintesi - sottolineare anzitutto alcuni problemi collegati al fatto che fino ad ora l'e-conveyancing si è sviluppato solo nell'ambito di sistemi anglo-sassoni (o comunque di loro influenza).

In particolare, è stato sviluppato nell'ambito del sistema "pubblicitario" c.d. Torrens (title Registration), simile - nelle linee di fondo - al sistema di intavolazione di stampo tedesco (tali, infatti, i sistemi adottati in Nuova Zelanda, Australia e Canada, dove l'e-conveyancing è stata per prima attuata). Anche i sistemi che stanno attualmente cercando di darvi attuazione assumono, come base, una "architettura pubblicitaria" analoga (così, infatti, anche il sistema adottato dal Land Registry Act 2002 inglese, nonostante le diverse loro affermazioni). Specificamente, l'e-conveyancing applicata al Torrens implica ovunque la "pubblica affidabilità" del Land Registry (comunque sia denominato). Si parla, infatti, di "garanzia dello Stato" per le risultanze del Registro, il che corrisponde - con ampia approssimazione ma abbastanza nella sostanza - alla "fede pubblica" dei sistemi di civil law.

Da un certo punto di vista, il sistema Torrens è l'unico che - nell'ambito del sistema anglo-sassone - si presta ad una vera attuazione dell'e-conveyancing. Infatti, solo attribuire un valore determinante al Registro elettronico (c.d. *conclusiveness*) può portare alla sua effettiva utilità in vista degli scopi che, come visto, esso si propone.

Tuttavia, le caratteristiche normative "sostanziali" sottostanti al Torrens (come sistema che si colloca nell'ottica anglosassone di conveyancing) ne minano l'affidabilità finale.

Oltre a difficoltà di carattere per la verità forse più formale che sostanziale (legate al c.s. Statute of Frauds che impone la forma scritta per tutti i negozi immobiliari), molti autori sottolineano le effettive difficoltà legate alla mancanza di un preciso numero chiuso di diritti registrabili, alla mancanza di una chiara predeterminazione del loro contenuto, alla assenza di una definizione tassativa dei titoli registrabili.

Per i *civil lawyers*, inoltre, rimane inaccettabile il margine di discrezionalità dei giudici anglosassoni, che - se da un lato ne fa l'ordinamento più elastico al mondo - dall'altro lo rende appunto privo del livello di certezza e prevedibilità cui il mondo legale continentale è abituato e che sembra carattere indefettibile proprio per la stessa esistenza del Registro Elettronico.

Tali elementi devono trovare, certamente, una soluzione normativa la cui mancanza porterebbe a svuotare di contenuti l'utilità del Registro elettronico.

Può essere interessante, quindi, esaminare quali passi sono stati fatti in questo senso, con la possibilità, probabilmente, di poter offrire soluzioni che i sistemi conti-

entali hanno già elaborato da diverso tempo, e che i sistemi anglo-sassoni ancora non conoscono.

2) Sotto il secondo profilo, la necessità di dare "pubblica affidabilità" al Registro Immobiliare - con la correlata responsabilità patrimoniale per eventuali discordanze, erronee o fraudolenti che siano - ha posto in luce anche l'esigenza di chiarire (e ripensare) i diversi ruoli che al riguardo devono svolgere rispettivamente i professionisti coinvolti nel conveyancing ed i responsabili del Registro Immobiliare.

In particolare - ed in sintesi - viene da più parti rilevato che per attuare l'obiettivo di creare una banca dati pubblica, centralizzata e legalmente attendibile, si possono ipotizzare le seguenti alternative:

- i) una maggiore assunzione di responsabilità del Registro Immobiliare;
- ii) una maggiore responsabilità della professione legale per la validità legale dei trasferimenti;
- iii) l'assunzione di una pura funzione di archiviazione da parte del registro immobiliare.

Senza entrare qui nell'analisi - che sembra appunto meritevole di approfondimento specifico - sembra abbastanza diffusa l'opinione per cui un maggiore ruolo ed una maggiore responsabilità debba essere assunta dal "conveyancer". Per garantire l'efficienza del Registro Elettronico (e per contenerne i costi), infatti, si riconosce che esso non può essere gravato dell'onere di esaminare e valutare tutti i documenti che stanno alla base della verifica di legittimazione a disporre e della legalità dell'atto.

Analogamente, si ipotizza che il conveyancer debba farsi carico, altresì, della verifica dell'avvenuta riscossione dei tributi e tasse dovuti per il trasferimento.

Il mondo anglosassone sta, dunque, elaborando una figura di "conveyancer" che sembra avvicinarsi sempre di più alla figura del notaio di tipo latino (19).

Può essere utile, quindi, cominciare ad affiancare i loro studi con nostri analoghi, che mostrano come già molti degli obiettivi che da loro vengono ipotizzati sono, di fatto, almeno in parte già attuati nell'ambito dei sistemi continentali con figure professionali attribuite di specifiche funzioni, caratteristiche, responsabilità.

Dall'altra parte, perseguire ed approfondire il profilo del ruolo da attribuire al professionista può, altresì, essere utile per contrastare l'altra diffusa tendenza dei sistemi anglo-sassoni, quella - opposta - ad eliminare il più possibile i professionisti - soprattutto legali - di cui il pragmatico mondo anglosassone raramente comprende la funzione ed il vantaggio in termini economici.

Un approfondimento del punto, quindi, non dovrebbe

Nota:

(19) Tra i vari, in particolare Radloff Gustav, cit., ed anche Abbey and Richards, in un commento ufficiale al Land Registry Act (cit., pag. 106), che sottolineano come il Registro probabilmente si rifarà sui professionisti per i danni che debba risarcire per loro errori, e come ciò comporterà un aumento del costo delle assicurazioni professionali e, quindi, in definitiva della transazione.

prescindere da una valutazione compiuta anche in termini economici del ruolo svolto dal notaio di tipo latino nel processo di trasferimento immobiliare (si rimanda al "Doing Business 2005" per una più chiara idea di come gli anglosassoni facciano tali valutazioni).

3) Sotto il terzo profilo, il mondo anglosassone in cui si è sviluppato l'e-conveyancing ha già sviluppato ampiamente anche i profili problematici collegati alla tecnologia elettronica in sé.

Per quanto riguarda il fondamentale problema della sicura identificazione dei soggetti-parte, particolarmente interessante è stata la lettura di un documento elaborato da un americano che ha svolto un importante ruolo ed opera nel settore della sicurezza informatica già da molti anni. Questo autore prende atto del ruolo svolto dal notaio latino in termini di identificazione delle parti, e propone - per il mondo anglosassone - la creazione di un'istituzione internazionale che chiama "International Council for the Certification of Authentication Professionals - ICCAP", con lo scopo preciso di attuare la certificazione di "autenticatori professionisti".

