

SOMMARIO

■ EDITORIALE

NORME COMUNITARIE E RESPONSABILITÀ NOTARILE

di *Giancarlo Guarino*

349

■ GIURISPRUDENZA

OSSERVATORIO

a cura di *Ernesto Briganti*

354

Legittimità

IL REGIME DI MODIFICABILITÀ DEL REGOLAMENTO DI CONDOMINIO

Cassazione, sez. II, 29 dicembre 2004, n. 24146

361

il commento di *Claudio Sabatini*

363

VOLONTÀ DEL TESTATORE E VALORE EFFETTIVO DEI BENI ASSEGNATI

Cassazione, sez. II, 24 maggio 2004, n. 9905

369

il commento di *Sara Tardio*

370

Merito

TRASFORMAZIONE A MAGGIORANZA DI SOCIETÀ DI PERSONE IN SOCIETÀ DI CAPITALI

Tribunale di Milano 28 febbraio 2005, ord.

374

Tribunale di Milano 13 dicembre 2004, decr.

374

il commento di *Rosella Manfrè*

375

■ TECNICHE CONTRATTUALI

RICORSO PER LA NOMINA DELL'AMMINISTRATORE DI SOSTEGNO

a cura di *Giovanni Santarcangelo*

385

ATTO DI DESIGNAZIONE DI AMMINISTRATORE DI SOSTEGNO

a cura di *Maria Teresa Schettino*

389

■ ARGOMENTI

ATTI PERSONALISSIMI E DIRITTO DELLE SOCIETÀ: TRA INCAPACITÀ PARZIALE E CAPACITÀ ATTENUATA

di *Marco Avagliano*

393

ATTIVITÀ NEGOZIALE DELL'AMMINISTRATORE DI SOSTEGNO

di *Gian Franco Condò*

402

INTERDIZIONE, INABILITAZIONE E AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO

di *Laura Cosentini*

409

VIOLAZIONE DELLE NORME DI LEGGE O DELLE DISPOSIZIONI DEL GIUDICE DA PARTE DEL BENEFICIARIO
E DELL'AMMINISTRATORE DI SOSTEGNO

di *Maria Dossetti*

417

LA CAPACITÀ DEL BENEFICIARIO DELL'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO

di *Mimma Moretti*

423

■ NORMATIVA

LA NUOVA DISCIPLINA DI TUTELA DELL'ACQUIRENTE DI IMMOBILE DA COSTRUIRE Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122	427
il commento di <i>Giovanni Rizzi</i>	433

■ INDICI

INDICE DEGLI AUTORI	457
INDICE CRONOLOGICO	457
INDICE ANALITICO	457

Notai

Norme comunitarie e responsabilità notarile

di GIANCARLO GUARINO, Ordinario di diritto internazionale nell'Università "Federico II" di Napoli

A far data già dalla famosissima sentenza *van Gend en Loos*, (C-22/62), ma innanzitutto con la importante sentenza *Francovich* (C-6/90 C-9/90) e le molte che la hanno seguita, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee è andata costruendo, secondo il modo classico di costruzione del diritto del sistema comunitario, il concetto e il contenuto del cd. *effetto diretto* della normativa comunitaria: sia di quella contenuta direttamente nei trattati, sia di quella contenuta in atti derivati.

Per effetto diretto, come noto si intende il fatto per il quale una norma comunitaria (purché, come specificato nella giurisprudenza, sufficientemente chiare e nette) deve trovare applicazione all'interno di tutti gli stati membri, indipendentemente dal fatto che la norma stessa sia stata, per così dire, riconosciuta dagli ordinamenti nazionali, sia stata cioè resa applicabile concretamente mediante interventi di carattere legislativo o anche solo amministrativo. Indipendentemente dunque dal fatto che gli eventualmente necessari provvedimenti interni siano o meno stati adottati, la norma comunitaria (ove effettiva, obbligatoria e chiara) *deve* poter determinare i propri effetti all'interno di *tutti* gli stati membri. Il principio, enunciato nelle menzionate sentenze, fu poi ampiamente specificato in specie nella sentenza nelle cause riunite C-46/93 48/93 *Brasserie du pêcheur e Factortame*, dove in maniera esplicita e definitiva si afferma, in caso di mancato riconoscimento di quei diritti del cittadino, la responsabilità dello stato, quale che sia l'organo responsabile della mancata applicazione della norma comunitaria.

L'effetto diretto, sia detto del tutto incidentalmente, è, come noto, altra cosa rispetto alla *diretta applicabilità*, che è invece, caratteristica tipica di talune tipologie di atti comunitari, in particolare i regolamenti, che, e questo è il significato dell'espressione, non abbisognano di interventi legislativi o amministrativi per trovare applicazione all'interno degli stati membri, poiché vi si applicano immediatamente e direttamente.

Ciò non toglie che, in entrambi i casi, la mancanza dei necessari provvedimenti interni (per così dire di adattamento, anche se il termine è utilizzato in maniera del tutto atecnica) può rendere la norma materialmente inapplicabile nello stato interessato. Talché, può darsi il caso che la mancata applicazione della norma di prove-

nienza comunitaria determini la responsabilità dello stato verso la UE, pur senza che la norma stessa sia comunque applicabile in assenza dei necessari adempimenti. Ma, i diritti derivanti dalla norma in questione sono invece obbligatoriamente da riconoscere ai destinatari di quei diritti.

L'effetto diretto, dunque, determina la formazione, per dir così automatica e immediata nel momento in cui l'atto comunitario sia completo e obbligatorio, di una serie di diritti in capo ai cittadini (persone fisiche e giuridiche) degli stati membri. I soggetti privati, cioè, possono pretendere dallo stato di riconoscere loro i diritti conseguenti alle norme comunitarie per qualunque motivo non trasposte o non correttamente applicate dagli organi (legislativi, amministrativi e giurisdizionali) dello stato. E ciò del tutto indipendentemente dal fatto che il mancato riconoscimento di quei diritti sia conseguenza, come assai spesso accade, della mancata trasformazione di un atto comunitario in norma interna; ad esempio non rileva che lo stato non abbia trasposto nel proprio ordinamento interno una direttiva. Quando essa, per restare all'ipotesi di una direttiva, sia "scaduta" (sia cioè trascorso il termine entro il quale deve essere trasformata in norme o disposizioni amministrative interne) il cittadino ha *diritto* a che lo stato gli riconosca il *diritto* ivi eventualmente a lui concesso, indipendentemente dal fatto che lo stato abbia preso i necessari provvedimenti. E pertanto, al cittadino può anche competere il risarcimento del danno a lui derivato dalla mancata applicazione, nei suoi specifici confronti, di quella norma comunitaria. E ciò vale solo per il cittadino che invochi l'ottemperanza alla norma nei propri confronti. Il beneficio, insomma, non è generalizzato, ma viene conseguito dai singoli soggetti, se ne fanno esplicita richiesta. Il meccanismo descritto, insomma non esime lo stato dall'esecuzione corretta della norma comunitaria, ma lo chiama solo a rispondere in termini di responsabilità nei confronti del cittadino, che lamenta il mancato riconoscimento di quel diritto.

In sostanza perciò, si determinano in questi casi, due diversi titoli di responsabilità dello stato e dei suoi organi. Da un lato, la classica e "normale" responsabilità verso gli altri stati e verso la UE per la mancata applicazione di quella norma, alla quale lo stato è obbligato a dare applicazione. Dall'altro, una responsabilità verso il cit-

tadino, privato surrettiziamente di un diritto, magari riconosciuto ai cittadini di altro stato più alacre. Quest'ultima, inoltre, non solo sarà una responsabilità da parte dello stato in quanto tale, ma anche degli organi di esso, che, per loro causa, per non avere cioè messo in opera gli atti necessari al riconoscimento di quel diritto, determinano il danno al cittadino.

Naturalmente, occorre che sia dimostrato il nesso causale tra il mancato riconoscimento al cittadino di un diritto e il conseguente danno.

Già ciò basterebbe a sottolineare la notevole diversità rispetto al regime generale della responsabilità internazionale dello stato. Nel diritto internazionale comune, infatti, è sempre e solo lo stato in quanto ente sovrano a rispondere verso gli altri e verso la Comunità internazionale delle eventuali violazioni delle norme internazionali, da qualunque dei suoi organi determinate. È noto anzi, che in nessun caso lo stato può invocare come esimente della propria responsabilità per la mancata applicazione di una norma internazionale, il fatto che una legge interna glielo impedisca. Ed è altresì noto (e va richiamato in questa sede perché tornerà utile poco più avanti) che anche gli organi giurisdizionali di uno stato sono considerati organi dello stato a tutti gli effetti, con la conseguenza che anche una sentenza, nei confronti della quale lo stato non possa fare nulla per il principio della divisione dei poteri, può determinare la sua responsabilità internazionale verso un altro stato. Esempio in questo senso è il regime della protezione diplomatica, in ragione della quale uno stato può richiedere ad un altro di rispondere, ad esempio, del trattamento discriminatorio inflitto al proprio cittadino, risarcendo un danno o, più precisamente, dando allo stato leso la dovuta soddisfazione. *Può*, appunto, in quanto lo stato "leso" è libero di chiedere o meno detta soddisfazione, e di valutarne la entità e la qualità; tanto più che, a stretto rigore, l'eventuale risarcimento (o "soddisfazione": lo stato può contentarsi della semplici scuse dell'altro!) spetta allo stato e non al cittadino.

Solo di recente nel diritto internazionale comune si comincia a parlare di una responsabilità anche personale di funzionari e di organi dello stato, responsabili di particolari atti, come quelli in violazione dei diritti umani: è il caso della responsabilità dei governanti jugoslavi e rwandesi (di fronte, rispettivamente, al tribunale per la ex Jugoslavia e per il Rwanda) per le violazioni di diritti umani da loro perpetrate quando erano al governo dei rispettivi paesi, e, più di recente, per i responsabili governativi in genere, a seguito dell'entrata in funzione della Corte Penale internazionale.

La differenza, rispetto al comune regime della responsabilità internazionale, sta dunque innanzitutto nel fatto che può un individuo pretendere *dal proprio stesso stato* di riconoscergli un diritto che esso ancora non abbia reso fruibile per tutti. In secondo luogo, e la cosa è stata confermata in una recentissima sentenza della Corte comunitaria (Causa C-224/01, 30.9.2003, *Köbler*, su cui

anche più avanti) lo stato non potrà accampare come esimente della propria responsabilità verso il cittadino, il fatto che il danno al cittadino consegua da una erronea o mancata applicazione di una norma comunitaria da parte di un organo giurisdizionale.

La giurisprudenza italiana, sembra ormai del tutto concorde su questa linea. La Corte Costituzionale, ad esempio, con la sentenza 389/89, mentre affermava il principio per cui un'eventuale norma interna di fatto in contrasto con i principi comunitari (nel caso, in materia di libertà di circolazione) non avrebbe trovato applicazione nel caso di specie di fronte ad una norma della Provincia di Bolzano che, invece, correttamente applicava la normativa comunitaria, negava poi nel merito il conflitto di attribuzione, a seguito della natura meramente «informativa» del Decreto impugnato. Ma anche in una successiva e più ampia sentenza la stessa Corte Costituzionale (Sentenza 168/91) ha affrontato e posto bene in chiaro i termini della questione, affermando (v. punto 5 della Sentenza): «... la diretta applicabilità, in tutto od in parte, delle prescrizioni delle direttive comunitarie non discende unicamente dalla qualificazione formale dell'atto fonte, ma richiede ulteriormente il riscontro di alcuni presupposti sostanziali: la prescrizione deve essere incondizionata (si da non lasciare margine di discrezionalità agli Stati membri nella loro attuazione) e sufficientemente precisa (nel senso che la fattispecie astratta ivi prevista ed il contenuto del precetto ad essa applicabile devono essere determinati con completezza, in tutti i loro elementi), ed inoltre lo Stato destinatario - nei cui confronti (e non già nei confronti di altri) il singolo faccia valere tale prescrizione - deve risultare inadempiente per essere inutilmente decorso il termine previsto per dar attuazione alla direttiva...». È appena il caso di notare come le parole della sentenza italiana (del 18.4.1991), siano praticamente identiche a quelle della sentenza *Franovich*, apparsa qualche mese più tardi (19.11.1991)! a conferma del fatto che quella sentenza comunitaria rappresenta il momento culminante di una giurisprudenza già da tempo in via di definizione e secondo logiche uniformi e concordanti, nello spirito della formazione di quel diritto comune europeo, oggi esplicitamente richiamato (e reso, a mio parere, fortemente imperativo) nell'art. I-9 n. 3 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, una norma, come dirò anche tra poco, di importanza fondamentale per l'intero diritto comunitario e per il diritto dei suoi stati membri. Qui, secondo me, qui e solo qui, si va formando il vero e proprio diritto pubblico europeo, spesso menzionato del tutto a sproposito, come se si volesse distinguere tra un diritto pubblico ed uno privato europeo. Cosa, fino ad oggi del tutto impropria, salva la formazione di quel gruppo di principi di cui alla norma appena richiamata.

Alla giurisprudenza citata della Corte Costituzionale, andrebbe anche aggiunta quella del Consiglio di Stato

(v. in particolare le Sentenze n. 849/91 - Sez. IV - e 1872/01 - Sez. VI) e di vari TAR.

E dunque appare ormai largamente consolidato il principio in forza del quale conseguenza dell'effetto diretto della normativa comunitaria, è l'obbligo per lo stato inadempiente e per i suoi organi di applicare la normativa all'individuo interessato. È quello che la (spesso un po' troppo fantasiosa) nomenclatura comunitaria definisce come *effetto diretto verticale unilaterale*. Nel senso che il cittadino può pretendere dallo stato e dai suoi organi l'applicazione della norma e pertanto il risarcimento del danno, mentre non è vero il contrario, poiché lo stato in tanto può pretendere comportamenti dai privati in quanto abbia svolto tutti i necessari atti di trasformazione ed esecuzione della norma comunitaria. Non orizzontale, inoltre, nel senso che il cittadino non può pretendere che un altro cittadino si comporti, nei suoi confronti, in maniera coerente alla norma comunitaria finché essa non sia pienamente applicabile nell'ordinamento interno dello Stato.

Dunque, gli organi dello stato, tutti gli organi che esercitano e svolgono funzioni pubbliche. Sul punto merita di essere riportata l'affermazione della recente sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, C-221/01, cit., in ragione della quale: «32 Se nell'ordinamento giuridico internazionale lo Stato la cui responsabilità sorgerebbe in caso di violazione di un impegno internazionale viene considerato nella sua unità, senza che rilevi la circostanza che la violazione da cui ha avuto origine il danno sia imputabile al potere legislativo, giudiziario o esecutivo, tale principio deve valere a maggior ragione nell'ordinamento giuridico comunitario, in quanto tutti gli organi dello Stato, ivi compreso il potere legislativo, sono tenuti, nell'espletamento dei loro compiti, all'osservanza delle prescrizioni dettate dal diritto comunitario e idonee a disciplinare direttamente la situazione dei singoli» ... e quindi, «42 Per quanto riguarda l'indipendenza del giudice, occorre precisare che il principio di responsabilità di cui trattasi riguarda non la responsabilità personale del giudice, ma quella dello Stato. Ora, non sembra che la possibilità che sussista, a talune condizioni, la responsabilità dello Stato per decisioni giurisdizionali incompatibili con il diritto comunitario comporti rischi particolari di rimettere in discussione l'indipendenza di un organo giurisdizionale di ultimo grado.». L'affermazione è di grande importanza perché, mentre afferma l'ovvio principio per il quale nulla può imporre ad un giudice di emettere una pronuncia piuttosto che un'altra, afferma anche che non il giudice è ad essere direttamente responsabile verso il cittadino della mancata (o erronea, come nel caso di specie) applicazione della norma comunitaria, bensì la norma applicata dal giudice stesso e quindi l'organismo (nel caso di specie un organismo amministrativo) che ha determinato la situazione di lesione del diritto comunitario, con la conseguenza che la responsabilità va ascritta allo stato in quanto tale.

Su questo punto, in verità, vi sarebbe molto da discutere, anche alla luce di quanto osservato sopra e cioè in relazione al fatto che sempre più si diffonde l'idea, nella Comunità internazionale, per cui non sempre solo e necessariamente debba essere lo stato responsabile per gli atti dei suoi organi, ma, se del caso, i suoi organi direttamente. Che verso la Comunità la responsabilità derivante da un atto di un organo sia dello stato in quanto tale è perfettamente ragionevole e rientra nella logica del sistema internazionale: è, a mio parere, in questa ottica che va letta l'affermazione (della massima) della Sentenza *Brasserie*, cit., dove si afferma: «Il principio della responsabilità degli Stati membri per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad essi imputabili è applicabile allorché a dare origine a tali violazioni è l'operato del legislatore nazionale. Infatti, questo principio, che è inerente al sistema del Trattato, ha valore in riferimento a qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario commessa da uno Stato membro, qualunque sia l'organo di quest'ultimo la cui azione od omissione ha dato origine alla trasgressione, e l'obbligo di risarcire i danni che da esso discende non può, avuto riguardo alla fondamentale esigenza dell'ordinamento giuridico comunitario costituita dall'uniforme applicazione del diritto comunitario, dipendere da norme interne sulla ripartizione delle competenze tra i poteri costituzionali».

E dunque, intendo solo dire che, se è vero che il giudice deve applicare la legge è anche perfettamente vero che la deve applicare tutta e quindi anche le norme comunitarie illegittimamente non ancora rese applicabili all'interno, ma che fanno parte integrante del diritto interno dello stato grazie al descritto meccanismo dell'effetto diretto.

Insomma, al giudice spetta di applicare la legge, ma quando la applichi male, non per erronea o discutibile interpretazione (suscettibile ovviamente di riforma da parte delle giurisdizioni di grado superiore o da quella comunitaria), ma per errore o colpa (più o meno grave) non si vede perché non debba risponderne. Certo, a stretto rigore, si potrebbe osservare che, nel caso, il giudice non fa altro che dare origine e seguito ad un illecito comportamento dello stato (che non avendo applicato la norma, ne paga le conseguenze) e che pertanto ne risponde. Ma è anche vero che dalla sentenza *Franovich* in poi, le cose sono notevolmente cambiate, almeno con riferimento ai diritti dei cittadini comunitari. Al limite, si potrebbe parlare di una sorta di concorso di colpa e quindi di responsabilità: dello stato in quanto ha illecitamente *non resa eseguibile* una disposizione comunitaria dotata di effetto diretto, del giudice in quanto era suo compito e dovere, rilevare l'illecito e, avvalendosi della giurisprudenza, comunitaria e nazionale - che glielo consente e anzi glielo chiede - trarne le dovute conseguenze ed applicare la norma comunitaria.

Che poi il singolo ordinamento giuridico contempri o meno la responsabilità personale del giudice, questo è

diverso discorso, perché tutto dipende dalla legislazione interna, che può legittimamente prevedere o meno detta responsabilità, facendone cioè ricadere o meno le conseguenze risarcitorie sullo stato o sul giudice.

Quanto precede è assai importante per le conseguenze che ne possono derivare. Poiché, se è possibile che il giudice sia personalmente non perseguibile, è lecito domandarsi se tale debba anche essere la situazione per un professionista privato, sia pure investito di pubbliche funzioni, per non parlare dei funzionari dello Stato.

Si dice, infatti come si è mostrato più sopra, che tutti gli organi dello stato sono tenuti (responsabilità diretta o meno, a parte), e quindi anche chi riveste funzioni pubbliche, come i notai, rispetto ai quali, la giurisprudenza comunitaria già ha avuto occasione di porsi il problema di sapere se, ad esempio, talune forme di pagamento e compensi per le loro attività (specie se notai "privati", piuttosto che pubblici) così come talune tasse e tributi da loro riscossi a nome dello stato per lo svolgimento delle loro attività, fossero, in taluni casi, da classificare come imposte, e pertanto suscettibili di essere considerate illegittime, in quanto in contrasto con la legislazione comunitaria, che fa divieto in molti casi di imporre imposte diverse da quelle applicate nel resto di Europa, o comunque consentite dal regime fiscale comunitario (1).

A prescindere, dunque, dal merito della questione, ovviamente del tutto di dettaglio, va osservato che, molto verosimilmente, qualora il notaio (su sollecitazione o meno del cliente) abbia ritenuto o debba ritenere che quell'emolumento o tributo è inaccettabile, non solo non potrebbe chiederlo al cliente, ma ben potrebbe dal cliente essere chiamato al risarcimento del danno e alla restituzione della somma versata, anche qualora ciò derivasse da un atto comunitario non ancora perfetto nell'ordinamento interno. In questo caso, infatti, la responsabilità non sarebbe direttamente ascrivibile allo Stato (e solo ad esso, come, sia pure con le esposte perplessità, nel caso del giudice) ma al professionista che ben potrebbe, anzi *dovrebbe*, far valere la norma comunitaria piuttosto che quella interna in contrasto con essa. Ciò perché, non diversamente da un funzionario pubblico, qualora scientemente applichi una norma non suscettibile di essere applicata (anzi, in contrasto netto con le norme comunitarie, pur ancora non trasformate e rese funzionali rispetto al diritto interno) commetterebbe un evidente illecito verso il cittadino determinandogli un danno.

La questione, come si vede è suscettibile di molte diverse interpretazioni, e conviene, allo stato dei fatti fermarsi qui, onde consentire l'apertura di un approfondito dibattito su una questione che potrebbe diventare di notevole rilevanza.

Anche perché, del tutto *in limine*, un altro punto merita di essere toccato, sia pure solo di sfuggita.

Come detto prima, riferendo il disposto delle recente sentenza della Corte europea, i principi regolatori dei

comportamenti degli Stati a livello internazionale devono essere applicabili anche a livello comunitario. Ciò risponde ad un principio, che, oggi appare in via di ulteriore specificazione. L'art. I-9 n. 3 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, non ancora in vigore ma sostanzialmente uguale, se pure assai più preciso, al disposto dell'art. 6 del trattato vigente, stabilisce un principio fondamentale, che, per effetto della interpretazione giurisprudenziale in breve troverà sicura applicazione concreta: quello per cui l'essenza dei principi giuridici fondamentali (e quindi non solo costituzionali in senso tecnico) degli ordinamenti giuridici degli stati membri dell'UE e quelli della stessa UE «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Una norma di immensa importanza, per gli sviluppi che è chiaramente destinata a produrre.

In particolare perché per effetto di questa norma si estendono, e tendono ad uniformarsi (anzi, per certi versi si potrebbe affermare che *devono* uniformarsi), principi e regimi giuridici differenti dei vari paesi europei. La norma poi, assume un valore ancora maggiore, se letta alla luce dell'altra (non a caso immediatamente successiva) che definisce la cittadinanza europea, in virtù della quale a tutti i cittadini europei devono essere riconosciuti diritti se non uguali, almeno strettamente equivalenti. E la recente interessantissima sentenza *Zhu* (Causa C-200/02) ne è una clamorosa conferma.

Nota:

(1) Sul punto la giurisprudenza non manca: v. Sentenza C-165/03, del 30 giugno 2005 e anche C-206/99, del 21 giugno 2001, in cui la responsabilità dei notai per la eventuale riscossione di tasse non dovute a seguito della legislazione comunitaria, appare ben disegnata. V. anche C-466/03 del 16 giugno 2005; C-442/01 del 6 febbraio 2003; C-909/99 del 10 luglio 2001; C-180/98 del 23 febbraio 2000.

Osservatorio civile

a cura di ERNESTO BRIGANTI

Amministrazione di sostegno

■ Tribunale Modena, 21 marzo 2005 (decr.) - Giud. Masoni - A.A. c. G.A.

Amministrazione di sostegno - Audizione del beneficiario - Necessità - Esclusione.

Tenuto conto della diversa formulazione dell'art. 407, comma 2, c.c. rispetto a quella dell'art. 419 c.c., che impedisce la pronuncia dell'interdizione o dell'inabilitazione senza previo esame dell'incapace, può farsi luogo alla nomina di un amministratore di sostegno anche senza previa audizione del beneficiario.

Concorsi

■ Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Roma, 20 maggio 2005, n. 4070 (sent.)

Ammissione alle prove orali del concorso notarile - Criteri - Legittimità.

È legittima la previsione di una soglia più alta per l'accesso agli orali, pur quando le prove scritte siano giudicate sufficienti, considerata la notevole specializzazione e l'alto tecnicismo della professione notarile per il cui esercizio è richiesta una preparazione adeguata e alla quale corrisponde un punteggio minimo di 105, posta la necessità di accertare comunque il possesso da parte del concorrente di una preparazione che faccia intravedere la possibilità di un esito positivo. Inoltre, secondo la statuizione del TAR, è condivisibile l'orientamento secondo il quale ai fini della legittimità della valutazione delle prove di un concorso non è prescritta la verbalizzazione della votazione assegnata da ciascun commissario, essendo presunta l'unanimità e la uniformità del punteggio assegnato. Tale valutazione, anche dopo l'entrata in vigore della legge 241/1990 può essere espressa attraverso la semplice attribuzione di un punteggio numerico, il quale rappresenta una espressione sintetica, ma pur sempre eloquente dell'apprezzamento compiuto dalla commissione. Non sono da ultimo sindacabili, in sede di legittimità i tempi dedicati dalla Commissione alla valutazione degli elaborati, soprattutto se tali tempi sono calcolati in base ad un calcolo presuntivo di pura media aritmetica.

Condominio

■ Cassazione, sez. II, 25 febbraio 2005, n. 4046 - Pres. Spadone - Rel. Malpica

Regolamento - Forma scritta "ad substantiam" - Necessità - Modifiche "per facta concludentia" - Esclusione.

La forma scritta deve ritenersi necessaria anche per le modificazioni del regolamento di condominio, perché esse, in quanto sostitutive delle clausole originarie del regolamento, non possono non avere i medesimi requisiti delle clausole sostituite, dovendo conseguentemente escludersi la possibilità di una modifica per tramite di comportamenti concludenti dei condomini.

■ Cassazione, sez. II, 16 febbraio 2005, n. 3104 - Pres. Calfapietra - Rel. Triola

Condominio - Regolamento - Approvazione - Redazione - Conferimento dell'incarico al costruttore - Limiti di efficacia.

L'obbligo genericamente assunto nei contratti di vendita delle singole unità immobiliari di rispettare il regolamento di condominio che contestualmente si incarica il costruttore di predisporre, come non vale a conferire a quest'ultimo il potere di redigere un qualsiasi regolamento, così non può valere come approvazione di un regolamento allo stato inesistente, in quanto è solo il concreto richiamo nei singoli atti di acquisto ad un determinato regolamento già esistente che consente di ritenere quest'ultimo come facente parte "per relationem" di ogni singolo atto.

ConSORZI

■ Cassazione, sez. I, 23 febbraio 2005, n. 3772 - Pres. Olla - Rel. Marziale - Consorzio C. U. - c. S. s.r.l.

ConSORZI - ConSORZI con attività esterna - Delibera assembleare - Mancanza consenso unanime dei soci - Controversia - Competenza - Arbitri.

La possibilità di devolvere alla cognizione di arbitri le controversie concernenti la validità delle delibere assembleari è oggi riconosciuta esplicitamente dal legislatore (D.Lgs. n. 5/2003), ma anche nel vigore della precedente normativa,

applicabile al caso di specie, si ritenevano compromettibili le controversie che coinvolgessero interessi individuali di singoli soci, e non collettivi o generali

Contratti in generale

■ Cassazione, sez. III, 12 aprile 2005, n. 7522

Transazione conservativa e novativa - Distinzione.

La transazione, pur modificando la fonte del rapporto giuridico preesistente, non ne determina necessariamente l'estinzione in quanto, al di fuori dell'ipotesi dell'espressa manifestazione di volontà delle parti in tal senso, l'eventuale efficacia novativa della transazione dipende dalla situazione di oggettiva incompatibilità nella quale i due rapporti, quello preesistente e quello nuovo, vengono a trovarsi. Pertanto per determinare il carattere novativo od invece conservativo della transazione, occorre accertare se le parti, nel comporre l'originario rapporto litigioso, abbiano inteso o meno addivenire alla conclusione di un nuovo contratto, diretto a costituire, in sostituzione di quello precedente, nuove autonome situazioni giuridiche.

Demanio

■ Cassazione, sez. III, 11 febbraio 2005, n. 2852 - Pres. Nicastro, Rel. Segreto

Demanio - Concessione - Aeroporti - Attribuzione dell'uso a terzi - Locazione - Configurabilità - Condizioni.

L'atto con il quale la società concessionaria dei servizi aeroportuali, avvalendosi di autorizzazione all'uopo ricevuta dall'amministrazione concedente (nei limiti di compatibilità con gli impegni e gli scopi della concessione) dia in uso a terzi, a titolo oneroso e dietro corrispettivo, terreni demaniali inclusi nel "recinto" dell'aeroporto, ovvero anche locali realizzati su tali terreni (facenti parte del degnano per il principio dell'accessione), è riconducibile nella locazione, con la conseguenziale applicabilità delle disposizioni della legge n. 392 del 1978 (salve le eccezioni contemplate nell'art. 35 di detta legge), se il bene non abbia perso la qualità di immobile strumentale rispetto ai servizi aeroportuali e venga così goduto dal terzo per scopi propri, non collegati, o collegati solo in via eventuale ed indiretta, con le esigenze dello scalo; l'atto stesso presenta, invece, il carattere della subconcessione se il bene abbia e conservi l'indicata strumentalità, sicché il terzo si trovi in posizione analoga a quella della società concessionaria, impiegando ed essendo tenuto ad impiegare il terreno ed il locale per attività, comprese fra quelle che il concessionario avrebbe potuto svolgere direttamente, che siano componenti del servizio aeroportuale unitariamente inteso. Tale decisione ha precisato che locazione e subconcessione di diritto di privato di un locale

demaniale per uso commerciale, pur presentando elementi comuni, si differenziano, sotto il profilo causale, per il fatto che solo in quest'ultima la cessione in uso al terzo tende - a differenza di quanto avviene invece nella locazione, diretta a realizzare uno scopo proprio del conduttore al godimento dell'immobile e del locatore al corrispettivo - a perseguire l'interesse pubblico insito nel bene considerato; interesse che va desunto da tutte le clausole contrattuali che impongano obblighi comportamentali al terzo subconcessionario.

Espropriazione immobiliare

■ Tribunale Napoli, 29 settembre 2004 - Giud. Tatan-gelo - A. C. ed altri c. De S. N.

Decreto di trasferimento - Occupanti dell'immobile - Rilascio - Efficacia di titolo esecutivo - Insussistenza.

Il decreto di trasferimento dell'immobile venduto in sede esecutiva ex art. 586 c.p.c., ha efficacia esecutiva ai fini del rilascio unicamente nei confronti dei soggetti che hanno partecipato alla procedura esecutiva, in qualità di parti o di ausiliari del giudice, ma non può averla nei confronti dei terzi che detengano l'immobile da data anteriore al pignoramento, indipendentemente dal titolo sulla base del quale essi abbiano conseguito tale detenzione, in mancanza di qualunque accertamento - valido sul piano della cognizione - in ordine alla effettiva sussistenza delle condizioni richieste dalla legge perché il diritto dell'acquirente del bene prevalga su quello del suo effettivo detentore.

Fallimento

■ Cassazione, sez. I, 8 marzo 2005, n. 5033 (ord.) - Pres. Losavio - Rel. Rordorf - P.M. Cafiero (conf.) - PMCI S.r.l. c. AGM Costr. S.r.l.

Apertura (dichiarazione) di fallimento - Competenza per territorio - Trasferimento della sede legale - Rilevanza - Limiti - Mantenimento di una "sede amministrativa" nel luogo di precedente esercizio dell'attività di impresa - Rilevanza - Esclusione.

Ai sensi dell'art. 9 della legge fallimentare, la competenza a provvedere sul ricorso per fallimento va individuata con riferimento al luogo in cui ha sede l'impresa al momento del deposito del ricorso medesimo nella cancelleria del giudice al quale esso è rivolto, quello essendo il momento in cui il procedimento ha inizio. Pertanto rileva il trasferimento della sede che sia avvenuto prima del deposito del ricorso (nella specie, oltre un anno e mezzo prima), ove difetti la prova del carattere fittizio o strumentale di detto trasferimento di sede; mentre nessun rilievo può attribuirsi alla circostanza che il debitore (nella specie, una società) abbia mantenuto una "sede amministrativa" nel luogo in cui, pri-

ma del trasferimento, si trovava la sede legale, essendo l'espressione "sede amministrativa" impropria e priva d'univoco significato giuridico, da essa non essendo dato desumere l'esistenza di una sede di fatto destinata eventualmente a prevalere, ai fini della competenza, sull'ubicazione della sede legale.

Notai

■ Cassazione, sez. III, 10 maggio 2005, n. 9757

L'art. 49 della l. 16 febbraio 1913, n. 49 - il quale stabilisce che «Il notaio deve essere certo dell'identità personale delle parti e può raggiungere tale certezza anche al momento dell'attestazione, valutando tutti gli elementi atti a formare il suo convincimento. In caso contrario il notaio può avvalersi di due fidejacenti da lui conosciuti, che possano valere come testimoni» - va interpretato nel senso che il professionista, nell'attestare l'identità personale delle parti, deve trovarsi in uno stato soggettivo di certezza intorno a tale identità, conseguibile, senza la necessaria, pregressa, conoscenza personale delle parti stesse, attraverso regole di diligenza e perizia professionale e sulla base di qualsiasi elemento astrattamente idoneo a formare tale convincimento, anche di natura presuntiva, purché si tratti di presunzioni gravi, precise e concordanti.

■ Cassazione, sez. III, 18 aprile 2005, n. 7996

Responsabilità professionale - Diritto all'integrale ristoro del danno conseguente all'omissione degli accertamenti catastali.

Il notaio che nonostante l'esistenza di un formale incarico non limitato soltanto al rogito dell'atto e all'autenticità delle firme, ma esteso anche alla verifica della piena proprietà e libertà delle aree, non abbia effettuato le visure catastali presso la competente conservatoria incorre in una inescusabile omissione, che lo rende contrattualmente responsabile verso le parti dell'accordo. È pertanto immotivata la limitazione nella quantificazione del risarcimento del danno conseguente alla responsabilità esclusiva del professionista, in quanto viola il principio sancito dall'art. 1223 c.c., che postula la necessità di una completa ed incondizionata "restitutio in integrum" del patrimonio del creditore ingiustamente vulnerato nella sua originaria consistenza in tutti i casi di inadempimento colpevole delle proprie obbligazioni da parte del debitore.

■ Cassazione, sez. II, 2 marzo 2005, n. 4427 - Pres. Calfapietra - Rel. Malpica - P.M. Marinelli (conf.) - Q. c. F. ed altro

Responsabilità professionale - Atto pubblico di trasferimento immobiliare - Omessa esecuzione di visure nei registri immobiliari - Conseguenze - Inadempimento fonte di responsabilità contrattuale - Qualificazione della violazione di detto obbligo - Violazione della diligenza ex secondo comma dell'art. 1176

c.c. - Limitazione di responsabilità ex art. 2236 c.c. - Esclusione - Fattispecie.

In relazione alla inosservanza dell'obbligo di espletare la visura dei registri immobiliari in occasione di una compravendita immobiliare, il notaio non può invocare la limitazione di responsabilità prevista per il professionista dall'art. 2236 c.c. con riferimento al caso di prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, in quanto tale inosservanza non è riconducibile ad un'ipotesi di imperizia, cui si applica quella limitazione, ma a negligenza o imprudenza, cioè alla violazione del dovere della normale diligenza professionale media esigibile ai sensi del secondo comma dell'art. 1176 c.c., rispetto alla quale rileva anche la colpa lieve. (Nella specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito, che aveva dichiarato la nullità del contratto di compravendita di un immobile che era risultato gravato da uso civico e del quale il venditore era solo colono perpetuo, condannando il notaio, in solido con il venditore, alla restituzione del prezzo, oltre accessori).

Parcheggi

■ Cassazione, sez. II, 14 marzo 2005, n. 2616 - Pres. Pontorieri - Rel. Cioffi

Condominio - Parti in proprietà esclusiva - Parcheggi - Chiusura - Legittimità - Condizioni.

I condomini hanno la facoltà di chiudere gli spazi destinati a parcheggio in loro proprietà esclusiva, salvo i divieti previsti dal titolo di acquisto o dal regolamento condominiale contrattuale (cioè se non esiste una servitù contraria) e sempre che da tale recinzione non derivi un danno alle parti comuni dell'edificio (con particolare riguardo al suo decoro architettonico o alle sue condizioni di sicurezza) o una limitazione al godimento delle parti comuni dell'autorimessa.

Proprietà

■ Cassazione, sez. II, 21 febbraio 2005, n. 3440 - Pres. Calfapietra - Rel. Schettino

Proprietà - Accessione - Opera realizzata in forza di convenzione tra il proprietario del suolo ed il costruttore - Acquisto della proprietà per accessione - Esclusione.

La disciplina dettata dall'art. 934 c.c. in materia di acquisto della proprietà per accessione non opera quando la costruzione o l'opera esistente sopra o sotto il suolo sia stata realizzata in forza di convenzione tra il proprietario del suolo ed il costruttore o, comunque, in base ad un titolo costitutivo del diritto di superficie di quest'ultimo ovvero dello "ius aedificandi". In casi del genere i rapporti che si instaurano tra proprietario del suolo e costruttore sono disciplinati, quanto ai

diritti sulle opere realizzate ad al loro concreto esercizio, dalla convenzione o dal titolo, nonché, ed a seconda della qualificazione che venga data ai diritti stessi, dalla legge, con la conseguenza che, nel caso di costituzione di servitù e di realizzazione di opere sul fondo servente, finalizzate all'esercizio della stessa e vantaggiose ed utili anche per il proprietario del fondo servente, il giudice deve accertare e qualificare i diritti sulle opere stesse spettanti rispettivamente al proprietario del fondo dominante, che le ha anche eseguite, e del fondo servente, che a sua volta ha concorso a realizzarle e ne è rimasto avvantaggiato, non essendo applicabile, nel caso, la disposizione di cui all'art. 934 c.c., in base alla quale il secondo ne rivendichi la proprietà esclusiva.

Società

■ Cassazione, sez. I, 13 aprile 2005, n. 7663 - Pres. Cappuccio - Rel. Rordorf - P.M. Palmieri (conf.) - S. C. S.r.l. c. B.

Di capitali - Società per azioni - Organi sociali - Assemblea dei soci - Deliberazioni - Invalide - In Genere - Nullità ed annullabilità - Distinzione - Erronea qualificazione del vizio da parte del giudice del merito - Censurabilità in sede di legittimità - Presupposti - Limiti.

In materia di impugnazione delle delibere dell'assemblea di una società di capitali, la distinzione tra vizi che ne cagionano la nullità, ovvero l'annullabilità, e l'errore nel quale sia incorso il giudice del merito nella qualificazione del vizio denunciato, possono essere fatti valere in sede di legittimità, purché il ricorrente alleghi e dimostri l'esistenza di un interesse concreto alla sua correzione, in quanto, anche se a detti vizi corrispondono azioni e decisioni di natura differente, dalle quali possono derivare effetti almeno in parte dissimili, esse sono accomunate dalla circostanza che sia la pronuncia di nullità, sia quella di annullamento rispondono all'interesse dell'attore di caducare la delibera impugnata. Pertanto, qualora il socio abbia esercitato entrambe le azioni e la società convenuta non abbia eccepito la decadenza dall'azione ex art. 2377, c.c., l'errore del giudice del merito nell'identificare la natura del vizio che inficia la delibera e la conseguente imprecisa formula adottata nella sentenza sono irrilevanti, nel caso in cui il ricorrente non abbia allegato l'interesse che dovrebbe fondare il ricorso, in quanto l'impugnazione della pronuncia non può essere giustificata dallo scopo meramente teorico di conseguire una pronuncia formulata in termini giuridicamente corretti.

■ Cassazione, sez. II, 25 marzo 2005, n. 6468 - Pres. Calfapietra - Rel. Migliucci - P.M. Gambardella (diff.) - P. c. L. F. Assic. S.p.A.