Questi professionisti dovrebbero sostanzialmente ricalcare le qualifiche e le funzioni del *latin notary*, significativamente riassunte come segue: "...il notaio latino risulta dalla combinazione di un pubblico ufficio conferito da un governo con standard di qualificazione gestiti da un'associazione professionale privata. ...Solo associazioni professionali private possono avere un tale interesse a mantenere gli standard qualitativi da farli rispettare, e solo lo Stato può mandare in prigione una persona per aver violato gli obblighi di un pubblico ufficio. Quindi sono entrambi necessari componenti per una affidabile verifica delle identità, e la loro combinazione è davvero una brillante soluzione" (si noti che lo stesso può essere riferito alla soluzione anche dei problemi di ordine sostanziale).

Può essere interessante, dunque, proseguire ed approfondire il ruolo del professionista latino anche sotto il profilo della soluzione di problemi strettamente correlati alla tecnologia informatica.

In relazione agli altri problemi informatici che vengono ora affrontati dai paesi che hanno adottato o stanno adottando l'e-conveyancing, può essere importante, ancora una volta, vedere e sintetizzare le soluzioni già approntate dal mondo continentale - ed in questo l'Italia sembra aver raggiunto un livello ragguardevole.

Bisogna tenere presente, infine, che in questa fase riuscire a "proporre" delle soluzioni e degli standard è molto importante, perché, presumibilmente, sono gli standard che verranno adottati "a ruota" da tutti i Paesi - sempre più numerosi - che si sono posti sullo stesso cammino.

Conclusioni

Il processo di sviluppo dell'e-conveyancing appare inarrestabile e - sia per la globalizzazione che per l'incidenza economica dei costi relativi alle transa-

zioni immobiliari - coinvolge e coinvolgerà sempre di più tutti i paesi.

Ciò può rappresentare, per il mondo di diritto continentale, un grande pericolo ovvero una grande opportunità.

Poiché tutti quelli che lo promuovono (compreso "Doing Business 2005", cioè la Banca Mondiale) riconoscono che è essenziale - affinché il Registro Immobiliare elettronico possa davvero facilitare il credito e promuovere lo sviluppo economico - che i suoi dati siano quanto più possibile affidabili, è ipotizzabile che esso offra l'opportunità di divulgare e far apprezzare al mondo anglo-sassone soluzioni che duemila anni di evoluzione hanno forse già fornito problemi che - nella loro modernità - se analizzati attentamente richiamano antiche analogie.

Per attuare efficacemente l'e-conveyancing, infatti, bisogna coniugare *rapidità con sicurezza*, al minimo costo possibile (nessuno si aspetta il costo zero, sia chiaro. Anzi, tra le maggiori critiche all'e-conveyancing viene avanzata proprio quella di un ipotizzabile ampio costo, che si percepisce sproporzionato al risultato. E in effetti, nel sistema anglo-sassone può non essere critica infondata).

Le caratteristiche del sistema continentale sembrano renderlo effettivamente più versatile ed adatto allo sviluppo elettronico, e, in questa ottica, in particolare la figura professionale del notaio di tipo latino sembra saper rispondere a tali esigenze in misura maggiore e più efficiente rispetto ai sistemi anglosassoni tradizionali.

Per tali motivi, i paesi di diritto continentale dovrebbero forse partecipare al processo di sviluppo dell'e-conveyancing in veste più propositiva, per offrire soluzioni che forse già sono in grado di risolvere molti dei problemi emersi finora.

In particolare, gli studi possono forse evidenziare che il notaio di diritto latino può apparire la risposta "professionale" a molte istanze già sollevate dal mondo anglo-sassone.

Sotto il profilo della "certezza digitale", ad esempio, l'Italia in particolare può forse anche proporre le proprie soluzioni "informatiche", che sono state "plasmate" proprio sulla base di un sistema che individua e delinea chiaramente le funzioni, i ruoli e le responsabilità dei soggetti protagonisti del processo di trasferimento immobiliare (professionisti e Registro Immobiliare pubblico).

Altrimenti, l'assenza del mondo continentale nell'elaborazione di modelli e standards potrà portare, presumibilmente, alla necessitata accettazione di modelli elaborati dal mondo anglosassone, magari meno efficienti di quelli cui potrebbe portare la loro elaborazione concordata (20).

Nota:

(20) Ad esempio, uno dei punti deboli del sistema elaborato dal Land Registry Act 2002 (inglese) sembra potersi ritrovare nella disciplina del-
(segue)

Al riguardo, i modelli di ispirazione anglosassone su cui soffermarsi e con cui confrontarsi maggiormente potrebbero essere quelli elaborati dal Canada e dal Regno Unito.

Il primo perché è quello che viene considerato attualmente il più avanzato e sofisticato (vedi in appendice); il secondo per l'aggressività con cui viene "propagandato" e per la vicinanza geo-politica, che lo rendono il modello più "probabile" in ambito europeo.

Uno studio condotto anche in termini economici, alla stregua di quelli usati abitualmente dal mondo anglosassone, può dunque portare a svolgere un ruolo di rilievo in questo settore importante per tutti i profili già evidenziati.

Eliana Morandi

Appendice

A soli fini di prima e superficialissima informazione, si riportano brevemente le situazioni in alcuni dei paesi già fortemente impegnati nello sviluppo (dell'e-Gov e, in particolare) dell'e-conveyancing.

Canada

Il Canada è il Paese leader in materia di "registrazione elettronica", attuata mantenendosi all'interno del sistema "Torrens".

Negli anni 80 una alleanza tra il Ministero dell'Ontario per I Servizi ai Consumatori ed alle imprese e la società privata "Teranet" ha portato alla creazione del primo sistema di "registrazione" elettronica (inteso nel senso di pubblicità attuata nell'ambito del sistema Torrens, quindi con efficacia costitutiva del trasferimento immobiliare).

Determinante per il successo del progetto è stato POLARIS (acronimo per "Province of Ontario Land Registration Information System"). In tale sistema Teranet ha, infatti, informatizzato e digitalizzato circa 3.2 milioni di proprietà, creando un database che ha circa 150 milioni di documenti digitalizzati.

I possibili problemi legali sono stati risolti con interventi legislativi, in primis l'esclusione del requisito della sottoscrizione per iscritto dei trasferimenti immobiliari, derivanti dallo Statute of Frauds (dominante nel sistema di conveyancing anglosassone).

Interessante è che i controlli che avrebbe dovuto compiere il Registro Immobiliare sono state asseritamente realizzati mediante un sistema di regole/controllo pre-programmati, ovvero vengono realizzati dal conveyancer.

Per tale motivo il modello canadese sembrerebbe il più interessante da studiare.

UK

Il Regno Unito si è posto come preciso obiettivo quello di rendere disponibili elettronicamente tutti i pubblici servizi, in modo focalizzato sulla comodità e facilità per il cittadino, entro il 2005 (il Premier ha posto l'attuazione dell'e-Gov come obiettivo assolutamente primario).

Tutti i servizi fanno capo all'e-Envoy Office, organizzato nel 1999 a tale specifico scopo.

Il programma per l'introduzione integrale della transazione elettronica (e-conveyancing in senso stretto) è in costante attuazione.

Esso verrà attuato attraverso il "Land Registry", fortemente innovato con il Land Registry Act 2002, entrato in vigore nell'ottobre 2003.

La nuova Zelanda si propone di diventare leader nell'e-Gov.

Nuova Zelanda

Il processo di "digitalizzazione" è cominciato nell'aprile 2000 con l'introduzione di "Landoline", un progetto che ha promosso il passaggio da un insostenibile mondo cartaceo al nuovo mondo dello scambio elettronico (Robson, 2001).

Il sistema è attuato da LINZ (Land Information of New Zealand).

Il primo stadio di attuazione di Landonline è stato completato nel luglio 2002, ed ha comportato la conversione di circa 7.000.000 di titoli e mappe. Il secondo stadio si è concluso nel gennaio 2003, ed ha consentito a conveyancers e surveyors la ricerca e la stampa di titoli di proprietà e di mappe, la pre-registrazione elettronica di transazioni. Nel caso di e-registrazione di una transazione immobiliare, il sistema si aggiorna automaticamente.

Il secondo stadio di attuazione di Landonline è stato completato nel luglio 2002, ed ha comportato la conversione di circa 7.000.000 di titoli e mappe. Il secondo stadio si è concluso nel gennaio 2003, ed ha consentito a conveyancers e surveyors la ricerca e la stampa di titoli di proprietà e di mappe, la pre-registrazione elettronica di transazioni. Nel caso di e-registrazione di una transazione immobiliare, il sistema si aggiorna automaticamente.

Australia

Il WALIS (acronimo per Western Australian Land Information System) ha avuto inizio negli anni 90, con la collaborazione di 27 agenzie statali ed organizzazioni private.

WALIS è stato trasferito al DOLA (Department of Land Administration), e la sua funzione è consentire rapido ed affidabile accesso ai dati immobiliari (sia grafici che catastali che relativi ai diritti).

Singapore

INLIS (Integrated Land Information System) è il sistema introdotto da Singapore dal 1998.

Nota:

(segue nota 20)

la "Alteration and Rectification", cioè sui presupposti e modalità per la modificazione dei dati del registro, che genera diversi profili di dubbio sia per la facilità con cui può essere attuata (la modificazione può essere attuata direttamente dai funzionari del Registro, che - come clausola generale - può modificare i dati - oltre che nelle specifiche ipotesi indicate - "in ogni altro caso in cui non sarebbe ragionevole non procedere alla modificazione (sic!); sia perché la attribuzione della modifica all'una ovvero all'altra categoria (alteration ovvero rectification) incide radicalmente anche sulla responsabilità del Registro rispetto ai danni subiti a causa del dato poi corretto, e, quindi sulla reale tutela del terzo danneggiato da dati inesatti (e la attribuzione può essere effettuata, ancora una volta, anche dallo stesso Registro).

Gestisce tutti i rapporti aventi ad oggetto fabbricati e terreni, sotto ogni profilo (grafico e giuridico).

INLIS è il primo sistema del Sud Est Asiatico ad integrare un Sistema di Informazione Geografica (Geographical Information System - GIS) e la tecnologia del commercio elettronico per consentire transazioni e ricerche.

Irlanda

Il Land Registry irlandese nel 1999 ha dato l'avvio ad EAS (Electronic Access Service) nel 1999.

Electronic Access Service, 2003), che costituisce parte di un più ampio programma di information technology intrapreso dal Registro immobiliare.

Il Registro Immobiliare dovrebbe comportare la registrazione obbligatoria dei titoli di provenienza, in modo semplice, economico ed accessibile.

Invece il diverso "Register of Deeds" (sarebbe il Registro dei contratti) dovrebbe consentire la registrazione volontaria dei contratti aventi ad oggetto immobili al fine di dare loro priorità rispetto ai titoli registrabili ma non registrati.

Il servizio EAS on-line fa parte di un più ampio progetto chiamato ITRIS (Integrated Title Registration Information System) che dovrebbe fornire supporto diretto interno ai dipendenti del servizio per l'attuazione del processo di e-conveyancing.

Hong Kong

Hong Kong ha annunciato nel 2004 l'intento di attuare una riforma del sistema di trasferimenti immobiliare che lo semplifichi, ne riduca i costi, i tempi ed i rischi, e prepari la strada all'e-conveyancing.

La riforma intende apportare due fondamentali innovazioni migliorative:

- creare un sistema centralizzato di registrazione (analogo alla nostra trascrizione);
- creare un sistema basato sul Titolo di proprietà (sulla base del Torrens).

Anche questo progetto sottolinea la sicurezza come elemento fondamentale e l'e-conveyancing come obiettivo finale.

Hong Kong significa, in prospettiva, anche il resto della Cina. Gli sviluppi possono dunque essere interessanti.

Scozia

La Scozia ha dato inizio al progetto ARTL (Automated Registration of Title to Land), esprimendo l'intenzione di procedere alle necessarie modifiche normative per giungere - dopo un periodo di sperimentazione - all'e-conveyancing.

Sud Africa

Anche il Sud Africa intende procedere rapidamente verso l'e-conveyancing. Un autore interessante è Gustav Radloff, che pone in rilievo come la sfida sia rappresentata dal dare vita ad un sistema più rapido ed effi-

ciente di trasferimento immobiliare senza compromettere la accuratezza, la affidabilità e la sicurezza del sistema. Sottolinea come in un sistema elettronico sarà ancora più importante che nel cartaceo poter fare affidamento sulla integrità, qualificazione professionale ed adeguata formazione dei funzionari del Registro Immobiliare e dei "conveyancers".