Di capitali - Società per azioni - Organi sociali - Amministratori - rappresentanza della società - In genere - Attività di gestione affidata ad un consiglio di amministrazione - Potere delibe-

rativo e potere di rappresentanza esterna - Rispettiva titolarità del consiglio di amministrazione e del presidente - Conseguenze - Contratto concluso dal presidente - Mancata ratifica da parte del consiglio di amministrazione - Inefficacia del contratto - Configurabilità - Sussistenza - Fondamento.

Quando l'attività di gestione di una società dotata di personalità giuridica è affidata ad un consiglio d'amministrazione si verifica (a differenza del caso dell'amministratore unico) una separazione del potere deliberativo, diretto a formare la volontà dell'ente, da quello di rappresentanza esterna, in quanto il primo appartiene al consiglio d'amministrazione, mentre il secondo spetta al presidente o all'amministratore cui esso sia stato espressamente conferito. Pertanto il contratto concluso dal presidente senza la ratifica del consiglio d'amministrazione, essendo stipulato da un rappresentante senza poteri, è inefficace per la società.

■ Cassazione, sez. I, 14 gennaio 2005, n. 691 - Pres. Olla - Rel. De Chiara - Immobiliare S. Giovanna s.r.l. ed altri c. Fallimento L.N. ed altri

Di capitali - Società a responsabilità limitata - Quote - Trasferimento - Clausola statutaria di prelazione - Violazione - Conseguenze.

Non può affermarsi che le clausole di prelazione siano poste solo in funzione di un interesse dei soci, essendo invece innegabile che, in quanto dirette ad assicurare l'omogeneità della compagine sociale, tali clausole siano destinate ad operare anche nell'interesse comune dei soci, e quindi di un interesse che trascende quello, individuale, di ciascuno di essi. Le disposizioni di cui all'art. 2480, comma 3, c.c. prev., si applicano, pertanto, anche allorché la non libera trasferibilità della quota derivi dall'esistenza di una clausola statutaria di prelazione.

■ Tribunale Monza, sez. dist. Desio, 31 marzo 2005 - Giud. Rolfi - Edilmarket s.r.l. c. C. C.

Di capitali - Capitale sociale di s.p.a. - Detenzione - Unico socio - Confusione dei patrimoni (personale e sociale).

La circostanza che un socio disponga, direttamente e/o indirettamente dell'intero capitale sociale di una società di capitali, non comporta la confusione del patrimonio personale del primo con quello della seconda, e perciò i creditori dell'uno, pur se socio sovrano o tiranno, non possono aggredire i beni dell'altra, sottraendoli alla loro primaria funzione di garanzia dell'adempimento delle obbligazioni sociali. Invece, proprio per rafforzare questa funzione, a norma dell'art. 2497 comma 2, c.c., nella formulazione previgente a quella introdotta dall'art. 7 D.L. 3 marzo 1993 n. 88, nel caso di insolvenza di una società a responsabilità limitata, per le obbligazioni sorte nel periodo in cui le quote sociali siano appartenute ad un solo socio, questi ne rispondeva illimitatamente con il suo patrimonio.

■ **Tribunale Napoli, 30 marzo 2005 (ord.) - Giud. Perrino - R. c. Coop. TTC a r.l.**

Di capitali - Delibera - Sospensione - Tutela "ante causam" ex art. 700 c.p.c. - Inammissibilità.

È inammissibile il ricorso proposto ex art. 700 c.p.c. per conseguire la sospensione "ante causam" delle delibere di società di capitali di cui si deduce l'illegittimità.

■ **Tribunale Genova, 7 marzo 2005 - Pres. Dimundo - Est. Maganza - D'O. c. D.**

Di capitali - Riforma del diritto societario - Art. 34 D.Lgs. n. 5/2003 - Introduzione di un arbitrato societario - Natura - Arbitrato endosocietario - Effetti sulle clausole di arbitrato di diritto comune preesistenti - Validità.

Con la riforma del diritto societario (D.Lgs. n. 5/2003) è stata prevista un nuovo modello di arbitrato rituale endosocietario che si è aggiunto, senza sostituirlo, all'arbitrato di diritto comune disciplinato dal codice di rito. Pertanto, sono valide le clausole che devolvono le controversie societarie ad un arbitrato di diritto comune.

■ **Tribunale Nola, 14 febbraio 2005 - Est. Barbalucca - Tizio c. Fratelli Tizio s.r.l.**

Di capitali - Deliberazione assembleare - Impugnazione - Termine - Decadenza - Rilevabilità d'ufficio - Esclusione.

Il termine per impugnare le delibere delle assemblee delle società di capitali ha natura di termine di decadenza e non rilevabile d'ufficio.

Di capitali - Assemblea - Convocazione - Formalità - Avviso - Spedizione - Sufficienza.

Ai fini della regolare convocazione dell'assemblea di società per azioni, è sufficiente che l'avviso venga spedito otto giorni prima della riunione, a prescindere dalla data di ricevimento.

Di capitali - Società per azioni - Azioni di nuova emissione - Opzione dei soci - Offerta in opzione - Natura - Offerta al pubblico - Atto recettizio - Esclusione - Deposito dell'offerta presso l'ufficio del registro - Formulazione dell'offerta in opzione con raccomandata inviata ai singoli soci - Equipollenza - Fattispecie.

L'offerta in opzione ai soci delle azioni di nuova emissione della società ha natura di offerta al pubblico che si perfeziona con il deposito della stessa presso l'ufficio del registro delle imprese e non deve essere comunicata ai singoli soci. Tale forma di comunicazione può essere sostituita dall'invio di una

comunicazione ai singoli soci che si perfeziona con la spedizione della raccomandata contenente l'offerta (nella specie il Tribunale ha escluso la validità della offerta effettuata con la spedizione di raccomandata ai singoli soci, in quanto non vi era certezza della data e della effettività di tale spedizione).

Successioni

■ **Cassazione, sez. II, 29 marzo 2005, n. 6574**

Accettazione da parte del chiamato all'eredità - Attestazione della volontà mediante un atto negoziale - Esclusione.

L'accettazione tacita di eredità, che si ha quando il chiamato all'eredità compie un atto che presuppone la volontà di accettare e che non avrebbe diritto di compiere se non nella qualità di erede, può essere desunta anche dal comportamento del chiamato, che abbia posto in essere una serie di atti incompatibili con la volontà di rinunciare o siano concludenti e significativi della volontà di accettare; pertanto l'accettazione tacita dell'eredità può essere desunta dal comportamento complessivo del chiamato all'eredità che ponga in essere atti non solo di natura meramente fiscale, come la denuncia di successione di per sé sola inidonea a comprovare l'accettazione tacita, ma anche atti che siano al contempo civili e fiscali, come la voltura catastale che rileva non solo dal punto di vista tributario, ma anche sotto il profilo civilistico, per l'accertamento legale o semplicemente materiale, delle proprietà immobiliare e dei relativi passaggi.

■ **Tribunale Napoli, 16 marzo 2005 - Pres. Sena - Est. Criscuolo - C. R. ed altri c. R. R.**

Legato in sostituzione di legittima - Azione di riduzione - Rinunzia - Accettazione del legato - Preclusione.

L'azione di riduzione è preclusa al legittimario, laddove questi, beneficiario con un legato in sostituzione di legittima, abbia già accettato, esplicitamente o per comportamento concludente il legato (nella fattispecie trattavasi di legato di usufrutto generale, ed il legittimario - legatario aveva continuato a godere anche dopo la morte del testatore, dei beni caduti in successione).

Attribuzione di usufrutto generale - Istituzione di erede - Insussistenza - Successione a titolo particolare.

La disposizione testamentaria che attribuisca al beneficiario l'usufrutto generale sui beni del "de cuius" si configura quale attribuzione a titolo particolare, giammai potendo costituire un'istituzione a titolo di erede.

Legato in sostituzione di legittima - Azione di riduzione - Eredi del legittimario - Legatario - Legittimazione - Sussistenza.

Atteso che per l'art. 557 c.c., legittimati all'azione di riduzione sono anche gli eredi del legittimario, a questi ultimi deve essere riconosciuta la possibilità di rinunciare al legato in sostituzione di legittima (ove ancora possibile) e di agire per il recupero della legittima (nella fattispecie si è ritenuto che la scelta tra il legato di cui all'art. 551 c.c. e l'azione di riduzione non presuppone il consenso unanime di tutti gli eredi del legittimario).

Tributi

■ Cassazione, sez. V, 15 aprile 2005, n. 7913

TARSU - Esenzione per le ONLUS - Esclusione.

La Corte di Cassazione ha chiarito che la disciplina della TARSU (D.Lgs. n. 507/1993) non contiene alcuna norma che contempli un'esenzione o esclusione per le associazioni che abbiano scopi culturali o sociali, a differenza di quanto è invece previsto per l'ICI.

■ Cassazione, sez. V, 15 aprile 2005, n. 7905

ICI - Applicazione dell'imposta - Verifica dell'abitabilità dell'immobile - Irrilevanza.

L'ICI è un'imposta patrimoniale, che presuppone che l'immobile posseduto sia ultimato e iscritto in catasto, e resta estranea al rapporto tributario la definizione del procedimento di verifica dell'abitabilità.

■ Cassazione, sez. un., 15 aprile 2005, n. 7792 - Pres. Carbone - Rel. Papa - P.M. Martone (conf.) - Scatoli c. Uff. Entrate Roma ed altro

Imposta di registro e INVIM - Giurisdizione in materia tributaria - Ambito - Avviso di liquidazione del tributo - Erede accettante con beneficio di inventario - Impugnazione dell'atto impositivo per il vizio concernente la mancata contemplazione della limitazione della responsabilità dell'eredità accettante con beneficio di inventario per il debito tributario del "de cuius" - Giurisdizione delle commissioni tributarie - Devoluzione.

La giurisdizione tributaria, avendo ad oggetto sia l'"an" che il "quantum" della pretesa tributaria, comprende anche l'individuazione del soggetto tenuto al versamento dell'imposta o dei limiti nei quali esso, per la sua qualità, sia obbligato; ne consegue che, qualora tra i debiti ereditari rientri un debito di imposta (nella specie, imposta di registro ed INVIM) e l'eredità abbia accettato con beneficio di inventario, spetta alle commissioni tributarie conoscere dell'impugnazione dell'avviso di liquidazione con cui esso erede con beneficio d'inventario, adducendo la propria responsabilità per il debito fiscale ereditario nei limiti di valore dei beni a lui pervenuti ("ex" art. 490, secondo comma, numero 2, c.c.), faccia valere il vizio proprio di tale atto impositivo, ad

esso destinato, in quanto volto a conseguire il pagamento dell'intera imposta, e non di quanto possibile per effetto della accettazione beneficiata. Del resto, se così non fosse, qualsiasi forma di tutela, concernente la ridotta responsabilità dell'eredità accettante con beneficio di inventario per il debito d'imposta imputabile al "de cuius", sarebbe, nella sede ordinaria, preclusa dalla definitività dell'avviso di liquidazione.

■ Cassazione, sez. V, 9 marzo 2005, n. 5101

Cooperative e consorzi di garanzia - Modifiche alla disciplina dell'imposta sul patrimonio netto - Irretroattività.

La modifica del regime dell'imposta sul patrimonio delle imprese per le società cooperative e i loro consorzi intervenuta nel 1995 non ha efficacia retroattiva.

■ Cassazione, sez. V, 8 marzo 2005, n. 5015

ICI - Pertinenza di fabbricato - Sussistenza.

Il vincolo della pertinenza ha un concreto contenuto positivo che non può essere ricavato implicitamente dalla affermazione che due suoli sono inglobati in un'unica unità urbanistica ma deve essere specificamente indicato. La richiesta di accatastamento separato di immobili che si affermano legati da vincolo pertinenziale, avvenuta successivamente al periodo cui si riferiscono gli avvisi impugnati, costituisce la miglior prova dell'inesistenza del vincolo stesso (nella specie in un ricorso avverso avviso di accertamento ICI, per gli anni 1995-1998, per la mancata presentazione della dichiarazione e il mancato pagamento dell'imposta relativo ad un terreno edificabile, il contribuente aveva affermato costituire pertinenza del fabbricato, in quanto area destinata a giardino).

Edilizia e urbanistica

Il regime di modificabilità del regolamento di condominio

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.).

(omissis)

Motivi della decisione

Col primo motivo, denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 360 nn. 3 e 5 c.p.c., in riferimento all'art. 1138 c.c., i ricorrenti si dolgono che la Corte d'appello, fraintendendo alcune pronunce giurisprudenziali da essi riportate (e che vengono trascritte), non avrebbe chiarito se il Regolamento condominiale era di natura contrattuale come da essi sostenuto.

Col secondo motivo, denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 360 nn. 3 e 5 c.p.c., in riferimento agli artt. 1102 e 1120 c.c., nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, i ricorrenti affermano che corollario della natura contrattuale del regolamento condominiale è il carattere vincolante delle clausole cd. convenzionali (o contrattuali). La norma regolamentare (art. 3) che stabilisce la destinazione a parco (giochi) delle aree scoperte condominiali è una clausola contrattuale, come tale modificabile esclusivamente con il consenso di tutti i condomini: consenso che nel caso specifico non c'è stato.

Col terzo motivo, intitolato "segue", i ricorrenti si dolgono che la Corte d'appello abbia ritenuto valida la delibera impugnata senza considerare che essa, modifican-

do una clausola contrattuale che prevedeva l'indivisibilità del bene e la destinazione d'uso, doveva essere assunta all'unanimità e non a maggioranza.

Inoltre, anche ai sensi dell'art. 29 del Regolamento, laddove richiede l'unanimità dei consensi per le modifiche implicanti variazioni nei diritti costitutivi o acquisiti (sulle cose e sui servizi comuni), occorre l'unanimità, in quanto, essendo stata l'area esterna al fabbricato sempre destinata a parco, doveva ravvisarsi l'esistenza di un "diritto quesito". Pure in base al n. 4 lett. d) era richiesta l'unanimità dei consensi, trattandosi di ipotesi che rientrava nel concetto di innovazioni che producono un cambiamento nella destinazione originaria dell'edificio.

Infine, la Corte d'appello non avrebbe considerato, omettendo qualsiasi pronuncia al riguardo, che la modificazione, incidendo sulla destinazione impressa dal titolo alla cosa comune, doveva considerarsi una innovazione vietata, ai sensi dell'art. 1120 c.c..

Col quarto motivo, pure intitolato "segue", i ricorrenti deducono che il Condominio avrebbe dato attuazione alla delibera impugnata (di cui in un primo momento il giudice aveva disposto la sospensione poi revocata), adottando i relativi provvedimenti sempre a maggioranza.

I primi tre motivi, da trattare congiuntamente perché strettamente connessi, sono infondati.

Il giudice d'appello, nel caso in esame (caratterizzato dal proposito del Condominio di regolare l'uso delle aree scoperte condominiali destinandole in parte a parcheggio delle autovetture e in parte a parco giochi dei bambini, proposito poi realizzato con delibera condominiale, approvata a maggioranza dai condomini), ha fatto corretta applicazione dei principi che disciplinano la materia.

Infatti, come questa Corte ha avuto occasione di avvertire in numerose decisioni, 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 esser 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 (cfr. Cass. 27 gennaio 1996, n. 642; 8 gennaio 1966, n. 158).

Nella specie, poiché il regolamento di condominio, sul punto, anche se di origine contrattuale, non contiene particolari disposizioni che attribuiscono ai condomini diritti soggettivi, anche attraverso l'imposizione di limitazioni reciproche dei diritti dei singoli condomini, le aree scoperte comuni (esistenti intorno all'edificio condominiale) destinate a parco (giochi) restano assoggettate alla normativa che regola l'uso e il godimento della cosa comune, nell'ambito della organizzazione della vita interna del condominio, di norma sottoposta al principio di disponibilità da parte dell'assemblea.

Tutto questo è stato esattamente avvertito dalla Corte del merito che in linea con tali principi ha correttamente ritenuto che 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.

Per vero, premesso che la mera indicazione, in un regolamento condominiale, della destinazione di una cosa comune non determina una connotazione reale del be-

ne, è evidente che non si tratta, come pretendono i ricorrenti, di modifica di un "diritto reale" ovvero di soppressione di un vincolo di destinazione, bensì (come hanno accertato i giudici di merito) di un miglior regolamento dell'uso delle aree scoperte condominiali, in modo da consentire ad ogni avente diritto l'uso del parcheggio e del parco (giochi), con il rispetto del pari diritto degli altri condomini.

La delibera impugnata è stata determinata dalla legittima esigenza di razionalizzare l'uso delle aree scoperte condominiali destinandole in parte a parcheggio e in parte a parco giochi, rispettando il diritto di ogni condomino (art. 1102 c.c.).

Data la natura e finalità della delibera in esame, secondo costante giurisprudenza in materia (v. Cass. 17 ottobre 1998, n. 10289, 3 settembre 1993, n. 9311), cui si è uniformata la sentenza impugnata, è sufficiente che la delibera sia approvata (come si è verificato nel caso in esame) a maggioranza qualificata dei condomini (e non all'unanimità), atteso che con tale maggioranza (di cui al quinto comma dell'art. 1136 c.c.) i condomini possono disporre tutte le innovazioni dirette al miglioramento o all'uso più comodo o al maggior rendimento delle cose comuni (art. 1120, primo comma, c.c.).

L'impugnata sentenza, con accertamento di fatto insindacabile in questa sede di legittimità, ha escluso l'ipotesi (di cui al secondo comma dell'art. 1120 c.c.) delle innovazioni vietate, che sono quelle che possano recare pregiudizio alla stabilità o alla sicurezza del fabbricato, che ne alterino il decoro architettonico o che rendano taluni parti comuni dell'edificio inservibili all'uso o al godimento anche di un solo condomino.

Infine, l'impugnata sentenza ha pure osservato che il Regolamento (art. 29) impone il consenso unanime dei condomini solo per quelle modificazioni che implicano variazioni nei "diritti costitutivi o acquisiti" sulle cose e sui servizi comuni ovvero che incidono sulla "destinazione originaria dell'edificio", ma non anche per tutte le altre modificazioni, relative (come nel caso specifico) al semplice uso o godimento di cose comuni e non riguardanti la destinazione originaria dell'edificio ma le pertinenze o accessori di questo, quali appunto le aree scoperte intorno allo stabile condominiale.

Il quarto motivo è inammissibile perché deduce un comportamento successivo del Condominio e, quindi, introduce una questione nuova del tutto estranea al *thema decidendum*.

In base alle considerazioni svolte, il ricorso va rigettato, con condanna dei ricorrenti in solido al pagamento delle spese del giudizio di cassazione, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna i ricorrenti in solido al pagamento delle spese del giudizio di cassazione, che liquida in complessivi Euro 1.600,00, di cui Euro 1.500,00 per onorario, oltre accessori come per legge.

IL COMMENTO

di Claudio Sabattini

Il Supremo Collegio torna ad occuparsi di un argomento ampiamente discusso e dibattuto in dottrina ed in giurisprudenza e, ciò nonostante, ancora oggi non del tutto chiarito sotto l'aspetto dogmatico. Ci si riferisce al cosiddetto "regolamento di condominio" ed in particolar modo alle tematiche relative agli istituti noti nella prassi come regolamento "condominiale" e regolamento "contrattuale", agli eventuali elementi di distinzione ed alle norme da cui devono intendersi regolamentati. La pronuncia offre lo spunto per un riesame della problematica e per una analisi ulteriore intorno ad un tema di non facile inquadramento dal punto di vista giuridico.

La questione da cui trae origine la decisione dei Giudici di legittimità è la seguente.

Due condomini citano in giudizio il condominio nel quale sono ricomprese le unità abitative da essi possedute allo scopo di vedere dichiarata la invalidità di una delibera condominiale volta a regolamentare l'uso a parcheggio ed a parco giochi di alcune aree di proprietà comune. Gli attori asseriscono trattarsi di delibera viziata in quanto contraria a norme imperative in materia di condominio di edifici. La decisione assembleare in oggetto, infatti, ponendosi in contrasto con una norma del regolamento condominiale che prevedeva la destinazione "a parco" delle suddette aree di proprietà comune, risulterebbe inidonea a disciplinare l'innovazione nell'uso del bene comune e nella sua destinazione, ove assunta a maggioranza. Sostengono gli attori che, in detta circostanza, operandosi una modifica di un vincolo d'uso posto dal regolamento sull'area condominiale, non potrebbe in alcun modo prescindere dall'unanimità dei consensi. La norma che destina a parco le aree scoperte antistanti l'edificio, infatti, andrebbe interpretata come clausola di tipo "contrattuale" modificabile da parte dell'unanimità, e non della semplice maggioranza, dei condomini.

Il Tribunale, in primo grado, rigetta la domanda attorea e la Corte d'Appello conferma la decisione dei Giudici di prima istanza.

Contro tale sentenza i condomini attori ricorrono in Cassazione.

I regolamenti di condominio: una "vexata quaestio"

In termini di diritto, la questione al vaglio del Supremo Collegio è tutta incentrata sul rapporto esistente fra autonomia privata e regolamento di condominio. In particolare, nel caso in esame, assume rilevanza decisiva la problematica inerente alla modificabilità, da

parte dei condomini, delle clausole del regolamento stesso.

Gli equivoci sul punto sono indubbiamente dovuti alla non chiarissima formulazione dell'art. 1138 c.c., norma codicistica interamente dedicata all'istituto, che tuttavia, da sola, non è sufficiente a fornire una risposta risolutiva in merito. Le perplessità sorgono dal raffronto fra il primo ed il quarto comma del suddetto articolo, i quali, a detta della migliore dottrina, pur se raggruppati sotto la medesima rubrica, delineano due fattispecie giuridiche sostanzialmente differenti.

Il primo comma disciplina il regolamento condominiale vero e proprio, vale a dire "...un regolamento il quale contenga le norme circa l'uso delle cose comuni e la ripartizione delle spese (...), nonché le norme per la tutela del decoro dell'edificio e quelle relative all'amministrazione". Regolamento che, secondo le disposizioni del successivo terzo comma del medesimo articolo, va approvato dall'assemblea condominiale con la maggioranza di cui all'art. 1136 c.c. (ovverosia con l'intervento dei condomini che rappresentino i due terzi del valore dell'intero edificio ed i due terzi dei partecipanti al condominio). Il quarto comma, per contro, si configura quale norma proibitiva - di contenuto apparentemente inderogabile - che vieta la possibilità per il regolamento di cui al comma primo di "menomare i diritti di ciascun condomino quali derivano dagli atti d'acquisto e dalle convenzioni...".

Indirettamente, allora, viene ad individuarsi un *quid pluris* rispetto al regolamento "ordinario" di cui al primo comma, e più precisamente un qualcosa di contenuto più ampio, non limitato alla disciplina delle cose comuni, ma in grado, altresì, di incidere sui "diritti di ciascun condomino". Trattasi di un istituto il cui ambito operativo risulta per implicito ed "a contrario" dal divieto della norma sopra analizzata e che, tuttavia, lo stesso legislatore sembra ammettere senza riserve allorché fa riferimento a "convenzioni" che, appunto, i diritti soggettivi dei vari condomini sono in grado di toccare e, addirittura, di "menomare".

È questo, a detta della dottrina, il regolamento "contrattuale o convenzionale".

Il regolamento condominiale vero e proprio: oggetto e contenuto

Le differenze fra i due tipi di regolamento, come sopra definiti, si rinvencono sotto molteplici punti di vista.

Nel caso nostro, ai fini della risoluzione della controversia, decisiva importanza assume la questione inerente il diverso regime di modificabilità che regola le due figure giuridiche. Tuttavia, per poter giungere ad un corretto inquadramento del problema e meglio analiz-

zare il punto specifico su cui si è soffermata la Cassazione, sembra necessario affrontare, in via preliminare, le questioni riguardanti il diverso contenuto e la differente natura giuridica degli istituti in esame. Quanto al primo aspetto, si è chiarito in dottrina che il regolamento condominiale tende essenzialmente a regolamentare l'uso, da parte del condomino, delle cose comuni (1), ed a disciplinare le modalità di godimento delle medesime.

Ciò comporta che il principio di cui all'art. 1102 c.c. (secondo cui il singolo comunista può utilizzare il bene comune per fini personali, nel limite del rispetto del pari diritto spettante agli altri contitolari) ha carattere residuale in ambito di diritti condominiali, ossia trova applicazione solo in mancanza di limiti al godimento delle parti comuni posti dal regolamento (2). Di conseguenza, l'autonomia degli aventi diritto, legittimamente assunta in sede assembleare, è in grado non solo di regolamentare e disciplinare, ma anche di limitare e addirittura di vietare l'uso dei beni comuni (3). Il punto, in realtà, ha dato origine a qualche dibattito, sia in dottrina, sia in giurisprudenza, ma allo stato attuale la conclusione pare essere ampiamente condivisibile. Ove ispirato dalla finalità di garantire un migliore godimento della cosa comune (4), il regolamento assembleare può estendere la limitazione all'uso fino all'estremo, e dunque fino al punto di prevedere una "non utilizzazione" del bene. Non si ricade, in tale circostanza, nel divieto di cui al quarto comma dell'art. 1138 c.c., perché non viene compresso il diritto soggettivo del singolo condomino. Detto limite, infatti, viene superato soltanto là dove la norma regolamentare ponga delle restrizioni alle facoltà di godimento del soggetto riguardanti le aree di proprietà individuale, oppure ove la stessa operi una alterazione in senso qualitativo o quantitativo del diritto del singolo condomino, pro-quota millesimale, sulla cosa comune.

Nel caso in cui il regolamento assembleare si limiti, invece, a disciplinare l'uso della cosa comune senza incidere sulla misura secondo cui tali facoltà spettano ai singoli condomini in base alle disposizioni degli atti d'acquisto o delle convenzioni di cui all'art. 1138 c.c. comma quarto, e tale regolamentazione avvenga per tutti i condomini in modo uniforme, ossia in conformità alle quote millesimali spettanti a ciascuno, si opererà nel pieno rispetto del disposto normativo di cui all'art. 1138 c.c. (5). Esemplicando: il regolamento condominiale assembleare potrà disporre in merito all'utilizzo di un'area comune spingendosi fino a prevedere che detta area venga lasciata sgombra (es. perché da adibire a spazio verde o di manovra) ed in sostanza non venga utilizzata da nessuno dei condomini. Non potrà, invece, disporre che l'obbligo di lasciare libera l'area stessa gravi soltanto su alcuni e non su tutti gli abitanti del condominio.

Solo mediante il regolamento contrattuale, invece, saranno tangibili e modificabili, nell'"an" e nel

"quantum", i diritti del condomino - singolarmente considerato - al godimento esclusivo delle aree di proprietà individuale ed a quello pro quota sulle aree di proprietà comune (6).

Segue: la natura giuridica

Ampiamente dibattuto è, poi, l'aspetto riguardante la natura giuridica del regolamento di condominio di tipo assembleare. In passato, autorevole dottrina aveva sostenuto che il suddetto regolamento avesse sempre e comunque natura di contratto e più precisamente di accordo bilaterale o plurilaterale destinato a regolare interessi comuni ai condomini (7). La tesi, ad ogni modo, è rimasta pressoché isolata; la dottrina di segno opposto, infatti, ha evidenziato come fosse difficilmente coniugabile con la natura negoziale l'efficacia di tale regolamento anche nei confronti dei condomini dissenzienti costituenti la minoranza secondo le quote millesimali (8). Stante l'insuperabilità di questa obiezione, la maggioranza degli autori ha preferito qualificare il regolamento assembleare non come contratto, ma quale negozio unilaterale, anche in considerazione della mancanza di una pluralità di parti. Più precisamente, si tratterebbe di un atto collegiale costituito da un'unica di-

Note:

(1) Il punto è pressoché pacifico in dottrina ed in giurisprudenza. Per tutti vedansi: M. De Tilla, *Il condominio*, tomo IV, Milano, 1997, p. 99 e ss.; e G. Terzago, *Il condominio*, Milano, p. 491.

(2) È questa la conclusione cui perviene R. Triola, *Il regolamento di condominio*, Milano, 1992, p. 49. Muovendo da tale premessa, l'Autore giunge ad ammettere e ritenere legittime le clausole che disciplinano usi "particolari" dei beni comuni di tipo indiretto, turnario, temporaneamente compresso, frazionato, ecc., che il regolamento può prevedere in tutte le ipotesi in cui non sia possibile un uso "promiscuo" della "res" da parte di tutti i condomini e lo stesso risulti funzionale al miglior godimento. Così anche Cass. 11 febbraio 1977 n. 621 in *Giust. Civ. Mass.* 1977, p. 342.

(3) Anche se in dottrina vi è divergenza di vedute tra chi ritiene che il potere di autoregolamentazione dell'assemblea possa liberamente estendersi, in concreto, fino a limitare in senso assoluto l'uso della cosa comune e chi, invece, ammette tale imposizione solo là dove dette restrizioni "si presentino necessarie ed imprescindibili per la funzionalità del condominio". In questo senso: M. Dogliotti - A. Figone in *Giur. Sistem. Dir. Civ. e Comm.* fondata da W. Bigiavi, *Il condominio*, Torino, 1992, p. 431.

(4) Giudizio di meritevolezza insuscettibile di essere sindacato in Cassazione ed interamente rimesso alle valutazioni del Giudice di merito, come la S.C. ha opportunamente chiarito a più riprese; fra le tante si veda Cass. 23 dicembre 1994 n. 11126 in *Corr. Giur.* 5/1995, p. 615.

(5) In questo ordine di idee anche Cass. 26 maggio 1990 n. 4905 in *Riv. Giur. Edil.* 1991, p. 27.

(6) La conclusione appare oramai pacifica sia in dottrina, sia in giurisprudenza.

(7) La tesi è espressa da L. Salis, *Il condominio degli edifici*, Torino, 1959, p. 357 e ss. e ripresa da D.R. Peretti Griva, *Il condominio nelle case divise in parti*, Torino, 1960, p. 501, ove si sottolinea l'identica natura contrattuale del regolamento c.d. convenzionale propriamente detto e di quello assembleare.

(8) L'aspetto è opportunamente evidenziato da M. Andreoli, *I regolamenti di condominio*, Torino, 1961, p. 8, nota 59.

chiarazione di volontà risultante dalla combinazione degli atti volitivi di più soggetti fusi tra loro in base al principio di maggioranza.

Per le medesime ragioni, verrebbe a cadere anche il tentativo di ricostruzione della fattispecie in termini di negozio normativo, secondo lo schema classico del *pactum de modo contrahendi*, avanzata da parte della dottrina (9). Anche in questo caso, infatti, risulterebbe inspiegabile la vincolatività del patto verso coloro i quali ad esso non abbiano acconsentito o abbiano addirittura dissentito. Per di più, di contratto normativo potrebbe parlarsi solo in presenza di un accordo mediante il quale le parti determinano preventivamente la disciplina cui saranno sottoposti eventuali rapporti giuridici da costituirsi fra le parti stesse, laddove il regolamento di condominio vale, di per sé, ad autoregolamentare il rapporto fra i condomini, senza necessità di ulteriori pattuizioni di alcun genere.

Appare, allora, preferibile ritenere che al regolamento condominiale debba essere attribuita natura non negoziale, ma normativa. Detti regolamenti, infatti, “si presentano come un complesso di norme - come testualmente recita anche l’art. 1138 c.c. - aventi efficacia nell’ambito dei partecipanti al condominio (...) dotate dei caratteri di generalità ed astrattezza (...) propri dei precetti giuridici (10). Trattasi, più precisamente, di norme regolamentari a natura interna, cioè di fonti giuridiche di tipo sottordinato. Esse rappresentano l’esercizio di un potere normativo privato derivante dalla facoltà di autoregolamentazione che la legge attribuisce all’assemblea di condominio o al soggetto che, di fatto, pone in essere i presupposti per la esistenza del medesimo e come tali sono destinate a disciplinare i rapporti interni dell’ente, a prescindere dai soggetti che di esso fanno parte.

In proposito, parte della dottrina parla di “efficacia *propter rem*” in relazione agli obblighi derivanti dal regolamento ed in particolare alle limitazioni all’uso dei beni comuni - come accadeva nel caso in esame - che da esso scaturiscono, ma la considerazione non deve dare luogo ad equivoci. È certamente corretto, infatti, ritenere che l’individuazione dei soggetti obbligati e sottoposti al regolamento avviene *ob rem*, ossia in riferimento al rapporto con la cosa, dal momento che le clausole regolamentari hanno effetto verso tutti gli individui che si trovano a contatto con le porzioni abitative ricomprese nel fabbricato condominiale indipendentemente dalla circostanza che tali soggetti siano, o meno, gli stessi che hanno contribuito a formare il regolamento. È fuori di dubbio che il regolamento vincoli anche coloro che entrano a far parte del condominio in epoca successiva alla sua formazione, ma per la spiegazione di tale circostanza non pare corretto fare riferimento all’istituto dell’obbligazione *propter rem* (11). In primo luogo, infatti, non può non tenersi conto dell’orientamento oramai dominante in dottrina ed in giurisprudenza secondo il quale le obbligazioni *propter rem*

costituiscono figure tipiche ammesse soltanto nei casi previsti dalla legge (12) e precluse in modo assoluto all’autonomia privata. In secondo luogo, forse in maniera meno decisiva, non vi è chi non ritenga che dovrebbe escludersi la configurabilità di obbligazioni *ob rem* in negativo, ovvero aventi ad oggetto una prestazione di *non facere* (13). Ma soprattutto sembrerebbe insuperabile l’obiezione secondo cui tali obbligazioni mai e poi mai potrebbero essere imposte dalla maggioranza alla minoranza dissenziente od a coloro che non abbiano partecipato alla relativa assemblea condominiale (14). Analoghe motivazioni, poi, indurrebbero ad escludere che vincoli all’uso della cosa comune posti dal regolamento debbano essere qualificati come oneri reali. Per di più, in tale fattispecie verrebbe a mancare il c.d. aspetto di garanzia reale sulla cosa, che esiste a tutela del soggetto beneficiario nei confronti dell’obbligato e che costituisce un aspetto qualificante dell’onere reale (15). In riferimento a tale requisito, qualora il proprietario della *res* mancasse di adempiere all’obbligo cui è tenuto in quanto tale, il creditore della prestazione potrebbe esperire un’azione reale sul bene e soddisfarsi sul ricavato della vendita forzata secondo un meccanismo simile a quello previsto in tema di ipoteche. Di tale elemento non risulterebbe alcuna traccia in relazione agli obblighi derivanti dalle clausole del regolamento condominiale.

Pertanto, per giustificare la vincolatività del regolamento condominiale di tipo assembleare e la sua efficacia anche nei confronti di chi sia entrato a fare parte del condominio successivamente alla sua formazione, sembrerebbe ampiamente sufficiente fare riferimento alla natura giuridica di tipo normativo propria della fattispecie. In sostanza, obblighi e limitazioni da esso deri-

Note:

(9) Aderiscono a questa ricostruzione fra gli altri: F. Ruscello, *I regolamenti di condominio*, Napoli, 1980, p. 519 e in parte R. Triola, *op. cit.*, p. 4.

(10) È questo il pensiero di R. Triola, *op. cit.*, p. 7, che parla espressamente di “norme (...) in senso tecnico”.

(11) Pare questa, invece, l’opinione di M. Andreoli, *op. cit.*, p. 60.

(12) Per tutti: L. Bigliuzzi Geri, *Oneri reali e obbligazioni “propter rem”*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.* diretto da Cicu - Messineo, XI, Milano, 1984, p. 60 e ss.

(13) B. Biondi, *Le servitù*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.* diretto da Cicu - Messineo, XII, Milano, 1967, p. 114. Conclusione, peraltro, non da tutti condivisa.

(14) Così R. Triola, *op. cit.*, p. 53. Nello stesso senso M. Dogliotti - A. Figone, *op. cit.*, p. 420, riprendendo G. Branca, *Comunione e condominio negli edifici*, in *Commentario al Cod. Civ.* a cura di Scialoja - Branca, Bologna - Roma, 1982, p. 200 e ss.

(15) N. Proto, *Regolamento di condominio e limitazioni della proprietà: il punto su dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. Not.* 1986, III, p. 679, ove si riprende il pensiero di L. Bigliuzzi Geri, *op. cit.*, p. 3 e ss., secondo la quale “...nell’onere reale coesistono due elementi: uno - quello decisivo perché capace di qualificare la natura giuridica - obbligatorio; l’altro di garanzia reale, che oltretutto sarebbe quello che meglio di ogni altro varrebbe a distinguerlo dall’obbligato”.

vanti altro non sarebbero che una “semplice espressione di quel potere di disciplina dell’uso delle parti comuni”, che deriva “in considerazione della natura normativa delle disposizioni regolamentari” (16).

Segue: efficacia ed opponibilità verso i terzi

Da tali conclusioni in ordine alla natura giuridica del regolamento assembleare deriverebbero ulteriori importanti conseguenze in tema di opponibilità ai terzi del contenuto del regolamento stesso. Norma chiarificatrice, sul punto, è l’art. 1107 c.c. dettato in materia di comunione e ritenuto applicabile al condominio in virtù dell’espresso rinvio di cui all’art. 1139 c.c.. Secondo tale disposizione, il regolamento approvato a maggioranza acquista efficacia alla scadenza del termine previsto per l’impugnazione (vale a dire decorsi trenta giorni dalla delibera di approvazione); ove vi sia opposizione, naturalmente, l’efficacia decorrerà dal passaggio in giudicato della sentenza che decide in merito all’opposizione stessa. L’ultimo comma dell’art. 1107 c.c. prevede espressamente che, una volta entrato in vigore, il regolamento produca effetto anche nei confronti degli eredi ed aventi causa (ivi compresi i conduttori degli appartamenti) (17) dei singoli condomini. E ciò senza che, a tale scopo, sia necessaria una eventuale trascrizione presso i Registri Immobiliari. Anzi, la dottrina più rigorosa precisa che, in riferimento ad un regolamento di tipo assembleare, la trascrizione dovrebbe ritenersi esclusa alla radice. In primo luogo perché l’art. 2657 c.c. prevede che titoli per la trascrizione nei Pubblici Registri possono essere solo ed esclusivamente sentenza, atto pubblico o scrittura privata autenticata o giudizialmente accertata, e non sembra che il regolamento condominiale possa essere equiparato a tali titoli (18). In secondo luogo, e principalmente, poiché nel nostro ordinamento, in materia di pubblicità immobiliare, vige il c.d. principio di tipicità, di modo che risultano suscettibili di trascrizione solo le fattispecie tassativamente indicate all’art. 2643 c.c. o gli ulteriori atti che, ai sensi dell’art. 2645 c.c., producono i medesimi effetti di cui al precedente articolo. Fra questi non è certamente ricompreso il regolamento di condominio di tipo assembleare, il cui contenuto si esaurisce in semplici norme di amministrazione e di gestione dell’ente comune (19).

L’opponibilità delle clausole regolamentari anche agli eredi ed aventi causa dei singoli partecipanti si spiegherebbe, allora, unicamente e semplicemente in base alla natura normativa del regolamento stesso; come sottolinea un autore, anzi, quella di cui all’art. 1107 c.c. risulterebbe addirittura una “previsione superflua”, poiché l’efficacia verso terzi del regolamento conseguirebbe al fatto che esso “contiene norme giuridiche destinate a restare in vigore anche quando mutano i soggetti dell’ordinamento all’interno del quale sono destinate ad operare” (20). Ai fini della sua opponibilità sarebbe sufficiente un qualsiasi mezzo di pubblicità, purché efficace, come la trascrizione nell’apposito registro

di cui all’art. 1129 c.c. oppure, in mancanza (21), nel registro delle deliberazioni assembleari tenuto dall’amministratore ai sensi dell’art. 1136 c.c. ultimo comma.

Segue: regime di modificabilità

Le differenti conclusioni in tema di natura giuridica del regolamento condominiale di tipo assembleare comportano conseguenze non trascurabili anche in riferimento al problema specifico su cui verte la sentenza in commento, cioè quello della modificabilità del medesimo. Ove si aderisse alla tesi c.d. contrattuale, sembrerebbe inevitabile sostenere che qualsiasi modifica delle clausole regolamentari resti rimessa ai medesimi soggetti che il regolamento originario posero in essere o ai loro successori a titolo universale.