Stati Uniti d'America

Gli USA non partecipano con la "presenza" consueta al dibattito in corso sull'e-conveyancing. Può non essere troppo azzardato ipotizzare che la potente lobby delle assicurazioni - visto il volume economico che le "insurance policies" rappresentano - non lascino molti spazi a tentativi che, se riuscissero, probabilmente ne decreterebbero il declino.

La loro "dominanza elettronica", tuttavia, fa sì che il mero "compimento materialmente elettronico" delle transazioni (senza, cioè, alcuna delle importanti implicazioni normative che il vero e-conveyancing presuppone e comporta) sia facilmente attuabile e risulta, in effetti, già avvenuto sia in Florida che in California, senza peraltro - lo si ribadisce - nemmeno un minimo tentativo di darvi sistematicità, continuità o diffusione.

Fonti elettroniche e Bibliografia

- Axworthy, C. QC (2002), *Information Services Corporation of Saskatchewan Annual Report 2001*
- Department of Land Administration (DOLA) (2003), DOLA, Perth: www.dola.wa.gov.au
- eEnvoy (2002): www.e-envoy.gov.uk
- Electronic Access Service (EAS), Ireland (2003): www.landregistry.ie
- Integrated Land Information System (2003): www.inlis.gov.sg
- Land Information of New Zealand (2003): www.linz.govt.nz
- Land Registry Direct (2003): www.landregistrydirect.gov.uk
- Land Registry and Registry of Deeds (2003): www.irlgov.ie/landreg
- Landonline (2002), "World first online survey and title lodgement service goes live",
- Landonline (2003): www.landonline.govt.nz
- O'Donoghue, J.T.D. (1999), "Official launch of a new integrated title registration information system (ITRIS)", Land Registry.
- Singapore Land Authority (2003): www.sla.gov.sg
- Western Australian Land Information System (2001), "A geographic information infrastructure for Western Australia", *WALIS News*, No. 17, October.
- Western Australian Land Information System (2003): www.walis.wa.gov.au/walis
- Land Registry: sito ufficiale: www.landreg.gov.uk
- Land Registration Act 2002 - a brief guide, Taylor Wessing (www.taylorwessing.com/topical/private_client/land_registration_act2002.html)
- sito governativo inglese: www.e-conveyancing.gov.uk
- www.propertylawuk.net/conveyancing.html (Land registry and e-conveyancing)
- www.egi.co.uk/propert-e
- Automated Registration of Title to Land (Scotland): www.ros.gov.uk/solicitor/artl.html
- Treacy Catherine and O'Sullivan J. Land Registration in Ireland, Current positions and future developments, November 2004
- Johansson Monica, Land Register in Sweden - Present and Future, FIG XXII International Congress, Washington D.C., 2002;
- Sjeff van Erp, "A numerus quasi-clausus of property rights as a constitutive element of a future european property law?", *EJCL*, Netherlands Comparative law association, vol. 7.2, June 2003;
- Storme Matthias E., Property law in a comparative perspective, KU Leuven, centre for Advanced Legal studies, Spring 2004;

- Boyle Sandra, Caveatable interests - The common law distinguished, Murdoch University Law School, Murdoch University Electronic Journal of Law, 1993;
- Griggs Lynden, Torrens Title in a digital world, University of Tasmania School of Law, Murdoch University Electronic Journal of Law, vol. 8, Nr. 3 (2001);
- Christensen Sharon, The Statute of frauds in the Digital Age - Maintaining the Integrity of signatures, Murdoch University Electronic Journal of Law, vol. 10, Nr. 4 (2003); (ottimo anche per la analisi comparatistica)
- Christensen Sharon, The Requirements of writing for Electronic land Contracts - The Queensland experience compared with other Jurisdictions, Murdoch University Electronic Journal of Law, vol. 10, Nr. 3 (2003); (ottimo anche per la analisi comparatistica);
- Miceli T.J., Sirmans C.F. Torrens vs. Title Insurance: an Economic Analysis of Land Title Systems, University of Illinois, Office of Real Estate research, 1997
- Kjellsson Bengt, What do Americans pay for not having a Public LIS (acronimo per Land Information Service, che viene usato internazionalmente per indicare i vari sistemi di “registrazione” degli immobili), FIG XXII International Congress, Washington D.C., 2002;
- Perry Raimond, E-conveyancing: promise and reality, Internet Newsletter for lawyers, Sept/Oct. 2003 (www.venables.co.uk/n0309e-conveyancing.htm)
- Cocks R. Electronic Conveyancing - Challenges for the Torrens system, 2002
- Abbey R. and Richards M., Blackstone's Guide to the Land Registration Act 2002, 2002
- Gravells N.P, Land Law, Sweet and Maxwell, 2004;
- Walker A, Conveyancing, Old bailey Press, 2004;
- Riddall J.G., Land Law, LexisNexis, 2003.

Tributi

Trattamento tributario delle indennità e somme percepiti dai notai GOA

Studio n. 57/2004/T - 1° dicembre 2004

(Approvato dalla Commissione studi tributari il 10 dicembre 2004)

1. La questione

Con il presente studio si torna ad affrontare la questione del trattamento fiscale delle indennità e dei compensi percepiti dai notai svolgenti il ruolo di Giudice Onorario Aggregato (c.d. GOA) già affrontata nello studio 21/2000/T, ma tornata di stringente attualità a seguito delle modifiche apportate all'art. 50 del TUIR dalla L. n. 350/2003 (c.d. Legge finanziaria 2004).

2. Il quadro normativo di riferimento nella sua evoluzione temporale

Preliminarmente è opportuno ripercorrere brevemente le norme cui fare riferimento ai fini dell'inquadramento giuridico del caso in esame: queste si identificano nell'art. 8 della legge 22 luglio 1997, n. 276, nell'art. 50 (ex art. 47), comma 1, lettera f), del TUIR e nella disciplina I.V.A. (D.P.R. n. 633/1972).

La prima normativa (L. n. 276 del 1997) è quella riferibile all'istituzione e nomina dei GOA che al suo interno (art. 8, comma 5) contiene una disciplina specifica riferita agli avvocati con funzioni di GOA. Solo per questi ultimi è infatti espressamente stabilito che l'indennità percepita per l'esercizio dell'attività giudiziaria rientra nel reddito professionale ed è quindi considerato ai fini tributari quale reddito di lavoro autonomo. Pertanto la dottrina, prima delle novità introdotte in materia dalla Legge finanziaria 2004, era unanime nel ritenere che tale specificazione - normativamente limitata alla sola categoria forense (1) - fosse di per sé sufficiente a rendere applicabile agli appartenenti alle altre categorie professionali, compresi i notai, impegnati quali GOA la disciplina dei redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente, di cui al previgente art. 47, comma 1, lettera f), del TUIR (ora art. 50) (2).

La precedente formulazione del TUIR, infatti, consentiva di ricondurre tra i redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente anche le indennità ed i compensi percepiti dai notai e dagli altri professionisti (ad esclusio-

ne ovviamente degli avvocati sulla base della citata Legge n. 276/1997) nel ruolo di GOA (nonché nei ruoli delle altre categorie di giudici non espressamente menzionate dalla disposizione) stante la pacifica riconducibilità di tali somme nell'ambito degli "altri compensi corrisposti dallo Stato...per l'esercizio di pubbliche funzioni" (3).

La norma era infatti strutturalmente suddivisa di due parti: la prima, più ampia, riferibile ai compensi percepiti per lo svolgimento di una pubblica funzione genericamente intesa; la seconda, più specifica, riferibile ai compensi percepiti in relazione all'esercizio di funzioni espressamente tipizzate. La costruzione normativa anzidetta consentiva, quindi, un'interpretazione estensiva del concetto di pubblica funzione grazie al quale venivano agilmente superati i problemi - comunque rilevati in dottrina e in prassi (4) - connessi

Note:

(1) Si evidenzia che l'esclusione della sola categoria forense si giustifica logicamente in ragione dell'attività che questa svolge abitualmente.

(2) Sul punto diffusamente N. Forte, *La tassazione dei professionisti, principi casi e questioni*, Milano, 2004, pp. 317 e ss.

(3) Si veda al proposito lo Studio n. 21/2000/T della Commissione Studi Tributari del Consiglio Nazionale del Notariato ove la ricomprensione dei compensi percepiti dai notai svolgenti funzioni di Giudice Onorario Aggregato nell'ambito dei redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente di cui al previgente art. 47 del TUIR veniva postulata facendo riferimento alla categoria delle "indennità e degli altri compensi corrisposti dallo Stato per l'esercizio di pubbliche funzioni". L'assunto si basava sulla convinzione che l'ampiezza della previsione consentisse comunque di superare la tassatività dell'elencazione recata dalla norma la secondo periodo.

(4) È stato infatti rilevato che le motivazioni sottese alla elencazione di cui alla seconda parte della norma sono da ricondurre alla risoluzione di questioni sollevate in modo ricorrente. Cfr. il menzionato Studio n. 21/2000/T, con particolare riferimento alla nota (1); per la dottrina si vedano G. Ferranti-A. Dodero-L. Zaccaria, *I redditi di lavoro dipendente e assimilati*, Milano, 1999, pp. 161; G. Russo, *I redditi di lavoro dipendente*, a cura di V. Ficari, Torino, 2003, pp. 250 e ss., il quale afferma espressamente che "la medesima amministrazione finanziaria, tuttavia, ha ritenuto esemplificativa l'elencazione delle fattispecie oggettive indicate nella norma in commento". Per la prassi si vedano circ. Min. Fin. 25 luglio 1997, n. 212/E; circ. Min. Grazia e Giustizia, n. 19 del 12 settembre 1996.

all'elencazione di cui alla seconda parte della formula normativa (5). D'altra parte l'ampio dettato della norma, la mancanza di una esplicita previsione alla stregua di quella prevista dalla menzionata Legge 22 luglio 1997, n. 276 per le altre categorie professionali, nonché l'assenza nell'art. 47 del TUIR di qualsivoglia riferimento a limitazioni di ordine soggettivo ovvero oggettivo circa l'applicazione della disciplina ivi prevista inducevano a ritenere ricorrenti i presupposti per l'applicazione delle disposizioni relative ai redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente (6) per i compensi percepiti dai notai nominati GOA per l'espletamento delle funzioni giurisdizionali.

3. La modifica dell'art. 50, comma 1, lett. f) del TUIR e l'interpretazione dell'Amministrazione finanziaria (fatta propria del Ministero di Giustizia)

La situazione sopra descritta è però mutata a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 36 della L. 24 dicembre 2003, n. 350 (c.d. legge finanziaria 2004) attraverso il quale sono state apportate delle innovazioni al comma 1, lettera f), dell'articolo 50 del Testo Unico (che ha appunto ereditato la disciplina dei redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente di cui al previgente art. 47).

L'attuale formulazione della norma annovera tra le fattispecie previste *“le indennità, i gettoni di presenza e gli altri compensi corrisposti dallo Stato [...] per l'esercizio di pubbliche funzioni, sempreché le prestazioni non siano rese da soggetti che esercitano un'arte o professione di cui all'art. 53, comma 1, e non siano effettuate nell'esercizio di attività commerciale, nonché i compensi corrisposti ai membri delle commissioni tributarie, ai giudici di pace ed agli esperti del tribunale di sorveglianza, ad esclusione di quelli che per legge devono essere riversati allo Stato.”*

Le innovazioni introdotte rispetto alla disciplina previgente si sostanziano nell'inserimento di un inciso (*“sempreché le prestazioni non siano rese da soggetti che esercitano un'arte o professione di cui all'art. 53, comma 1, e non siano effettuate nell'esercizio di attività commerciale”*) che, a differenza di quanto disposto con la precedente formulazione, porta adesso ad escludere dall'applicazione della disciplina dei redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente le ipotesi in cui la pubblica funzione è esercitata da soggetti che esercitano per professione abituale attività di lavoro autonomo ovvero siano esercitate nell'esercizio di attività commerciali. La volontà del legislatore con la disposizione in esame è chiaramente quella di introdurre un criterio di esclusione dalla disciplina dei redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente fondato, almeno per i professionisti, sulla qualificazione soggettiva dell'esercente la pubblica funzione.

La nuova norma reca una netta differenziazione distinguendo tra i compensi percepiti in relazione all'esercizio di pubbliche funzioni in genere, qualora queste siano svolte da soggetti che esercitano abitualmente un'arte o

una professione, che devono essere ricondotti nel novero dei redditi da lavoro autonomo, ed i compensi percepiti da chiunque (e, pertanto, anche dal libero professionista) nell'espletamento della funzione di Giudice di Pace, ovvero membro delle Commissioni Tributarie, ovvero ancora esperto del Tribunale di sorveglianza che, di contro, continuano a rilevare ai fini fiscali quali redditi assimilati a quelli da lavoro dipendente.