Diversamente, riconoscendo - con la dottrina più accreditata - all’istituto una valenza tipicamente normativa, potrebbe ritenersi che per la modifica e la revisione del regolamento condominiale sia necessaria la stessa maggioranza prevista dall’art. 1138 c.c. per la sua adozione. Ed è questa la posizione cui anche il legislatore ha mostrato senza riserve di aderire.

La diversa fattispecie ex art. 1138 c.c.: il regolamento contrattuale

Le conclusioni cui la dottrina e la giurisprudenza pervengono in relazione al regolamento condominiale approvato a maggioranza non sono riproponibili in presenza di regolamento c.d. convenzionale, ossia di fronte all’istituto giuridico cui fa riferimento il quarto comma dell’art. 1138 c.c..

Come sopra visto, il primo elemento di distinzione fra le due fattispecie riguarda il contenuto. Solo il se-

Note:

(16) In questi esatti termini si esprime, sul punto, R. Triola, *op. cit.*, p. 53.

(17) Giurisprudenza pacifica: per tutte Cass. 6 dicembre 1984 n. 6397 in *Riv. Giur. Edilizia* 1985, I, p. 436.

(18) Tuttavia è noto come nella prassi, talora, si superi detto inconveniente depositando il regolamento presso un notaio che provvederà a trascrivere nei RR. Il. il relativo verbale di deposito contenente il regolamento allegato.

(19) Sono queste le conclusioni cui perviene la dottrina nettamente maggioritaria. Per tutti: G. Terzago, *op. cit.*, p. 486 e ss. avallato da F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, tomo I, artt. 2643 - 2645-bis”, Milano, 1988, p. 641.

(20) R. Triola, *op. cit.*, p. 35, riprendendo il pensiero di G. Branca, *op. cit.*, p. 662 e ss. ove l’Autore chiarisce che “...talora si dimentica che l’art. 2643 c.c. (trascrizione) si riferisce ad atti di autonomia privata, in primo luogo ai contratti, e non alle fonti di norme da valere nell’ambito di una collettività determinata; chi entra in essa deve necessariamente sottostare alla sua legge.”.

(21) Accettando tale impostazione, verrebbe di fatto a cadere qualsiasi rilevanza pubblicitaria ricollegata alla trascrizione nel registro tenuto presso l’associazione professionale dei proprietari dei fabbricati di cui all’art. 1129 c.c., se non entro i limiti di mera pubblicità notizia. Del resto, considerata l’impossibilità di dare luogo a tale forma di pubblicità, in ragione del venir meno dell’ordinamento corporativo cui essa si ricollega, il problema si dimostra privo di qualsiasi rilevanza pratica.

condo, non anche il primo, può incidere sulle posizioni soggettive di spettanza di ciascun condomino ponendo limitazioni ai diritti del medesimo sulle proprietà individuali o alle facoltà di utilizzo - pro quota - delle aree comuni. Solo il primo, non anche il secondo, sarebbe sottoposto alle limitazioni di contenuto previste nell'ultima parte dell'art. 1138 c.c. (22). Dette limitazioni e detti vincoli, infatti, trarrebbero validità dal diretto consenso degli interessati, necessario ed imprescindibile ogni qual volta si voglia operare "in negativo" nella sfera giuridica del soggetto ed in particolare sulle facoltà che ineriscono al suo diritto di proprietà.

Diversa, allora, parrebbe essere anche la natura giuridica delle due tipologie di regolamento. Nella fattispecie, parte della dottrina ha evidenziato come i suddetti limiti al diritto proprietario emergenti dal regolamento contrattuale assumerebbero i caratteri di veri e propri *iura in re aliena*. Volendo sistemare i medesimi entro uno schema tipico, alcuni autori hanno fatto riferimento all'onere reale (23), altri all'obbligazione *propter rem* (24), altri al diritto di servitù (25). Ciascuna delle soluzioni proposte, tuttavia, si è in parte rivelata insoddisfacente. Alle prime due ricostruzioni si è obiettato che le figure giuridiche dell'onere reale e dell'obbligazione *ob rem* non possono avere un'applicazione generale, ma devono ritenersi ammissibili solo nelle ipotesi previste dalla legge. Alla tesi che sostiene la assimilazione dei vincoli di destinazione condominiali all'istituto della servitù, cui anche la giurisprudenza aderisce, si è replicato che la stessa non sarebbe in grado di dare conto di una serie di problemi che conducono ad una sorta di inconciliabilità tra la fattispecie in esame e le norme generali in materia di servitù. In primo luogo, si è obiettato che nel nostro sistema giuridico non sarebbero configurabili servitù prediali "reciproche" per cui due fondi possano essere contemporaneamente serventi e dominanti in relazione alla stessa servitù, e non riuscirebbe a spiegarsi in questi termini l'esistenza di pesi a carico ed insieme a favore di ciascuna unità condominiale. Il problema, tuttavia, è stato brillantemente superato da quella dottrina che ricostruisce diversamente il fenomeno, affermando come in tale ipotesi non ci si trovi davanti ad un'unica servitù rispetto alla quale il medesimo fondo è servente e dominante allo stesso tempo, ma di fronte a due o più servitù esistenti tra gli stessi fondi ed operanti in direzione opposta (26). Ancora, si è sostenuto che il rapporto di asservimento esistente fra proprietà individuale e proprietà condominiale (dunque spettante pro quota anche al titolare della suddetta proprietà individuale) urterebbe contro il principio *nemini res sua servit*, causa la mancanza di alterità soggettiva fra i proprietari dei due fondi. È stata, tuttavia, la stessa Cassazione, con una nota sentenza del 1966, a chiarire che il principio non è violato nel caso in cui il rapporto di asservimento si instauri fra un bene in comproprietà ed un bene di titolarità esclusiva, poiché in tale eventualità il rispetto dell'alterità derivereb-

be dal fatto che i due fondi non si trovano nella stessa situazione rispetto al medesimo soggetto (27). Difficilmente superabile, invece, il rilievo secondo cui lo schema della servitù non sarebbe in grado di motivare l'esistenza di vincoli in positivo, dovendosi attenere al principio classico *servitus in faciendo consistere nequit*. A meno di non volere ipotizzare la configurabilità di atipiche "servitù in faciendo", allora, la dottrina è stata costretta ad operare una distinzione in ambito di vincoli derivanti dal regolamento contrattuale ed a ritenere che, ove si tratti di limitazioni all'uso delle proprietà comuni o individuali, potrebbe farsi riferimento alle servitù reciproche (nel senso di cui sopra); ove si tratti di obblighi in positivo, ci si dovrebbe rifare agli istituti delle obbligazioni *propter rem* o, più verosimilmente, a puri e semplici rapporti obbligatori (28). Senza volere entrare troppo in profondità in un dibattito che da tempo occupa la dottrina e che ancora oggi non pare giunto a conclusioni definitive, deve comunque convenirsi su un aspetto che non ammette equivoci: pur essendo non univoca la natura giuridica delle limitazioni alle proprietà derivanti dai regolamenti contrattuali, ove risulti la loro natura reale è pacifica la loro opponibilità ai terzi purché risultino trascritte o accettate dai condomini subentranti nei rispettivi atti d'acquisto. Diversamente, ove i vincoli abbiano natura meramente obbligatoria, detta alternativa non sarà concessa e l'efficacia verso i terzi subacquirenti sarà subordinata all'accettazione espressa dell'obbligo resa nell'atto di acquisto delle unità immobiliari (29). Trattandosi di diritti reali, o comunque di po-

Note:

(22) Punto non pacifico in dottrina. Sembra, tuttavia, prevalere la soluzione proposta nel testo, condivisa fra gli altri da R. Triola, op. cit., p. 100. Per la posizione di segno opposto: G. Branca, *Regolamenti di condominio e inderogabilità di norme*, in *Foro It.* 1961, I, p. 767.

(23) Così in dottrina E. Alvino, *Limitazioni ai poteri e alle facoltà dei singoli condomini sulle parti dell'edificio di loro proprietà esclusiva*, in *Giust. Civ.* 1975, I, 791. In giurisprudenza: Cass. 28 luglio 1990 n. 7630 in *Arch. Loc.* 1991, p. 75 e, più di recente, Cass. 18 aprile 2002 n. 5626 in *Giust. Civ. Mass.* 2002, p. 671.

(24) In dottrina: M. Andreoli, op. cit., p. 205. In giurisprudenza, fra le tante, Cass. 5 settembre 2000 n. 11684 e la recentissima Cass. 13 agosto 2004 n. 15763 in *Giust. Civ. Mass.* 2004, P. 7-8.

(25) In dottrina: L. e V. Rizzi, *Il condominio negli edifici*, tomo II, Bari, 1964, p. 477 e ss.. In giurisprudenza: Cass. 15 luglio 1983 n. 4781 in *Arch. Loc.* 1983 p. 687 e Cass. 15 aprile 1999 n. 3749 in *Vita Not.* 1999, II, p. 778.

(26) B. Biondi, *Servitù reciproche, servitù "in faciendo", oneri reali ed obbligazioni "propter rem"*, in *Giur. It.* 1952, I, p. 29.

(27) Cass. 22 luglio 1966 n. 2003 in *Giust. Civ.* 1966, I, p. 2135, riprendendo le illuminanti considerazioni svolte da B. Biondi, *Le servitù*, cit., p. 115 e ss.

(28) È la convincente conclusione cui perviene R. Triola, op. cit., p. 91.

(29) Il punto è ribadito da una giurisprudenza pressoché monolitica. Per tutte: Cass. 25 ottobre 2001 n. 13164 in *Giust. Civ. Mass.* 2001, p. 1794. Sull'argomento vedasi anche: R. Triola, *La trascrizione delle limitazioni alle proprietà individuali previste nel regolamento di condominio*, in *Giust. Civ.* 1994, p. 1484.

sizioni soggettive di pertinenza del singolo condomino, secondo i principi generali in materia contrattuale qualunque tipo di modificazione dei medesimi non potrà prescindere dall'espreso consenso dei diretti interessati. Qualsiasi clausola regolamentare potenzialmente idonea a recare pregiudizio ai soggetti che occupano condominio dovrà essere adottata all'unanimità dei consensi e con la medesima unanimità dei consensi di coloro che la poserò in essere potrà essere modificata. Questo in quanto il regolamento c.d. convenzionale è un vero e proprio contratto, che dall'accordo fra tutti i partecipanti trae la propria efficacia vincolante.

Conclusioni

Le conclusioni cui è pervenuta la Cassazione non sembrano minimamente controvertibili. È lo stesso Supremo Collegio, però, a porre un'ulteriore precisazione, sottolineando che il principio sopra espresso in tema di modificabilità dei regolamenti di condominio va interpretato in senso sostanziale e non si presta, invece, ad applicazioni di tipo formalistico (30). In passato, anche in giurisprudenza, si era soliti affermare che tutte le disposizioni contenute in un regolamento contrattuale approvato all'unanimità potessero essere modificate soltanto con l'accordo unanime dei condomini. Successivamente si è ritenuto necessario operare una distinzione all'interno del regolamento medesimo e separare le clausole che hanno ad oggetto il contenuto "proprio" del regolamento convenzionale da quelle che rientrano nell'ambito di cui al primo comma dell'art 1138 c.c.. Solo le disposizioni che incidono sulla sfera dei diritti soggettivi del singolo condomino hanno natura convenzionale; al contrario, mantengono carattere tipicamente regolamentare - anche se formalmente inserite in un regolamento adottato all'unanimità ed anche ove, per *accidens*, trascritte presso i Pubblici Registri - le pattuizioni riguardanti le modalità d'uso delle cose comuni e in genere la materia gestoria ed organizzativa dei servizi condominiali (31). Dette norme regolamentari, contrariamente a quelle contrattuali, potranno essere modificate con la maggioranza di cui all'art. 1136 c.c. e ciò a prescindere dalla circostanza che il regolamento in cui risultano inserite sia stato adottato sulla base del consenso unanime, in quanto la natura di una clausola dipende dal suo reale contenuto e non da fattori di altro genere.

La Cassazione, con la pronuncia in commento, dunque, altro non fa che dare corso ad un orientamento oramai consolidato, che parte dalle premesse cui si è accennato e cui anche i Giudici di merito, nelle relative decisioni, avevano mostrato di aderire incondizionatamente. Nella fattispecie la Suprema Corte conferma che, ove il regolamento di condominio si limiti a prescrivere norme di disciplina dell'uso e godimento del bene comune, va ad operare su una materia di competenza dell'assemblea e non sottratta alla sua disponibilità. Ciò anche nel caso in cui dette norme costituissero

modifica di un precedente regolamento condominiale adottato all'unanimità. L'adozione della clausola regolamentare da parte della totalità dei condomini e non con la semplice maggioranza di cui all'art. 1136 c.c. è un mero fatto contingente che non vale, da sé, a mutare la natura giuridica delle clausole stesse facendo assumere loro carattere contrattuale. Ove le stesse non incidano sui diritti soggettivi del condomino restano sottoposte alle prescrizioni dettate dall'art. 1138 c.c. e possono essere legittimamente adottate, così come modificate, dalla assemblea condominiale in base al principio maggioritario. Tutto ciò, ovviamente, presuppone che la destinazione dell'area condominiale "a parco" cui fa riferimento la parte attrice sia configurabile come regolamentazione dell'utilizzo e non come limitazione al diritto dei condomini sulla "res". Del resto, sembra esatto ritenere che lo specifico indirizzo impresso al bene non comprima la posizione soggettiva del singolo, né operi un'alterazione della misura del godimento che egli ha pro quota sul bene condominiale, ma comporti solo un utilizzo particolare della cosa dettato da finalità di interesse comune (32). Considerazioni, queste ultime, toccate solo incidentalmente dai Giudici di legittimità in parte motiva, ma tutto sommato ampiamente condivisibili e sufficienti a far concludere per la correttezza della decisione della Suprema Corte sul punto.

Note:

(30) È quanto stabilito anche da Cass. SS. UU. 30 dicembre 1999 n. 943 in *Riv. Not.* 2000, IV, p. 941, riprendendo una tesi già elaborata dai Giudici di legittimità, fra le altre, in Cass. 21 gennaio 1985 n. 208 in *Arch. Loc.* 1985, p. 490.

(31) Così: M. De Tilla, *op. cit.*, p. 20 e ss..

(32) Vedi precedenti note 3 e 4.

Successioni

Volontà del testatore e valore effettivo dei beni assegnati

CASSAZIONE, sez. II, 24 maggio 2004, n. 9905

Pres. Calfapietra - Rel. Malpica - P.M. Russo (conf.) - S. c. M. ed altro

Divisione - Divisione ereditaria - Fatta del testatore - Norme per la formazione delle porzioni - Interpretazione - "Favor testamenti" - Conguaglio - Imposizione - Compatibilità

In tema di divisione ereditaria, l'art. 733 - il quale stabilisce che le particolari norme poste dal testatore per la formazione delle porzioni sono vincolanti per gli eredi, salvo che l'effettivo valore dei beni non corrisponda alle quote stabilite dal testatore - va interpretato alla luce del "favor testamenti", e cioè nel senso che la volontà del testatore rimanga vincolante ove sia compatibile con il valore delle quote, compatibilità riscontrabile tutte le volte che il perfetto equilibrio possa raggiungersi con l'imposizione di un conguaglio.

Motivi della decisione

Con il primo motivo la ricorrente denuncia violazione dell'art. 1114 c.c., perché l'immobile derelitto sarebbe stato perfettamente divisibile in natura evitando il versamento del conguaglio a carico delle altre parti, sol che i giudici di merito avessero attribuito alla quota di essa ricorrente l'intero locale sottotetto. Assume la ricorrente che la divisibilità in natura in due parti perfettamente uguali doveva costituire la scelta prioritaria, essendo l'imposizione del conguaglio un rimedio residuale alla impossibilità di divisione perfettamente equa; nella specie la divisione da essa proposta sarebbe stata utile anche ai fini della futura costituzione del condominio, in quanto avrebbe posto in condizioni di parità millesimale i condividenti.

Con il secondo motivo la ricorrente denuncia violazione dell'art. 733 c.c., perché detta norma esclude il carattere vincolante delle disposizioni del testatore se l'effettivo valore dei beni da lui indicati non corrisponda al valore della quota. Nella specie, poiché i beni indicati superano la quota della metà, si sarebbe dovuto procedere ad una diversa composizione delle quote e non alla mera attribuzione di un conguaglio.

Con il terzo motivo si assume che la corte territoriale sarebbe incorsa in grave contraddizione allorché ha affermato che il progetto divisionale prescelto sarebbe l'unico integralmente rispettoso della volontà della testatrice, posto che la predetta aveva trattato gli eredi in quote uguali, mentre il progetto prescelto dai giudici di merito assegna ai fratelli M. ben più del 50% della casa sita in Oltre il Colle.

Con l'ultimo motivo la ricorrente denuncia insufficiente motivazione laddove la corte territoriale, spiegando l'attribuzione a ciascuno dei condividenti della metà del sottotetto con una presunta volontà della testatrice

di dotare entrambi gli immobili della comodità di un ripostiglio - benché la integrale attribuzione ad essa appellante avrebbe escluso la necessità del conguaglio ed evitata una fastidiosa servitù - non considera l'ampia disponibilità di spazio destinabile a tale utilizzazione in godimento all'altra parte.

I motivi, da esaminare congiuntamente per la loro evidente connessione, sono infondati.

La ricorrente, lamentando la violazione dell'art. 1114 c.c., sembra ignorare del tutto la esistenza della clausola testamentaria con cui la testatrice aveva proceduto alla individuazione dei beni da attribuire nella formazione della quota della dante causa dei fratelli M..

L'art. 733 c.c. stabilisce che le particolari norme poste dal testatore per la formazione delle porzioni sono vincolanti per gli eredi, salvo che l'effettivo valore dei beni non corrisponda alle quote stabilite dal testatore. Orbene detta disposizione non può essere interpretata come prospettata dalla ricorrente, perché la volontà del testatore difficilmente potrebbe essere rispettata se dovesse porsi nel nulla ogni qual volta i beni da lui individuati non corrispondano in maniera esatta al valore della quota attribuita. Deve, invece, ritenersi - esattamente interpretando la norma alla luce del "favor testamenti" - che la volontà del testatore rimanga vincolante ove sia compatibile con il valore delle quote, compatibilità riscontrabile tutte le volte che il perfetto equilibrio possa raggiungersi con l'imposizione di un conguaglio. Invero, l'operatività della disposizione testamentaria di cui all'art. 733 c.c. prevale sul diritto degli altri eredi (sancito dall'art. 727 c.c.) di conseguire, per quanto possibile, una parte dei vari beni relitti dal *de cuius*, e conseguentemente rimane loro soltanto il diritto di ottenere beni di valore corrispondente a quello della quota di rispettiva competenza.

La doglianza espressa nel terzo motivo si dimostra, quindi, priva di pregio, perché non coglie i due aspetti della volontà della testatrice, che da un lato ha inteso istituire gli eredi in quote uguali, e dall'altro ha inteso indicare - nei limiti della compatibilità - la composizione di una di dette quote. La corte territoriale, pertanto, correttamente ha ritenuto rispettata la volontà della testatrice dalla scelta del progetto divisionale n. 5, perché mediante la previsione del conguaglio - peraltro di valore verosimilmente trascurabile nell'economia complessiva dell'ampio compendio immobiliare diviso - sono state parificate le due quote ed attribuiti agli aventi causa dell'erede R. S. proprio quei beni indicati dalla testatrice. Devesi peraltro rilevare che la corte di merito ha comunque escluso che il progetto divisionale n. 1 - indicato dalla odierna ricorrente come quello che avrebbe superato ogni possibile censura - prevedesse l'attribuzione esclusiva del sottotetto.

Quanto alla doglianza espressa nell'ultimo motivo, è appena il caso di rilevare che la interpretazione che la corte ha fornito delle motivazioni che possono aver spinto la testatrice ad individuare in un certo modo i beni da attribuire alla quota della figlia R., non ha comunque alcun rilievo giuridico, dal momento che non è contestato che la volontà della testatrice fosse nel senso di attribuire alla predetta figlia anche la metà del sottotetto.

Deve quindi concludersi per il rigetto del ricorso, con conseguente condanna della ricorrente alla rifusione delle spese del giudizio di cassazione, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

La corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente alla rifusione delle spese del giudizio di cassazione, liquidate in euro 100,00 per esborsi ed euro 1.500,00 per onorari.

IL COMMENTO *di Sara Tardio*

L'interprete è chiamato a svolgere una penetrante indagine sulla reale o quanto meno presumibile volontà del "de cuius", affinché sia eseguita, valutando tutti gli elementi utilizzabili, sulla base dell'esame globale dell'atto, nonché delle singole disposizioni come espresse nella scheda testamentaria, al fine di individuare la portata a le finalità del testamento.

Nella sentenza in commento la Cassazione affronta il problema dall'applicabilità delle norme date dal testatore per la divisione (art. 733 c.c.) nel caso in cui l'effettivo valore dei beni da lui indicati non corrisponda al valore della quota.

Natura giuridica dell'art. 733 c.c.

Il legislatore, con gli artt. 733 e 734 c.c. (c.d. assegno divisionale) ha dato la possibilità al testatore, nel regolare i propri interessi patrimoniali relativi alla successione, di manifestare la propria volontà anche in ordine alla formazione delle porzioni concrete, corrispondenti alle quote assegnate agli eredi.

Nell'ambito della figura dell'assegno divisionale, inteso (1) quale attribuzione di beni determinati ad una data porzione, previa indicazione delle quote astratte da parte del testatore, sono state previste due fattispecie diverse, corrispondenti a due differenti intenti del testatore: l'assegno divisionale semplice (art. 733 c.c.) e l'assegno divisionale qualificato (art. 734 c.c.).

La prima figura (art. 733 c.c.) ricorre quando il te-

statore stabilisce particolari norme per la formazione delle porzioni, senza però procedere egli stesso alla divisione dei beni, ma si propone lo scopo di influenzare la futura formazione e assegnazione delle porzioni in sede di divisione.

Gli effetti sono meramente obbligatori, in quanto i destinatari delle norme dettate dal testatore acquistano il diritto di pretendere che nella futura divisione siano rispettate le indicazioni del testatore, pertanto al momento dell'apertura della successione si forma la comunione ereditaria (2), in cui cadono tutti i beni del *de cuius*, compresi quelli oggetto dell'assegno divisionale.

La figura dell'assegno divisionale qualificato (art. 734 c.c.) invece ricorre quando il testatore predisponga egli stesso una divisione, in misura proporzionale alla quota spettante a ciascuno erede, con il risultato che all'apertura della successione non si forma una comunione ereditaria (3), se non limitatamente a quei beni che

Note:

(1) Forchielli - Angeloni, *Della divisione (artt. 713-768)*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja - Branca, Bologna - Roma, 2000, p. 286.

(2) Cass. 23 giugno 1972, n. 2107, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1504; Cass. 18 novembre 1981, n. 6110, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, fasc. 11; Cass. 15 novembre 1986, n. 6745, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, fasc. 11.

(3) Per la formazione della comunione ereditaria all'apertura della successione nell'ipotesi di assegno divisionale semplice (art. 733 c.c.) e per la divisione senza formazione di comunione ereditaria nell'ipotesi di assegno divisionale qualificato (art. 734 c.c.), si veda: Mengoni, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, p. 31; Cicu, *Successioni*, Milano, 1947, n. 174, pp. 470 ss.; Id., *Successioni per causa di morte. Parte generale: divisione* (segue)

lo stesso *de cuius* non abbia provveduto a distribuire, in quanto tutti i beni assegnati passano immediatamente agli eredi.

La Cassazione (4) rileva che, per la divisione fatta dal testatore, il termine "divisione" non viene assunto nel significato ordinario di scioglimento di una comunione, ma sta ad indicare il complesso delle attribuzioni in *rebus certis*, direttamente effettuate dal testatore con efficacia reale, nel senso di determinare l'acquisto immediato dei singoli cespiti da parte degli istituiti senza che sorga una comunione ereditaria.

L'assegno divisionale semplice, come si è detto, ha carattere obbligatorio, infatti in sede di formazione delle porzioni, gli eredi (nella divisione amichevole) o il giudice (nella divisione giudiziale) saranno tenuti a rispettare le indicazioni del testatore.

La dottrina si è suddivisa per attribuire al vincolo obbligatorio la sua esatta configurazione dogmatica.

Un orientamento ha riportato il vincolo alla figura del legato obbligatorio (5).

Altra parte della dottrina l'ha considerato una disposizione testamentaria *sui generis* preparatoria della formazione delle concrete porzioni ereditarie spettanti ai coeredi *pro quota* (6).

Secondo un altro orientamento ancora trattasi di un *modus* (7).

Sproporzione tra i beni assegnati e le quote

L'art. 733 in esame stabilisce che le norme date dal testatore per la divisione non sono vincolanti per gli eredi quando l'effettivo valore dei beni assegnati non corrisponde alle quote stabilite dal testatore.

Bisogna quindi precisare i presupposti e le conseguenze dell'ipotesi in cui si riscontri una mancata corrispondenza tra valore dei beni e valore delle quote.

Dalla dottrina sono state proposte tre diverse soluzioni.

La prima, adottata dalla maggioranza della dottrina (8), considera non vincolanti le prescrizioni divisorie ex art. 733 c.c., in ogni caso in cui si riscontri una differenza, anche minima, fra il valore delle porzioni e il valore delle quote.

La seconda soluzione (9) consiste nell'applicazione analogica dell'art. 763 c.c. e conseguentemente ritenere non vincolanti le norme date dal testatore per la divisione solo nel caso in cui la differenza tra valore della quota e valore della porzione sia superiore ad un quarto.

La terza soluzione (10), accolta anche dalla sentenza in commento, sostiene che, anche in applicazione del principio di conservazione delle disposizioni testamentarie, si debba considerare rispondente alla volontà del testatore un conguaglio in denaro che riporti il valore delle porzioni al valore delle quote.

Interpretazione della volontà del *de cuius* e *favor testamenti*

L'interprete è chiamato a svolgere una penetrante

indagine sulla reale o quanto meno presumibile volontà del *de cuius*, affinché sia eseguita, valutando tutti gli elementi utilizzabili, sulla base dell'esame globale dell'atto, nonché delle singole disposizioni come espresse nella scheda testamentaria, al fine di individuare la portata e la finalità del testamento.

La giurisprudenza (11) sostiene che l'interpretazio-

Note:

(segue nota 3)

ereditaria, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, vol. XLII, t. 2, Milano, 1958, p. 433; Gazzara, *Divisione ereditaria*, in *Enc. dir.* XIII, Milano, 1964, pp. 435 ss.; Giannattasio, *Delle successioni*, Libro II, t. 3, in *Commentario UTET*, p. 84; Amadio, *La divisione del testatore*, in *Successioni e donazioni* a cura di Rescigno, vol. II, Padova, 1994, p. 74; Forchielli - Angeloni, *Della divisione*, (artt. 713 - 768), cit., pp. 286 e 287; Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982, pp. 657 e 659; Burdese, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. di dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1980, pp. 131 e 133. Per la giurisprudenza: Cass. 23 giugno 1972, n. 2107, cit.; Cass. 18 novembre 1981, n. 6110, cit.; Cass. 15 novembre 1986, n. 6745, cit..

(4) Cass. 28 dicembre 1962, n. 3425, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce *Successione*, n. 98.

(5) Forchielli - Angeloni, *Della divisione*, (artt. 713 - 768), cit., p. 287; Mengoni, *La divisione testamentaria*, cit., pp. 71 ss., sostiene che bisogna considerare l'assegno divisionale semplice quale legato obbligatorio, in quanto gli altri coeredi restano obbligati a consentire che il bene venga incluso nella porzione ereditaria dell'onere; con esso non viene attribuito il bene (legato con efficacia obbligatoria), ma il diritto a conseguirlo in sede di divisione. *Contra*: Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, p. 586, secondo il quale "una volta compresi nella quota, il bene o i beni, secondo le norme del testatore, essi sono acquistati dal condividente a titolo di eredità e non a titolo di legato".

(6) Burdese, *La divisione ereditaria*, cit., p. 133; Gazzara, *Divisione ereditaria*, cit., p. 437; Messineo, *op. loc. ultt. citt.*; Bombarda, *Osservazioni in tema di norme date dal testatore per la divisione, divisione fatta dal testatore e disposizione dei conguagli*, in *Giust. civ.*, 1975, II, parte IV, p. 122, nota 40. Nello stesso senso Amadio, *La divisione del testatore*, cit., p. 103, il quale qualifica l'assegno divisionale semplice come "disposizione testamentaria *sui generis*, a contenuto normativo, preparatoria del successivo riparto".

(7) Palazzo, *Le successioni*, II, Milano, 2000, pp. 973 e 1030: il quale sostiene che si tratterebbe di un "modus, in quanto le norme date dal testatore sono volte a realizzare un suo desiderio, che può anche essere in contrasto con l'interesse del coerede al quale la disposizione è rivolta". Morelli, *La comunione e divisione ereditaria*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1998, p. 297; Capozzi, *Successioni e donazioni*, t. 2, Milano 2002, p. 758; Carusi, *Le divisioni*, Torino, 1978, p. 253.

(8) Mengoni, *La divisione testamentaria*, cit., p. 167; Messineo, *op. loc. ultt. citt.*; Amadio, *La divisione del testatore*, cit., p. 104; Bombarda, *Osservazioni*, cit., p. 111, nota 10.

(9) Forchielli - Angeloni, *Della divisione*, (artt. 713 - 768), cit., p. 292.

(10) Burdese, *La divisione ereditaria*, cit., p. 134; Cicu, *Successioni*, cit., p. 445, il quale sostiene che "se si tratta di semplice eccedenza di valore dei beni da includere in una quota, deve ritenersi rispondente alla stessa volontà del testatore che le quote siano formate mediante conguaglio".

(11) L'analisi della scheda testamentaria deve avvenire sulla base di criteri soggettivi: Cass. 17 luglio 1979, n. 4181, in *Foro it.*, 1980, I, p. 384; Cass. 18 giugno 1980, n. 3872, in *Mass. Giur. it.*, 1980, p. 977; Cass. 13 gennaio 1981, n. 275, in *Mass. Giur. it.*, 1981, p. 76; Cass. 7 gennaio 1984, n. 110, in *Riv. not.*, 1984, p. 659; Cass. 15 marzo 1990, n. 2107, in *Rep. Giur. it.*, 1990, n. 60; Cass. 19 marzo 2001, n. 3940, in *Fam. dir.*, 2001, p. 444; Cass. 17 aprile 2001, n. 5604, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 799.

ne del testamento è caratterizzata, rispetto a quella contrattuale, da una più penetrante ricerca, al di là della mera dichiarazione, della volontà del testatore, la quale, d'altronde, alla stregua dell'art. 1362 c.c., va individuata sulla base dell'esame globale della scheda testamentaria, e non di ciascuna singola disposizione, con riferimento anche ad elementi estrinseci alla scheda stessa, come la cultura, la mentalità e l'ambiente di vita del testatore medesimo.

Nella fattispecie in esame la ricorrente denunciava la violazione dell'art. 1114 c.c. (dichiarando che l'immobile derelitto era perfettamente divisibile in natura evitando il versamento di un conguaglio a carico delle altre parti) ignorando del tutto l'esistenza della clausola testamentaria con cui la testatrice aveva proceduto alla individuazione dei beni da attribuire nella formazione della quota della dante causa.

Nel caso in questione si versa nell'ipotesi prevista dall'art. 733 c.c. (12) il quale stabilisce, come detto prima, che le particolari norme poste dal testatore per la formazione delle porzioni sono vincolanti per gli eredi, salvo che l'effettivo valore dei beni non corrisponda alle quote stabilite dal testatore.

Riprendendo le teorie sostenute dalla dottrina (13) (precedentemente esposte), la Suprema Corte ha deciso che la "volontà del testatore difficilmente potrebbe essere rispettata se dovesse porsi nel nulla ogni qual volta i beni da lui individuati non corrispondano in maniera esatta al valore della quota attribuita".

In più, molte norme del libro II del codice civile (14) sono ispirate dai noti principi di libertà, determinatezza, personalità e conservazione della volontà testamentaria, le quali sono tutte riconducibili a loro volta al c.d. *favor testamenti* (imponendo all'interprete di prediligere, tra le diverse interpretazioni possibili, quella favorevole alla conservazione della disposizione *mortis causa* (15)).

Sarebbe incongruo ritenere che il legislatore abbia avuto cura di sancire i principi ispirati ad un generale *favor testamenti*, per poi consentire agli eredi di disattendere la volontà testamentaria.

Quindi interpretando l'art. 733 c.c. alla luce del *favor testamenti*, la Suprema Corte, nella sentenza in commento, ha deciso che "la volontà del testatore rimanga vincolante ove sia compatibile con il valore delle quote, compatibilità che si può riscontrare tutte le volte che il perfetto equilibrio possa raggiungersi con l'imposizione di un conguaglio (16)".

La giurisprudenza (17) sostiene che qualora il testatore, ai sensi dell'art. 733 c.c., fissi regole per la formazione delle porzioni dei coeredi viene meno il diritto degli altri eredi, nel soddisfacimento delle loro spettanze ereditarie sancito dall'art. 727 c.c., di conseguire, per quanto possibile, una parte dei vari beni relitti dal *de cuius*, rimenando ad essi soltanto il diritto di ottenere beni di valore corrispondente a quello della quota che ad essi compete.

La previsione di conguagli nella divisione testamentaria (art. 734 c.c.)

Infine, si deve fare un breve cenno al problema, discusso in dottrina e in giurisprudenza, se, nella divisione fatta dal testatore, quest'ultimo possa far ricorso (analogamente a quanto previsto in materia di divisione ereditaria e ordinaria dall'art. 728 c.c.) allo strumento del conguaglio in denaro, allo scopo di correggere eventuali sperequazioni nell'assegnazione delle porzioni.

La dottrina e la giurisprudenza (18) affermano che al testatore si deve riconoscere la possibilità di disporre di conguagli in denaro, in tutte le ipotesi in cui non sia possibile una ripartizione in natura esattamente proporzionale alle quote.

Affermato questo, si pone il problema di capire se il testatore che procede alla divisione possa disporre dei conguagli in denaro con una più ampia discrezionalità o se possa farlo solo nelle ipotesi di stretta necessità.

Parte della dottrina e della giurisprudenza affermano (19) la impossibilità di comporre la quota di un coe-

Note:

(12) Per la giurisprudenza lo stabilire se una attribuzione in *rebus certis* sia direttamente effettuata dal testatore con efficacia reale (con acquisto immediato del cespite da parte dell'istituto e conseguente esclusione delle cose così assegnate dalla comunione ereditaria), o debba invece riconoscersi alla stessa efficacia meramente obbligatoria (sa non impedire rispetto alle cose in questione il sorgere della comunione ereditaria), è una questione di interpretazione della volontà del *de cuius*: Cass. 14 luglio 1983, n. 4826, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, fasc. 7; Cass. 22 novembre 1996, n. 10306, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, p. 1570.

(13) Vedi note 8, 9 e 10.

(14) Ad esempio: art. 589 (testamento congiuntivo o reciproco), art. 590 (conferma ed esecuzione volontaria di disposizioni testamentarie nulle), art. 606 (nullità del testamento per difetto di forma), artt. 624, 625, 626 (vizi della volontà), artt. 627, 628, 629, 630 (disposizioni fiduciarie, a favore della persona incerta, a favore dell'anima, a favore dei poveri), artt. 634, 635 (condizioni impossibili o illecite e condizioni di reciprocità), art. 679 (revocabilità del testamento), art. 688 (sostituzione ordinaria), artt. 733, 734 (intervento del testatore nella divisione).

(15) Trib. Treviso 27 marzo 1999, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 1232.

(16) La tesi dei conguagli è opinabile perché importerebbe la validità in ogni caso della volontà testamentaria: Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 585.

(17) Cass. 8 agosto 1990, n. 8049, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, fasc. 8.

(18) Forchielli - Angeloni, *Della divisione (artt. 713-768)*, cit., p. 320; Mengoni, *La divisione testamentaria*, cit., pp. 148 ss.; Amadio, *La divisione del testatore*, cit., p. 77; Bombarda, *Osservazioni*, cit., pp. 115 ss.; Palazzo, *Le successioni*, cit., p. 1024. In giurisprudenza: Cass. 23 giugno 1972, n. 2107, cit., p. 1503; Cass. 24 ottobre 1981, n. 5568, in *Riv. not.* 1982, p. 135; Cass. 22 novembre 1996, n. 10306, cit.. Cass. 24 febbraio 1995, n. 2117, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, p. 437 e Cass. 15 maggio 1996, n. 4499, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, p. 728: nelle ipotesi di ineguaglianza in natura, non c'è motivo di negare al testatore quelle stesse possibilità accordate alle parti nella divisione amichevole e al giudice nella divisione giudiziale.

(19) Per la dottrina vedi: Mengoni, *op. loc. ultt. citt.*; Amadio, *op. loc. ultt. citt.*; Forchielli - Angeloni, *Della divisione (artt. 713-768)*, cit., p. 322; per la giurisprudenza vedi: Cass. 14 febbraio 1952, n. 395, in *Mass. Giust. civ.*, 1952, fasc. 2; Cass. 6 aprile 1963, n. 886, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 1601; Cass. 2 ottobre 1974, n. 2560, in *Riv. dir. civ.*, 1975, II, p. 645; Cass. 23 marzo 1992, n. 3599, in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 819; Cass. 22 novembre 1996, n. 10306, cit.; Cass. 12 marzo 2003, n. 3694, in *Riv. not.*, 2003, p. 1629.

rede legittimario attraverso l'assegnazione di una somma di denaro non facente parte del patrimonio ereditario, al di fuori delle ipotesi di stretta necessità.

In particolare, secondo la giurisprudenza (20), si tratterebbe di una divisione operata dal testatore e viziata da invalidità perché il diritto reale del legittimario alla quota ereditaria non si può trasformare in un diritto di credito nei confronti di un coerede senza il suo consenso. La soluzione del problema in esame non sembra possa essere diversa per il caso del legittimario o dell'erede istituito che non sia legittimario: entrambi hanno diritto ad una quota di eredità; il diritto del legittimario, poi, è intangibile soltanto da un punto di vista quantitativo.

C'è anche parte della dottrina (21) che si esprime in senso favorevole ad un'ampia discrezionalità del testatore nella disposizione di conguagli in denaro, anche

al di fuori delle ipotesi di stretta necessità, fino ad ammettere che il coerede possa essere apporzionato anche soltanto attraverso l'attribuzione di un credito pecuniario nei confronti dei coeredi, purché di valore proporzionale all'entità della quota. Questa parte di dottrina ammette che il testatore possa comporre anche la quota di riserva che spetta al legittimario, attraverso l'assegnazione esclusiva di un credito nei confronti degli altri coeredi.

Note:

(20) Vedi nota n. 19.

(21) Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 719; Id., *La divisione*, in *Tratt. di dir. priv.* Diretto da Rescigno, *Successioni*, IV, tomo 2, Torino, 1997, pp. 420 ss.; Id., *La divisione fatta dal testatore e i legati in sostituzione di legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, IV, pp. 645 ss.; Bombarda, *Osservazioni*, cit., pp. 127 ss.

Registro delle imprese

Trasformazione a maggioranza di società di persone in società di capitali

**TRIBUNALE DI MILANO, sez. VIII, 28 febbraio 2005, ord.
Pres. Ciampi - Rel. Gualdi - N.A.**

Società - Di persone - Trasformazione di società in accomandita semplice in s.r.l. - Trasformazione deliberata a maggioranza dei soci - Iscrizione nel registro delle imprese - Rifiuto da parte del notaio dell'omologazione del verbale - Illiceità - Reclamo presentato da soggetto non legittimato - Inammissibilità

Chi si reputi leso nei suoi diritti da una delibera di trasformazione da società di persone in società di capitali ha quale proprio e diretto mezzo di tutela dei diritti che ritiene violati lo strumento dell'impugnazione della delibera suddetta, e non già del successivo e eventuale provvedimento di omologazione.

(Omissis)

Il reclamo è stato tempestivamente presentato avverso il provvedimento emerso dal Giudice del Tribunale di Milano in sede di volontaria giurisdizionale in data 11 dicembre 2004, con cui, provvedendo al ricorso per omologazione, veniva disposta l'iscrizione nel registro delle imprese della delibera di trasformazione della società da accomandita semplice a società a responsabilità limitata, adottata in data 26 ottobre 2004.

Sentite le parti in contraddittoria all'odierna udienza, a scioglimento della riserva odierna, il Tribunale osserva.

Il reclamo viene oggi presentato da soggetto non legittimato, essendo il socio già accomandante P. N. rimasto estraneo al procedimento instaurato con ricorso per omologazione, e neppure legittimato interveniente, procedimento che è tipicamente di tipo camerale nei confronti di una sola parte.

Il procedimento di giurisdizione volontaria qui reclama-

to, infatti, incaricato ai sensi dell'art. 2436, quarto comma, c.c., è fra quelli espressamente richiamati dall'art. 29, D.Lgs. 5/03 come procedimento in confronti di una sola parte. Con esso è infatti attribuita la facoltà di richiedere il controllo giurisdizionale sull'attività posta in essere dal notaio. Si tratta conseguentemente di ambito esclusivamente monosoggettivo, per sua ontologica struttura estraneo all'intervento di terzi.

Il reclamo è pertanto inammissibile perché presentato da soggetto non legittimato. Del resto il reclamante che si reputa leso nei suoi diritti dalla delibera di trasformazione da accomandita semplice in società a responsabilità limitata vede quale proprio e diretto mezzo di tutela ai diritti che pretende violati il diverso strumento dell'impugnazione della delibera in questione, e non già del successivo ed eventuale provvedimento di omologazione.

Per motivi sopradetti il reclamo deve essere dichiarato inammissibile.

**TRIBUNALE DI MILANO, sez. VIII, 13 dicembre 2004, decr.
Giudice Ferraris - N.A.**

Società - Di persone - Trasformazione di società in accomandita semplice in s.r.l. - Trasformazione deliberata a maggioranza dei soci - Iscrizione nel registro delle imprese - Rifiuto da parte del notaio dell'omologazione del verbale - Illiceità.

A norma dell'articolo 2500-ter c.c. la trasformazione delle società di persone in società di capitali è decisa con il consenso della maggioranza dei soci determinata secondo la parte a ciascuno attribuita negli utili.

L'atto costitutivo della società in accomandita semplice che stabilisca che per l'assunzione di finanziamenti a medio e lungo termine e per l'alienazione dell'azienda occorra la previa autorizzazione del socio

accomandante ai sensi dell'articolo 2320 capoverso c.c., instaura un particolare equilibrio d'interessi nella società stessa che non costituisce ostacolo alla trasformazione della medesima in società di capitali mediante delibera a maggioranza, giacché, a norma dell'articolo 2500-ter, in ogni caso al socio che non ha concorso alla decisione di trasformazione spetta il diritto di recesso.

(Omissis)

Il Tribunale Ordinario di Milano in composizione monocratica magistrato dott. Ugo Ferraris dell'VIII sezione civile ha pronunciato il seguente decreto nel procedimento promosso con ricorso depositato il 23 novembre 2004 da N. A., (...) nella sua qualità di accomandatario e amministratore della L. G. SAS di N. A. & c. con sede in (...), per l'omologazione della delibera in data 26 ottobre 2004, con cui la detta società a responsabilità limitata, essendone stata rifiutata l'iscrizione nel registro delle imprese dal dott. F. P., notaio in B., che ha ricevuto il verbale di detta deliberazione, non avendo lo stesso ritenuto pienamente adempiute le condizioni richieste dalla legge per l'iscrizione stessa in quanto un socio accomandante, portatore della quota del 5%, aveva votato in senso contrario alla trasformazione.

Fatto e diritto

Letti gli atti ed esaminata la documentazione prodotta; rilevato che la delibera è stata approvata con il voto favorevole del 95% del capitale e che l'atto costitutivo della società in accomandita, disponeva che gli utili fossero ripartiti in proporzione delle quote di capitale possedute; considerato che a norma dell'art. 2500-ter c.c. la trasformazione delle società di persone in società di capitali è decisa con il consenso della maggioranza dei soci determinata secondo la parte a ciascuno attribuita negli utili; rilevato che l'art. 9 dell'atto costitutivo si limita a rimettere alle norme di legge in tema di società in accomandita semplice la disciplina di quanto non regolato

dall'atto ("per quanto non disposto nel presente atto sia applicheranno le norme di legge in tema di società in accomandita semplice"), e, interpretato nel complesso dell'atto, non evidenzia alcun intento di recepire elevandole a disposizioni pattizie le norme alle quali si riferisce designandole genericamente proprio per la loro appartenenza alla complessiva disciplina legislativa della società del tipo prescelto;

ritenuto che, pertanto, nella specie non si riscontri la "diversa disposizione del contratto sociale" fatta salva dalla disposizione dell'art. 2500-ter cit.;

considerato che la disposizione dell'atto costitutivo della società in accomandita, nello stabilire che per "l'assunzione di finanziamenti a medio e lungo termine e per l'alienazione dell'azienda occorre la previa autorizzazione del socio accomandante ai sensi dell'art. 2320 capoverso", instaurava un particolare equilibrio d'interessi nella società in accomandita semplice che non costituisce ostacolo alla trasformazione della medesima in società di capitali mediante delibera a maggioranza, giacché, a norma dell'art. 2500-ter cit., in ogni caso al socio che non ha concorso alla decisione di trasformazione spetta il diritto di recesso;

considerato che, dal verbale della deliberazione non constano altri motivi di dissenso del socio contrario alla trasformazione e che la delibera risulta assunta nell'osservanza delle disposizioni di legge;

visto il parere favorevole del P.M.,

ordina

l'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese.

IL COMMENTO *di Rosella Manfrè*

Qual è l'ambito di applicazione dell'articolo 2500-ter codice civile? Ci si chiede se esso si applichi a tutte le trasformazioni delle società di persone in società di capitali ovvero alle sole trasformazioni di società di persone costituite dopo la riforma. Ammessa, in astratto, l'applicabilità anche alle società costituite prima della riforma è opportuno analizzare quale sia la disciplina in concreto. La soluzione varierà a seconda del tenore letterale dei vari atti costitutivi. Sarà necessario, allora, l'intervento del notaio chia-

mato ad effettuare il controllo di legalità e a verificare la sussistenza delle condizioni di legge per la trasformazione.

Gli argomenti che si affrontano nel presente scritto traggono spunto da un verbale di trasformazione redatto da Notaio con il quale una società in accomandita semplice si è trasformata in società a responsabilità limitata.

La trasformazione è stata approvata malgrado l'op-

posizione di un socio accomandante titolare della quota di capitale pari al cinque per cento.

Il predetto atto non è stato omologato dal Notaio e l'iscrizione nel registro delle imprese, pertanto, è stata ordinata dal Tribunale Ordinario competente su richiesta dei soci accomandatari ed amministratori.

Il socio accomandante che si era opposto alla trasformazione ha, a sua volta, proposto reclamo ai sensi dell'articolo 27 D.Lgs. 5/03 davanti al Tribunale affinché quest'ultimo, in composizione collegiale, annullasse e/o revocasse il decreto di omologa sopra indicato (1).

La norma

La norma su cui si basa la questione sollevata dal verbale di trasformazione sopra indicata è l'articolo 2500-ter c.c., introdotto dalla riforma del diritto societario.

Tale articolo, con assoluta novità disciplina la trasformazione delle società di persone in società di capitali ed in particolare esso regola quella che in passato costituiva l'unica forma di trasformazione espressamente prevista dal legislatore, e cioè la cosiddetta trasformazione "progressiva" o "evolutiva" (2), che attiene al passaggio da società di persone a società di capitali (3).

La norma in oggetto, tra l'altro, pone fine alle discussioni relative alla trasformabilità delle società semplici in società di capitali (4), in quanto disciplina la trasformazione non soltanto delle società in nome collettivo ed in accomandita semplice, ma anche e più correttamente, la trasformazione di tutte le società di persone (5). È, d'altra parte, noto che il corrispondente articolo 2498 c.c. anteriore alla riforma regolamentava, invece, soltanto la deliberazione di trasformazione di una società in nome collettivo o in accomandita semplice in società di capitali.

Chiarito che l'articolo 2500-ter c.c. si riferisce a tutte le società di persone, occorre analizzare più approfonditamente altri aspetti della norma e in particolare modo quelli che hanno dato luogo alle questioni sollevate dal verbale di trasformazione e dal decreto del Tribunale di Milano a questo conseguente.

La norma in questione, nella parte circoscritta al primo comma, recita "Salvo diversa disposizione del contratto sociale, la trasformazione di società di persone in società di capitali è decisa con il consenso della maggioranza dei soci determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili; in ogni caso al socio che non ha concorso alla decisione spetta il diritto di recesso".

Tale articolo è il risultato del tentativo di rispondere alle direttive della legge delega nella quale all'articolo 7 (6) detta alcuni principi fondamentali in tema di trasformazione tra cui quello di "introdurre disposizioni dirette a semplificare e favorire la trasformazione delle società di persone in società di capitali" (7).

A tale riguardo nella Relazione di accompagnamento alla riforma si legge: "In funzione della semplifi-

cazione e del favore per la trasformazione di società di capitali, si è ritenuto non soltanto di consentire la previsione di una decisione maggioritaria, il cui fondamento risiederebbe comunque in una decisione unanime del contratto sociale (cfr. l'art. 2252 c.c.), ma nel silenzio dell'atto costitutivo di rendere comunque valido un quorum maggioritario".

Si ritiene, in dottrina (8), che l'inciso "salvo diversa disposizione del contratto sociale" debba essere interpretata come una deroga all'articolo 2252 c. c., che esige invece l'unanimità dei consensi per le modifiche dell'atto costitutivo (9).

Si discute se la deliberazione a maggioranza sia sufficiente soltanto per le trasformazioni da società di persone in società di capitali, ovvero se sia altresì ammissibile una trasformazione da società di persone ad altra società di persone a maggioranza e non con l'unanimità di cui all'articolo 2252 c.c.. In altre parole, alcuni autori (10) ritengono che l'articolo 2500-ter c.c. disciplini tutta la procedura di trasformazione delle società di persone e quindi deroghi totalmente, per l'ipotesi di trasformazione, qualsiasi sia il risultato, società di persone o società di capitali, all'articolo 2252 c.c.; mentre altri au-

Note:

(1) Il suddetto reclamo si basa sull'opinione che l'articolo 2500-ter c. c. si applica solo alla trasformazione di società costituite dopo la sua entrata in vigore. Il Tribunale di Milano con ordinanza in data 28 febbraio 2005 ha dichiarato inammissibile il reclamo proposto dal socio accomandante contro il provvedimento di omologazione, in quanto proposto da soggetto non legittimato. La mancanza di legittimazione deriva dal fatto che, da un lato, il socio accomandante era rimasto estraneo al procedimento instaurato con ricorso per omologazione e, dall'altro, il procedimento che si instaura dopo il reclamo è tipicamente camerale e quindi si svolge soltanto nei confronti di una sola parte. Il procedimento di volontaria giurisdizione in oggetto, infatti, secondo la predetta ordinanza, è incardinato, ai sensi dell'art. 2436, quarto comma, fra quelli espressamente richiamati dall'art. 29, D. Lgs. 5/03 come procedimento nei confronti di una sola parte.

(2) Panzani, in *La riforma del diritto societario, gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, a cura di Giovanni Lo Cascio, p. 311.

(3) Malinconico, in *Codice civile ipertestuale*, a cura di Bonilini - Confortini - Granelli, Art. 2500-ter cod. civ., p. 1226.

(4) Campobasso, *Diritto Commerciale*, 2, *Diritto delle società*, 2002, Torino p. 602 nota 1. La trasformazione di società semplici in società di capitali, peraltro, era già ammessa anche dalla giurisprudenza, sia in via progressiva, sia in via regressiva, mediante eventuale modifica dell'oggetto sociale stante l'incompatibilità delle attività commerciali col tipo società semplice.

(5) Malinconico, *op. cit.*, p. 1226.

(6) Precisamente art. 7, lett. E della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366.

(7) Cfr. sull'argomento Pinardi, *La "nuova" trasformazione: profili applicativi*, in *questa Rivista*, 1, 2005, p. 68-72, il quale ritiene altresì che la norma in oggetto risponde anche all'esigenza di semplificare i processi decisionali.

(8) Pinardi, *op. cit.* p. 72-73; Malinconico, *op. cit.*, p. 1227.

(9) Pinardi, *op. cit.*, p. 72.

(10) Malinconico, *op. cit.*, p. 1227; Pinardi, *op. cit.* p. 73; Spena, in *La riforma delle società. Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003*, n. 6 a cura di Sandulli-Santoro, sub artt. 2462-2510, Torino, 2003.

tori ritengono che la deroga di cui all'articolo 2500-ter c.c. sia circoscritta alla trasformazione da società di persone a società di capitali, non riguardando assolutamente l'ipotesi in cui il risultato della trasformazione sia un'altra società di persone (11).

Coloro i quali ritengono applicabile il principio maggioritario anche nel caso di trasformazione di una società di persone in altra società di persone, sostengono che se il legislatore ha ritenuto applicabile il principio maggioritario per adottare un modello societario non più personale ma capitalistico, tale principio dovrebbe essere idoneo per modificare l'organizzazione societaria nell'ambito delle società di persone (12). Tale interpretazione, inoltre, non può essere esclusa nel caso di assunzione di responsabilità illimitata (si fa l'esempio del socio accomandante di s.a.s. che si trasforma in s.n.c.), non solo perché tale fenomeno non è esclusivo della trasformazione nell'ambito delle società personali (si pensi al caso di trasformazione di s.a.s. in s.a.p.a. in cui il socio accomandante nella s.a.s. assume la veste di socio accomandatario nella s.a.p.a.), ma anche perché il diritto di recesso, espressamente previsto, è stato ritenuto dal legislatore uno strumento di tutela sufficiente per il socio assente o dissenziente (13).

Sarebbe preferibile ritenere che il silenzio del legislatore non è stato determinato dall'intenzione di prevedere implicitamente la possibilità di effettuare una trasformazione da una società di persone ad un'altra società di persone a maggioranza, così come previsto per la trasformazione delle società di persone in società di capitali. La disciplina di cui all'articolo 2500-ter c.c. è, infatti, una disciplina speciale volta a regolare soltanto la procedura relativa alla trasformazione da società di persone in società di capitali, così come espressamente e specialmente previsto.

La norma in questione, d'altra parte, risponde ad un preciso intento del legislatore espresso nell'articolo 7 della delega e nella Relazione di accompagnamento alla riforma, di cui già sopra si è esposto, e cioè quello di soddisfare l'introduzione di "disposizioni dirette a semplificare e favorire la trasformazione delle società di persone in società di capitali".

Un altro problema sollevato dall'articolo 2500-ter c.c. attiene all'esercizio del diritto di recesso da parte del socio assente o dissenziente.

A tale proposito, la norma dispone: "in ogni caso al socio che non ha concorso alla decisione spetta il diritto di recesso".

Si tratta di un diritto inderogabile riconosciuto dalla legge al socio dissenziente (14). Esso è espressione del generale *jus poenitendi* che il legislatore attribuisce alla parte di un rapporto negoziale, la quale subisca l'esercizio del diritto unilaterale di modifica del rapporto stesso, attribuito all'altra parte (15).

È difficile, invece, dato il silenzio legislativo, individuare il termine entro il quale deve essere esercitato tale diritto da parte del socio dissenziente.

Alcuni autori ritengono siano applicabili a questa ipotesi di recesso i termini e le modalità di esercizio del diritto di recesso previsti nella disciplina delle società di persone (16).

Altri autori (17) ritengono, invece, che il socio assente o dissenziente possa recedere in ogni tempo, salva una sua adesione anche successiva alla trasformazione come nel caso di accettazione delle azioni o quote della società trasformata (articolo 2500-*quater* c.c.) e salva la facoltà per gli altri soci di chiedere al giudice, ex art. 1183 c.c., la fissazione di un termine per l'esercizio del recesso.

Tale ultima opinione sembra essere quella più convincente, in quanto nel silenzio della legge si ritiene applicabile la disciplina generale prevista dal legislatore per le obbligazioni.

Le società alle quali si applica l'art. 2500-ter c.c.

Qual è l'ambito di applicazione dell'articolo 2500-ter c.c.?

Ci si chiede, infatti, se esso si applichi a tutte le trasformazioni delle società di persone in società di capitali ovvero alle sole trasformazioni di società di persone costituite dopo la riforma.

Il quesito è sorretto da una serie di perplessità determinate, tra l'altro, dalla formulazione della norma in oggetto. Essa, infatti, dispone che "salvo diversa disposizione del contratto sociale", la trasformazione di società di persone in società di capitali è decisa a maggioranza dei soci. Si osserva a tale proposito che le società costituite prima della riforma non potevano scegliere diversamente con una disposizione del contratto sociale, in quanto non potevano prevedere che la legge sarebbe potuta cambiare, con la conseguenza che per le società costituite prima della riforma, la trasformazione dovrebbe essere sempre e comunque decisa a maggioranza ed il socio dissenziente, pertanto, sarebbe sempre costretto a subire la volontà della maggioranza (18).

Note:

(11) Nicolini, in *Atti del Convegno notarile di Bologna 6 dicembre 2002*. Secondo tale autore ogni deroga al principio generale della modifica all'unanimità del contratto di società su base personale, deve essere oggetto o di apposita previsione legislativa come nel caso di specie, o di scelta effettuata per volontà delle parti.

(12) Pinardi, *op. cit.* p. 73.

(13) Pinardi, *op. cit.*, p. 73.

(14) Pinardi, *op. cit.*, p. 73.

(15) Pinardi, *op. cit.*, p. 73.

(16) Malinconico, *op. cit.*, sub art. 2500-ter c.c., p. 1227.

(17) Pinardi, *op. cit.*, p. 73.

(18) Vi è una parte della dottrina (Montalenti, *La riforma delle società di capitali: prospettive e problemi*, in *Le Società*, 2003, p. 343; Ianniello, S.r.l. e nuova disciplina delle trasformazioni, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di Santoro, Milano, 2003, p. 289) che sostiene che la norma in oggetto, pur in assenza di specifiche norme transitorie, non si applichi in alcun caso alle società di persone costituite in
(segue)

Non vi sono ragioni normative, tuttavia, che possano fare ritenere che l'articolo 2500-ter c.c. non si applichi alle società di persone costituite in data anteriore alla riforma (19). Il diritto di recesso, poi, che il legislatore ha attribuito al socio che non ha concorso alla decisione, lascia ben pensare che la scelta di estendere tale disciplina a tutte le società di persone, costituite prima e dopo la riforma, sia stata in qualche modo ponderata.

Ammissa, quindi, in astratto, l'applicabilità della norma in parola anche alle società costituite prima della riforma, è opportuno analizzare quale sia la disciplina applicabile di volta in volta alle società di persone (costituite in data anteriore alla riforma) che intendano trasformarsi in società di capitali.

A tale proposito occorre precisare che, in concreto, la soluzione varierà a seconda del tenore letterale dei vari atti costitutivi (20).

Si possono individuare quattro tipi possibili di clausole.

In alcuni atti costitutivi non vi è alcuna disposizione specifica, né alcun rinvio alle norme in materia di società di persone per le decisioni dei soci. Questi atti costitutivi si limitano a regolare solo alcuni aspetti della società (ammontare del capitale, amministrazione, utili, ed altro) e non prevedono alcuna pattuizione per le modifiche dell'atto costitutivo, né contengono una clausola generale che rinvia alle norme sulle società di persone. In questo caso, essendosi i soci completamente disinteressati della disciplina delle decisioni modificative, sarà sicuramente applicabile la disciplina suppletiva di volta in volta vigente. Pertanto sarà sicuramente ammissibile una loro trasformazione a maggioranza.

In altri atti costitutivi non vi è alcuna specifica pattuizione, ma vi è un generico rinvio alle norme di legge (e quindi anche, ma non specificamente, all'art. 2252 c.c.) (21). Anche in questo caso non sembra che i soci abbiano inteso regolare in modo specifico le modifiche dell'atto costitutivo e perciò sarà possibile applicare la legge sopravvenuta che consente la trasformazione a maggioranza (questo è il caso dell'atto di trasformazione per cui è stato presentato il ricorso circa il quale sopra si è parlato) (22).

Una terza tipologia di atti costitutivi è quella in cui si è fatto un espresso rinvio all'art. 2252 c.c. (ad esempio nell'atto costitutivo vi è un articolo del seguente tenore: "Per le modifiche dell'atto costitutivo si applica l'art. 2252 c.c.").

Qui la soluzione è più problematica in quanto i soci hanno previsto espressamente, attraverso il richiamo alla norma (che all'epoca della redazione dell'atto costitutivo non era derogata dall'art. 2500-ter c.c.), la necessità dell'unanimità dei consensi per le modifiche dell'atto costitutivo.

Anche se con qualche dubbio, mi sembra che in questo caso la trasformazione non possa essere adottata a maggioranza. Infatti i soci hanno previsto una regola

generale per tutte le modifiche attraverso il rinvio alla norma che deve essere considerata come ripetuta nell'atto costitutivo (23).

Note:

(segue nota 18)

data anteriore al 1° gennaio 2004, indipendentemente dal fatto se vi siano specifiche clausole in tema di modificazioni del contratto sociale o dell'atto costitutivo in genere, o di trasformazioni in specie. Secondo questa parte della dottrina le predette società si potrebbero trasformare soltanto all'unanimità ai sensi dell'art. 2252 c.c.

Contra F. Tassinari, in M. Maltoni - F. Tassinari, *La trasformazione delle società*, Milano, 2005, p. 96. Tale autore osserva che la tesi restrittiva non è convincente in quanto da un lato è pregiudicata da una valutazione negativa della nuova norma; dall'altro perché sembra attribuire all'articolo 2252 cod. civ., che è norma generica, una portata derogatoria difficilmente idonea ad operare nei confronti di una previsione di specie, quale appunto quella della trasformazione, la cui riconduzione alle modificazioni dell'atto costitutivo, per quanto corretta nella forma, sembra non decisiva nella sostanza, dal momento che la trasformazione è non soltanto una semplice modificazione del contratto sociale, ma qualcosa di più.

(19) In senso conforme Donato, *La trasformazione*, ne *Il diritto attuale. La riforma delle società. Aspetti applicativi*, a cura di Bortoluzzi, Torino, 2004, p. 521.

(20) A tale proposito cfr., tuttavia, F. Tassinari, *op. cit.*, p. 96, il quale ritiene che, pure dovendosi ammettere che la questione può essere risolta solo in concreto, alla luce dei canoni oggettivi e soggettivi applicabili all'interpretazione delle clausole negoziali adottate, nell'ipotesi in cui la clausola sia stata adottata prima del 1° gennaio 2004, la sua genericità non consente di ritenere idonea a derogare al nuovo precetto legislativo, successivo cronologicamente alla confezione della clausola e specificamente dettato per la trasformazione in società di capitali. Se così non fosse si arriverebbe all'iniqua conclusione di fare discendere una rilevante conseguenza operativa da una circostanza spesso casuale, o comunque soggettiva, derivante dalla specifica tecnica contrattuale del notaio rogante il relativo contratto, quale appunto quella di omettere o menzionare il riferimento ad una norma suppletiva di legge comunque applicabile.

(21) Del problema del mero rinvio alla legge effettuato dalle clausole statutarie inserite negli statuti di società costituite anteriormente alla riforma, il legislatore se ne è occupato soltanto indirettamente ed implicitamente, con riferimento alle società di capitali ed al regime transitorio a queste applicabile. A tale questione attendono altresì gli ancora pochi provvedimenti giurisprudenziali. Cfr., tra gli altri Trib. di Roma 6 luglio 2004, in *Rivista del Notariato*, 1/2005, p. 179, con commento di Coltraro. Secondo il detto Tribunale "ai fini dell'applicazione dell'art. 223 bis, commi 1 e 5, disp. att. c.c. e con particolare riferimento alla temporanea ultrattività delle disposizioni statutarie non conformi al d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, il generico rinvio contenuto nella clausola di uno statuto di una società di capitali alla disciplina legale, dettata da norme inderogabili, deve essere inteso come rinvio alla legge vigente al momento di redazione della clausola medesima (fattispecie relativa alla previsione statutaria di un obbligo di preventivo deposito di azioni ai sensi dell'art. 2370 c.c. prev.)". Da tale provvedimento sembrerebbe dedursi che in altra ipotesi il rinvio alla legge meramente "riproduttivo" riguarda la legge vigente al momento di applicazione della clausola.

(22) L'articolo 9 dell'atto costitutivo della società in accomandita semplice dalla cui trasformazione ha tratto spunto il presente scritto recitava così: "per quanto non disposto nel presente atto si applicheranno le norme di legge in tema di società in accomandita semplice".

(23) Cfr., tuttavia, a tale proposito la massima n. 55 del Notariato di Milano, la quale prevede: "In mancanza di indizi interpretativi contrari la clausola meramente riproduttiva dell'art. 2252 c.c. (modifica dell'atto costitutivo con il consenso di tutti i soci) non comporta di per sé deroga agli artt. 2500 ter e 2502 c.c., per i quali la trasformazione progressiva,

(segue)

Non pone problemi il caso in cui nell'atto costitutivo vi sia una clausola che preveda espressamente e senza alcun rinvio a norme di legge, la necessità che tutte le modifiche dell'atto costitutivo siano fatte all'unanimità: in questo caso i soci hanno ritenuto che i loro rapporti reciproci devono essere modificati solo con il consenso di tutti gli aventi diritti, senza prevedere alcuna eccezione.

Il metodo assembleare (necessità della convocazione, della riunione, discussione e votazione) e le società di persone

Per quanto riguarda la procedura di delibera a maggioranza, può sorgere un interrogativo circa la necessità del metodo assembleare.

Tale questione era già dibattuta prima della riforma e rimane aperta anche per le altre decisioni diverse dalla trasformazione in società di capitali.

Si diceva (24), infatti, che la sintetica disciplina delle società di persone non permetteva di capire se le deliberazioni sociali dovevano essere adottate osservando il metodo collegiale o assembleare (convocazione dei soci, riunione, discussione, votazione) ovvero potessero essere prese nella più assoluta libertà di forme ove l'atto costitutivo nulla prevedeva al riguardo.

Nel silenzio della legge la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza quasi unanime erano dell'opinione che il metodo assembleare fosse superfluo nelle società di persone. Con la conseguenza che le decisioni all'unanimità potevano essere prese con l'accordo di tutti i soci in qualsiasi modo raggiunto; mentre per quelle a maggioranza non sarebbe stato necessario consultare tutti i soci e pertanto le decisioni a maggioranza potevano essere prese dalla maggioranza anche all'insaputa della minoranza (25).

Alla base di tale tesi si proponeva, sul piano formale, l'assenza di personalità giuridica delle società di persone; sul piano sostanziale, l'esigenza di rapidità ed elasticità delle decisioni che è fondamento della gestione delle società di persone e che sarebbe testimoniata dall'adozione del metodo disgiuntivo come modello legale di amministrazione.

Vi erano, tuttavia, alcuni giuristi (26) sostenitori del metodo assembleare anche nella società di persone.

La tesi che sostiene la necessità del metodo assembleare scaturisce dalla constatazione che nel nostro ordinamento il metodo collegiale è coesistente a tutti i gruppi associativi di diritto privato, abbiano o no personalità giuridica. Il metodo collegiale, infatti, è previsto per le associazioni, per la comunione ed è implicitamente riconosciuto nei consorzi tra imprenditori per non parlare del dominio assoluto che esso ha nelle società di capitali e cooperative. Tali giuristi mettevano in evidenza che il metodo assembleare dà l'opportunità di adottare decisioni più ponderate attraverso il con-

fronto delle diverse opinioni ed il concorso di tutti i soci nella valutazione dell'interesse comune e soltanto con tale concorso si giustifica la prevalenza della volontà della maggioranza.

Sulla base dell'opinione sopra riportata si sosteneva la necessità di un metodo assembleare almeno per le decisioni da prendere a maggioranza, con la conseguenza che tutte le volte in cui sono richieste dalla legge e dallo statuto decisioni a maggioranza è necessaria la preventiva informazione di tutti i soci, la riunione, la discussione e la votazione contestuale (27).

La mancanza del metodo assembleare nelle società di persone, tuttavia, non è sanzionata dalla legge. Si ritiene a tale proposito che l'eventuale violazione del metodo assembleare non pregiudica i terzi che entrano in contatto con la società, ma dia luogo solo a rimedi di carattere obbligatorio interno come il risarcimento dei danni e la possibile esclusione dalla società (28).

Note:

(segue nota 23)

la fusione e la scissione (quest'ultima in forza del richiamo contenuto nell'art. 2506-ter c.c.) di società di persone possono decidersi con il consenso della maggioranza dei soci calcolata secondo le quote di partecipazione agli utili, salvo il diritto di recesso dei soci non consenzienti".

(24) Cfr. sull'argomento Campobasso, *op.cit.*, p. 113 e ss. .

(25) Fra gli autori che seguivano questa linea di pensiero (Cottino, Ferri, Galgano, Greco, Schlesinger, Guerriera, Buonocore, Patriarca, Cagnasso e, limitatamente alle decisioni all'unanimità, anche Ferrara), si vedano in particolare, Ferri, *Le società*, 249 ss.; Galgano, *Il principio di maggioranza*, 223 ss. (ed anche in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 205 ss., nonché in *Le società in genere*, 227 ss.). La non essenzialità del metodo assembleare era poi affermata costantemente dalla giurisprudenza, sia della Cassazione sia di merito. E fra le altre si vedono, Cass. 3 febbraio 1965, n. 173, in *Foro it.*, 1965, I, 793; Trib. Napoli, 17 ottobre 1986, in *Giur. comm.*, 1988, II, 654; App. Napoli, 14 febbraio 1989, in *Dir. e giur.*, 1991, 688, con nota critica di Guarracino; Cass., 15 luglio 1996, n. 6394; Cass., 10 gennaio 1998, n. 153, in *Giur. comm.*, 1999, II, 624.

(26) Fra i sostenitori del metodo assembleare anche nelle società di persone (Auletta, Bolaffi, Di Sabato, Graziani, Serra, Venditti, Buttarò e, limitatamente alle decisioni a maggioranza, anche Ferrara), si vedano soprattutto Venditti, *Collegialità e maggioranza*, 37ss. (ed anche in *Dir. e giur.*, 1962, 385 ss.); Serra, *Unanimità e maggioranza*, 77 ss.; Buttarò, *Diritto commerciale*, 57 ss., anche per una puntuale replica agli argomenti esegetici di segno contrario che l'opposta tesi ritiene di poter desumere dalla disciplina delle società di persone. E per un'isolata adesione della giurisprudenza, App. Milano, 23 ottobre 1970, in *Giur. it.*, 1971, I, 2, 914, con nota di Grippo.

(27) Una posizione intermedia era al riguardo assunta da Mirone, *Il procedimento deliberativo nelle società di persone*, Torino, 1998, il quale, per un verso respingeva la tesi prevalente secondo cui le decisioni a maggioranza potrebbero essere legittimamente adottate anche senza consultare tutti i soci (172 ss.), ma, per altro verso, riteneva non necessarie riunione, discussione e votazione contestuali in quanto sarebbe sufficiente che i voti siano raccolti fra tutti i soci, sia pure in modo separato ed informale (c.d. metodo del referendum), per garantire il rispetto del principio, riconosciuto inderogabile, del confronto fra le diverse opinioni sulle proposte deliberative (197 ss.). Assunto quest'ultimo che tuttavia suscita non poche perplessità, pur dovendosi riconoscere la libertà di fissare per statuto tecniche alternative di confronto svincolate dall'unità spazio-temporale (ad esempio, sistemi di video o teleconferenza, voto per corrispondenza, ecc.).

(28) Campobasso, *op. cit.* p. 116.

Il metodo assembleare e la trasformazione a maggioranza

Secondo la dottrina che va sempre più affermandosi dopo la riforma del diritto societario in materia di "trasformazione progressiva" non è necessario il metodo assembleare (29).

L'argomento decisivo è stato individuato nel vocabolo utilizzato dal legislatore all'articolo 2500 ter c.c., ove si fa riferimento ad una generica "decisione" (30), a differenza di quanto previsto nel vecchio articolo 2498 c.c., ove invece era stato adottato il vocabolo "deliberazione" (31).

Da tale osservazione e dall'insieme dello spirito della riforma si è ritenuto (32) sia palese il fatto che nelle società di persone non sia necessario il ricorso al metodo assembleare. Si è fatto notare (33), inoltre, che la convinzione relativa alla mancanza di necessità del metodo assembleare può essere ricavata anche dalla circostanza che, dopo la riforma, il metodo assembleare non è più sempre necessario nemmeno per le società a responsabilità limitata che se pur a ristretta base sociale sono pur sempre società di capitali.

Non occorre, dunque, la preventiva convocazione dell'assemblea per assumere la decisione di trasformazione. La decisione dovrà risultare, ai sensi dell'articolo 2500, primo comma c.c., da atto pubblico contenente, comunque, le clausole previste dalla legge per la costituzione della società corrispondente al tipo prescelto (34).

È necessario, allora, l'intervento del notaio, chiamato ad effettuare il controllo di legalità ed a verificare la sussistenza delle condizioni di legge per la trasformazione. Il notaio dovrà accertarsi, per esempio e tra l'altro, che sussista la maggioranza richiesta dalla legge.

Si pone così il problema di come faccia il notaio a dare atto della decisione dei soci relativa alla trasformazione e ci si chiede se, pur non essendo necessaria la convocazione, sia necessaria la simultanea espressione dei consensi.

È pacifico che il notaio potrà raccogliere i consensi contestualmente alla stipula dell'atto di trasformazione. Si ritiene in dottrina (35) che, in alternativa, ove i consensi siano stati manifestati anteriormente alla stipula, il notaio dovrà dare atto della decisione dei soci, indicandone gli estremi nell'atto pubblico o formandone un allegato allo stesso (36).

A questo punto si ritiene opportuno effettuare una serie di considerazioni.

Per quanto riguarda la raccolta dei consensi contestualmente alla stipula dell'atto pubblico, sembra evidente che non vi sia alcun ostacolo. Il notaio, pur non dovendo controllare le convocazioni (come sopra esposto non necessarie), procederà al controllo della presenza della maggioranza dei soci costituendoli tutti quanti nell'atto pubblico.

Ci si chiede, però, con quali modalità il notaio possa accertare gli estremi di cui deve dare atto nell'atto

pubblico ovvero nell'allegato, quando il consenso dato dalla maggioranza dei soci si sia sviluppato e raggiunto altrove, in un luogo ed in un momento diverso dalla redazione dell'atto di decisione di trasformazione.

A tale interrogativo si può rispondere che la tesi che esclude la simultaneità dei consensi non può essere accolta. Si osserva, infatti, che ai sensi dell'articolo 2500, terzo comma, c.c. la trasformazione ha effetto dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari previsti nel medesimo articolo e pertanto fino a quel momento l'ente resta assoggettato alle regole organizzative della forma rivestita anteriormente alla trasformazione. Ciò conduce alla conclusione per la quale l'atto di trasformazione dovrebbe restare soggetto a tali ultime norme, dal momento che il mutamento dello schema organizzativo non è ancora efficace.

È vero che l'articolo 2500 c.c. dispone che "l'atto di trasformazione è soggetto alla disciplina del tipo adottato", ma tale norma deve essere intesa come un completamento alla disciplina da applicarsi all'ente che si trasforma. Più precisamente, si aderisce a quella tesi secondo la quale la predetta norma non riguarda il procedimento formativo dell'atto di trasformazione. A questo si applicano invece le norme proprie dell'ente da trasformare in ragione della natura che l'atto di trasformazione possiede nel suo ordinamento. L'articolo 2500

Note:

(29) Malinconico, *op. cit.*, sub art. 2500-ter cod. civ., p. 1227. Pinardi, *op. cit.*, p. 73.

(30) L'art. 2500-ter cod. civ. dispone: "...la trasformazione.....è decisa...".

(31) L'art. 2498 cod. civ. prima della riforma prevedeva la seguente espressione: "La deliberazione di trasformazione...".

(32) Malinconico, *op. cit.*, sub art. 2500-ter cod. civ., p. 1227.

(33) Pinardi, *op. cit.*, p. 73.

(34) A questo punto si pone il problema se sia necessaria la contestualità e la simultaneità della discussione e dell'assunzione della votazione. Occorre chiarire, infatti, che quando si fa riferimento al metodo collegiale o assembleare, si considera sia la convocazione che la discussione e la votazione e che, pertanto, non è corretto parlare di assenza di metodo assembleare quando sia necessaria la contestualità della discussione e della votazione.

(35) Malinconico, *op. cit.*, sub art. 2500-ter cod. civ., p. 1227.

(36) Cfr. Malinconico, *op. cit.*, sub art. 2500-ter cod. civ., p. 1227, il quale ritiene che "sembrerebbe esser superata, in senso favorevole per la tesi meno rigorosa, una annosa disputa dottrinale circa la necessità o meno di una presenza contestuale e simultanea, da un punto di vista spazio-temporale, dei soci di società di persone al fine di procedere alla modifica del contratto sociale. Si riporta, comunque, anche l'opinione che ritiene sia necessaria anche in questo caso la preventiva convocazione dei soci, affinché questi siano messi in condizione di poter esprimere in unica sede, quella assembleare, il proprio consenso o dissenso rispetto all'ipotesi di trasformazione della società d'appartenenza".

Cfr. Panzani, *op. cit.*, p. 312, il quale ritiene che il fatto che la previsione che la trasformazione debba comunque risultare da atto pubblico (art. 2500 nuovo testo) comporta per lo più (ma non necessariamente) la contemporanea presenza di tutti i soci. Così anche Pinardi, *op. cit.*, p. 73 il quale parla di "una raccolta separata dei consensi".

c.c., invece, regola la disciplina dell'ente risultante dalla trasformazione, in particolare il contenuto e la pubblicità. Secondo tale tesi pertanto la disciplina dell'atto di trasformazione è formata dal concorso delle seguenti norme:

norme generali relative alla struttura organizzativa da trasformare e attinenti all'atto di trasformazione in ragione della natura giuridica dell'ente di provenienza; esempio: disciplina delle modifiche statutarie;

norme specifiche stabilite per la struttura organizzativa da trasformare; esempio: sufficienza del consenso della maggioranza dei soci, in caso di trasformazione di una società di persone;

norme previste per la costituzione dell'ente risultante dalla trasformazione, con esclusione delle sole disposizioni afferenti il momento strettamente genetico dell'ente, dal momento che nella fattispecie l'ente già esiste (37).

Sulla base di quanto sopra esposto, si può concludere che unica modalità per la stipula che abbia ad oggetto la decisione di trasformazione di una società di persone in una società di capitali è quella dell'atto pubblico, nel quale devono essere costituiti, almeno, tutti i soci che raggiungono la maggioranza necessaria per l'assunzione della detta decisione.

Rimedi a tutela dei soci ed aspetti notarili

Un ulteriore quesito che ci si può porre riguarda il comportamento del notaio a fronte di una decisione in relazione alla quale non è stato rispettato il metodo assembleare (convocazione dei soci, riunione, discussione, votazione).

Sulla base di quanto sopra esposto, occorrerebbe fare alcune distinzioni.

Qualora la mancanza del metodo assembleare si risolva nella mera mancanza della convocazione-informazione dei soci, il notaio potrà e dovrà ricevere liberamente l'atto, non essendo suo compito svolgere indagini in tal senso, dal momento che, come sopra si è chiarito, la convocazione non sarebbe richiesta nelle società di persone, neanche quando si tratti di trasformazione da decidere a maggioranza.

L'eventuale violazione del metodo assembleare in generale, d'altra parte, come sopra chiarito, non pregiudica i terzi che entrano in contatto con la società, ma dà luogo solo a rimedi di carattere obbligatorio interno come il risarcimento dei danni. In ipotesi di trasformazione di società di persone in società di capitali, poi, l'articolo 2500-ter c.c. prevede una speciale tutela per i soci che non hanno concorso alla decisione che è il diritto di recesso di cui sopra si è già esposto.

Il socio che si ritenga non essere stato informato ha facoltà di esercitare il diritto di recesso e la decisione assunta rimane salva essendo valida ed efficace (38).