Sull'esatta applicazione del novellato art. 50, comma 1, lettera f), del TUIR, con specifico riferimento all'individuazione del corretto trattamento tributario dei compensi corrisposti alle categorie dei GOA, si è peraltro recentemente pronunciata l'Agenzia delle Entrate con Risoluzione n. 68 del 10 maggio 2004. L'Agenzia delle Entrate ha sostenuto che la *ratio* della differenziazione recata dalla norma novellata tra i compensi erogati per l'espletamento di una pubblica funzione in generale e quelli conseguenti all'espletamento delle tre funzioni specificamente nominate, andrebbe ricondotta alla precisa volontà del legislatore fiscale di riservare un trattamento peculiare ai compensi percepiti dalle categorie dei giudici espressamente menzionate dalla norma, la cui elencazione deve, quindi, considerarsi tassativa (7). In particolare nella menzionata risoluzione viene definito con precisione il trattamento fiscale cui assoggettare i compensi corrisposti in relazione all'esercizio delle altre pubbliche funzioni non espressamente individuate dalla norma in questione quando svolte da soggetti che esercitano un'arte o una professione, i quali vanno appunto considerati come redditi da lavoro autonomo.

Ne discenderebbe - volendosi adeguare all'interpretazione fornita dal Ministero delle Finanze - che la nuova formulazione della norma del TUIR conterrebbe ora una sorta di principio di attrazione in virtù del quale tutti i compensi percepiti per l'espletamento da parte di un libero professionista di una pubblica funzione, diversa da quella di Giudice di pace, membro della Commissione Tributaria ovvero esperto del Tribunale di sorve-

Note:

(5) Si ricorda che nel citato Studio precedente, con specifico riferimento al valore da attribuirsi all'elencazione in oggetto, si era fatto cenno ad una *“dimenticanza voluta”* in forza della ampia locuzione di cui alla prima parte della norma.

(6) Per la dottrina sul punto si veda A. Elia, *Gli emolumenti per l'esercizio di pubbliche funzioni dopo le modifiche approvate con la legge finanziaria, con particolare riferimento agli ausiliari del giudice penale*, in *Il Fisco*, n. 9 del 1 marzo 2004, pp. 1258 e ss.

(7) In senso difforme si veda l'interpretazione, di N. Forte, *op. loc. cit.*, il quale nella convinzione che l'ampiezza della disposizione normativa consente di annoverare i compensi corrisposti ai notai nel ruolo di giudici onorari tra i redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente afferma che *“il notaio nella sua qualità di giudice onorario aggregato dovrà dichiarare nel Modello Unico (quadro RE) sia il reddito di lavoro autonomo determinato ai sensi dell'art. 54 del TUIR, sia il reddito assimilato al lavoro di lavoro dipendente percepito nell'esercizio di pubbliche funzioni e determinato ai sensi dell'art. 52 del TUIR. La situazione non è mutata neppure dopo le modifiche dell'art. 50 intervenute con la legge n. 350 del 24 dicembre 2003. Infatti, l'attività svolta dal notaio, in qualità di giudice onorario aggregato, non è riconducibile nell'ambito dell'attività professionale svolta abitualmente”*.

gianza, debbano adesso concorrere a determinare, ai sensi dell'art. 54, il reddito di lavoro autonomo imputabile al soggetto in base al principio di cassa. Coerentemente con quanto affermato dall'Amministrazione finanziaria detti compensi, sulla base del menzionato regime di attrazione, rientrerebbero ora anche nel campo di applicazione Iva ai sensi dell'art. 5 del D.P.R. n. 633/1972, anche se l'attività effettivamente esercitata non è quella svolta abitualmente dal professionista, e conseguente obbligo di emissione di regolare fattura con applicazione dell'Iva nella misura ordinaria.

Ulteriore conseguenza di tale impostazione, posto che detti redditi vengono attratti nella sfera dell'attività professionale abitualmente esercitata dal soggetto incaricato di svolgere la pubblica funzione è il concorso della differenza tra l'ammontare dei compensi percepiti e l'ammontare dei costi sostenuti alla determinazione del valore della produzione ai fini IRAP.

La posizione suddetta è stata infine fatta propria dal Ministero di Giustizia con Nota del 31 maggio 2004.

4. Osservazioni critiche sull'interpretazione dell'amministrazione finanziaria

Pur nella consapevolezza che una simile interpretazione risulterà sul piano fattuale difficilmente superabile non ci si può esimere dal formulare alcune riflessioni. La tesi avanzata dal Ministero delle Finanze offre, infatti, il fianco a critiche di ordine sistematico. Se, infatti, i compensi percepiti da un esercente un'arte o una professione per l'esercizio di una pubblica funzione vengono attratti al regime dei redditi di lavoro autonomo è evidente che le attività concretamente esercitate devono necessariamente ricondursi alla nozione di cui al primo comma dell'art. 53 del TUIR (rubricato, appunto, "redditi di lavoro autonomo"), pena una irrazionale dilatazione della nozione stessa di reddito di lavoro autonomo che verrebbe a ricomprendere detti compensi a prescindere dalla verifica del contenuto o dalle caratteristiche della prestazione resa (8) per il solo fatto che si tratta di prestazioni rese da un lavoratore autonomo.

È d'altra parte chiaro che l'attività esercitata in occasione dell'espletamento della funzione di GOA non può certamente ascrivere al novero di quelle abitualmente svolte dal notaio posto che si tratta specificamente di un'attività di tipo giurisdizionale che presenta connotazioni specifiche e diverse. Diversamente ragionando si opererebbe una considerevole dilatazione anche ai fini dell'IVA del concetto stesso di esercizio di arti e professioni in palese contrasto con le indicazioni della Direttiva.

Pertanto appare viepiù coerente nonché rispondente al criterio di ragionevolezza ritenere che l'esclusione dal regime dei redditi di lavoro dipendente operata nella prima parte dell'art. 50 dei compensi ivi indicati, debba operare unicamente quando il libero professionista è chiamato a svolgere la sua attività tipica, svolta abitual-

mente, in occasione dell'esercizio di una pubblica funzione; più precisamente quando lo stesso è chiamato a svolgere in occasione dell'espletamento di una pubblica funzione un'attività tipicamente svolta nel contesto professionale (come ad es. per un notaio le funzioni delegate nell'ambito delle esecuzioni immobiliari ovvero per un dottore commercialista lo svolgimento di una CTU contabile o di una funzione di amministrazione per ordine del giudice) e perciò stesso attratta nella base imponibile del lavoro autonomo.