Occorre evidenziare, inoltre, che l'articolo 2500-bis c.c. prevede che non può essere pronunciata l'invalidità dell'atto di trasformazione dopo che siano state

adempite le forme di pubblicità previste dalla legge e la trasformazione sia stata conseguentemente iscritta nel registro delle imprese.

La norma, inoltre, fa salvo il diritto al risarcimento del danno.

È stato osservato in dottrina (39) che, a prescindere da tale diritto, tuttavia, pare evidente che debba essere assicurato al socio pretermesso il diritto di recesso, espressamente previsto dall'articolo 2500-ter c.c..

Al socio che non ha partecipato alla decisione, pertanto, spetterebbe il diritto di recesso, ai sensi dell'articolo 2500-ter c.c. e, in ipotesi di invalidità della delibera, il diritto al risarcimento del danno, ai sensi dell'articolo 2500-bis c.c..

Per quanto riguarda il notaio in particolare, occorre fare altre osservazioni. In particolare è bene precisare che costui non può, rifiutarsi di ricevere l'atto al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge, in quanto si pone davanti al varco di due norme fondamentali che sono l'articolo 27 (40) e l'articolo 28 L. not..

La prima norma dispone che il notaio è obbligato a prestare il suo ministero ogni volta che ne è richiesto e la seconda che il notaio non può ricevere atti, se essi sono espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico.

Altre due norme che rilevano ai fini di una risposta all'interrogativo proposto sono l'articolo 2330 c.c. e l'articolo 2436 c.c.. La prima dispone circa il deposito dell'atto costitutivo e la iscrizione della società nel Registro delle Imprese. Ai sensi di tale norma, il notaio che ha ricevuto l'atto costitutivo deve depositarlo presso l'ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale (allegando una serie di documenti richiesti dalla legge).

La seconda norma prevede, invece, che il notaio che ha verbalizzato la deliberazione di modifica dello

Note:

(37) M. Maltoni, in M. Maltoni - F. Tassinari, *La trasformazione delle società*, Milano, 2005, p. 21 e ss.

(38) A tale proposito cfr. Panzani, *op. cit.*, p. 313, il quale ritiene: "La nozione di socio che non ha concorso alla decisione, adottata dal legislatore delegato anche nell'art. 2437 in tema di recesso dalla società per azioni, comprende il socio astenutosi dal decidere ed il socio dissenziente. Va sottolineato che il vecchio testo dell'art. 2437 faceva riferimento al solo socio dissenziente. Non è pensabile infatti che il legislatore con la nuova formula abbia inteso adottare un criterio più restrittivo, posto che la Relazione governativa chiarisce che si è inteso ampliare e non restringere il campo del recesso, nella convenzione che esso sia l'estremo, ma efficace mezzo di tutela del socio avverso cambiamenti sostanziali dell'operazione cui partecipa".

(39) Panzani, *op. cit.*, p. 313

(40) Cfr. anche Salafia, *Le funzioni notarili nella costituzione di società di capitali e nella verbalizzazione delle delibere di assemblea straordinaria*, in *Le Società*, 2002, p. 106, il quale mette in evidenza che l'articolo 27 L. not. si applica soprattutto per la redazione del verbale, in quanto per la redazione di questo il compito del notaio si limita a rappresentare lo svolgimento dell'assemblea e il contenuto delle relative deliberazioni.

statuto, entro trenta giorni, verificato l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge, ne richiede l'iscrizione nel registro delle imprese contestualmente al deposito e allega le eventuali autorizzazioni richieste.

Esaminate le predette norme, pertanto, si arriva alle seguenti conclusioni: in ipotesi di atto costitutivo, il notaio dovrà necessariamente ricevere un atto valido incorrendo nella sanzione derivante dalla violazione dell'articolo 28 L. not. (41). In ipotesi di verbale, il quale, in ogni caso, in quanto atto di notaio, deve avere tutti i requisiti richiesti dalla legge occorre fare la seguente precisazione: se è certo che il notaio non può ricevere, come sopra esposto, un atto costitutivo nullo ovvero un verbale formalmente nullo, è anche vero che il notaio può ricevere un verbale con deliberazioni invalide. Più precisamente il notaio può ricevere il detto verbale, ma non può iscriverlo. La responsabilità del notaio derivante dall'art. 28 suddetto si sposta dal momento della ricezione a quello dell'iscrizione. Tale spostamento è stato chiaramente riconosciuto dal legislatore con l'introduzione dell'art. 138-bis L. not..

Quest'ultimo, al primo comma, prevede che "il notaio che chiede l'iscrizione nel registro delle imprese delle deliberazioni di società di capitali, dallo stesso verbalizzate, quando risultino manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge, viola l'art. 28, primo comma, n. 1, della presente legge" (ed è punito con la sospensione prevista dal secondo comma dell'art. 138 e con una sanzione amministrativa).

A questo punto occorre chiarire quali norme, tra quelle sopra riportate, si applichino in ipotesi di stipula di atto di trasformazione da società di persone a società di capitali. Ci si chiede, in altri termini, se si applichi l'articolo 2330 c.c., che disciplina la stipula dell'atto costitutivo e in conseguenza l'articolo 28 L. not. in ipotesi di ricevimento di atto nullo, ovvero l'articolo 2436 c.c. attinente all'omologazione del verbale (con conseguente applicazione dell'articolo 27 L. not. e spostamento della disciplina dell'articolo 28 L. not. al momento dell'omologazione notarile).

Al quesito si può rispondere facendo riferimento alla tesi esposta nel paragrafo precedente alla quale qui si aderisce. In base a tale tesi (42), l'atto di trasformazione è regolamentato, per quanto riguarda il procedimento di formazione, alla disciplina originaria dell'ente che si deve trasformare, e pertanto, conseguentemente la deliberazione di trasformazione resta assoggettata, agli effetti del controllo di legittimità, alla disciplina prevista dall'articolo 2330 c.c. (43) e non a quella prevista dall'articolo 2436 c.c. (44).

Si osserva, inoltre, che se si fa riferimento alle regole dell'ente trasformando, in linea teorica, la soluzione potrebbe non essere omogenea. Quando infatti la trasformazione attenga ad un passaggio da una società di capitali, una società cooperativa ovvero una società consortile in forma di società di capitali, per esempio,

comportando la trasformazione una modifica dello statuto o dell'atto costitutivo, l'atto da assumere è un verbale ed è applicabile in questa ipotesi l'articolo 2436 c.c. e non l'articolo 2330 c.c. (45).

In ipotesi di trasformazione di società di persone in società di capitali, invece, la modifica dell'atto costitutivo è disciplinata, come sopra si è esposto per quanto riguarda la procedura, dall'articolo 2252 c.c. e, pertanto, non si potrebbe applicare l'articolo 2436 c.c. con la conseguenza, che il notaio dovrà rifiutarsi di ricevere l'atto qualora non vi ravvisi gli estremi di validità (46).

La perizia di stima

Un cenno finale merita la perizia di stima, la cui disciplina è prevista dal secondo comma dell'art. 2500-ter c.c.. Quest'ultimo dispone che la decisione di trasformazione deve essere accompagnata da una relazione di stima, redatta ai sensi dell'art. 2343 c.c., per le società per azioni e in accomandita per azioni, e dell'art. 2465 c.c., per le società a responsabilità limitata, dalla quale risulti il capitale della società trasformata sulla base dei valori attuali dell'attivo e del passivo.

In proposito la *Relazione* (47) governativa precisa che si è ritenuto di aderire alla tesi per cui non tutto il netto del patrimonio sia da imputare a capitale (48), in tal caso essendo opportuno fissare come tetto massimo del capitale sociale il suddetto valore.

Prima della riforma si affermava che il capitale sociale non poteva essere superiore al valore del patrimonio netto determinato nella relazione di stima, occorrendo in tale ipotesi che i soci effettuassero conferimenti integrativi, in denaro o in natura, sino a concorrenza della differenza (49).

La formula usata dal legislatore della riforma, che fa riferimento a valori attuali degli elementi dell'attivo o del passivo, sembra indicare che il legislatore abbia espresso un'indicazione nel senso che la relazione di stima possa far riferimento a valori diversi da quelli che

Note:

(41) Cfr. tra gli altri Laurini, *Dal controllo giudiziale al controllo notarile: la legge 24 novembre 2000*, n. 340, in *Riv. Not.*, 2001, p. 790.

(42) Maltoni, *op. cit.*, p. 21 ss.

(43) Maltoni, *op. cit.*, p. 25.

(44) L'applicabilità dell'articolo 2436 cod. civ. è sostenuta da Panzani, *op. cit.*, p. 304.

(45) Maltoni, *op. cit.*, p. 26.

(46) Maltoni, *op. cit.*, p. 26, nota 48.

(47) Cfr. *Relazione*, paragrafo 14.

(48) Conserva attualità dunque la tesi per cui la parte di patrimonio sociale eccedente il capitale dichiarato può essere destinato a riserva ovvero distribuito a favore dei soci, se esuberante rispetto all'obiettivo del conseguimento del capitale sociale. In questo senso cfr. De Angelis, *La trasformazione delle società*, 120, Bonavera, *La trasformazione omogenea*, cit., 52; Tantini, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Trattato Galgano*, VIII, Padova, 1985, 236 e ss.

(49) Bonavera, *La trasformazione omogenea*, cit., 51.

dovrebbero essere presi in considerazione in sede di redazione del bilancio di esercizio (50).

Precisato che non si è mai dubitato in generale che la relazione di stima rappresenti un vero e proprio bilancio, sia pur straordinario, definito anche come il bilancio di apertura della società trasformata, si era sostenuto in passato che la sua funzione non era quella di rappresentare il valore di mercato dei beni costituenti il patrimonio aziendale al momento della stima, quanto il valore dell'azienda in funzionamento, nella quale i beni che la compongono sono destinati a rimanere e nella quale pertanto non avrebbe potuto farsi luogo a rivalutazione (51). E per gli stessi motivi doveva ritenersi esclusa la possibilità di considerare il valore d'avviamento della società in fase di trasformazione, salva l'ipotesi dell'acquisizione a titolo oneroso nella quale è consentita l'iscrizione in bilancio nei limiti del costo sostenuto per l'acquisto (52).

È stato osservato che la nuova disposizione migliora il vecchio testo dell'art. 2498, secondo comma c.c. (53), in quanto soddisfa lo scopo del legislatore che è quello di evitare che a seguito della trasformazione si possa avere una sopravvalutazione del capitale delle società trasformata idonea a trarre in inganno in creditori ed i soci futuri (54).

Come sopra esposto nella Relazione governativa si legge che «non tutto il netto patrimoniale sia da imputare a capitale», potendo essere destinato, per la differenza, alla costituzione di riserve; comunque, tale valore costituisce il tetto massimo del capitale sociale.

Si discute quali siano le riserve alle quali deve essere imputata l'altra parte del netto patrimoniale che non costituisce il capitale, ed inoltre quale sia la disciplina applicabile a tali riserve una volta identificate la natura.

Si ritiene in dottrina (55), nel silenzio della legge, che tale riserva sia identificabile con la riserva legale. Il legislatore, infatti, nelle norme che disciplinano la riserva legale, utilizza, per grandi linee, la medesima tutela in sede di formazione ed intangibilità della riserva in esame a quella dettata in materia di tutela del capitale a garanzia dei terzi. Sarebbe, inoltre, improbabile che il legislatore consenta l'utilizzazione di una parte del patrimonio netto dell'ente trasformando al fine di costituire una riserva che, durante la successiva vita della società, in taluni casi potrebbe essere liberamente utilizzata da parte dei soci; verrebbe in tal caso aggirato, pertanto, il fine ultimo, tanto ricercato dal legislatore, di tutela dei creditori che non si esaurisce, semplicisticamente, con il momento deliberativo di trasformazione, dato il principio della continuità dei rapporti giuridici.

In sostanza, tornando alle modalità di formazione del capitale sociale, è necessario che il patrimonio della società trasformanda sia tale da poter consentire il raggiungimento del capitale minimo richiesto dalla legge per il tipo societario prescelto; pertanto, ove tale patrimonio risulti insufficiente ai suddetti fini, è posto a ca-

rico dei soci l'obbligo di effettuare nuovi conferimenti, così da portare il valore del capitale sociale quanto meno al minimo legale. Si è, quindi, definitivamente superata la disputa dottrinale tra quanti sostenevano la tesi cui ha aderito anche il legislatore della riforma del diritto societario e quanti, al contrario, ritenevano necessaria l'imputazione a capitale di tutto il patrimonio netto, tesi, quest'ultima, evidentemente smentita dal secondo comma della norma in esame.

Al fine di evitare che errate valutazioni possano risolversi a danno dei soci e dei creditori, è opportuno che la relazione di stima contenga l'esatta descrizione e valutazione degli elementi dell'attivo e del passivo del patrimonio sociale, cui si riferisce l'art. 2500-ter c.c., in modo analitico e dettagliato, secondo i criteri prudenziali che guidano la redazione del bilancio d'esercizio (56).

Al procedimento di trasformazione è ora applicabile l'intera disciplina, che l'art. 2343 c.c. detta in tema di conferimenti nelle società azionarie; trovano applicazione, così, l'art. 2343, secondo comma, relativo alla responsabilità dell'esperto, che a sua volta richiama l'art. 64 cod. proc. civ.; l'art. 2343, terzo comma c.c., che stabilisce l'obbligo degli amministratori di controllare, entro il termine di centottanta giorni dalla trasformazione, le valutazioni contenute nella relazione di stima; ma, soprattutto, è applicabile, nei limiti di compatibilità di tale disposizione, l'art. 2343, quarto comma c.c.

Note:

(50) Panzani, *op. cit.*, p. 316.

(51) In questo senso cfr. De Angelis, *La Trasformazione delle società*, 112 e ss.

(52) La previsione in tal senso dell'art. 2426 n. 6 c.c. è rimasta invariata a seguito della riforma. In giurisprudenza si vedano Trib. Cassino, 9 marzo 1991 (decr.), in *Vita not.*, 1992, 521 con nota di Genovese, *Sul computo dell'avviamento nella trasformazione*, Trib. Napoli, 12 gennaio 1995 (decr.), in *Le Società*, 1995, 955. Buonocore, *Trasformazione, fusione, scissione*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Torino, 2003, 214.

(53) Il vecchio testo dell'art. 2498 stabiliva che in caso di trasformazione di una società di persone in società di capitali la deliberazione di trasformazione dovesse essere accompagnata da una relazione di stima del patrimonio sociale a norma dell'art. 2343 c.c.. A sua volta l'art. 2343 prevedeva che la stima richiesta per i conferimenti in natura e di crediti fosse effettuata mediante relazione giurata di un esperto designato dal presidente del tribunale, contenesse la descrizione dei beni o dei crediti conferiti, indicasse il valore attribuito a ciascuno di essi ed i criteri di valutazione seguiti ed attestasse che il valore attribuito non era inferiore al valore nominale, aumentato dell'eventuale sovrapprezzo delle azioni emesse a fronte del conferimento.

(54) In questo senso cfr. De Angelis, *La Trasformazione delle società*, 112 e ss. e Panzani, *op. cit.*, p. 315.

(55) Panzani, *op. cit.*, p. 315.

(56) Campobasso, *op. cit.*, p. 607, il quale considera il patrimonio della società di persone che si trasforma alla stregua di un unico grande conferimento in natura. Tale ultimo orientamento è condiviso, altresì, dalla giurisprudenza pressoché dominante (Trib. Napoli 8 luglio 1999; Trib. Napoli 14 dicembre 1998; Trib. Napoli 3 febbraio 1997; Trib. Napoli 12 gennaio 1995; Trib. Roma 1 settembre 1994; Trib. Napoli 18 novembre 1993; Trib. Cassino 28 giugno 1991; Trib. Cassino 18 giugno 1991).

secondo il quale se il valore dei beni o dei crediti conferiti risulta inferiore di oltre un quinto a quello per cui è avvenuto il conferimento, la società deve ridurre il capitale in proporzione di tale minor valore riscontrato, annullando, se del caso, le azioni rimaste scoperte.

La suddetta disciplina non si applica, invece, al caso di trasformazione progressiva da società di persone in società a responsabilità limitata, fattispecie per la quale opera l'art. 2465 c.c., che estende a tale fattispecie solo la disposizione di cui all'art. 2343, secondo comma c.c..

La più significativa differenza che si rinviene al riguardo rispetto alla trasformazione in società a base azionaria (s.p.a. e s.a.p.a.) è data dalla circostanza che, mentre in quest'ultimo caso l'esperto tenuto a redigere la relazione di stima è designato dal tribunale, nel cui circondario ha sede la società, nell'ipotesi di trasformazione in s.r.l., l'esperto in questione è scelto dai soci, i quali hanno soltanto l'obbligo di operare tale scelta tra soggetti qualificati, che siano iscritti o nell'albo dei revisori contabili o, qualora la scelta ricada su una società di revisione, che questa sia iscritta nell'apposito registro albo (art. 2465).

Altra differenza risiede nel fatto che per le società a

responsabilità limitata è venuto meno l'obbligo della revisione della stima da parte degli amministratori, in ragione del carattere meno complesso che contraddistingue la struttura delle s.r.l.. Questa situazione non è priva affatto di risvolti pratici rilevanti, se si pensa che, non dovendosi attendere il decorso del termine di centotanta giorni previsto per la revisione della stima a norma dell'art. 2343, terzo comma c.c., i soci, subito dopo che si è provveduto all'iscrizione dell'atto di trasformazione nel Registro delle Imprese, potranno procedere ad una immediata e più semplice alienazione delle loro quote di partecipazione al capitale sociale nel caso in cui non siano più intenzionati a proseguire il loro rapporto sociale, evitando così di esercitare, eventualmente ricorrano i presupposti, il diritto di recesso che, se attuato, comporterebbe invece una diminuzione del patrimonio sociale, mai vantaggiosa per i terzi, dovuta alla liquidazione della quota al socio receduto (57).

Nota:

(57) Per tutto quanto da ultimo esposto cfr. Malinconico, *op. cit.*, sub art. 2500-ter cod. civ., p. 1228.

Amministrazione di sostegno

Ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno (*)

a cura di GIOVANNI SANTARCANGELO

Si propone qui di seguito uno schema di ricorso per la nomina di un amministratore di sostegno, annotato con alcune indicazioni operative. Si suppone che la necessità di provvedere alla nomina di un amministratore di sostegno sorga in occasione della stipula di un atto notarile.

ILL.MO SIGNOR GIUDICE TUTELARE PRESSO IL TRIBUNALE DI ... (1)

SEZIONE DISTACCATA DI ... (2)

*Il sottoscritto ... nato a ... il ... e residente in ... via ... n ... (tel. n. ..., fax n. ..., e.mail ...) (3)
nella sua qualità di ... (4)*

del signor ..., nato a ... il ... e residente (o domiciliato) in ..., nella via ..., n. ... (5)

ed ivi abitualmente dimorante (oppure: con abituale dimora in..., in via..., n. ...) (6)

premessò

– che si presenta la necessità di vendere la casa di abitazione del signor ... allo scopo di provvedere al pagamento delle rette della casa di riposo in cui lo stesso si trova ricoverato

– che a tal fine ... ha offerto un prezzo di euro ... non inferiore al valore dell'immobile quale risulta dalla perizia relativa all'immobile giurata dal geom. ... che si esibisce;

– che il predetto signor ...

si trova nella impossibilità (indicare: totale/parziale/definitiva/temporanea) di provvedere ai propri interessi a causa di infermità (oppure: di menomazione) fisica (oppure: psichica) (7);

– che, infatti, lo stesso signor ... come risulta dalla certificazione medica che si allega, è affetto da ... (8), per

Note:

(*) Relazione presentata in occasione del Convegno "L'attività negoziale dell'amministratore di sostegno" (Milano, 18 giugno 2004), organizzato dal Consiglio Notarile di Milano e dalla Scuola di Notariato della Lombardia.

(1) Tribunale nel cui circondario è il luogo di residenza o domicilio della persona per la quale si richiede la nomina dell'amministratore di sostegno.

(2) Quando il Comune di residenza o domicilio è compreso nella circoscrizione di una Sezione Distaccata di Tribunale, il ricorso va presentato presso la Sezione Distaccata.

(3) Si devono indicare le generalità del ricorrente. È opportuno aggiungere, oltre all'indirizzo, anche altri elementi di pronta reperibilità (telefono, fax, indirizzo e.mail).

(4) È necessario che risulti la legittimazione del ricorrente. A tal fine si indica il rapporto che intercorre fra chi presenta il ricorso e la persona per la quale si richiede la nomina dell'amministratore di sostegno.

La legittimazione spetta ai soggetti sopra indicati. Non è legittimato il notaio, non essendovi connessione tra il provvedimento di nomina e un atto da stipulare.

Il ricorso può essere presentato anche dall'interdetto o inabilitato, nonché dal tutore o curatore, ma in tal caso deve essere presentato congiuntamente all'istanza di revoca e quindi dinanzi al giudice competente per quest'ultima (tribunale) (art. 406.2).

(5) È necessario indicare le generalità del beneficiario, evidenziando in particolare la residenza o il domicilio dello stesso, per evidenziare la competenza per territorio del giudice tutelare.

(6) La legge richiede che sia indicata anche la dimora abituale del beneficiario, per consentire al giudice tutelare di sentire personalmente la persona alla quale il procedimento si riferisce o convocandola dinanzi a sé o recandosi nel luogo in cui questa si trova (art. 407.2).

Nel ricorso devono essere indicate le ragioni della domanda, cioè i motivi per i quali si chiede la nomina dell'Amministratore di sostegno. Si propone qui un esempio di ricorso, da modificare e adattare caso per caso.

(7) La menzione ha solo lo scopo di attestare la sussistenza delle condizioni di legge. Essa può essere omessa.

(8) Nel ricorso si indicherà il tipo di infermità o menomazione fisica e/o psichica o comunque la causa che determina l'impossibilità di provvedere ai propri interessi.

cui si trova nella impossibilità di (ad esempio: riscuotere la pensione, gestire le spese correnti non avendo più la coscienza del valore del denaro, ... (9)

– che si rende necessario, conseguentemente, provvedere alla nomina di un amministratore di sostegno che possa rappresentare (oppure: assistere) (10) il predetto signor ... nel compimento degli atti di seguito precisati;

– tutto ciò premesso,

Chiede

che la S.V. voglia nominare al signor ... un amministratore di sostegno (11)

che con atto a rogito notaio ... il signor ... ha designato quale proprio amministratore di sostegno il signor ... (12)

oppure

che l'istante non è a conoscenza di atti di designazione fatti da ... in previsione della nomina di un amministratore di sostegno;

che si indica il signor ..., nato a ... il ... e residente in ..., via ..., n. ... (tel. n. ..., fax n. ..., e.mail ...) quale persona ritenuta più idonea a ricoprire l'incarico per i seguenti motivi ... (13),

che, trattandosi di infermità permanente, la nomina avvenga a tempo indeterminato (oppure: che, trattandosi di infermità temporanea, la nomina sia effettuata per ... mesi) (14)

affinché possa rappresentarlo (oppure: assisterlo) (15) nel compimento dei seguenti atti senza necessità di separata, ulteriore, autorizzazione (16):

1. riscossione della pensione mensile di euro ... rilasciando quietanza con dispensa, se richiesta, da ogni responsabilità per l'ufficio pagatore;

2. utilizzo della intera predetta pensione per le esigenze ordinarie della persona assistita e l'ordinaria amministrazione dei suoi beni (oppure: utilizzo di detta pensione nella misura di euro ... al mese per le esigenze ordinarie della persona assistita e l'ordinaria amministrazione dei suoi beni e deposito della differenza presso ...);

Note:

(9) È opportuno precisare per quali atti si determina l'impossibilità di provvedere ai propri interessi, per i quali è richiesta la nomina dell'amministratore di sostegno.

(10) Come risulta dalla legge (art. 405 n. 3 e 4), in base al tipo di infermità o menomazione si può chiedere che l'amministratore di sostegno abbia il potere di rappresentare il beneficiario (firmando in suo nome e per suo conto), oppure che si limiti ad assisterlo (firmando gli atti per i quali appare necessaria l'assistenza insieme all'interessato). Si può anche richiedere che per alcuni atti l'amministratore di sostegno rappresenti il beneficiario e per altri lo assista.

(11) L'unica indicazione necessaria, tra quelle contenute in questo riquadro, è la richiesta di nomina dell'amministratore di sostegno. Il ricorrente può limitarsi a mettere in moto il procedimento, affidando al giudice tutelare il compito di individuare e delineare il contenuto del provvedimento di nomina.

Appare consigliabile che dal ricorso risulti l'indicazione di proposte operative concrete, allo scopo di fornire al giudice tutelare (che in ogni caso dovrà valutare ed applicare solo quelle che ritiene opportune per la protezione del beneficiario) una prima indicazione di quale potrà essere il contenuto del decreto. Ciò agevola l'istruttoria del giudice tutelare e snellisce il procedimento.

(12) Qualora vi sia stata la designazione dell'amministratore ad opera dello stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità (art. 408.1), dev'essere portata a conoscenza del giudice tale designazione, perché questi può nominare altro amministratore solo in presenza di gravi motivi (art. 408.1). Nel ricorso possono essere indicati i motivi che consigliano di disattendere la designazione.

In mancanza di una designazione, è opportuno far dichiarare all'istante che egli non è a conoscenza di atti di designazione.

(13) La legge non richiede che nel ricorso siano indicate le generalità dell'amministratore di sostegno (queste devono essere indicate nel decreto di nomina). Tuttavia appare opportuno proporre al giudice il nome di uno o più amministratori tra i soggetti (coniuge, figli o parenti stretti) che di fatto già si prendono cura del beneficiario o che sono disposti a farlo, specificando anche i motivi per i quali si effettua l'indicazione.

(14) Non è richiesto che nel ricorso sia indicato se trattasi di infermità parziale o totale, temporanea o permanente. Appare, però, opportuno indicare e giustificare tali circostanze per indirizzare il giudice circa il contenuto del provvedimento da adottare (se a tempo indeterminato o determinato).

(15) Non è richiesto che nel ricorso sia indicato l'oggetto dell'incarico e il contenuto degli atti per i quali si chiede la nomina dell'amministratore di sostegno. La loro determinazione, infatti, spetta al giudice tutelare nel decreto di nomina. Ancora una volta, però, appare opportuno che il richiedente indichi gli atti per i quali il beneficiario ha bisogno di sostegno.

(16) Si riportano le indicazioni fornite nello schema di ricorso adottato dal Tribunale di Sciacca, incisive e pienamente condivisibili: «L'indicazione degli atti di cui allo schema di ricorso è puramente esemplificativa. Vanno indicati gli atti che occorre compiere in via continuativa o periodicamente per l'ordinaria amministrazione. A tal riguardo si deve fare molta attenzione ed è bene provvedere ad una elencazione quanto più possibile analitica e dettagliata: infatti l'amministratore di sostegno potrà compiere, senza doversi munire, volta per volta, di una separata autorizzazione, soltanto gli atti di ordinaria amministrazione espressamente e tassativamente indicati nel decreto di nomina (del quale, qualora sorgesse la necessità, si potrà, però, sempre richiedere successivamente l'eventuale integrazione). Per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione (come per esempio la vendita di un immobile) è necessario richiedere, con un altro ricorso, una specifica, separata autorizzazione del giudice tutelare. L'assistenza di un avvocato non è necessaria neppure in questo caso, anche se appare opportuna nelle ipotesi che presentano una certa complessità. Se si deve richiedere un'autorizzazione per compiere un atto notarile il ricorso può essere presentato anche dal notaio di fiducia».

3. *presentazione di istanze ad Uffici Postali e della Pubblica Amministrazione per la richiesta di assistenza, anche sanitaria, e di sussidi;*

4. *presentazione della dichiarazione dei redditi e sottoscrizione di altri atti di natura fiscale;*

5. *vendita della casa di abitazione in ... alla via ... di proprietà di ..., vendita da effettuare a trattative private, per un prezzo non inferiore ad euro ... da pagarsi contestualmente alla stipula dell'atto e da depositarsi a cura dell'amministratore di sostegno sul conto corrente bancario intestato al beneficiario; con facoltà per l'amministratore di sostegno di prelevare le somme necessarie per il pagamento delle rette mensili, attualmente euro ... e quelle necessarie per i bisogni giornalieri del beneficiario, che si indicano in euro ... (16-bis)*

6. ...

7. *L'amministratore di sostegno assisterà (o sostituirà) il beneficiario nel compimento di tutti gli atti di straordinaria amministrazione, previa autorizzazione del giudice tutelare (17).*

Si indica che le principali spese e i principali bisogni mensili del beneficiario sono i seguenti ..., perciò si indica in euro ... mensili il limite di spese che l'amministratore di sostegno può sostenere con le rendite del beneficiario (18)

Si propone, infine, che l'amministratore di sostegno riferisca al giudice tutelare circa l'attività svolta e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario ogni ... (19).

Il ricorrente indica qui di seguito il nominativo e il domicilio dei parenti stretti (discendenti, ascendenti, fratelli), del coniuge e dei conviventi della persona per la quale si chiede la nomina dell'amministratore di sostegno (20), quali da lui conosciuti

(oppure: dichiara di non essere a conoscenza di parenti stretti; oppure di essere a conoscenza dell'esistenza di parenti, in particolare due fratelli, ma di non conoscere le loro generalità ...)

Il ricorrente si impegna ad informare detti soggetti dell'udienza fissata dal giudice tutelare e, nel corso di tale udienza, fornirà la prova di avere informato quelli che non si presentano (21)

A corredo dell'istanza, produce:

- estratto dell'atto di nascita del beneficiario (22);

Note:

(16-bis) Lo schema contiene anche la richiesta di autorizzazione alla vendita, con la specifica determinazione delle modalità.

La richiesta di autorizzazione non deve essere successiva alla nomina, ma può essere inserita nell'istanza di nomina. Il provvedimento conterrà la nomina dell'amministratore di sostegno, con la specifica autorizzazione a compiere l'atto.

Si noti che, anche quando la nomina è determinata dalla necessità di compiere un atto notarile, il provvedimento non perde la sua funzione di offrire un'adeguata protezione al beneficiario anche per il compimento dei normali atti di gestione quotidiana. Il giudice deve valutare l'intensità dell'intervento di cui il beneficiario ha bisogno e adottare un provvedimento adeguato, indicando gli atti per i quali c'è bisogno di protezione, tra i quali vi è anche la vendita dell'immobile, l'incasso e l'impiego del prezzo.

(17) Qualora la nomina di un amministratore di sostegno sia fondata su una debolezza mentale del beneficiario, per la più efficace protezione dello stesso, appare opportuno che nel provvedimento sia inserita una clausola di chiusura con la quale si priva il beneficiario della capacità di compiere atti di straordinaria amministrazione in genere o almeno gli atti relativi ai beni esistenti nel suo patrimonio. Sarebbe contraddittorio nominare un amministratore di sostegno per riscuotere la pensione e compiere operazioni bancarie o postali, e poi lasciare al beneficiario la capacità di vendere l'immobile di sua proprietà. A tale proposito l'ufficio tutelare presso i Tribunali di Milano e Monza hanno predisposto delle note operative con cui si chiede l'indicazione dei beni (titoli, immobili, conti correnti ...) di proprietà del beneficiario. È opportuno che tali indicazioni siano utilizzate non solo per individuare la consistenza iniziale del patrimonio, ma anche per individuare l'entità del provvedimento.

(18) Allo scopo di consentire al giudice tutelare di indicare i limiti, anche periodici, delle spese che l'amministratore di sostegno può sostenere con utilizzo delle somme di cui il beneficiario ha o può avere la disponibilità (art. 405 n. 5) è opportuno indicare al giudice tutelare le prevedibili spese ricorrenti.

(19) Si può indicare la periodicità (ogni anno, ogni due anni, ogni sei mesi ...) per consentire al giudice di indicare nel decreto di nomina quanto previsto dall'art. 405 n. 6.

Si ripete: tutte le indicazioni sono facoltative ed hanno il solo scopo di offrire un primo orientamento al giudice tutelare.

(20) L'indicazione dei prossimi congiunti è obbligatoria e ha lo scopo di far conoscere al giudice le generalità dei soggetti che dovranno essere sentiti durante il procedimento. In mancanza il giudice tutelare potrà chiedere l'integrazione dell'istanza o disporre d'ufficio la ricerca di tali soggetti, con ciò allungando i tempi di istruttoria.

La legge richiede soltanto l'indicazione del domicilio (Comune e indirizzo); nulla vieta di indicare anche altri utili elementi di recapito (telefono, fax ed e.mail). Questi dati devono essere indicati solo se conosciuti da chi presenta il ricorso.

(21) Questa indicazione non è richiesta dalla legge, ma può essere utile inserirla per rendere più spedito il procedimento. La legge richiede che i soggetti su indicati devono essere informati dell'udienza fissata dal giudice tutelare, per intervenire ed esprimere la loro opinione nel procedimento. A tal fine il ricorso può essere loro notificato, ma è da ritenere sufficiente qualunque altra forma di comunicazione che renda edotti i controinteressati.

L'elenco dei documenti è tratto dallo schema di ricorso proposto dal giudice tutelare presso i Tribunali di Milano e Monza.

Anche per i documenti, non vi è un obbligo di allegazione, sebbene la completezza della documentazione esibita sia utile per snellire l'iter (in mancanza il giudice tutelare deve acquisire d'ufficio i documenti che ritiene necessari per formare il suo convincimento).

(22) Per dimostrare che non vi sono precedenti pronunce di interdizione e inabilitazione.

- *eventuale certificato che attesta l'impossibilità del beneficiario di raggiungere la sede del giudice tutelare (23);*
- *documentazione medica attestante la menomazione del beneficiario e la sua influenza sulla vita di relazione (24);*
- *documentazione relativa alla sua situazione patrimoniale (25);*
- *documenti attestanti l'eventuale opposizione dei parenti stretti (26).*

*(Luogo e data di sottoscrizione)
(Sottoscrizione) (27).*

Note:

(23) Per consentire al giudice tutelare di recarsi presso la dimora del beneficiario.

(24) L'ufficio tutele presso i tribunali di Milano e Monza richiede la «documentazione medica approfondita dalla quale risultino le condizioni di salute del beneficiario con particolare riferimento alla sua capacità di intendere e volere e di gestire se stesso ed il suo patrimonio (sarebbe utile, per evitare ulteriori approfondimenti di consulenti tecnici, che fosse specificato per quali settori della vita di relazione l'ammalato riesce ad essere autonomo e per quali ha bisogno di aiuto).».

(25) L'ufficio tutele presso i tribunali di Milano e Monza richiede la «documentazione attestante la consistenza patrimoniale del beneficiario (pensione, c/c, titoli, immobili, etc.)». La richiesta appare opportuna per consentire al giudice di graduare l'intensità dell'intervento. In presenza di immobili o depositi bancari, il giudice tutelare potrà disporre l'intervento dell'amministratore di sostegno anche per il compimento di atti relativi a tali beni qualora dalla situazione medica risulti che il beneficiario non è in grado di accudire al proprio patrimonio.

(26) L'ufficio tutele presso i tribunali di Milano e Monza richiede la «dichiarazione dei parenti stretti (quelli che devono essere sentiti in udienza) sull'adesione od opposizione al procedimento». Questo consente di snellire il procedimento, evitando la convocazione degli stessi dinanzi al giudice tutelare.

(27) Il ricorso deve essere sottoscritto dal ricorrente o da un avvocato munito di procura alla lite. Potrebbe essere consentito delegare al notaio il compito di sottoscrivere il ricorso, mentre il notaio non ha una competenza propria (art. 1 l. not.) non essendovi connessione con un atto da stipulare. Il provvedimento richiesto, infatti, non autorizza solamente il compimento dell'atto di vendita, ma accerta la menomazione psicofisica del beneficiario ed individua gli interventi di sostegno, tra i quali è compresa anche la stipula dell'atto.

Amministrazione di sostegno

Atto di designazione di amministratore di sostegno (*)

a cura di MARIA TERESA SCHETTINO

Con riguardo al contenuto dell'atto di designazione di un amministratore di sostegno, nello schema proposto si è seguita la tesi, che attualmente appare prevalente (c.d. tesi del "contenuto minimo"), secondo cui è solo il giudice tutelare che, con il decreto, individua e delimita i confini in cui l'amministratore di sostegno è tenuto ad operare, il che sarebbe inibito al beneficiario designante.

Numero di repertorio

Numero di raccolta ...(1)

ATTO DI DESIGNAZIONE DI AMMINISTRATORE DI SOSTEGNO REPUBBLICA ITALIANA (2)

L'anno il mese il giorno

In nel mio studio in via...davanti a me dott....Notaio in. ..iscritto al Collegio Notarile di..., è presente il signor: ... (cognome) (nome) nato a (luogo) il (data) e residente in (indirizzo), codice fiscale, (condizione), cittadino italiano (3).

Il medesimo, della cui identità personale io notaio sono certo, col mio consenso rinuncia all'assistenza dei testimoni (4) e mi richiede di ricevere il presente atto con il quale dichiara di designare (5) (6), in previsione della propria eventuale futura incapacità, quale proprio amministratore di sostegno il signor (cognome) (nome), nato a (luogo) il (data) attualmente residente in. ..(indirizzo), sostituendogli (7), ove fosse necessario, per tutte le ipotesi in cui non potesse o volesse iniziare o continuare nell'incarico, il signor ...

Note:

(*) Relazione presentata in occasione del Convegno "L'attività negoziale dell'amministratore di sostegno" (Milano, 18 giugno 2004), organizzato dal Consiglio Notarile di Milano e dalla Scuola di Notariato della Lombardia.

(1) In applicazione dei principi generali, non derogati dalla legge 6/2004, la designazione fatta per atto pubblico deve essere conservata a raccolta negli atti del notaio; quella fatta per scrittura privata autenticata potrà essere rilasciata in originale o conservata a raccolta negli atti del notaio, a seguito di espressa richiesta della parte.

(2) Il presente schema prende in esame una designazione fatta per atto pubblico.

(3) Si è sostenuto che, finché non andrà in vigore la Convenzione dell'Aja del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti, ai sensi dell'art. 43 della Legge 218/1995 (il quale dispone che le misure di protezione degli incapaci maggiori di età sono regolate dalla legge nazionale dell'incapace) la normativa sull'amministratore di sostegno - disciplinata dalla legge italiana - non è applicabile agli stranieri.

Tuttavia, poiché al momento del verificarsi della causa che darà luogo all'incapacità (momento futuro rispetto al ricevimento dell'atto) il comparente cittadino straniero potrebbe aver acquistato la cittadinanza italiana (o comunque potrebbero essere a lui applicabili le misure di protezione previste dalla legge italiana), il notaio può senz'altro ricevere l'atto di designazione fatto da uno straniero.

(4) In applicazione dell'art. 48 L. not., è ammessa la rinuncia ai testi.

(5) L'atto ha per oggetto la designazione dell'AdS e non la nomina, che è sempre espressa con decreto del giudice tutelare. Pertanto sarebbe impreciso dire in atto "il comparente dichiara di nominare proprio amministratore di sostegno il signor".

(6) In caso di cittadino straniero si potrebbe aggiungere: "qualora si dovesse applicare ad esso la legge italiana in materia di amministrazione di sostegno".

(7) È possibile non solo la designazione "in sostituzione" ma anche una "designazione plurima" del tipo: "designo miei amministratori di sostegno, a scelta del giudice tutelare, i signori AA, BB, CC, ...".

È anche ammissibile una "designazione successiva" del tipo "designo mio amministratore di sostegno il signor AA per il periodo di anni ... ed il signor BB per il periodo di anni ...".

Eventualmente (8)

Il designante esprime sin da ora, compatibilmente con le esigenze di futura protezione dello stesso:

1) che al designato sia conferito un incarico ... (a tempo indeterminato oppure a tempo determinato oppure per ... mesi, prorogabili di ... mesi in ... mesi qualora l'incapacità dovesse perdurare;

2) che al designato sia attribuito il compito di espletare in nome e per conto del comparante i seguenti atti.....(o categorie di atti.....);

3) che allo stesso sia fissato un limite di spesa nella misura di ... (9);

che il designato debba riferire al giudice tutelare ogni ... mesi, con obbligo di rendiconto (anche al signor ZZ) (10);

4) che il designato, qualora nominato proprio amministratore di sostegno, debba essere preventivamente autorizzato dal giudice tutelare per il compimento dei seguenti atti ...

Richiesto io notaio ...

Il secondo inciso del primo comma dell'art. 408 c.c., nel testo novellato dall'art. 3 della Legge 9 gennaio 2004 n. 6, prevede che lo stesso interessato ("beneficiario") può designare, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante *atto pubblico* o scrittura privata autenticata, (il proprio) amministratore di sostegno.

Il secondo comma del medesimo articolo stabilisce che le suddette designazioni possono essere revocate dall'autore con le *stesse forme*.

Infine, ancora il primo comma dell'art. 408 c.c., ultimo inciso, prevede che, nella scelta dell'amministratore di sostegno il giudice tutelare preferisce, ove possibile, il coniuge che non sia separato legalmente, la persona stabilmente convivente, il padre, la madre, il figlio o il fratello, o la sorella, il parente entro il quarto grado ovvero il soggetto designato dal genitore superstite con *testamento*, atto pubblico o scrittura privata autenticata.

Viene qui esaminato *l'atto pubblico* previsto dal secondo inciso del primo comma dell'art. 408 c.c..

L'atto di designazione di cui trattasi è un negozio giuridico unilaterale appartenente alla categoria dei c.d. negozi di diritto familiare, revocabile, ma non ha natura di atto di ultima volontà, come invece si ritiene per l'atto di designazione previsto dall'art. 348 c.c. (argomentandosi dal fatto che il contenuto di quest'ultimo non può spiegare il suo effetto se non dopo la morte del disponente).

Si è sostenuto che, finché non andrà in vigore la Convenzione dell'Aja del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti, ai sensi dell'art. 43 della Legge 218/1995 (il quale dispone che le misure di protezione degli incapaci maggiori di età sono regolate dalla legge nazionale dell'incapace) la normativa sull'amministratore di sostegno - disciplinata dalla legge italiana - non è applicabile agli *stranieri*; ne potrebbe derivare, quindi, se non un obbligo quanto meno una cautela, per il notaio che riceve l'atto di designazione, di accertare la cittadinanza del comparante. Tuttavia, poiché al momento del verificarsi della causa che darà luogo all'incapacità (momento futuro rispetto al ricevimento dell'atto) il comparante cittadino straniero potrebbe aver acquistato la cittadinanza italiana (o comunque potrebbero esse-

Note:

(8) Fin qui è stato analizzato il contenuto minimo e necessario di un atto di designazione, che consiste esclusivamente nell'indicazione nominativa della persona che si desidera ricopra la funzione di proprio amministratore di sostegno.

Nulla vieta, però, che nell'atto di designazione siano inserite anche altre indicazioni relative all'amministrazione di sostegno, consistenti in preferenze espresse dal designante le quali potranno essere tenute in considerazione dal giudice se, al momento della nomina, si rileveranno adeguate alla protezione del beneficiario. La legge non prevede espressamente tale facoltà, che comunque rientra nei limiti dell'autonomia negoziale, né prevede un onere di forma, perciò tali ulteriori indicazioni potrebbero essere contenute anche in una scrittura privata non autenticata.

(9) Il beneficiario può pure individuare "limiti di spesa" con periodicità (mensile, trimestrale, annuale, ecc...) che l'amministratore di sostegno debba rispettare con riferimento alle rendite (di pensione e/o altri redditi) di cui egli è titolare.

(10) È discusso se il beneficiario possa indicare la periodicità con la quale l'amministratore di sostegno debba riferire al giudice sul proprio operato e sulle condizioni di vita personale e sociale del beneficiario stesso; non si vede però perché il beneficiario non possa espressamente prevedere un "obbligo di rendiconto" a carico dell'amministratore di sostegno indicando la persona nei cui confronti dev'essere effettuato.

Non è espressamente previsto dalla legge alcun obbligo di pubblicità. La designazione non può essere inserita nel registro delle amministrazioni di sostegno (perché questa non si è ancora aperta), né annotata a margine dell'atto di nascita (perché deve essere annotata la limitazione della capacità che non si è ancora verificata).

L'onorario di repertorio è di euro 37,00 (art. 8 lettera p, Tariffa notarile).

Ai sensi dell'art. 46-bis disp. att. c.c. «Gli atti e i provvedimenti relativi ai procedimenti previsti dal titolo XII del libro primo del codice non sono soggetti all'obbligo di registrazione». Se si ritiene che la disposizione si riferisca solo agli atti del procedimento in senso stretto, l'atto di designazione deve essere registrato. Se si ritiene che la norma si applichi a tutti gli atti, comunque connessi al procedimento, si deve concludere che non vi è obbligo di registrazione. Comunque non è dovuta alcuna imposta di registro.

Come si legge nelle considerazioni che seguono, la scrivente ritiene obbligatorio l'adempimento della formalità della registrazione in esenzione da imposta.

re a lui applicabili le misure di protezione previste dalla legge italiana), il notaio può senz'altro ricevere l'atto di designazione fatto da uno straniero, aggiungendo per prudenza "qualora si dovesse applicare ad esso la legge italiana in materia di amministrazione di sostegno, designa ...".

Ritengo che sia ininfluenza menzionare nell'atto lo *status civile* e/o il *regime patrimoniale* della famiglia del componente/beneficiario (se sia coniugato in regime di comunione o separazione dei beni), poiché l'atto di designazione non ha contenuto patrimoniale.

Ai sensi dell'art. 48 della L. not. è ammesso che il componente beneficiario possa rinunciare all'assistenza dei testimoni.

Con riguardo al contenuto dell'atto di designazione, nello schema proposto si è seguita la tesi, che attualmente appare prevalente (tesi del *contenuto minimo*), secondo cui è solo il giudice tutelare che, con il decreto, individua e delimita i confini in cui l'amministratore di sostegno è tenuto ad operare, il che sarebbe inibito al beneficiario designante.

Peraltro, in base alla considerazione che il giudice tutelare può nominare un amministratore di sostegno diverso da quello designato dall'interessato solo quando ricorrono gravi motivi (ultimo comma art. 408 c.c.), altri ha rilevato (tesi del *contenuto facoltativo*) che non è vietato da alcuna norma, anzi sarebbe opportuno nell'interesse dello stesso beneficiario designante, che quest'ultimo possa prevedere non solo le cause che potrebbero dare origine alla propria incapacità ma anche il grado della propria incapacità e, con riferimento a quest'ultimo, la determinazione della durata della designazione e del contenuto dei poteri che il giudice può attribuire all'amministratore di sostegno.

Di conseguenza, si è sostenuto che, in caso di designazione a tempo determinato, il beneficiario può sempre procedere, con atto pubblico o scrittura privata autenticata, ad un atto di proroga. *Quid iuris* se il beneficiario non fosse più in grado di ripetere l'atto? *Nulla quaestio* se ciò è stato previsto nel primo atto di designazione (vedi la sostituzione indicata nello schema proposto), altrimenti occorrerà che uno dei soggetti indicati nell'art. 417 c.c. ne faccia richiesta al giudice tutelare, a meno che tale attività sia stata espressamente attribuita all'amministratore di sostegno.

Sempre nel presupposto che si possa ampliare il contenuto dell'atto di designazione, si potrebbe ritenere che il beneficiario possa indicare la periodicità con la quale l'amministratore di sostegno deve riferire al giudice sul proprio operato e sulle condizioni di vita personale e sociale del beneficiario stesso, argomentando che, oltre a non essere espressamente vietato, sarebbe di utilità evidente per il designante, futuro beneficiario totalmente capace al momento della designazione, prevedere un "obbligo di rendiconto" a carico dell'amministratore di sostegno con indicazione della persona nei cui confronti deve essere effettuato.

La nuova normativa, mentre prescrive opportunamente un regime di *pubblicità* duplice e con tempi estremamente ristretti per il decreto di nomina del giudice tutelare, non prevede alcun regime di pubblicità per l'atto volontario di designazione, nonostante ci sia traccia della previsione di tale pubblicità nei lavori preparatori della legge, tanto da indurre taluno a ritenere che, nel silenzio, sia possibile applicare in via analogica all'atto di designazione la normativa prevista dai commi 7 e 8 dell'art. 405 c.c..

Ciò non sembra condivisibile, anche se appare di tutta evidenza quanto la mancanza di pubblicità non giovi né all'interesse del beneficiario designante, né alle persone che ne dovrebbero avere cura in caso di successiva manifesta incapacità tale da ricorrere al giudice tutelare, né infine ai principi dell'affidamento e della certezza dei rapporti giuridici.

Ai sensi dell'art. 61 della L. not., il notaio deve custodire gli atti da lui ricevuti, e quindi l'atto pubblico di designazione dovrà riportare il numero di repertorio ed il numero di *raccolta*; inoltre, poiché al notaio è vietato (T.U. n. 131/1986) rilasciare copie di atti che non riportino gli estremi dell'avvenuta registrazione, ritengo che l'atto, proprio per poterne rilasciare copie, debba essere sottoposto alla formalità della registrazione, seppure in esenzione da imposta, nonostante che l'art. 46 disp.att. c.c. preveda che gli atti e i provvedimenti previsti dal titolo XII del libro primo del codice civile "non sono soggetti all'obbligo di registrazione"; poiché però non ci sono ancora state pronunce e risoluzioni dell'Amministrazione Finanziaria sul punto, nello schema di atto di designazione qui proposto volutamente non si fa alcuna menzione all'adempimento della registrazione.

L'atto è sicuramente assoggettato ad *imposta di bollo*, poiché l'art. 46-bis disp. att. c.c. menziona esclusivamente "l'esenzione dal contributo unificato" previsto dall'art. 9 del T.U. in materia di spese di giustizia di cui al D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115.

L'onorario di repertorio è di euro 37,00 ai sensi della lettera p) dell'art. 8 della Tariffa Notarile.

Amministrazione di sostegno

Atti personalissimi e diritto delle società: tra incapacità parziale e capacità attenuata (*)

di MARCO AVAGLIANO

Offre interessanti spunti di analisi la questione su come, in presenza dell'introduzione dell'innovativa figura dell'amministratore di sostegno, si atteggiino le facoltà della persona beneficiaria di compiere i cosiddetti atti personalissimi e gli atti di impresa. L'argomento che si intende affrontare conduce peraltro necessariamente a porre l'accento sui temi dell'incapacità legale di agire: ciò in quanto non si può pervenire a determinare con un certo grado di accuratezza se un individuo cui sia stato affiancato un amministratore di sostegno possa o meno effettuare donazioni, fare testamenti, continuare imprese, costituire società e così via, ove non si faccia ricorso, oltre ai dati normativi contenuti nella legge 9 gennaio 2004, n. 6, a concetti e nozioni di carattere più generale.

Proprio partendo dalla lettura della disciplina introdotta dalla legge 9 gennaio 2004, n. 6, notiamo come indici importanti ci siano forniti da diversi elaborati normativi, tra i quali risalta senz'altro il nuovo art. 411 del codice civile: questa disposizione infatti, nell'effettuare diversi richiami e rinvii, compie un preciso collegamento a parte della regolamentazione dettata dal codice civile in materia di donazioni e di testamenti (secondo e terzo comma).

Contenuti normativi e finalità della legge: dall'"incapacità" all'"impossibilità" di provvedere adeguatamente ai propri interessi

Onde addivenire ad uno studio più compiuto di quanto sancito da tale norma, si ritiene peraltro opportuno premettervi la lettura di altre disposizioni, quali in particolare gli artt. 1 e 2 della citata legge, nonché il nuovo art. 404 del codice civile.

L'art. 1 nel fissare le "finalità della legge", racchiude in sé, pur con gli evidenti limiti di una dizione di sintesi, lo spirito che ha animato quanti hanno contribuito, succedendosi nel tempo, alla redazione dei diversi disegni di legge, fino alla versione quindi pubblicata: "la presente legge ha la finalità di tutelare, con la minor limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente".

Giova qui ribadire (1) il mutamento di prospettiva adottato dal legislatore odierno, che ha inteso sviluppare le visioni ormai più evolute connesse alla concezione dell'individuo, cui da qualche tempo, rispetto alla raffi-

gurazione tradizionale, si pone in maggior rilievo il ruolo della volontà e della considerazione quale persona (2). Già da tempo gli istituti tradizionalmente conosciuti come di assistenza degli incapaci hanno cominciato a considerare quale propria finalità l'effettiva protezione dei soggetti bisognosi, acuendo l'attenzione posta alla cura della persona. "È venuto ad enuclearsi un

Note:

(*) Relazione presentata in occasione del Convegno "L'attività negoziale dell'amministratore di sostegno" (Milano, 18 giugno 2004), organizzato dal Consiglio Notarile di Milano e dalla Scuola di Notariato della Lombardia.

(1) Sul punto e più in generale per una rapida visione d'insieme della nuova legge, si permetta di rinviare a M. Avagliano, *La riforma dell'incapacità del maggiorenne*, in *Federnotizie*, 2004, pag. 81 ss. Per ulteriori approfondimenti, tra i primi commenti possono citarsi: AA.VV., *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, a cura di Salvatore Patti, *Atti del convegno di studi su "Capacità ed autonomia delle persone"*, Roma, 20 giugno 2002, in *Famiglia, Quaderni*, Milano, 2002; S. Delle Monache, *Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *N.G.C.C.*, 2004, II, pag. 29 ss.; E. Calò, *L'amministrazione di sostegno al debutto fra istanze nazionali e adeguamenti pratici*, in nota ai decreti del Tribunale di Roma in data 19 marzo 2004 e 22 marzo 2004, in *questa Rivista*, 2004, pag. 250 ss.; B. Malavasi, *L'amministrazione di sostegno: le linee di fondo*, in *questa Rivista*, 2004, pag. 319 ss.; G. Campese, *L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*, in *Famiglia e diritto*, 2004, pag. 126 ss.; F. Ruscello, *"Amministrazione di sostegno" e tutela dei "disabili", impressioni estemporanee su una recente legge*, in *Studium Juris*, 2004, pag. 149 ss.

(2) Sono sempre più lontani i tempi nei quali l'obiettivo delle diverse leggi consisteva nel tentativo di proteggere la società da un individuo incapace di intendere e di volere; e, di riflesso, ma solo di riflesso, tutelare lo stesso: sul cammino compiuto, che ha portato all'emanazione della legge Basaglia, dei provvedimenti di chiusura dei manicomi e di quelli sul Servizio sanitario nazionale, si veda G. F. Condò, *Attività negoziale dell'amministratore di sostegno*, in *questo numero*.

diritto dei soggetti deboli, che ha comportato la correlativa previsione di adeguate misure di protezione: il bisogno della persona diviene allora centrale in una società evoluta e attenta ai fenomeni sociali, bisogno non necessariamente legato a gravi ed abituali situazioni di mancanza di corretto discernimento, ovvero a esigenze di carattere puramente patrimoniale. Le istanze tutelabili, purché non irrilevanti, possono dunque anche risultare di non particolare gravità, anche solo fisiche, anche solo temporanee (art. 404): si percepisce dunque perché il legislatore rimarchi concetti quali quello della *privazione di autonomia*, parziale o temporanea (artt. 1 e 2 l. 6 del 2004), e ponga oggi l'accento sulla nozione dell'*impossibilità* (art. 404), e non più su quella dell'*incapacità* (art. 414), di provvedere ai propri interessi".

Sulla scia di tale percorso si comprende quindi più agevolmente come, in linea di principio, il campo coperto dalla nuova legge, così come i suoi obiettivi e le sue finalità, solo in parte si vengano a sovrapporre a quelli prima rivestiti dagli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione (artt. 414 e 415), venendo in realtà a salvaguardarne ambiti più vasti.

Le norme cui intuitivamente riferirsi sono gli artt. 2, primo comma, e 414 del codice civile: come sostenuto dalla dottrina tradizionale la capacità di agire "è l'attitudine all'attività giuridica concernente la sfera giuridica propria della persona"; "la capacità legale d'agire è in principio commisurata all'attitudine alla cura dei propri interessi" (3); essa contraddistingue "il soggetto per la possibilità che il diritto gli riconosce, di rivelare nel mondo giuridico e fare valere in esso interessi" (4).

Ancora notiamo che "la capacità di agire designa l'idoneità del soggetto in ordine ai comportamenti volti alla costituzione e all'attuazione dei valori giuridici, esprime l'aspetto dinamico della soggettività, l'attitudine a porre in essere comportamenti giuridici validi [...]. L'incapacità di agire, di conseguenza, ha come suo presupposto l'incapacità di intendere e di volere e non si traduce in una impossibilità di assumere comportamenti giuridici, bensì comporta una inidoneità ad assumerli validamente" (5).

Può quindi plausibilmente affermarsi che a seguito dell'introduzione del nuovo istituto non si assista più alla necessaria e ineluttabile contrapposizione tra persona capace e incapace; sfumano dunque i contorni di tali figure (6), in quanto l'assolutezza della loro dicotomia non appare più sufficiente a spiegare in maniera adeguata le innumerevoli situazioni conducenti all'apertura del procedimento dell'amministrazione di sostegno.

I presupposti per l'apertura del procedimento e il loro rilievo sulle tematiche dell'incapacità

Si può dunque osservare come quanto sopra rilevato non riesca a spiegare in maniera unitaria tutte le circostanze che possono comporre i quadri di intervento della nuova disciplina; materia, come è no-

to, caratterizzata da un'elevata flessibilità degli strumenti adottabili e dei presupposti alla base della loro azione, cui fa da contraltare il ruolo centrale e quasi dominante oggi assunto dal giudice.

L'impossibilità fisica:

cenni sulla possibilità di una potestà concorrente

Nel tentativo di esaminare partitamente le diverse situazioni che possono collocarsi a presupposto dell'apertura del procedimento in oggetto, lo sguardo viene a volgersi preliminarmente all'ipotesi dell'impossibilità fisica di attendere adeguatamente ai propri interessi; ipotesi che, si ritiene, possa prescindere assolutamente da presunzioni di attenuazione delle facoltà psichiche, come pure da altri autori si è invece sostenuto (7): non a caso, come si è visto, il legislatore utilizza il termine, sicuramente più *soft*, di "impossibilità" (art. 404) (8), e non replica quello di "incapacità" (art. 414).

Risulta quindi strettamente collegato a tale ambito l'interrogativo sulla costituibilità di un'amministrazione di sostegno di natura sostitutiva o di assistenza, ovvero anche in via concorrente; in quest'ultimo caso rivelando palesi affinità con le situazioni tipiche della rappresentanza volontaria (9). La questione era sorta già in sede

Note:

(3) F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, pag. 33.

(4) A. Falzea, *Capacità (teoria gen.)*, in *Enc. del dir.*, vol. VI, Milano, 1960, pag. 16., e a pag. 21 ss. sui delicati rapporti tra capacità giuridica, capacità di agire e soggettività giuridica.

Per A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2001, pag. 78, "la capacità di agire riconosciuta al soggetto è l'attitudine a compiere manifestazioni di volontà che siano idonee a modificare la propria situazione giuridica".

(5) G. Arena, *Incapacità (Diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, vol. XX, Milano, 1970, pag. 915 ss.

(6) Il che viene confermato, oltre che dal dettato del nuovo art. 409, da quanto previsto dal nuovo art. 427. In tale sede si tralasciano peraltro volutamente i delicati rapporti tra incapacità cosiddetta legale e naturale (sul tema, tra gli altri, vedi Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pag. 37; e Arena, *Incapacità*, cit., pag. 916 ss.) ed in particolare del concorso dell'amministrazione di sostegno con quest'ultima figura.

(7) Delle Monache, *Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno*, cit., pag. 39, il quale ritiene che al presupposto dell'impossibilità fisica debba accompagnarsi una compromissione delle facoltà dell'individuo; aderisce invece alla posizione contraria, Campese, *L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*, cit., pag. 128.

(8) La quale non preclude che possa considerarsi tale anche una seria difficoltà: ad esempio un'accertata patologia deambulatoria, benché non completamente invalidante, perché discontinua, se pure magari consente a volte al soggetto di spostarsi, peraltro può ben in concreto, per le situazioni ostative e di fatica che tali movimenti pongono, far riscontrare una non possibilità di assolvere "adeguatamente" i propri interessi.

(9) Si supera in tal modo l'ulteriore obiezione mossa da Delle Monache, cit., pag. 39, sulla inconfigurabilità dell'impossibilità fisica quale autonomo presupposto dell'istituto, in quanto "finirebbe in pratica con l'equiparare ad una inammissibile rinuncia alla (o a parte della) propria capacità".

di lavori preparatori, tanto è vero che si propose a suo tempo (10), prima dell'emanazione della legge, un'apposita delucidazione legislativa, nel senso di ammettere o meno la potestà concorrente di un amministratore nominato, ad esempio, per un soggetto che, a seconda del suo stato di salute potesse o meno compiere una determinata attività, quale il ritiro della pensione, e così via.

La soluzione positiva trova conferma anche sotto il profilo dell'analisi storica dell'evoluzione della norma, ove si colga la sostituzione operata, rispetto a precedenti versioni, del n. 3) del comma quinto dell'art. 405, dove il potere di compiere atti "in luogo del beneficiario", che denotava in misura più chiara un fenomeno di natura essenzialmente sostitutiva, è stato modificato con l'attuale facoltà di compiere atti "in nome e per conto del beneficiario". Non sembra invero aver rilievo l'argomento contrario che si vuol far risalire dall'art. 409, primo comma, che prevede letteralmente solo ipotesi di rappresentanza esclusiva o di assistenza necessaria: risulta evidente l'inutilità della previsione della rappresentanza non esclusiva nella disposizione predetta (11), in quanto in tal caso il mantenimento di autorità anche in capo al soggetto conferente i poteri risulta *in re ipsa*: anzi proprio l'aver delineato una rappresentanza come esclusiva, dovrebbe condurre a ritenere che il legislatore si sia prefigurato anche quella non inibente (12).

Senza addentrarsi ulteriormente in tali ambiti, ed in particolare nelle non sempre proficue dispute sulla sovrapposizione con la disciplina della procura (13), si può osservare come ove si ammetta una potestà concorrente tra beneficiario ed amministratore, sicuramente non possa riscontrarsi alcun spazio per una situazione di incapacità legale: il rappresentato è quindi pienamente capace di agire, e tale rimane, anche se il relativo potere di spendita del nome, come avviene per la rappresentanza volontaria (14), risulti attribuito anche ad altri.

L'amministrazione sostitutiva o di assistenza e l'incapacità psichica.

Giunti a tal punto occorre ora domandarsi quale sia la condizione di colui che risulti soggetto ad amministrazione di sostegno, sia essa sostitutiva o di assistenza, in particolare poi ove la stessa procedura si dimostri legata a situazioni di accertata deficienza psichica.

Già in sede di analisi dei diversi disegni di legge, si è sostenuto da alcuni autori come alla dichiarazione dell'amministrazione di sostegno conseguisse immancabilmente uno *status* o una qualità giuridica di incapacità legale (15).

Detta affermazione può apparire indubitabilmente fondata nella misura in cui alla persona beneficiaria sia impedito di compiere, o compiere da sola, determinati atti o categorie di atti: in particolare poi quando alla stessa risulti preclusa o limitata la com-

petenza in relazione a situazioni di carattere generale dai confini estremamente ampi e incerti, quali ad esempio quelle abbraccianti gli atti di straordinaria amministrazione.

Non va dimenticato peraltro che questa inibizione possiede delle caratteristiche che la rendono diversa da quella notoriamente conosciuta in tema di interdizione, cui conseguiva un effetto totalmente ostracizzante per l'individuo (16): essa infatti ha dei più o meno precisi confini, in quanto in sostanza risulta coincidente con il contenuto del decreto del giudice. Anche se, va rilevato, non è detto che l'ampiezza di tale preclusione debba essere poi corrispondente all'oggetto dell'amministrazione di sostegno, in quanto il giudice potrebbe vietare al soggetto da tutelare determinati atti o attività, senza peraltro affidarne il relativo potere all'amministratore (17).

Note:

(10) C. M. Bianca, *L'autonomia privata: strumenti di esplicazione e limiti*, in *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, cit., pag. 120, secondo il quale "s'impone piuttosto un'essenziale distinzione tra atti che sono di competenza esclusiva e atti di competenza concorrente dell'amministratore di sostegno. Non vi è infatti alcuna ragione per privare o ridurre la capacità di agire della persona colpita da un impedimento di natura fisica o avente caratteristiche transitorie".

(11) Disposizione che, si è detto, ha il fine di ribadire la conservazione della capacità per gli atti ulteriori.

(12) Il che trova conferma nelle modifiche attuate all'art. 409 nel corso dei lavori parlamentari, in quanto alla precedente versione "per tutti gli atti che non formano oggetto dell'amministrazione di sostegno, il beneficiario conserva la capacità di agire", si è sostituita quella odierna (proposta di legge n. 2189, come approvata dal Senato della Repubblica in data 21 dicembre 2001). Ciò proprio in virtù della consapevolezza, prima accennata, che tra oggetto dell'incarico e limitazione della capacità, come nel caso appunto di poteri concorrenti, possa non sussistere coincidenza.

(13) La quale peraltro è qui strumento sicuramente alternativo all'amministrazione di sostegno, ma non allo stesso compiutamente sovrapponibile. D'altronde le diverse esigenze sottese alla situazione concreta possono portare alla predilezione dell'utilizzo dello strumento privato (la procura), ovvero dell'azionabilità di quello di matrice pubblicistica (il procedimento di amministrazione di sostegno).

(14) Qui peraltro derivante, a differenza del conferimento di procura volontaria, in virtù dell'azione di un procedimento giudiziale ben scandito dalla legge. Più in generale, in tema di sostituzione nell'attività giuridica e rappresentanza, si vedano Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pag. 266 ss; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *commentario del codice civile*, redatto a cura di magistrati e docenti, Libro IV, tomo secondo, Torino, 1980, pag. 372 e ss.; e C. M. Bianca, *Diritto civile III - Il contratto*, Milano, 1987, pag. 72 ss.

(15) Bianca, *L'autonomia privata: strumenti di esplicazione e limiti*, cit., pag. 119.

(16) Peraltro oggi attenuabile dal giudice: art. 427, primo comma.

(17) Anche se potrebbe ostarvi quanto disposto dall'art. 409 che stabilisce un principio di generale capacità per gli atti non affidati all'amministratore; d'altronde tale contesto si realizza, come si vedrà di seguito, proprio in tema di atti personalissimi. Rileva segnatamente come sarebbe stato più opportuno che il nuovo art. 405 del codice civile parlasse di "oggetto dell'amministrazione di sostegno", anziché di "oggetto dell'incarico", Delle Monache, cit., pag. 41.

Dall'incapacità parziale o temporanea alla capacità attenuata

Si è visto che il provvedimento del giudice, nel disporre l'amministrazione sostitutiva o di assistenza, impone quella che "di fatto" risulta essere un'incapacità legale parziale, eventualmente temporanea, dai confini più o meno vasti.

La connotazione della persona quale soggetto "incapace" anche se parzialmente, non si presenta peraltro soddisfacente, non solo in quanto per numerose ipotesi - *rectius* esigenze - potrebbe risultare squilibrata, addirittura eccessiva rispetto agli obiettivi per i quali l'amministrazione sia stata concretamente richiesta, quanto invero per la sua mancata aderenza agli scopi che il legislatore intendeva perseguire: finalità assolutamente evidenti e chiare sia negli studi dottrinari che hanno accompagnato il lungo *iter* di questa legge, sia nei lavori preparatori (18), nelle relazioni accompagnatorie ed in tutti i diversi e paralleli disegni di legge presentati, e quindi nel provvedimento poi infine pubblicato.

A suffragare tale convinzione concorre comunque quanto disposto dalla nuova legge. In *primis* dal suo già visto art. 1, che sancisce che le esigenze di tutela debbano essere realizzate "con la minor limitazione possibile della capacità di agire"; quindi dall'art. 409, primo comma, che dispone che "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".

Quest'ultima norma ha sicuramente comportato i maggiori disagi tra chi si è approcciato allo studio del decreto del 2004 successivamente alla sua emanazione, per la radicale inversione di tendenza rispetto al sistema precedente.

Tale spostamento di prospettiva è apparso talmente stridente, da far considerare da alcuni autori il soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno come un incapace (19): affermazione che, stante peraltro la chiarezza della lettera della legge, oltre che degli intenti che hanno condotto all'introduzione della nuova disciplina, non appare sicuramente corretta. Risultano senza dubbio tese a superare il disagio allora accennato le considerazioni di chi (20) ritrova nell'art. 409 la conferma di un principio che separi il beneficiario dell'amministrazione di sostegno dagli altri incapaci. Si riscontra infatti un ambito sul quale il giudice non può influire, che è quello degli "atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana"; tale concetto non appare peraltro assoluto, ma relativo, in quanto riferito di volta in volta agli atti della vita quotidiana "propria" di "quel" soggetto: ragion per cui si stabilisce una relazione con la singola persona, che ne spiega il perché residui una capacità, più o meno accentuata. Il che trova un suo completamento proprio con la norma dell'art. 410, in quanto si viene ad instau-

rare un discorso di interazione con la vita, le esigenze, i bisogni, il tenore di vita, "propri" della persona di cui si tratta.

Se pertanto, in virtù di quanto disposto a livello normativo, nonché degli accennati intenti del legislatore, la regola generale che ne deriva risulta essere quella del mantenimento della capacità di agire, appare dunque più corretto parlare eventualmente di capacità di agire limitata e attenuata del soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno sostitutiva o di assistenza, piuttosto che di sua incapacità legale, ancorché parziale (21). Un'ulteriore vigorosa conferma a quanto finora affermato si riscontra in una norma che risulta essenziale, quasi centrale per l'analisi che si sta svolgendo: l'art. 411, ultimo comma, del codice civile. Questa disposizione sancisce che "il giudice tutelare, nel provvedimento con il quale nomina l'amministratore di sostegno, o successivamente, può disporre che determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, avuto riguardo all'interesse del medesimo ed a quello tutelato dalle predette disposizioni [...]".

L'importanza di tale disposizione è ravvisabile dunque nella nitidezza della non equiparazione tra l'amministrazione di sostegno e l'interdizione e l'inabilitazione (22), nonostante i richiami fatti alla disciplina della prima (art. 411, primo comma), da intendersi peraltro come compiuti essenzialmente a fini operativi.

Capacità ed estensione o limitazione di effetti

Viene allora da chiedersi cosa accada ove il giudice decida di compiere la succitata estensione di effetti ai sensi del quarto comma dell'art. 411. Anche qui giova ricordare che la lettera della legge parla di "determina-

Note:

(18) Cui, si spera, non si voglia negare corpo con argomentazioni relative all'irrelevanza delle intenzioni del legislatore rispetto al dato normativo concreto, in quanto tali considerazioni possono al limite avere un certo valore in presenza di evidenti inesattezze o decorsi anni di applicazione della legge e fiumi di studi e decisioni divergenti.

(19) G. Bonilini, che conferma tale opinione anche al presente incontro di studio. Ritengono invece il soggetto beneficiario fondamentalmente capace di agire: Malavasi, *L'amministrazione di sostegno: le linee di fondo*, cit., pag. 321; Campese, *L'istituzione dell'amministrazione di sostegno*, cit., pag. 129.

(20) Sul punto, assolutamente degne di nota, le considerazioni svolte da M. Moretti, *La capacità del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in *questo numero*; e si veda anche Avagliano, cit., pag. 82.

(21) Si esprime invece in tal senso U. Morello, *L'amministrazione di sostegno (dalle regole ai principi)*, in *questa Rivista*, 2004, pag. 226 e 229.

(22) Il che è confermato dal fatto che la precedente versione del disegno di legge, che disponeva che "per quanto non espressamente previsto dalle disposizioni di questo codice e delle leggi speciali, la sottoposizione all'amministrazione di sostegno è equiparata all'interdizione ed all'inabilitazione", è stata volutamente ribaltata e modificata in quella attuale (proposta di legge n. 2189, come approvata dal Senato della Repubblica in data 21 dicembre 2001).

ti" effetti, limitazioni o decadenze, facendo supporre che tendenzialmente l'equiparazione non sia mai totale, così come il venir meno della capacità; e ciò in linea di principio anche nell'ipotesi in cui la sua "attenuazione" risulti particolarmente consistente, venendo nei fatti a ricoprire un campo sostanzialmente affine e sovrapponibile a quello dell'interdizione o dell'inabilitazione.

Di converso sorge a questo punto l'interrogativo su cosa avvenga se, instaurato il procedimento di interdizione o di inabilitazione, il giudice nelle relative o successive decisioni stabilisca 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" (art. 427, primo comma). Se in linea di principio sembra che si rimanga nell'alveo della tradizionale incapacità di agire, peraltro è questa a sua volta a risultare attenuata, parziale, residuando quindi nel soggetto un minimo di capacità, seppur molto affievolita.

La conseguenza operativa di non lieve rilievo che deriva dall'introduzione della suddette possibilità di estensione o affievolimento, consiste nella necessità, anche ove il soggetto venga interdetto o inabilitato, di controllare tutti provvedimenti emanati in tali sedi, in particolare di leggerne l'esatto contenuto, onde poter correttamente delineare lo status della persona interessata e del suo rappresentante (23).

Amministrazione di sostegno e atti inibiti agli incapaci legali

Le considerazioni finora compiute rischierebbero peraltro di apparire assolutamente sterili ove non riferibili a quadri di concreta operatività; ed invero proprio nei confronti di tali contesti esse contribuiscono a fornirci la chiave di lettura per una ricostruzione della corretta posizione della persona e del suo amministratore e dei comportamenti dagli stessi adottabili. Se il primo comma dell'art. 409 detta un criterio generale visivamente agevole, ossia il mantenimento della capacità della persona per gli ambiti non preclusi o limitati dal decreto di nomina, o dalle sue successive integrazioni o modificazioni, qualche dubbio potrebbe peraltro ancora sorgere in relazione a situazioni, di regola di natura personale, ma non solo, normalmente precluse ai soggetti incapaci.

Già la dottrina che ha studiato il fenomeno (24) ha enucleato diverse di queste situazioni, quali:

– gli artt. 1329 e 1331 del codice civile, che, *a contrario*, ribadiscono la caducazione della proposta contrattuale, salvo le ipotesi di proposta irrevocabile e di opzione cui la natura dell'affare o altre circostanze non escludano tale efficacia;

– l'art. 1626, che dispone lo scioglimento del contratto di affitto per l'interdizione o l'inabilitazione dell'affittuario (25);

– l'art. 1722, che, al primo comma, n. 4), prevede che il mandato si estingue per l'interdizione o l'inabilitazione del mandatario (26).

Dei contesti cari al diritto delle società, più in generale dell'impresa, si tratterà di seguito. Altre situazioni sono poi raffigurabili in tema di sospensione della prescrizione (artt. 2941, primo comma, n. 4) e 2942, primo comma, n. 2)) e di termini per l'accettazione con beneficio di inventario (art. 489).

Una prima chiave di lettura che fornisca una soluzione al quesito sulla applicabilità o meno di tale norma alla persona cui sia stato affiancato un amministratore potrà discendere pertanto dalla considerazione della medesima persona quale incapace o meno: ove non la si consideri tale (almeno non pienamente), in linea di principio le norme di preclusione sopra viste non saranno ad essa additabili (27); il tutto salvo ovviamente che il giudice, nell'esplicazione delle facoltà concessagli dall'art. 411, quarto comma, non estenda alla stessa alcuni degli effetti, limitazioni o decadenze ivi previste.

Se quanto sopra riferito appare una prima chiave di lettura plausibile, peraltro alcuni dubbi possono sorgere in relazione alle eventuali limitazioni già imposte dall'organo giurisdizionale, le quali, a prescindere dalla suddetta qualificazione in termini di incapacità o meno, possono evidentemente influire sull'applicabilità delle suddette disposizioni (28).

In ogni caso, ove residuino situazioni di grave incertezza, la soluzione risulterà essere quella già prospettata del permanere della capacità della persona, in virtù del principio generale della generale tassatività e inestensibilità delle ipotesi di limitazione della capacità, al di fuori di quanto previsto e consentito dalla legge e dai procedimenti dalla stessa disposti (29): principio che trova una sua vigorosa riaffermazione proprio nella disposizione dell'art. 409 del codice civile.

Note:

(23) In altri termini l'art. 427 comporta il non poter più confidare nel vigore totalizzante delle sentenze di interdizione o di inabilitazione, onde non correre il rischio di svolgere attività negoziale con soggetti che nel caso concreto non risultino i reali legittimati a compiere l'operazione.

(24) Morello, *L'amministrazione di sostegno*, cit., pag. 228.

(25) È questa norma che appare ormai non più in linea con i principi assunti in tema di dignità e assistenza dei soggetti incapaci.

(26) Non è stato purtroppo accolto nell'emanazione del decreto il suggerimento di disciplinare il cosiddetto mandato emesso in previsione dell'incapacità.

(27) Ritiene sussista una tendenziale inestensibilità delle disposizioni genericamente riferite agli incapaci, anche Delle Monache, cit., pag. 55.

(28) In altri termini ci si può ben chiedere se, ad esempio, si caduchi il mandato a vendere la propria unica abitazione effettuato da persona cui successivamente sia stato nominato un amministratore di sostegno per l'attività immobiliare.

(29) V., tra tutti, Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, cit., pag. 78.

Atti personalissimi: in particolare il testamento e la donazione

Vi sono peraltro dei contesti che richiedono un'attenzione più approfondita, in virtù della delicatezza negli stessi insita. Si parla qui degli atti cosiddetti cosiddetti personalissimi (30), quali, per citarne alcuni, il testamento, la donazione, il matrimonio, il riconoscimento di figlio naturale, l'accettazione di eredità, accomunati, di regola, dall'essere intolleranti a fenomeni di natura rappresentativa (31). A ciò consegue che ove il loro perfezionamento fosse precluso alla persona beneficiaria, essi non possano essere compiuti neanche dall'amministratore (32).

La constatazione della gravità delle conseguenze derivanti da un loro divieto, ossia l'assoluta irrealizzabilità di atti così importanti nel corso della vita umana (si pensi ad esempio al matrimonio o al riconoscimento di figli naturali), comporta una particolare delicatezza ed attenzione nel valutarne in maniera estensiva la loro preclusione nei confronti della persona soggetta a protezione; preclusione pertanto da operare esplicitamente e sulla base di una rigorosa prova della loro effettiva dannosità nei confronti dei soggetti coinvolti.

Il testamento

In tema di capacità di disporre per testamento (33), occorre premettere come si sia rilevato che, nel sistema del diritto civile, più che sussistere un principio generale che impedisca a tutti gli incapaci di testare, invero appaiano ravvisabili delle eccezioni alla generale libertà e capacità di testare (34).

Secondo il disposto del secondo comma dell'art. 591, del codice civile, "sono incapaci di testare:

- 1) coloro che non hanno compiuto la maggiore età;
- 2) gli interdetti per infermità di mente;
- 3) quelli che, sebbene non interdetti, si provi essere stati per qualsiasi causa, anche transitoria, incapaci di intendere e di volere nel momento in cui fecero testamento".

Si ritiene che siano investiti da tale previsione inibitoria anche il minore emancipato, sebbene autorizzato all'esercizio dell'impresa; mentre sarebbe capace di disporre per testamento l'inabilitato (35).

In virtù della mantenuta capacità la persona beneficiaria dell'amministrazione di sostegno può dunque in linea di principio realizzare un valido testamento, come confermato dall'art. 411, terzo comma, salvo che la disposizione testamentaria sia rivolta a favore di un amministratore di sostegno che non sia suo parente entro il quarto grado, coniuge o stabile convivente; e salvo comunque che il giudice tutelare nel decreto non gli abbia precluso di fare testamento, ovvero abbia operato, ai sensi dell'art. 411, quarto comma, l'estensione al disposto dell'art. 591, secondo comma, n. 1).

In ogni caso sono richiamati espressamente, in quanto compatibili, gli artt. 596, in tema di incapacità del tuto-

re e protutore, e 599, del codice civile, in tema di persone interposte.

La donazione

In tema di donazione, fermo restando che i discorsi risultano analoghi a quanto già osservato per il testamento sull'estensione ai sensi dell'art. 411, quarto comma, l'art. 774 del codice civile pone il principio generale che "non possono fare donazione coloro che non hanno la piena capacità di disporre dei propri beni. È tuttavia valida la donazione fatta dal minore e dall'inabilitato nel loro contratto di matrimonio a norma degli articoli 165 e 166" (36).