Ugualmente priva del criterio di ragionevolezza nonché lesiva del principio di uguaglianza sembra la considerazione operata dall'Agenzia delle Entrate in merito all'asserita tassatività dell'elencazione di cui alla seconda parte della norma. Si evidenzia infatti che l'attività svolta in funzione di GOA non si differenzia in modo apprezzabile da quella svolta dal Giudice di Pace. Le ragioni sottese all'esatta individuazione delle tre funzioni nominate dalla norma si devono ricondurre, in realtà a motivazioni di ordine storico conseguenti specificamente alla necessità, avvertita sia in dottrina che in prassi (9), di chiarire l'esatta individuazione ai fini fiscali dei compensi percepiti dai soggetti tradizionalmente chiamati a svolgere le suddette funzioni di carattere pubblicistico. Ed invero le tre funzioni nominate dalla norma sono tutte accomunate dal fatto di essere attività di tipo giurisdizionale piena o concorrente o comunque di ausilio all'attività giurisdizionale (10).

Le caratteristiche anzidette dovrebbero dunque consentire una maggiore apertura interpretativa e l'affermazione che l'elencazione della norma come meramente esemplificativa; pertanto, in ragione delle caratteristiche descritte poc'anzi, devono ricondursi nel suo ambito anche le attività non espressamente nominate purché contraddistinte dalla stessa funzione (ivi compreso il GOA) (11).

Note:

(8) Sul punto si veda A. Elia, *op. ult. cit.*

(9) Cfr. circ. Min Fin n. 212/ con cui l'Amministrazione finanziaria rigettava la propria precedente posizione per cui si escludeva la possibilità di ricondurre i compensi percepiti dai componenti delle Commissioni tributarie nell'alveo dei redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente: tali compensi, invece, venivano classificati quali redditi di lavoro dipendente se percepiti da membri delle Commissioni tributarie che rivestivano, ad altro titolo, la qualifica di dipendenti dello stato e quali redditi di lavoro autonomo, se percepiti da membri estranei alla pubblica amministrazione; per la giurisprudenza cfr. Comm. trib. centr., sent. 4 settembre 1991, n. 5986.

(10) Si osserva infatti che il Ministero di Grazia e Giustizia con circolare n. 19 del 12 settembre 1996 ha fermato espressamente che l'attività svolta dagli esperti del Tribunale di sorveglianza e dai Giudici di Pace ha natura di pubblica funzione in ragione delle caratteristiche specifiche della stessa.

(11) Peraltro, a supporto della tesi da ultimo esposta si osserva che con la nota n. 2815/98/V il Ministero di Grazia e Giustizia aveva assimilato ai redditi di lavoro dipendente le indennità ed i compensi corrisposti ai GOA, nonché le indennità percepite dai Giudici onorari del Tribunale e dai vice procuratori onorari che, in quanto appartenenti all'Ordina-

(segue)

Sulla base di quanto esposto discenderebbe quindi la legittimità dell'opposta interpretazione che continua a ricondurre i compensi percepiti dal libero professionista in occasione dell'espletamento della funzione di GOA tra i redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente.

Paolo Puri

Nota:

(segue nota 11)

mento Giudiziario come magistrati onorari, ai sensi dell'art. 4 R.D.

30 gennaio 1941, n. 12, svolgono anch'essi una pubblica funzione. Si evidenzia inoltre che nella risoluzione n. 51/E del 18 aprile 2001 L'Agenzia delle Entrate ha affermato che sull'assunto per cui "l'art. 106 della Costituzione stabilisce che i magistrati onorari svolgono le funzioni attribuite ai giudici singoli" ne deriva logicamente che "i magistrati onorari svolgono una pubblica funzione e, di conseguenza, l'indennità percepita in relazione all'attività svolta va inquadrata tra i redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente previsti dall'art. 47, comma 1, lett. f) del TUIR". Il Ministero delle Finanze prosegue specificando che "Con riferimento ai compensi di che trattasi, la configurazione del reddito in esame come reddito assimilato a quello di lavoro dipendente rende inapplicabile, nei confronti dei professionisti nominati alle cariche onorarie, le disposizioni dell'art. 5 del DPR n. 633 del 26 ottobre 1972 e successive modificazioni".

Beni culturali

Illegittimità della prelazione di quota indivisa di un “particolare” architettonico di immobile vincolato

Ministero per i Beni e le Attività Culturali, Risposta del 20 ottobre 2004 - Dir. Ragni

Oggetto: D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 - Artt. 59 e segg. - Applicabilità delle relative disposizioni in caso di vincolo imposto solo su singoli elementi o particolari architettonici.

(omissis)

In riscontro al quesito posto (...) al fine di ricevere un chiarimento in merito alla sussistenza o meno dell'obbligo di denuncia, nonché del diritto di prelazione di cui agli artt. 59 e segg. del D.Lgs. 42/04, su atti di trasferimento di unità immobiliari facenti parte di edifici dei quali risultano vincolati solo particolari architettonici di proprietà comune (es. facciata, androne, scale, portale, etc.), (...) in relazione al vincolo gravante esclusivamente sulla porta del fabbricato, si fa presente quanto segue.

Partendo dal presupposto che si tratti di immobile di proprietà privata (giacché qualora si fosse in presenza di edificio appartenente ai soggetti contemplati dall'art. 10 occorrerebbe procedere alla preventiva verifica dell'interesse ai sensi dell'art. 12, anche in caso di sussistenza di vincolo parziale, per poi attivare le conseguenti ulteriori procedure previste dalla norma), questa Direzione ritiene che nell'ipotesi di alienazione di singole unità immobiliari la denuncia ex art. 59 cit. debba essere presentata, trattandosi di trasferimento che comporta anche la successione nella titolarità della parte comune dell'edificio vincolata. Ciò certamente al fine di tenere aggiornata la P.A. sui mutamenti di proprietà o detenzione in relazione agli obblighi di conservazione che i nuovi titolari sono tenuti a rispettare per la quota di loro spettanza.

Per quanto concerne la possibilità dell'acquisto in via di prelazione, si fa presente che la questione ha, in linea più generale, formato oggetto di parere da parte dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato in Firenze, datato 24.12.1998, che ad ogni buon fine si unisce in copia. In esso si perviene a positivo giudizio in merito alla legittimità dell'esercizio della prelazione di quota indivisa di beni di interesse storico-artistico.

Le considerazioni espresse nel predetto parere, benché riferite ad immobili tutelati nella loro interezza, appaiono teoricamente estensibili anche alla fattispecie di alienazione in esame, per cui si potrebbe concludere che la prelazione di cui si discute sia in astratto ipotizzabile.