Quanto finora affermato potrebbe dunque richiamarsi anche per tali ambiti: se considerata un incapace legale, la persona, infatti, sicuramente non potrebbe donare; in caso contrario, in linea con quanto si è cercato finora di sostenere, in via di principio sì; salvo ovviamente che sussistano previsioni del decreto di nomina che escludano tale capacità, in quanto alla persona sia stato precluso, ad esempio, di compiere atti di straordinaria amministrazione, ovvero, in maniera più specifica, di compiere atti di donazione, di quel o di quei beni. Nasce tuttavia l'interrogativo su quale sia il comportamento da adottare ove, in difetto di tali specificazioni, alla persona da assistere il giudice abbia ritenuto opportuno di impedire di compiere atti di disposizione su uno o più cespiti; e quindi relativamente ad una persona, che, ad esempio, non possa alienare, permutare, ipotecare (ma non esplicitamente "non donare") un appartamento, e intenda realizzare mediante lo stesso una liberalità. Una

Note:

(30) Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pag. 25; e Falzea, *Capacità (teoria gen.)*, cit., pag. 28 ss., ritenendo che ove posti in essere da un incapace si verta comunque in ipotesi di incapacità di agire, e non di incapacità giuridica, da cui discendono conseguenze in termini di annullabilità dell'atto posto in essere; sul punto si osservi anche Malavasi, cit., pag. 328.

(31) Si esprime in termini di nullità nei riguardi dell'atto posto in essere dal rappresentante legale, sempre Falzea, *Capacità (teoria gen.)*, cit., pag. 28.

(32) Vedi anche Delle Monache, cit., pag. 41 e 43. Ritiene inoltre che sia rimasto invariato il regime giuridico previgente in relazione agli atti personalissimi, Campese, cit., pag. 129.

(33) In tema di testamento dell'infermo di mente si veda G. Bonilini, *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, pag. 89 ss.

(34) Cassazione 11 agosto 1982, n. 4561 e 5 novembre 1987, n. 8169.

(35) Vedi anche F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003, pag. 490.

(36) Si discute se la regola contemplata dalla norma appena esaminata ponga un'incapacità di agire ovvero si riverberi addirittura in un'incapacità giuridica, dal momento che per l'art. 777 del codice civile, la donazione non può essere compiuta neanche dal rappresentante legale debitamente autorizzato; il che peraltro coincide con quanto rilevato in tema di atti personalissimi. Sul tema dei rapporti tra incapacità giuridica, di agire e di disporre nei confronti della figura della donazione, si veda C. Scognamiglio, *La capacità di disporre per donazione*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, vol. II, Padova, 1994, pag. 255 ss.

prima istintiva risposta conduce a negare tale eventualità. Pone nondimeno qualche disagio la lettera del primo comma dell'art. 409, che appunto sancisce la capacità piena per gli atti non oggetto dei poteri dell'amministratore. Soccorre peraltro a ciò il già visto art. 774, in particolare per quel presupposto dallo stesso richiesto della libera disponibilità dei propri beni: dunque una persona, cui siano preclusi atti di disposizione sul bene interessato, di conseguenza non potrà neanche effettuare donazioni.

A questo punto la portata, almeno letterale, dell'art. 774, che potrebbe apparire sotto alcuni aspetti più ampia, sotto altri più ristretta, di quanto sopra asserito, induce a operare ulteriori approfondimenti. Sotto un primo profilo infatti ci si può chiedere se l'operatività dell'art. 774 richieda una totale incapacità di disposizione dei propri beni, facendo sorgere il dubbio che esso non si applichi a situazioni di relativa indisponibilità: ciò non appare convincente in quanto questo articolo del codice civile, prima iscritto in un sistema che contemplava essenzialmente ipotesi di incapacità legale assoluta, non potrà non essere oggi giorno letto nell'ottica di recente introdotta (37).

Sotto un altro aspetto, specularmente a quello appena visionato, ci si chiede cosa avvenga ove la limitazione della disponibilità sia relativa ad un cespite diverso da quello che si intende donare: in altri termini, ove sia preclusa l'alienazione, ad esempio, di un appartamento, ma non quella di un terreno di cui sia titolare la medesima persona. Anche qui il dubbio che si pone è se l'art. 774, una volta ridimensionato anche ai fini di includere le peculiarità scaturenti dalle norme poste in tema di amministrazione di sostegno, vada anche relativizzato ai contenuti del decreto del giudice, risultando pertanto inoperante ove questo si limiti volutamente ad un diverso specifico bene, non volendo, appositamente, risultare omnicomprensivo in relazione al quel patrimonio. Sono questi peraltro dubbi che, ben si comprende, potranno ricevere un responso appagante solo a seguito dell'applicazione concreta della riforma e di un'apprezzabile opera di studio e di elaborazione giurisprudenziale, oltre che di indagini compiute caso per caso.

Cenni sull'accettazione di eredità, il matrimonio ed il riconoscimento di figlio naturale

Per quanto concerne la tematica degli atti di accettazione di eredità, in materia di incapaci occorre far riferimento agli artt. 471 e 472 del codice civile, che richiedono come obbligatorio il complesso procedimento sull'accettazione con beneficio di inventario, ove l'eredità sia un minore, anche emancipato, un interdetto o un inabilitato. Risulta peraltro discutibile l'applicazione *tout court* di tali norme, in particolare ove si aderisca all'idea delle persone "sostenute" come non realmente incapaci; ancorché tale procedimento possa poi valutarsi in concreto, salvo le lungaggini allo stesso connesse, come opportuno. Va in ogni caso ricordato come in

ogni caso sia richiesta l'autorizzazione del Giudice tutelare, per il combinato disposto degli artt. 411, primo comma e 374, terzo comma (38); il che dovrebbe valere anche nei confronti degli atti di rinuncia alle eredità ed ai legati.

I raffronti si fanno invero più delicati in tema di matrimonio e di riconoscimento del figlio naturale, per i quali occorre riferirsi, in tema di incapaci, agli artt. 84 e 85, e 165 e 166 da un lato, nonché agli artt. 250 e 264 dall'altro. Sul punto valgono le osservazioni sopra accennate, in tema di non applicabilità diretta degli istituti dettati a tutela degli incapaci alle persone beneficiarie dell'amministrazione di sostegno, salvo diversa disposizione del giudice (39).

Amministrazione di sostegno e diritto delle società

Ad una prima rapida analisi, la novella non sembra incidere direttamente sulle situazioni tipiche riscontrabili nell'ambito dei rapporti di impresa e societari, e ciò per almeno due visibili ordini di ragioni.

La mancanza di un richiamo esplicito al diritto delle società

Da un lato infatti la novella non compie alcun accenno esplicito al diritto delle società, più in generale dell'impresa, disinteressandosene in maniera evidente. Sotto altro e più sostanziale profilo, l'essere pervenuti nei confronti delle persone protette ad una qualificazione non coincidente con le figure care alle tematiche tradizionali dell'incapacità comporta, come naturale conseguenza, che le poche disposizioni dettate in via diretta dal diritto delle società per i soggetti non capaci non risultino di per sé applicabili a tali ambiti. Si possono infatti richiamare alla memoria in tema di soci incapaci norme del codice civile quali l'art. 2286, in tema di esclusione, e gli artt. 2382, 2399 e 2409 *quinquies*, del codice civile, che ne sanciscono l'ineleggibilità o la decadenza dall'ufficio di amministratore, di sindaco o di incaricato del controllo contabile. Così come non risultano di per sé applicabili altre norme dettate per situazioni di incapacità, quali gli artt. 371, primo comma, n. 3) e secondo comma e 372, del codice civile, in materia di interdetti e di continuazione delle imprese commerciali. Nondimeno la naturale non riferibilità di tali norme non esclude affatto che il

Note:

(37) Tra l'altro, come già visto, al di là delle forme di capacità attenuata proprie dell'amministratore di sostegno, la riscrittura delle norme codicistiche ha contemplato ora anche ipotesi di incapacità legale assoluta "alleviabile" (art. 427, primo comma).

(38) Ammettendosi l'idea di un'accettazione pura e semplice della persona beneficiaria; vedi Malavasi, cit., pag. 320; e a pag. 331, per la questione della sostituzione fedecommissaria, la cui disciplina lo stesso autore ritiene tendenzialmente non applicabile all'amministrazione di sostegno.

(39) Che peraltro, vista l'importanza degli ambiti "familiari" interessati, non potrà prescindere da situazioni di particolare gravità.

provvedimento del giudice possa disporre, in misura anche parziale, l'applicabilità, in particolare con riferimento ai relativi effetti e procedimenti (40).

Appare evidente come l'accoglimento di una prospettiva del genere si riveli non sufficientemente esaustiva, ove si ponga mente a tutte quelle situazioni in cui la persona venga coinvolta in attività di partecipazione alla vita dell'impresa e sociale, quali decisioni, deliberazioni, atti di gestione, modifiche della struttura organizzativa e simili, e comunque in situazioni di carattere, più o meno latamente, imprenditoriale. La domanda, più precisamente la perplessità, che sorge spontanea riguarda quindi i riflessi che possa assumere l'adozione di un provvedimento di amministrazione di sostegno nei confronti della medesima persona che partecipi in qualche misura ad un'attività, individuale o collettiva, di impresa (41).

Decreto del giudice e situazioni problematiche

In linea di principio, si è visto, la persona cui sia stato nominato un amministratore di sostegno, salvo espliciti divieti, può intraprendere o continuare un'attività di impresa, senza bisogno di specifiche autorizzazioni.

Ma è ugualmente percepibile che, visto il ruolo di centralità assunto dal provvedimento del giudice nel sistema delineato dalla l. 6 del 2004, quanto sopra affermato venga inesorabilmente ad incidere con la fondamentale questione relativa alla corretta estensione e dilatazione del contenuto del decreto e dell'oggetto dell'amministrazione.

Lungo tale scia non risulta dunque foriera di particolari dubbi una fattispecie ove il giudice espressamente affidi all'amministratore di sostegno, in rappresentanza o assistenza, ogni decisione sulle attività e sulle decisioni da assumere relativamente ad imprese e società di ogni tipo, dell'amministrato o di terzi.

Accanto a tale ipotesi, che risulta di evidente semplicità, occorre peraltro esaminare anche ulteriori contesti che, per il contenuto di più o meno intensa genericità o specificità rispetto a quello appena accennato, corrono il rischio di suscitare incertezza.

A ben vedere provvedimenti che, ad esempio, impediscano alla persona di svolgere attività di gestione e di impresa, ovvero di esercitare un'impresa o una società concretamente individuata, rivelano una insoddisfacciente accuratezza, in quanto possono nel concreto dimostrarsi comunque limitati ad assetti peculiari. Quale comportamento dovrebbe infatti adottarsi, nel primo caso, nei confronti di una persona che, partecipa ad una società a responsabilità limitata, sia chiamata a deliberare una riduzione di capitale; ovvero, nella seconda ipotesi, qualora la persona abbia intenzione di costituire una società con oggetto diverso da quello identificato nel decreto.

È evidente come in tali casi si debba operare una delicata opera di discernimento delle situazioni che il provvedimento del giudice voglia effettivamente tutelare e

impedire, onde eventualmente poterne estendere gli effetti anche a situazioni che, sia sotto il profilo letterale, che sotto quello più specificamente tecnico, altrimenti ne potrebbero irragionevolmente rimanere escluse. Usando peraltro l'accortezza di non porsi in contraddizione con lo spirito e l'operatività di tale riforma a che mediante il conferimento di più rapide garanzie e certezze nella contrattazione con i soggetti non autosufficienti, ne tende a velocizzare anche i relativi processi negoziali.

Un'ulteriore ambito meritevole di approfondimento riguarda la presenza nel provvedimento di una clausola che in maniera generica inibisca alla persona di compiere gli atti di straordinaria amministrazione. Se da un lato tale previsione fornisce un sicuro appoggio ai fini di quella compiutezza di tutela, già genericamente accordata alla persona, anche relativamente al campo dell'attività e del diritto dell'impresa, tuttavia nei riguardi di tali contesti sorgono esitazioni di non lieve rilievo, in virtù della non agevole individuazione dei precisi contorni della categoria dell'amministrazione straordinaria: figura, come è noto, già incerta ove rapportata alle categorie del diritto civile generale, ma ancor più labile ove riferita al diritto commerciale. Ci si potrebbe infatti chiedere se in tal caso, ad esempio, si possa precludere la partecipazione della persona ad una delibera di approvazione del bilancio di una società di capitali, ovvero se la stessa sia legittimata a prestare il proprio assenso, per scadenza del termine, al rinnovo dell'organo amministrativo.

Atti di straordinaria amministrazione e responsabilità limitata

Con l'assoluta consapevolezza che in tali ambiti le situazioni vadano esaminate caso per caso, in un delicato equilibrio tra contenuto del decreto del giudice, oggetto dell'amministrazione e fattispecie concreta, va premesso che finalità della presente analisi non è quella di giungere a sostenere l'espansione *tout court* della portata degli impedimenti alla capacità del soggetto (42), quanto invero di tentare di comprendere fino a che punto possa estendersene la portata per casi non specificamente previsti dal decreto, ma che *ictu oculi*, per l'evidente rischio di lesività ad essi connesso, non potrebbero ragionevolmente esserne esclusi. Il che spiega i

Note:

(40) Non sembrano invece accoglibili i dubbi che prospetta Malavasi, cit., pag. 326, sulla inidoneità della persona ad iniziare un'impresa commerciale.

(41) Sulle generali tematiche della partecipazione degli incapaci ad attività imprenditoriali e societarie, si vedano F. Mazzacane, *La giurisdizione volontaria nell'attività notarile*, Roma, 1997, pag. 177 ss.; e G. Santarcangelo, *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale, volume II, Istituti a protezione degli incapaci*, Milano, 1986, pag. 258 ss.

(42) Il che anche in tal caso risulterebbe in contraddizione con lo spirito della legge, che pone quale ben precisa regola residuale quella della capacità (art. 409, primo comma).

tentativi di alcuni autori di considerare comunque tali soggetti quali incapaci, al fine di coinvolgerne le numerose disposizioni di tutela (43).

Va peraltro ricordato che, stante la citata regola posta dall'art. 409, primo comma, ben difficilmente potrà obiettarsi ad un soggetto la non legittimazione nell'assumere comportamenti riguardanti imprese o investimenti, ove il decreto del giudice si limiti ad impedire situazioni meramente dispositive, in particolare se poi con riferimento ad atti o categorie di atti determinati, e per ambiti oltretutto diversi (44).

Il che non toglie che ove opportuno, possa, anzi, debba richiedersi l'integrazione del decreto ai fini di dilatarne il contenuto. E la strada dell'integrazione dell'oggetto dell'amministrazione appare come la più rassicurante in tutte le ipotesi in cui tale incertezza sorga o comunque permanga. Senza peraltro dimenticare di porre una particolare attenzione alla redazione di tale contenuto additivo, onde evitare i rischi di eccessiva genericità o dettaglio prima evidenziati.

Come già accennato, anche la presenza di una clausola residuale che vieti in linea generica gli atti di straordinaria amministrazione, non sempre si rivela di effettivo conforto. Nell'esaminare rapidamente alcune tra le diverse situazioni riscontrabili, possiamo vedere che essa di sicuro appare preclusiva degli atti di natura imprenditoriale di un certo rilievo, quale la creazione di un'impresa o la costituzione di una società con assunzione della qualità di socio illimitatamente responsabile.

Tale impostazione risulta invece meno appagante qualora si rapporti l'esigenza di tutela alla materia degli atti gestionali. Ove infatti il soggetto fosse già socio amministratore, è opinabile che lo stesso debba essere sempre sostituito dall'amministratore, per atti di gestione, oltre che ordinaria, di infimo rilievo (ad esempio un discreto ordinativo di carta per l'ufficio, di francobolli e così via); il tutto, pur nella consapevolezza che gestione ordinaria e straordinaria delle società, al di là dei dubbi sulla correttezza di una distinzione del genere, non siano concetti agilmente sovrapponibili a quelli più generali di amministrazione ordinaria e straordinaria di un patrimonio. Stesso discorso può effettuarsi per gli atti di conduzione straordinaria di una società, come ad esempio nel caso che la società, modificando i propri patti sociali (45), sposti l'indirizzo della stessa da un numero civico di una via a quello contiguo, senza aggravii di spese o di disagi per la persona.

Si comprende come siano tutte queste situazioni che impongano valutazioni da effettuarsi caso per caso, e dunque l'adozione nel loro approccio di una particolare delicatezza.

Un discorso non dissimile va compiuto anche ove si versi in regimi di limitata responsabilità. Se infatti la decisione di investimento in una società di capitali o in una società in accomandita semplice in qualità di accomandante, o in un'associazione in partecipazione con un'impresa, a seconda della sua incidenza sul patrimo-

nio della persona può essere osservata o meno quale atto di ordinaria amministrazione della stessa, ciò non toglie che a non dissimile vaglio debbano essere sottoposti gli atti di sua partecipazione alla vita della società, in particolare quelli in cui sia chiamato ad esprimere il proprio voto o consenso. Anche in tali ipotesi bisogna comprendere quali siano gli effetti che si producono in relazione a chi è soggetto ad amministrazione di sostegno, al suo patrimonio ed in particolare alla cura della sua persona. Pertanto se di regola detto individuo potrà partecipare liberamente alle assemblee cosiddette ordinarie, per quelle straordinarie (46) saranno da distinguere le situazioni da cui possa recarsi un pregiudizio o un'alterazione delle posizioni patrimoniali e della persona (47), da quelle che, prive di connotati di arbitrarietà, tale rilievo non dimostrino (48).

Ferma restando anche in questi casi la regola della tendenziale permanenza della capacità in capo alle persone soggette ad amministrazione di sostegno, onde si voglia impedire al soggetto il compimento di atti irragionevoli, ai fini della sua migliore tutela, la soluzione più opportuna e prudente sarà ravvisabile nella richiesta di un'integrazione da parte del giudice del decreto di nomina, ai sensi dell'art. 407, quarto comma, del codice civile.

Note:

(43) Nel senso dell'incapacità parziale, Morello, *L'amministrazione di sostegno*, cit., pag. 227.

(44) Ad esempio, se la persona non può compiere atti di disposizione relativamente ad un determinato immobile, ovvero più in generale relativamente al proprio patrimonio immobiliare, dovrebbe allo stesso essere consentito di compiere atti di natura imprenditoriale o societaria, salvo che tali ultimi ambiti interessino, sostanzialmente, quell'immobile medesimo o più in generale immobili.

Considera invero applicabile per estensione analogica l'art. 2382 del codice civile, Delle Monache, cit., pag. 53.

(45) Salve ovviamente le nuove questioni in tema di indirizzo e sede delle società di persone e di capitali 111 bis delle disposizioni transitorie e di attuazione del codice civile.

(46) In tema di assemblee straordinarie e società, vedi più in generale Mazzacane, *La giurisdizione volontaria nell'attività notarile*, cit., pag. 186; e Santarcangelo, *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, cit., pag. 275.

(47) Ad esempio una delibera di trasformazione regressiva in società in nome collettivo, ovvero di aumento del capitale.

(48) Risulterebbe quindi di non immediata soluzione una questione relativa ad un ordine del giorno, ad esempio, recante una delibera di riduzione necessaria per perdite oltre il terzo del capitale.

Amministrazione di sostegno

Attività negoziale dell'amministratore di sostegno (*)

di GIAN FRANCO CONDO'

È evidente l'interesse notarile per il tema dell'amministrazione di sostegno, per evitare di fare intervenire in atti un soggetto limitato nella sua capacità di agire, con tutte le possibili conseguenze negative; è altrettanto evidente che quanto più si estende l'area della applicabilità della legge n. 6 del 2004, tanto più aumenta un simile rischio. In teoria il notaio dovrebbe sempre controllare se il soggetto che gli richiede un atto è interdetto, inabilitato o dotato di un amministratore di sostegno: sarebbe opportuno istituire un sistema informatico esteso all'intero territorio nazionale che consenta la consultazione dei registri in tempo reale.

Da sempre il Notariato si è interessato ai problemi dei disabili in senso lato: ricordo, in particolare, i discorsi fatti, ormai vari anni fa, nel Comitato dell'Associazione Sindacale Notarile Lombarda, soprattutto con Alberto Gallizia.

Il primo nostro interesse alla materia è di natura sociale e nasce dalla tradizionale vicinanza dei notai alle persone e alle famiglie, dalla consulenza che, soprattutto in certe aree geografiche del nostro paese, ci viene richiesta anche al di fuori del campo negoziale, patrimoniale, economico.

Credo che a tutti noi sia capitato di trovarci di fronte ad un soggetto più o meno limitato nelle sue capacità intellettuali e al dilemma, nei casi meno gravi, se ricevere un certo atto per venire incontro a determinate esigenze, o se, invece, rifiutarlo.

Tutti noi sappiamo per esperienze vissute direttamente, come nell'ambito delle famiglie gli istituti della interdizione e della inabilitazione siano visti con estrema antipatia perché impongono al soggetto incapace uno stato squalificante e discriminante e perché fanno giudicare in modo negativo i parenti che l'interdizione o l'inabilitazione hanno richiesto.

I notai sono interessati ai problemi del disagio psichico, anche non dichiarato, perché sono chiamati a porre in essere atti che potrebbero essere annullati a sensi dell'articolo 428 c.c. (ricordo che l'annullamento degli atti è possibile quando essi siano stati compiuti da persona che "si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere al momento in cui gli atti sono stati compiuti"). Nello stesso senso si veda anche l'articolo 591 c.c. n. 3 sulla capacità di disporre per testamento.

Rilevo, per inciso, che anche l'articolo 428 avrebbe dovuto essere modificato perché al centro di esso non vi è la protezione del malato ma la malafede della contro-

parte: se la controparte non si è resa conto di trattare con un incapace naturale, l'atto non può essere annullato e l'incapace resta privo di ogni protezione. Sarà probabilmente più facile dimostrare la malafede del terzo nei casi in cui costui abbia contrattato con un soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno, pur compiendo un atto non specificamente rientrante nella amministrazione.

Ancora il notaio può essere richiesto di ricevere un atto per il quale è necessario ottenere un' autorizzazione che il notaio è legittimato a richiedere nei casi previsti dal numero 1 dell'articolo 1 della legge 16 febbraio 1913 n. 89. L'interesse del Notariato si è manifestato, prima della nuova legge, nella trattazione della materia in riunioni del Consiglio Nazionale nella partecipazione alla stesura dei progetti di legge (1), in articoli comparsi sulle riviste di categoria, nel convegno di Roma del 20 giugno 2002 cui è seguita la pubblicazione del volume "La riforma dell'interdizione e della inabilitazione", nei convegni che già sono stati organizzati e si stanno organizzando in tutta Italia.

La rilevanza delle menomazioni fisiche

Un problema che si è posto non appena entrata in vigore la legge n. 6/2004, è se l'amministratore di sostegno possa essere richiesto e nomi-

Note:

(*) Relazione presentata in occasione del Convegno "L'attività negoziale dell'amministratore di sostegno" (Milano, 18 giugno 2004), organizzato dal Consiglio Notarile di Milano e dalla Scuola di Notariato della Lombardia.

(1) Segnalo la proposta n. 2733 presentata alla Camera dei deputati il 10 maggio 2002 che proponeva la introduzione del *trust* in favore di soggetti gravemente disabili a sensi della legge 5 febbraio 1992 n. 104 da cui è derivata la proposta, accolta nella legge, di prevedere la possibilità di designare un amministratore di sostegno in vista di una futura incapacità.

nato nel caso di un soggetto perfettamente in grado di intendere o di volere ma menomato, definitivamente o temporaneamente, da un punto di vista solamente fisico.

Va sottolineato, per evidenziare la rilevanza delle menomazioni fisiche anche prima della legge n. 6, che, il codice civile all'articolo 415 terzo comma prevede che possono essere inabilitati "il sordomuto e il cieco dalla nascita o dalla prima infanzia, se non hanno ricevuto una educazione sufficiente"; i medesimi soggetti possono essere interdetti "quando risulta che essi sono del tutto incapaci di provvedere ai propri interessi": una menomazione fisica (cecità o sordomutismo) potrebbe portare alla inabilitazione o alla interdizione anche in mancanza di una abituale infermità di mente (articolo 415 richiamato dall'articolo 414).

La dottrina si è divisa tra chi sostiene che l'amministratore di sostegno non può costituire un'alternativa alla procura o al mandato e chi invece ritiene ciò possibile per il soggetto che, perfettamente capace di intendere e di volere, sia in qualche modo menomato nel fisico.

Chi sostiene la tesi negativa ritiene che non sarebbe consentito al privato di rinunciare, per sua convenienza, alla pienezza della propria capacità di agire; si basa su un'interpretazione restrittiva dell'articolo 404 e sulla considerazione secondo cui il giudice tutelare sarebbe limitato nella sua valutazione di opportunità quando ricevesse dall'interessato la richiesta di nomina dell'amministratore di sostegno. Il giudice potrebbe solo verificare l'esistenza o meno dell'impedimento fisico, senza poter valutare il bisogno del richiedente.

I sostenitori della tesi contraria fanno invece notare come l'amministrazione di sostegno possa operare anche in una serie di situazioni non rientranti nella fattispecie della "infermità di mente" raggiungendo così la protezione di categorie di soggetti che prima ne erano privi; come l'articolo 404 si applichi a tutti i casi di impossibilità di provvedere ai propri interessi; come la nuova legge attui una rottura con la disciplina precedente e come procura e mandato non sempre si possano considerare strumenti idonei a raggiungere la tutela ritenuta necessaria dall'interessato.

A mio parere si deve optare per la tesi secondo la quale è possibile l'amministrazione di sostegno anche con riferimento ad un soggetto pienamente capace di intendere e di volere ma limitato, in modo permanente o temporaneo, nelle sue funzioni fisiche.

Pensiamo ad un soggetto che, a causa di un incidente, sia costretto alla totale immobilità e che ciò gli renda impossibile di attendere ai suoi interessi con la normale dinamicità; pensiamo a un non vedente o a un sordomuto per il quale nemmeno può porsi il dubbio della possibilità di nomina di un amministratore di sostegno invece di ricorrere alla inabilitazione, o, addirittura, alla interdizione; mi sembra, senza qui approfondire la questione, che la nomina dell'amministratore di sostegno

risolverebbe i dubbi interpretativi cui danno luogo gli articoli 414 - 415, forse ancor più dopo la modifica apportata dalla legge n. 6 all'articolo 414 c.c.

Della validità della tesi qui prospettata convincono le seguenti considerazioni.

La legge n. 6/2004 si inserisce in un filone secondo il quale è necessario costruire un diritto dei soggetti deboli, una tutela da attuare attraverso una legislazione sociale e assistenziale che eviti l'esclusione delle persone in qualche modo menomate e valorizzi le potenzialità che il menomato conserva.

La legge Basaglia del 1978 dice che i trattamenti sanitari sono volontari cioè rimessi alla decisione del malato, tranne i casi in cui la legge prevede i trattamenti obbligatori; la chiusura dei manicomi ha reso possibile l'uscita dei malati di mente e da allora si è posto il problema della loro assistenza e sostegno, problema che, con grandissimo ritardo anche rispetto ad altri paesi, si è voluto risolvere con la legge n. 6.

La legge n. 883/1978 (istituzione del servizio sanitario nazionale) si rivolge alla tutela della salute fisica e psichica nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana.

L'articolo 1 della legge n. 6, fondamentale ai fini di rendere chiari gli scopi del legislatore e quindi ai fini della interpretazione, enuncia chiaramente che la finalità principale è quella di tutelare "le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente".

Il legislatore ha focalizzato l'attenzione sul sostegno alla persona, su una carenza anche limitata di autonomia (dal greco *autòs* stesso e *nomos* legge: significa in generale darsi la propria legge, quasi sinonimo di libertà) nell'espletamento delle funzioni di vita quotidiana che possono andare dagli atti più rilevanti e rischiosi agli atti più banali. Evidente una massima apertura del legislatore, evidente la nessuna considerazione delle ragioni specifiche (fisiche o psichiche) che possono trovarsi alla base della necessità di sostegno.

Importante è anche la rubrica del titolo XII del primo libro del codice civile: la nuova titolazione "delle misure di protezione delle persone prive in tutto od in parte di autonomia" segna fortemente l'allontanamento dalla normativa precedente (allontanamento peraltro già iniziato con la legge Basaglia che ha spostato l'attenzione dalla protezione della società alla protezione del malato), lo spostamento della attenzione del legislatore dalla infermità di mente seguita dal meccanismo della custodia - esclusione, alla "protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia".

L'articolo 404, è, a mio parere, decisivo per l'accoglimento della tesi qui prospettata, soprattutto se confrontato con l'articolo 414 in tema di interdizione.

La norma prevede che una persona possa essere assistita da un amministratore di sostegno quando, a causa di una infermità o di una menomazione fisica o psichica,

si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi.

Si noti anche la terminologia usata nell'articolo 404 e in altre norme: sostegno, assistenza, protezione; si noti la espressa indicazione della menomazione (contrapposta alla infermità) fisica e l'ampiezza del riferimento ad una impossibilità anche parziale o temporanea.

L'articolo 405 parla di cura della persona interessata senza minimamente distinguere tra impedimenti psichici o fisici; prevede che il giudice tutelare può nominare un amministratore di sostegno provvisorio individuando gli atti che è autorizzato a compiere; parla della periodicità con cui l'amministratore di sostegno deve riferire al giudice.

L'articolo 406 prevede che lo stesso interessato possa richiedere la nomina dell'amministratore di sostegno.

Ciò costituisce una novità molto rilevante rispetto alla interdizione e inabilitazione (che non potevano essere richieste dall'interessato) e significa che il primo soggetto a poter valutare la necessità o opportunità di un sostegno è proprio l'interessato.

L'articolo 407 prevede che nel ricorso si indichino le ragioni per cui si richiede la nomina dell'amministratore di sostegno, senza alcuna specificazione al riguardo; che il giudice tutelare "deve tener conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste di questa"; che il giudice dispone gli accertamenti di natura medica, che, come è ovvio, potrebbero riguardare problemi di natura psichica o fisica.

L'articolo 408 afferma vigorosamente che la scelta dell'amministratore di sostegno "avviene con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario".

L'articolo 410 dice che l'amministratore di sostegno "deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario"; disegna un rapporto continuo tra beneficiario, amministratore di sostegno, giudice tutelare e un possibile continuo controllo del giudice; la norma è completata dall'articolo 44 delle disposizioni di attuazione che conferisce al giudice tutelare il potere di convocare in qualunque momento l'amministratore di sostegno "allo scopo di chiedere informazioni, chiarimenti e notizie sulla gestione... dell'amministrazione di sostegno, e di dare istruzioni inerenti agli interessi morali e patrimoniali ... del beneficiario".

A me sembra che dalla evoluzione della legislazione, dalle chiare finalità della legge n. 6, dalle relazioni alle varie proposte di legge, dalla lettera delle norme nulla si possa desumere contro la tesi della possibilità di nomina di un amministratore di sostegno a chi sia, anche temporaneamente, affetto da una menomazione di ordine solamente fisico.

Non vedo poi perché, con un atteggiamento che a me sembra aprioristico e in un certo modo paternalistico, si debba negare ad un soggetto di valutare i propri impedimenti, le proprie difficoltà, le proprie necessità e di

utilizzare uno strumento che, in un determinato momento della vita, gli sembra idoneo a "sostenerlo" nella soluzione dei suoi problemi vitali.

Si è detto che un soggetto non può rinunciare, per sua convenienza, alla propria capacità di agire: ma l'affermazione non sembra esatta se solo si pensi a casi di autolimitazione della propria capacità di agire come potrebbe essere il mandato irrevocabile, né sembra che una autolimitazione della propria capacità di agire violi alcuna norma imperativa.

L'accenno al mandato ci porta ad esaminare l'altra considerazione di chi sostiene la impossibilità di un amministratore di sostegno al minorato fisico e cioè che lo stesso effetto potrebbe essere ottenuto con il conferimento di una procura o con un contratto di mandato.

A me sembra che un soggetto legittimato a richiedere la nomina di un amministratore di sostegno debba essere libero di valutare la propria situazione, di decidere per la richiesta di un amministratore di sostegno che, in quanto nominato e controllato dal giudice tutelare, tenuto ai comportamenti prima accennati nei confronti del beneficiario e del giudice tutelare, non soggetto a certe norme sul mandato, soggetto a un regime di annullabilità diverso, potrebbe dare maggiori garanzie rispetto ad un procuratore o un mandatario. Si pensi al caso di una persona che non conosca nessuno cui conferire con fiducia una procura: il giudice tutelare, nell'ambito dei suoi poteri, potrà identificare il soggetto più idoneo a venire incontro ai bisogni del richiedente.

Il rapporto con la procura o il mandato

Problema particolare è quello del rapporto che può intercorrere tra una procura o un mandato già conferiti e la successiva nomina di un amministratore di sostegno per il compimento dei medesimi atti previsti nella procura o nel mandato.

A mio parere il problema può essere affrontato da due diversi punti di vista: dalla considerazione che la nomina dell'amministratore di sostegno introduce una limitazione alla capacità di agire del rappresentato con le conseguenze che qui non possono essere approfondite; dalla considerazione che la procura o il mandato potrebbero considerarsi revocati in analogia con l'articolo 1724 c.c.

Altra tesi che non condivido è quella secondo cui, nel caso di un minorato fisico, il giudice tutelare potrebbe solo nominare un amministratore di sostegno senza poter valutare i bisogni del richiedente: non vedo alcun appiglio ad una simile tesi, il giudice tutelare, con gli amplissimi poteri che gli sono attribuiti, valuterà proprio se il bisogno posto alla base della richiesta giustifichi o meno la nomina dell'amministratore di sostegno.

A convincere della tesi qui sostenuta sono anche considerazioni di ordine più generale: al centro della nuova normativa sono sì la protezione, il sostegno, la rappresentanza di determinati soggetti, ma è soprattutto la persona vista non solo come oggetto o destinatario o

beneficiario della tutela, ma come soggetto attivo nel richiedere, designare, colloquiare con l'amministratore di sostegno e col giudice tutelare.

Proprio parlando di amministratore di sostegno contrapponibile al procuratore o al mandatario, risulta evidente l'interesse notarile alla questione: un soggetto menomato fisicamente potrebbe chiedere una consulenza al notaio o il notaio, richiesto di ricevere una procura o un mandato, potrebbe prospettare l'alternativa dell'amministratore di sostegno se più idonea a rispondere al caso concreto.

Io spero che i notai, nell'ottica di offrire una protezione anche a soggetti minorati fisicamente, si facciano propugnatori della tesi qui sostenuta, senza farsi condizionare dalla normativa previgente e da tesi che non sembrano rispettose dei fondamenti della nuova legge e delle persone menomate.

Capacità o incapacità di agire

Ci si può chiedere se la persona a cui viene nominato l'amministratore di sostegno sia capace o incapace di agire.

A me sembra che si possano fare alcune ipotesi.

Se si accetta, come da qualcuno è stato ritenuto, che l'amministratore di sostegno possa adempiere alle medesime funzioni del tutore dell'interdetto, si dovrà accettare la totale incapacità di agire del soggetto, salvo il disposto dell'articolo 409 secondo comma.

Io ritengo si possa procedere alla nomina di un amministratore di sostegno anche ad un soggetto totalmente incapace di intendere e di volere per il compimento di determinati atti, o, addirittura, per il compimento di un solo atto. Si faccia l'ipotesi di una persona totalmente incapace di intendere e di volere ma assistita dai propri familiari, che questa persona sia proprietaria di un unico immobile che deve essere alienato.

Perché mai la persona dovrebbe essere bollata con la interdizione, quando un amministratore di sostegno, magari anche temporaneo, potrebbe compiere quell'atto in rappresentanza del malato che rientrerebbe poi nella cura dei familiari?.

Non si dimentichi la impronta "volontaristica" che connota la nuova legge, non si dimentichi che il titolo dell'articolo 414 è stato modificato da "persone che *devono* essere interdette" a "persone che *possono* essere interdette" e che esso è stato modificato nel senso che le persone non *devono* "essere interdette" ma "*sono* interdette quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione".

Se, invece, si ritiene che l'amministrazione di sostegno non sia completamente sovrapponibile alla interdizione (come qualche giudice ha già ritenuto), avremo delle situazioni di parziale incapacità di agire e, di conseguenza, di parziale capacità.

Se l'amministratore di sostegno è nominato solo per assistere o rappresentare il beneficiario nel compimento di determinati atti, il beneficiario subirà una limitazio-

ne nella capacità di agire unicamente con riferimento a quegli atti e conserverà la propria capacità di agire con riferimento a tutti gli altri atti (e ciò anche nel caso di nomina di un amministratore di sostegno provvisorio).

La limitazione alla capacità di agire potrà anche essere temporanea.

Ciò è reso palese da alcune norme.

L'articolo 1 della legge n. 6 parla di limitazione della capacità di agire e non di perdita di essa, l'articolo 405 n. 3 - 4 parla di atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza o la rappresentanza del beneficiario: dal che si può dedurre una limitazione della capacità di agire del beneficiario solamente con riferimento a tali atti; dall'articolo 408 si desume a contrario che il beneficiario *non* conserva la capacità di agire per tutti gli atti che richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno.

L'articolo 409 secondo comma prevede che il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana: a prescindere dal fatto che tali atti difficilmente potranno interessare il notaio, a prescindere dalla difficoltà di determinare in concreto tali atti, ci si può chiedere se il giudice tutelare possa precisare quali atti il beneficiario possa effettivamente compiere tra quelli teoricamente necessari a soddisfare le esigenze della vita quotidiana e quali di tali atti il beneficiario, invece, non possa compiere se non con l'assistenza dell'amministratore.

Va tenuto presente, concludendo sull'argomento, che la prospettiva è del tutto rovesciata rispetto all'interdizione e alla inabilitazione nelle quali si ha una parziale o totale incapacità; nella amministrazione di sostegno si ha una generale capacità di agire, tranne che per gli atti espressamente limitati dal decreto che potrebbe però anche richiamare talune norme sulla interdizione o inabilitazione (articolo 411 quarto comma).

La limitazione della capacità di agire

Ci si può chiedere quando sorge, quando cessa, quando è modificata la limitazione della capacità di agire conseguente alla nomina dell'amministratore di sostegno.

L'articolo 405 primo comma prevede che il decreto di nomina è immediatamente esecutivo, il che significa che esso produce effetto dal momento in cui è emesso: tra gli effetti rientra la annullabilità degli atti prevista dall'articolo 412.

La conoscibilità da parte dei terzi della emissione del decreto e quindi dei suoi effetti sulla capacità di agire dell'interessato, è assicurata dall'obbligo della immediata annotazione nel registro apposito tenuto dal cancelliere.

Nel caso in cui la nomina dell'amministratore di sostegno riguardi un minore non emancipato, il decreto diventa esecutivo "a decorrere dal momento in cui la maggiore età è raggiunta".

Anche tale decreto dovrà essere immediatamente annotato nel registro, ritengo con l'indicazione relativa alla sua esecutività posticipata: ciò sembra dedursi dalla generalità della previsione del sesto comma dell'articolo 405 ed è più coerente con la nomina prima del raggiungimento della maggiore età, di quanto sarebbe l'annotazione solo dopo il raggiungimento della maggiore età.

Se l'interessato è un interdetto o un inabilitato, il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno è esecutivo dalla pubblicazione della sentenza di revoca della interdizione o della inabilitazione; l'articolo 406 secondo comma prevede che il ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno sia presentato congiuntamente all'istanza al giudice competente per la revoca della interdizione o della inabilitazione.

Presentato il ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno, il giudice tutelare potrebbe adottare provvedimenti urgenti o nominare un amministratore di sostegno provvisorio.

Anche tali provvedimenti debbono essere immediatamente annotati nel registro di cancelleria: ciò risulta dal sesto comma dell'articolo 405 che prevede che, oltre al decreto di apertura e chiusura dell'amministrazione di sostegno, debba essere annotato "ogni altro provvedimento assunto dal giudice tutelare nel corso dell'amministrazione di sostegno" ed è confermato espressamente dall'articolo 49-bis delle disposizioni di attuazione.