Evidenti ragioni di ordine logico e di opportunità, ancor prima che di ordine squisitamente giuridico, inducono tuttavia a ritenere che l'esercizio della prelazione di quota parte indivisa di un particolare architettonico - cosa ben diversa dall'acquisto di quota indivisa di immobile vincolato per intero - sia però inattuabile nel concreto, risultando (almeno allo stato dell'esperienza finora maturata nel settore delle alienazioni di beni culturali) inimmaginabile per lo stesso un qualunque fine pubblico che giustifichi l'acquisizione, tramite detto istituto, di quel solo particolare, per di più in quota indivisa.

(omissis).

Avvocatura Distrettuale dello Stato in Firenze, parere 24 dicembre 1998 - Avv. Favara

Oggetto: Applicazione degli artt. 31 e 32 della legge 1089/1939 - Esercizio del diritto di prelazione. Chiarimenti.

(omissis)

Si riscontra la nota emarginata rilevando che la sottoposta questione, circa la legittimità dell'acquisto *iure*

prelationis di quota indivisa alienata di bene vincolato, è tuttora dibattuta.

La scarsa giurisprudenza formatasi sul punto lascerebbe

però propendere per una soluzione affermativa della ipotizzata legittimità.

Come è noto, accanto alla chiara ipotesi di *vendita multipla* di oggetti d'arte contemplata dall'art. 31 secondo comma L. 1089/1939 la vendita di un singolo cespite contemplata dal primo comma dell'art. 31 può essere indubbiamente frazionata nel tempo senza sfuggire per questo al potere acquisitivo dello Stato in forza del combinato disposto degli artt. 30 e 31 della L. 1089/1939.

Infatti, a mente dell'art. 30 il proprietario o detentore di un bene notificato è tenuto a denunciare al Ministro l'atto oneroso con cui trasmette anche solo parte della proprietà del bene vincolato, e poiché i successivi artt. 31 e 32 consentono senza alcuna distinzione di esercitare la prelazione nei due mesi dalla denuncia dell'alienazione onerosa, parrebbe doversi concludere che tale diritto può essere esercitato anche sulla vendita parziale del bene.

Analogamente, il regolamento approvato con R.D. 363/1913 tutt'ora vigente prevede all'art. 63 la facoltà del Governo di esercitare la prelazione entro il termine di due mesi decorrenti "dalla denuncia fatta al Ministero a norma del precedente paragrafo", ovvero sia dalla denuncia dell'atto che costituisce "trasferimento totale o parziale della proprietà" (art. 56).

Si deve peraltro segnalare che di questi elementi interpretativi dell'art. 31 desunti dallo stesso contesto normativo della Legge di tutela non ha tenuto conto - di recente - il Tribunale di Firenze in sentenza n. 1678/1994 che ha seguito acriticamente le considerazioni espresse dalla Corte di Cassazione nella sentenza 17/1/1985 n. 117.

La suindicata pronuncia del Tribunale di Firenze è stata impugnata dalla Scrivente (la causa pende tuttora in appello) anche per la sua contraddittorietà.

Infatti, se è vero l'assunto principale dal quale muove - dell'assoluta incompatibilità dei due diversi regimi giuridici, demaniale e privatistico, cui andrebbero assoggettate in un'impossibile comunione la parte statale e la parte privata dopo l'esercizio della prelazione sulla alienazione parziale della cosa vincolata - non si comprende per quale ragione abbia statuito nel dispositivo l'impossibilità per il privato di sottrarre alla prelazione una parte della cosa vincolata tramite una riserva parziale di proprietà della cosa alienata, e contestualmente affermato in parte motiva la possibilità di operare tale sottrazione tramite una vendita parziale, pro quota, della stessa cosa vincolata.

In effetti, se lo scopo voluto dal legislatore - e, ci sembra chiaramente indicato dai citati articoli della legge di tutela e del suo regolamento - è quello, che pare si sia dato carico di salvaguardare la stessa Corte Suprema, di evitare una facile elusione della facoltà ablativa dell'Amministrazione, non si vedono giustificati i motivi per cui tale salvaguardia debba ritenersi valida ed operante in un caso di alienazione parziale e non in un al-

tro, ancor più subdolo, caso di alienazione di semplice quota.

In verità, a meglio guardare, risulta erroneo e fuorviante lo stesso assunto principale sopra riportato, se interpretato in modo assoluto ed inderogabile come ha fatto la Cassazione e, per *relationem*, il Tribunale di Firenze nell'indicata decisione.

Il principio, desumibile dall'art. 823 del Codice civile, secondo il quale i beni del demanio pubblico sono suscettibili solo di dominio assoluto dello Stato e non possono essere oggetto di diritti a favore di terzi, non è affatto assoluto e inderogabile come peraltro riconosce lo stesso articolato di legge, ben potendo l'Amministrazione pubblica stabilire "sopra il demanio diritti dei privati aventi anche consistenza reale" (cfr. Cass. 15/9/1962 n. 69 in *Giust. Civ. Mass.* 1963, 28). La pretesa assoluta inammissibilità concettuale di un diritto reale di terzi su un bene demaniale risulta ancor più insostenibile "nello stadio formativo della demanialità" (cfr. Cassaz. 6/4/1966 n. 201, in *Giust. Civ. Mass.* 1966, 513), ovvero sia in tutti quei casi, affatto isolati, in cui la demanialità sopravvenga, per acquisto da parte dello Stato, o per successiva destinazione a fini di pubblica utilità. Quando non si tratti di acquisizione forzata espropriativa, il passaggio dalla proprietà privata a quella pubblica del bene non fa venir meno automaticamente i diritti reali eventualmente gravanti sul bene medesimo (come ad esempio un'ipoteca o una servitù); per cui il diritto dominicale dello Stato sul bene acquisito *deve*, almeno transitoriamente, convivere necessariamente con diritti di terzi privati: con buona pace della pretesa impossibilità di comunione sul bene demaniale.

La giurisprudenza amministrativa risulta essersi occupata del problema una sola volta, risolvendolo nel senso della piena legittimità dell'esercizio del diritto di prelazione per quota indivisa di beni di interesse storico artistico (T.A.R. Lazio sez. II, 17/10/1983 n. 900 in *Foro Amm.*, 1984, 154). Andare di contrario avviso, ha aggiunto lo stesso Tribunale amministrativo, significherebbe negare "in concreto la possibilità di esercizio del diritto di prelazione, essendo sufficiente che ogni alienazione avvenga in tempi diversi per quote indivise".

La legittimità della prelazione è stata altresì affermata dal Consiglio di Stato in relazione ad ipotesi analoga di vendita parziale, in cui cioè venga alienata la sola nuda proprietà di bene vincolato (Cons. St. sez. IV, 24/5/1995 n. 348).

(*omissis*).