Se la durata dell'incarico è a tempo determinato, il giudice tutelare può prorogarlo: il relativo decreto sarà soggetto alla annotazione immediata nel registro.

Il Giudice Tutelare può in ogni tempo modificare o integrare le decisioni assunte con il decreto di nomina: anche tali modifiche o integrazioni devono essere immediatamente annotate tenendo conto che tra di esse rientrano anche le estensioni all'amministratore di sostegno di "determinati effetti, limitazioni o decadenze, previste da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato" se già non indicate nel decreto di nomina (411 ultimo comma).

Oltre alla annotazione nel registro di cancelleria, il decreto di apertura e il decreto di chiusura dell'amministrazione di sostegno devono essere annotate in margine dell'atto di nascita del beneficiario.

Se si ritiene che la nomina dell'amministratore provvisorio costituisca apertura della amministrazione di sostegno, come mi sembra si debba ritenere, anche tale nomina dovrà essere annotata sull'atto di nascita. Dall'ultima parte dell'ultimo comma dell'articolo 405 si deduce che anche il provvedimento di proroga dell'amministratore di sostegno nominato a tempo determinato, debba essere annotato sull'atto di nascita.

La legge n. 6, all'articolo 18, modifica le norme del D.P.R. 14/11/2002 N.313 Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale.

Nel casellario giudiziale si iscrivono (articolo 3 lettera p) i provvedimenti che istituiscono, modificano o revocano l'amministrazione di sostegno.

Nel certificato generale del casellario giudiziale richiesto dall'interessato sono riportati i provvedimenti relativi all'amministrazione di sostegno se non revocati.

Nel certificato penale richiesto dall'interessato non sono riportati i decreti che istituiscono, modificano o revocano l'amministratore di sostegno.

Nel certificato civile, sono riportati, se non revocati, i provvedimenti che istituiscono o modificano l'amministrazione di sostegno.

La pubblicità dell'amministrazione di sostegno è stata da più parti criticata come lesiva della dignità della persona ma sono evidentemente prevalse considerazioni relative alla tutela dei terzi che, probabilmente, avrebbero potuto essere soddisfatte con la sola annotazione nel registro di cancelleria.

La cessazione dell'amministrazione di sostegno

Con riferimento alla cessazione dell'amministrazione di sostegno si possono fare alcune ipotesi:

- nomina di un amministratore di sostegno provvisorio: abbiamo detto che nel registro devono essere annotati il decreto di nomina, l'eventuale proroga, il termine di durata. L'amministrazione di sostegno cesserà allo scadere del termine, l'annotazione allo stato civile dovrà essere cancellata;

- nomina di un amministratore di sostegno a tempo determinato: valgono le stesse considerazioni;

- tra gli opportuni provvedimenti previsti dall'articolo 410 secondo comma, vi è anche la possibilità di revoca dell'amministratore di sostegno da parte del giudice tutelare;

- l'amministratore di sostegno può rinunciare all'incarico quando esso sia durato dieci anni;

- si applicano gli articoli 383 e 384 in tema di esonero, rimozione e sospensione del tutore.

In tema di cessazione dell'amministratore di sostegno segnalò alcune possibili difficoltà interpretative.

L'articolo 412 prevede che gli atti compiuti dall'amministratore di sostegno in violazione di disposizioni di legge o in eccesso rispetto all'oggetto dell'incarico o ai poteri conferiti dal G.T., possano essere annullati; possono essere annullati gli atti compiuti dal beneficiario in violazione di disposizioni di legge o di quelle contenute nel decreto che istituisce l'amministratore di sostegno.

A parte la stranezza di un generico riferimento alla violazione di norme di legge (ma potrebbe trattarsi delle norme richiamate dall'articolo 411) è evidente come si prospetti una difficoltà di identificare gli atti effettivamente annullabili con conseguenti maggiori rischi anche per il notaio rispetto alle più chiare conseguenze della inabilitazione e dell'interdizione.

L'articolo 413 prevede ipotesi di cessazione, sostituzione

ne, promozione delle istanze di interdizione o inabilitazione durante l'amministrazione di sostegno.

L'articolo 411 prevede l'applicabilità all'amministratore di sostegno di alcune norme tra le quali l'articolo 350 che prevede la non possibilità di nomina e la cessazione se la nomina è avvenuta in determinati casi; l'articolo 383 che prevede l'esonero quando l'esercizio dell'ufficio sia soverchiamente gravoso e vi sia altra persona atta a sostituirlo; l'articolo 384 che aggiunge casi di rimozione o sospensione, con qualche sovrapposizione, dell'amministratore di sostegno rispetto a quelli previsti dalla legge n. 6.

La rappresentanza e le autorizzazioni

In tema di rappresentanza e assistenza dell'amministratore di sostegno, dei soggetti che interverranno negli atti notarili, delle autorizzazioni necessarie, mi limito ad alcune brevi annotazioni.

L'articolo 404 parla, in via generale, di "assistenza" dell'amministratore di sostegno alla persona.

La distinzione tra amministratore di sostegno che assiste e amministratore di sostegno che rappresenta nasce nell'articolo 405 quando prevede che all'amministratore di sostegno provvisorio possono essere indicati "gli atti che è autorizzato a compiere" e nei numeri 3 e 4 dello stesso articolo che pongono espressamente i due casi di amministratore di sostegno di rappresentanza ("oggetto dell'incarico e degli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario") e di assistenza ("atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno").

L'articolo 409 prevede che il beneficiario conserva la capacità di agire per gli atti che non richiedono la "rappresentanza esclusiva" o "l'assistenza necessaria" dell'amministratore di sostegno.

L'articolo 410 prevede che l'amministratore di sostegno deve informare il beneficiario circa gli atti da compiere e anche il Giudice Tutelare in caso di dissenso con il beneficiario.

Tale previsione sembra avere portata generale, senza distinzione tra amministrazione di rappresentanza e di assistenza, senza alcun riferimento alla intensità della limitazione della capacità.

La formulazione della norma consente di evidenziare alcuni punti.

L'amministratore di sostegno deve "tempestivamente informare" il beneficiario circa gli atti da compiere: la informazione dell'amministratore di sostegno dovrà riguardare gli atti che rientrano specificamente nella amministrazione ma, a mio parere, anche quegli atti che rientrano genericamente nella funzione di assistenza, protezione, cura della persona, cura del patrimonio che non necessariamente si identificano con gli atti per i quali è necessaria l'autorizzazione.

Il beneficiario potrà dare il proprio assenso o manifestare il proprio dissenso.

Se il dissenso sfocia in un contrasto, i soggetti previsti dall'articolo 406 (tra cui rientra il beneficiario) possono far ricorso al Giudice Tutelare che provvede.

Potrebbe nascere un dissenso o un contrasto che non risulti palese, che non dia origine ad un ricorso al Giudice Tutelare da parte dei soggetti (previsti dall'art. 406): in tal caso può intervenire il P.M..

Ritengo che, per gli atti che necessitano di autorizzazione, sarà opportuno indicare espressamente nel ricorso che esiste il consenso del beneficiario: il Giudice Tutelare avrà sempre modo di procedere ad un controllo; il notaio, quando si tratti di casi di assistenza, potrà richiedere all'assistito, non accontentandosi della sua mera presenza, se è o meno consenziente al compimento dell'atto.

Nel caso di amministratore di sostegno con rappresentanza, si può giungere a conclusioni analoghe tenendo presente però che il notaio non avrà di fronte a sé amministratore di sostegno e beneficiario ma solo l'amministratore con rappresentanza.

La legge n. 6, come si è visto, distingue chiaramente due ipotesi: quella dell'amministratore che rappresenta il beneficiario e quella che lo assiste.

Nella pratica il notaio potrà, a seconda dei casi, far intervenire in atto l'amministratore di sostegno quando si tratti di rappresentanza (come il tutore dell'interdetto) o il beneficiario assistito dall'amministratore di sostegno quando si tratti di amministratore assistente (come per la inabilitazione).

Naturalmente (e mi limito qui a richiamare l'articolo 54 reg. in relazione all'articolo 28 L.N. dando per note dottrina e giurisprudenza in materia) i soggetti che intervengono in atto dovranno essere autorizzati come la legge prevede.

La competenza generale del Giudice Tutelare

In tema di autorizzazioni la legge n. 6 si limita, all'articolo 411, a richiamare norme in tema di tutela dei minori (si noti che in materia di interdizione il richiamo è alle norme sulla tutela dei minori mentre in materia di inabilitazione il richiamo è alle norme sulla tutela dei minori emancipati) tra cui, in particolare, gli articoli 374 - 375 - 376; a precisare che i provvedimenti degli articoli 374 - 375 sono di competenza del Giudice Tutelare.

Non mi pare sorgano problemi di particolare rilevanza; vale però la pena di notare che l'autorizzazione appare inutile in tutti i casi in cui l'amministratore di sostegno è stato nominato per il compimento di certi determinati atti o quando, contestualmente alla nomina, l'amministratore è stato espressamente autorizzato a compiere, pur nell'ambito più vasto dell'amministrazione, determinati atti.

Anche di immediato interesse notarile è il comma terzo dell'articolo 411.

Tale norma va coordinata con l'articolo 388 (richiamato dall'articolo 411 che è stato modificato dall'articolo

3 comma secondo, della legge n. 6) che prevede che nessuna convenzione tra il tutore e il minore (quindi tra l'amministratore di sostegno e il beneficiario) può avere luogo prima che sia decorso un anno dall'approvazione del conto.

L'articolo 411 prevede poi che sono in ogni caso valide le disposizioni testamentarie e le convenzioni in favore dell'amministratore di sostegno che sia parente entro il quarto grado, coniuge o convivente del beneficiario.

Ma di quali convenzioni può trattarsi?

L'art. 388 si riferisce al minore divenuto maggiorenne; nel caso di amministrazione di sostegno si può pensare al riacquisto della piena capacità di agire.

In questi casi si applicherebbe senza problemi il divieto dell'art. 388, con la deroga dell'articolo 411.

Ma cosa avviene se il conto viene reso da un amministratore di sostegno poi sostituito da un altro?

Evidentemente le convenzioni dovranno essere stipulate o dal beneficiario, o dall'amministratore di sostegno, o dal beneficiario con l'assistenza dell'amministratore di sostegno di nuova nomina a seconda dei casi.

A mio parere il divieto copre anche l'area delle convenzioni che non rientrano nella amministrazione di sostegno, con la sola eccezione prevista dall'art. 411 e ciò in quanto la norma sembra prevedere una sorta di conflitto di interessi con l'amministratore di sostegno.

In altre parole, a me sembra che le convenzioni tra beneficiario e amministratore di sostegno siano in principio vietate (ovviamente nei termini prima indicati) a prescindere dall'area di incapacità del beneficiario; che esse siano possibili solo con riferimento ai soggetti indicati nell'articolo 411.

È evidente l'interesse notarile per tutto quanto fin qui detto, per evitare di fare intervenire in atti un soggetto limitato nella sua capacità di agire, con tutte le possibili conseguenze negative; è altrettanto evidente che quanto più si estende l'area della applicabilità dell'amministrazione di sostegno, tanto più aumenta un simile rischio.

In teoria il notaio dovrebbe sempre controllare se il soggetto che gli richiede un atto è interdetto, inabilitato o dotato di un amministratore di sostegno: sarebbe opportuno istituire un sistema informatico esteso all'intero territorio nazionale che consenta la consultazione dei registri in tempo reale per tutte le ipotesi qui fatte.

Conclusioni

Ho accennato all'inizio dell'interesse del notariato per il tema di oggi; concludo rilevando che l'interesse potrebbe evolversi in un maggior coinvolgimento del notariato in diversi aspetti della volontaria giurisdizione e, in particolare, nell'aspetto relativo alla tutela degli incapaci.

Il notaio è stato, negli ultimi anni, chiamato a collabo-

rare con la giustizia: si pensi alla delegabilità ai notai delle esecuzioni immobiliari, alla esperienza dei GOA, alla sostituzione del controllo del notaio al controllo omologatorio del giudice in materia societaria.

Come è stato affermato nella relazione al congresso di Catania del 1999, compiti di gestione degli interessi, compiti di volontaria giurisdizione, sono stati tradizionalmente attribuiti alla magistratura ma potrebbero essere affidati ai notai o, meglio, al notariato che potrebbe organizzare gruppi di appartenenti alla categoria per rispondere a determinate esigenze dei cittadini.

Si potrebbe così ipotizzare che l'intera materia della amministrazione di sostegno sia affidata al notariato, lasciando al Giudice la decisione delle opposizioni e una qualche forma di controllo.

È di tutta evidenza che una simile proposta abbisogna di ben altra meditazione; resti la mia una riproposizione della disponibilità del notariato a collaborare alla risoluzione dei problemi della giustizia, come una disponibilità del notariato a venire incontro, in modo ancor più intenso, al problema del disagio che colpisce tanti soggetti e tante famiglie.

Amministrazione di sostegno

Interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno (*)

di LAURA COSENTINI

Il legislatore ha mantenuto nel nostro ordinamento, sia l'istituto dell'interdizione, sia l'istituto dell'inabilitazione. Spetta all'interprete individuare la non chiara linea di confine tra i tre istituti, ovvero capire sino a che punto è consentito estendere l'ambito d'intervento dell'amministratore di sostegno, quando divenga necessario rimettere integralmente a un tutore la cura della persona e del suo patrimonio, quando sia sufficiente affiancare al soggetto un mero curatore.

Art. 1 L. 9.1.2004 n. 6: "Finalità della legge" - "La presente 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, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente".

Tale esplicita intenzione del legislatore viene sinteticamente riassunta nella modificata rubrica del Titolo XII, non più "Dell'infermità di mente, dell'interdizione e dell'inabilitazione", bensì "Delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia". Il Titolo II è quindi suddiviso in Capo I "Dell'amministrazione di sostegno", e Capo II "Della interdizione, della inabilitazione e della incapacità naturale".

Finalità e "ratio" della riforma

Il legislatore si è con ciò proposto, nei termini esattamente indicati all'art. 1, di offrire al soggetto disabile un regime di protezione che gli dia tutti gli strumenti di assistenza e sostegno di volta in volta necessari in funzione del suo deficit, comprimendo il meno possibile quelle aree residuali di capacità e autonomia di cui sia comunque dotato. L'intervento dell'ordinamento a favore della persona disabile è quindi incentrato sul concetto di *protezione*, là dove sia utile e necessaria, e non più sul concetto di *divieto*, qual è il significato primo del termine interdizione, ossia di preclusione al compimento di qualunque atto negoziale, esteso indiscriminatamente a qualunque atto di natura sia personale sia patrimoniale.

Sembra con ciò abbandonarsi l'impostazione che per tanti anni si è ritenuta alla base dell'interdizione, quando si affermava che l'interesse perseguito dall'ordinamento era in primo luogo di natura pubblica, eliminare il disordine giuridico che si viene a creare se nella realtà giuridica si presume capace di agire un soggetto che in realtà è un incapace, e quindi intervenire con una pronuncia che ne escluda la capacità giuridica, a tutela dei

terzi che stabiliscano rapporti con lui; l'interesse soggettivo dell'incapace diveniva quindi oggetto di attenzione e tutela solo dopo l'accertamento e la dichiarazione della sua incapacità, mediante la costituzione dell'ufficio tutelare.

Ora invece al centro dell'attenzione è l'incapace, con la sua persona, i suoi bisogni, le sue difficoltà, le sue aspirazioni (termine significativo perché richiama il diritto del soggetto ad avere un futuro), e sino a che sia possibile l'ordinamento deve offrirgli strumenti di protezione nelle singole aree e nei singoli momenti in cui si riveli necessario, senza emettere una pronuncia di totale esclusione della sua capacità di agire.

Lo strumento dell'A.S. consente di "ritagliare" sulla persona dell'incapace un intervento di protezione che lo assista e lo affianchi in quelle aree e in quei momenti in cui ciò appaia necessario, caratterizzandosi il decreto del G.T. per la flessibilità di un contenuto che avrà l'incidenza e l'estensione che lo stesso giudice riterrà di prevedere in funzione delle necessità di protezione emerse. Così inteso avrebbe potuto avere anche la portata più estesa possibile, idonea a coprire, con maggiore o minore incisività, tutte le aree di deficit presenti nel soggetto, con ciò venendosi a sostituire agli istituti già previsti di interdizione e inabilitazione.

Il legislatore tuttavia non ha ritenuto di procedere in tal senso, ma ha mantenuto nel nostro ordinamento, sia l'istituto dell'interdizione, proposto quale estrema *ratio* (dal combinato disposto degli artt. 413 comma 4 e 414 c.c. ne emerge come soluzione *necessaria per assicurare adeguata protezione* all'infermo di mente incapace di provvedere ai propri interessi, là dove l'amministrazio-

Nota:

(*) Relazione presentata in occasione del Convegno "L'attività negoziale dell'amministratore di sostegno" (Milano, 18 giugno 2004), organizzato dal Consiglio Notarile di Milano e dalla Scuola di Notariato della Lombardia.

ne di sostegno si riveli *misura inidonea a realizzare la piena tutela del soggetto*), sia l'istituto dell'inabilitazione. Starà all'interprete individuare la non chiara linea di confine tra i tre istituti, ovvero capire sino a che punto è consentito estendere l'ambito d'intervento dell'amministratore di sostegno, quando divenga necessario rimettere integralmente a un tutore la cura della persona e del suo patrimonio, quando sia sufficiente affiancare al soggetto un mero curatore.

Poteri di amministratore di sostegno, tutore, curatore

Nella ricerca di una linea scriminante tra Amministrazione di Sostegno, Tutela, Curatela, può essere utile guardare preliminarmente ai poteri e ambiti d'intervento che l'ordinamento riconosce all'A.S., al tutore, al curatore.

Vengono in considerazione le seguenti norme:

Art. 357 c.c. "*il tutore ha la cura della persona del minore, dell'interdetto ex art. 424 c.c., lo rappresenta in tutti gli atti civili e ne amministra i beni*

Art. 405 c.c. comma 5 "*Il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno deve contenere l'indicazione: 1) ... 2) ... 3) dell'oggetto dell'incarico e degli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario.. 4) degli atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno;..*"

Art. 409 c.c. "*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.*

Art. 394 c.c. "*Il minore emancipato [l'inabilitato, ex art. 424 c.c.] può con l'assistenza del curatore riscuotere i capitali... può stare in giudizio... Per gli altri atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, oltre il consenso del curatore è necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare... Per gli atti indicati nell'art. 375 c.c. l'autorizzazione deve essere data dal tribunale...*"

Nel raffrontare le funzioni di *tutore e Amministratore di Sostegno*, se ne ricava che, se al tutore è riconosciuta la rappresentanza esclusiva del tutelato in tutti gli atti civili e il potere di amministrarne i beni nella loro generalità, con piena libertà di azione nell'individuare i necessari atti da compiere (sia pure sotto il controllo del G.T.), all'A.S. è riconosciuto il potere di compiere (in rappresentanza esclusiva o in assistenza) solo quegli atti che, indicati singolarmente o per tipologie, siano compresi dal G.T. nel decreto di nomina, nella consapevolezza che il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non siano stati espressamente menzionati.

Nel raffrontare le funzioni di *Amministratore di Sostegno e curatore*, se ne ricava che, mentre l'A.S. può essere autorizzato al compimento di atti sia in rappresentanza esclusiva del soggetto, sia in sua assistenza, il curatore ha unicamente il potere di affiancare il soggetto solo per gli atti di straordinaria amministrazione esprimendo un consenso, mentre in nessun caso potrà

sostituirlo, esprimendo in suo nome una volontà negoziale.

Ambito personale

È sorto il dubbio che l'A.S. possa essere incaricato solo di atti di gestione economico-patrimoniale, non inerenti la condizione personale del soggetto, la *cura della sua persona*, il suo collocamento. Ciò nascerebbe dal mancato richiamo, tra le norme della tutela estese all'A.S., dell'art. 371 c.c. ("*il G.T. delibera sul luogo dove il minore deve essere allevato...*") e dalla previsione, all'art. 405 c.c., di *adozione di provvedimenti per la cura della persona* solo come misure urgenti, non richiamate tra i successivi atti specificamente rimessi all'A.S. nel decreto di nomina, atti che si reputerebbero quindi non consentiti come compiti delegabili all'A.S. in via permanente.

Non sembra tuttavia che tale interpretazione sia condivisibile. La previsione di una possibile adozione urgente di *provvedimenti per la cura della persona* nell'immediatezza del ricorso al G.T. sembrerebbe anzi far ritenere che tale è l'intervento primo dell'A.S., il suo compito principale, di certo non escluso anche nel prosieguo ogniqualvolta se ne ravvisi la necessità. La legittimità e doverosità di tale intervento, ove necessario, emerge anche da altre norme, che pongono l'accento su una modalità di protezione che dovrà porre particolare attenzione alle esigenze di cura e agli interessi della persona non solo materiali ma anche morali. Si vedano l'art. 405 n. 6 ("*...l'A.S. deve riferire al giudice circa l'attività svolta e circa le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario...*"), l'art. 408 ("*...la scelta dell'A.S. avviene con esclusivo riguardo alla cura e agli interessi della persona del beneficiario...*"), l'art. 410 ("*...nello svolgimento dei suoi compiti l'A.S. deve tenere conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario*"), l'art. 44 disp.att. c.c. ("*...il giudice tutelare può convocare in qualunque momento... l'A.S. per dargli istruzioni inerenti gli interessi morali e patrimoniali del beneficiario*"), l'art. 49-bis disp.att. c.c. (che comprende anche i provvedimenti urgenti tra quelli destinati ad essere annotati sul registro di cancelleria).

Particolare rilievo si riconosce poi all'art. 418 c.c., secondo cui i provvedimenti urgenti di cui al comma 4 dell'art. 405 (e tra questi vi sono certamente quelli inerenti la cura della persona) possono essere adottati anche quando, *nel corso del giudizio d'interdizione*, anziché procedere ad una pronuncia d'interdizione, si ritenga opportuno applicare l'*amministrazione di sostegno* e trasmettere a tal fine gli atti al giudice tutelare. Il compito di cura della persona non può pertanto ritenersi estraneo ai poteri dell'A.S., data la previsione esplicita di tale ambito d'intervento proprio nel momento in cui si escluda di dare corso ad una pronuncia d'interdizione.

In tal senso sono anche le indicazioni che provengono dai lavori preparatori di elaborazione della legge in sede parlamentare; nella seduta del 22.12.2003, nell'esprimere il voto favorevole, un senatore ribadisce che "*...la*

portata dell'articolato si caratterizza per non limitarsi alla tutela degli interessi patrimoniali dei beneficiari del nuovo istituto, essendo lo stesso diretto anche ad assicurare la cura della persona...".

Sotto il profilo della *misura di protezione in ambito personale*, può quindi affermarsi che l'Amministratore di Sostegno può avere (ove gli vengano espressamente riconosciuti) analoghi poteri del tutore. Di tali poteri è invece sicuramente privo il curatore, che potrà affiancare il soggetto nel porre in essere atti "eccedenti l'ordinaria amministrazione", espressione che non può che riferirsi ad operazioni di natura solo patrimoniale.

L'attenzione data al tema della *cura della persona* deriva dalla considerazione che in tale ambito rientra non solo l'operato dell'A.S. in termini di attuazione e controllo di una data soluzione abitativa, assistenziale, sanitaria, che sia adeguata alle esigenze e patologie del soggetto, bensì anche possibili interventi fortemente incisivi e limitativi della libera determinazione del soggetto in aree come i trattamenti sanitari sulla persona o la libertà del domicilio e della circolazione, tutelati anche in ambito costituzionale. Se il soggetto non è consapevole di sé e della propria malattia, l'A.S. potrà quindi essere autorizzato, se necessario anche in contrasto con la volontà espressa (ma viziata) dello stesso, ad inserirlo in contesti sanitari di ricovero, a sottoporlo a cure, ad esprimere il consenso informato ad interventi chirurgici, ecc.

Ambito patrimoniale

Come per il tutore, il legislatore ha riconosciuto all'A.S., se espressamente autorizzato, il potere di compiere atti di gestione (in rappresentanza esclusiva, o in assistenza dell'incapace), sia di natura ordinaria, sia di natura straordinaria. Per questi ultimi vi è anzi la singolarità di una disciplina differente rispetto agli atti di straordinaria amministrazione compiuti dal tutore, in quanto, se posti in essere dall'A.S., sono tutti indifferentemente rimessi all'autorizzazione del solo G.T., se posti in essere dal tutore sono rimessi all'autorizzazione del G.T. o del tribunale a seconda della loro tipologia (artt. 374 e 375 c.c.).

Di tale distinzione non si comprende peraltro la ratio, ove si consideri che la ritenuta necessità di un controllo più ponderato da parte dell'organo collegiale rispetto all'organo monocratico dovrebbe discendere dalla maggiore incisività di un dato atto sul patrimonio del soggetto amministrato, e quindi dalla tipologia dell'atto posto in essere, e non già dal fatto che nel caso concreto l'atto sia posto in essere da un soggetto che abbia la rappresentanza dell'interessato per la gestione dell'intero patrimonio ovvero solo per dati atti individuati (quando comunque, dovendo verificarsi l'opportunità e utilità dell'operazione, non potrà prescindere dal valutarla nel contesto del restante patrimonio dell'interessato).

Netta è la distinzione tra A.S. e curatore, in quanto il curatore può solo assistere il soggetto per atti di straor-

dinaria amministrazione, mentre l'A.S. può sia assistere, sia rappresentarlo in via esclusiva, per atti sia di ordinaria sia di straordinaria amministrazione.

Prime valutazioni circa l'ambito di operatività di amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione

Riferimenti normativi sono l'art. 404 c.c. *Amministrazione di sostegno*, l'art. 414 c.c. *Persone che possono essere interdette*, l'art. 415 c.c. *Persone che possono essere inabilite*.

L'art. 404 c.c., nel delineare il possibile beneficiario di un A.S., indica *una persona che, per effetto di un'infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi*.

L'art. 414 c.c., nel definire le *persone che possono essere interdette*, menziona coloro che *si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi*.

L'art. 415 c.c. si riferisce all'*infermo di mente lo stato del quale non è talmente grave da far luogo all'interdizione, ovvero al soggetto che per prodigalità o abuso abituale di bevande alcoliche o stupefacenti, espone sé o la famiglia a grave pregiudizio economico, ovvero al sordomuto o cieco che non abbiano ricevuto un'educazione sufficiente, salva l'interdizione quando risulta che sono del tutto incapaci di provvedere ai propri interessi*.

Infermità fisica

Il dato testuale dell'art. 404 c.c. isola, quale autonoma fattispecie legittimante la nomina di A.S., la condizione di chi sia portatore di una *menomazione solo fisica e non psichica*, che ne determini l'impossibilità di attendere ai propri interessi, situazione certamente estranea ad una pronuncia d'interdizione o inabilitazione, che presuppone invece un'infermità mentale. Anche invero la fattispecie del sordomuto o cieco dalla nascita, quale legittimante una pronuncia d'inabilitazione, non sembra rilevi per la menomazione solo fisica ma più che altro per un'indotta menomazione psico-intellettuale, portato di un'educazione insufficiente che non ne abbia stimolato le risorse intellettive e le residue capacità sensoriali, rendendo il soggetto incapace di attendere ai propri interessi.

Si può ipotizzare quindi il caso di un soggetto affetto da infermità solo fisica (ma non psichica) che lo costringa a permanere nella propria abitazione o in struttura di ricovero, ovvero ne renda estremamente difficoltoso l'accesso esterno, o comunque la manifestazione all'esterno della propria volontà. In tali condizioni potrà utilmente nominarsi un A.S., che ne abbia la rappresentanza esclusiva all'esterno, nel tenere rapporti con soggetti terzi, pubblici o privati (ente erogatore di pensione o indennità, istituti di credito, fisco, debitori, creditori, ecc.).

La presupposta piena capacità intellettuale del soggetto

porta a ritenere che possa procedersi a tale nomina solo su espressa richiesta del soggetto stesso, o comunque mai contro la sua volontà e sino a che tale volontà persista.

In presenza di atti di straordinaria amministrazione, quali elencati negli artt. 374 e 375 c.c., ovvero anche soltanto per prelievi bancari di particolare consistenza in funzione di esigenze straordinarie (i confini del potere ordinario dell'A.S. saranno indicati dal G.T. nel decreto di nomina), l'A.S. di volta in volta richiederà al G.T. l'autorizzazione ad operare in rappresentanza dell'interessato, e il G.T. si reputa debba preventivamente informarsi, anche con modalità informali, circa la volontà del medesimo in merito all'operazione in oggetto, nei termini che sembrano derivare dal disposto di cui all'art. 410 c.c. (*tenere conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario* o ipotizzare un *contrasto nel soddisfare i bisogni o le richieste* di questi, non può che presupporre che se ne verifichi la volontà quando questa è integra).

C'è chi dubita di tale ricostruzione, affermando che un soggetto pienamente capace sotto il profilo intellettuale non possa mai abdicare alla sua capacità, e che pertanto il legislatore non possa aver inteso disciplinare un istituto che consentirebbe al soggetto di rinunciare alla pienezza della propria capacità, quando oltretutto potrebbe trovare nell'ordinamento soluzioni negoziali che gli consentirebbero di demandare il proprio operato a un rappresentante (artt. 1387 e ss. c.c.). A confutazione di tale rilievo si osserva tuttavia che, non solo il dato testuale sembra netto nel dare ingresso a tale istituto in presenza di infermità anche solo fisica, ma che, confrontando la soluzione della nomina di A.S. con quella negoziale di una procura speciale o generale, la differenza sembra rinvenirsi nella maggiore garanzia che consegue al rappresentato/amministrato dal fatto che il rappresentante/amministratore debba rispondere del proprio operato non nell'ambito privato del solo rapporto negoziale tra i due soggetti, bensì al giudice tutelare che l'ha nominato.

Sembra inoltre che il legislatore abbia inteso comunque sottolineare la valenza di questo intervento, non già come mera modalità di compimento di uno o più specifici atti che nel caso concreto il soggetto sia impossibilitato a compiere (al pari di una procura negoziale), bensì in ogni caso come *misura di protezione* che accompagnerà il soggetto per tutti quegli ambiti gestionali in cui ne sarà emerso il deficit operativo; ciò si ricava anche dal dettato di cui al n. 6 dell'art. 405 c.5, ove si impone sempre all'A.S. di *riferire al G.T. circa l'attività svolta e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario*. Sarà bene far comprendere alla parte istante tale aspetto di periodico rendiconto e costante riferimento a un giudice, onde eventualmente indirizzare il soggetto verso modalità di rappresentanza meramente negoziale per singoli atti, se è questa sola l'esigenza momentanea che vuole soddisfare.

Età avanzata

Leggendo i lavori preparatori del nuovo testo normativo, il legislatore sembra intendesse far rientrare tra i possibili beneficiari dell'A.S. il *soggetto anziano*, inteso quale soggetto debole ed esposto (solo perché anziano e magari solo) a possibili azioni di raggio, ovvero semplicemente in difficoltà nell'affrontare e gestire operazioni negoziali. Sino alle ultime stesure del progetto di legge *l'età avanzata* risultava compresa espressamente tra le condizioni che legittimavano la nomina di A.S., e l'esclusione è stata approvata nel 2002 sulla base del rilievo che l'ampia casistica di cui all'art. 404 c.c. già doveva ritenersi comprensiva del caso dell'anziano.

Nel condividere l'esclusione dell'età avanzata tra i presupposti di per sé soli legittimanti la nomina di A.S., quasi fosse equiparabile a un'*infermità o menomazione fisica o psichica*, si osserva che, sulla base della definitiva stesura del testo normativo, il soggetto anziano potrà beneficiare di un'Amministrazione di sostegno, solo in quanto effettivamente affetto da infermità fisiche e/o psichiche che ne limitino le capacità esponendolo a situazioni di pregiudizio. In tal caso l'A.S. potrebbe essere autorizzato a una mera assistenza del soggetto, che lo supporti eventualmente nei soli atti di maggiore consistenza economico-patrimoniale.

Infermità psichica che determini incapacità parziale o temporanea

Procedendo nel raffronto tra art. 404 e art. 414 c.c., sembra chiara la volontà del legislatore di comprendere tra i potenziali beneficiari dell'A.S. quei soggetti portatori di infermità psichica, che ne determini un'*incapacità solo parziale o temporanea* di attendere ai propri interessi, residuando spazi o periodi di consapevolezza.

Tra questi può collocarsi il soggetto affetto da *infermità psichiatrica*, un soggetto che la scienza medica rifiuta di considerare incapace in via assoluta e permanente, perché spesso la patologia si caratterizza per un'alternanza di momenti più o meno lunghi di compenso e consapevolezza e momenti di totale delirio e scollamento dalla realtà, ovvero perché il deficit non riguarda tanto le capacità intellettive quanto quelle volitive, ovvero infine perché una risposta di emarginazione ed esclusione, quale viene associata all'interdizione, si pone in antitesi con lo stesso progetto e obiettivo di cura.

La flessibilità di questo strumento di protezione e la sua modificabilità in tempi anche rapidi, consentendo all'amministrato di compiere in autonomia dati atti ed individuandone altri che compirà con l'assistenza dell'amministratore o rappresentato da questi, lo rendono utilmente sperimentabile in casi di patologie psichiatriche di natura ciclotimia o monotematica, ovvero di patologie schizofreniche residuali o in compenso farmacologico, ovvero di patologie in cui il soggetto, in una situazione di sostanziale integrità intellettuale, presenti

deficit volitivi che non gli consentano adeguatezza comportamentale di spesa, e comunque in tutte quelle situazioni in cui il soggetto, psichicamente sofferente, sembra utile possa avere al suo fianco chi, nei momenti di scompenso o delirio, possa sostituirlo ovvero semplicemente affiancarlo, consentendogli invece autonomia nelle fasi di compenso e adeguatezza comportamentale. Tra i soggetti portatori di infermità psichica che ne determini incapacità solo parziale di attendere ai propri interessi possono ritenersi compresi anche soggetti che, affetti da *ritardo mentale medio o lieve* o da *patologie congenite*, presentino aree di autonomia valutativa e gestionale, sia per la specificità della malattia, sia a volte perché inseriti in ambiti familiari o assistenziali che ne abbiano valorizzato le residue capacità. Si pensi a chi abbia contezza del denaro e del suo utilizzo, ancorché per importi limitati, che sia autonomo non solo nelle esigenze personali/corporali ma anche nello spazio esterno all'abitazione, abbia capacità di acquisto in autonomia di generi di prima necessità sia pur in contesti guidati e ripetitivi, abbia consapevolezza a grandi linee di concetti quali la riscossione di una pensione, ovvero l'acquisto o la vendita di un bene in termini di scambio di cosa contro prezzo; potrebbero essere quei soggetti che, pur riconosciuti totalmente invalidi, siano nelle condizioni di essere avviati al lavoro ed abbiano acquisito un'autonomia di vita relazionale che li gratifichi.

In tutti i suddetti casi di incapacità solo parziale del disabile, *operativamente* l'A.S. potrebbe essere autorizzato ad aprire un conto corrente intestato all'infermo rappresentato dall'A.S., ove vengano accreditate le entrate e disponibilità del disabile e dal quale poter prelevare importi che, nell'ambito di un tetto massimo su base mensile destinato a coprire spese di ordinario mantenimento del soggetto e di gestione dei suoi beni, saranno dall'A.S. versate all'interessato con la periodicità e nella misura compatibile con una capacità di spesa autonoma del soggetto.

In presenza di capacità e consapevolezza dell'infermo anche superiori, potrebbero autorizzarsi modalità di accesso al prelievo bancario che si concretizzino in una mera assistenza da parte dell'A.S., oppure, nel rispetto della normativa degli istituti bancari, soluzioni che consentano al soggetto di accedere autonomamente al prelievo bancario sino a un dato importo mensile (è stato possibile realizzarlo tramite specifica tessera di prelievo automatico a importo predefinito), richiedendosi l'assistenza dell'A.S. per prelievi superiori o per atti di straordinaria amministrazione (sottoposti anche all'autorizzazione del G.T. ove rientranti nelle operazioni di cui agli artt. 374 e 375 c.c.).

In ogni caso, nel rispetto della previsione di cui all'art. 409 c.c., secondo cui il soggetto mantiene la capacità di compiere autonomamente gli atti che non siano rimessi alla rappresentanza esclusiva o all'assistenza dell'amministratore, dovrà contemplarsi nel decreto di nomina

una formula di sbarramento che rimetta alla specifica autorizzazione del Giudice Tutelare gli atti di straordinaria amministrazione, quali elencati negli artt. 374 e 375 c.c., nonché le operazioni che, in funzione della consistenza del patrimonio del soggetto, superino un dato valore economico.

Così intesa, l'Amministrazione di Sostegno risulta una misura che da tempo si attendeva. Sino ad oggi nei suddetti casi di infermità mentale la risposta dell'ordinamento oscillava tra interdizione, troppo invasiva e penalizzante, escludendo qualunque possibilità di agire al soggetto anche in quei periodi e in quegli spazi in cui ne avesse avuto capacità, e inabilitazione, troppo poco tutelante in quanto il curatore può solo affiancarsi al soggetto e non può mai sostituirlo anche quando l'acuzie della malattia lo porta a non avere consapevolezza di sé e rimane inattivo, se non oppositivo, di fronte a situazioni personali o patrimoniali che richiederebbero invece il suo operato.

L'Amministrazione di Sostegno, differenziandosi dall'*inabilitazione* proprio per il più ampio potere dell'Amministratore rispetto al curatore, riesce ad essere una risposta di maggiore protezione ed efficacia.

Nella pratica si tende a ritenere che l'istituto dell'A.S. assorbirà progressivamente le precedenti forme di curatela, potendo ritenersi che l'inabilitazione rimanga istituto residuale per le forme di "prodigalità" estranee a qualunque forma di infermità, anche se l'esperienza sembra indurre a ritenere che difficilmente una condotta di prodigalità di tale intensità da risultare pregiudizievole a sé o alla famiglia sia del tutto estranea a una patologia o fragilità psichica (anche per la persona dedita al gioco d'azzardo, si sente ormai ricondurre la sua condotta a un impulso patologico al gioco).

Abbandonandosi un'interpretazione dilatata dell'art. 415 c.c. che, onde offrire risposta alle situazioni di cui sopra, rimetteva al curatore poteri di assistenza per ogni prelievo bancario che in funzione dell'entità del patrimonio rivestisse valenza di spesa straordinaria o superasse un dato tetto mensile, potrà forse continuare a pronunciarsi l'inabilitazione quale utile risposta dell'ordinamento nei casi in cui si escluda la necessità di una rappresentanza esclusiva del soggetto anche solo episodica, si escluda parimenti un controllo circa l'utilizzo delle risorse correnti al di là di un qualunque tetto di spesa mensile/annua, ed appaia prudenziale unicamente un affiancamento per le operazioni di straordinaria amministrazione elencate negli artt. 374 e 375 c.c..

Per i soggetti solo parzialmente capaci di cui si è detto, estremamente delicato è il tema degli *effetti, limitazioni, decadenze* che, *previsti da disposizione di legge per l'interdetto o l'inabilitato*, è previsto che il giudice tutelare possa estendere al beneficiario dell'amministrazione di sostegno (art. 411 c.c.).

Se da un lato può ritenersi trovino ingresso a tutela dell'amministrato norme quali l'art. 1722 c.c. (per far dive-

nire inefficaci procure a terzi carpite a solo vantaggio del terzo), ovvero l'art. 1626 c.c. (per sciogliere contratti locativi in situazioni analoghe), il pensiero va a norme anche più incisive, come le limitazioni in tema di capacità di contrarre matrimonio, di riconoscere figli, di far testamento. Si reputa in proposito che, non potendosi generalizzare ma solo ipotizzare una valutazione attenta e ponderata del giudice tutelare con riferimento ai singoli casi in esame, la nomina di amministratore di sostegno pone il beneficiario in una condizione certamente compatibile con l'integrità di tali capacità e diritti, che potranno essere limitati solo in casi estremi, quando si dovesse riscontrare che la fragilità del soggetto, conseguente alla patologia, lo sta esponendo ad attenzioni o pressioni di terzi del tutto estranee all'interesse del soggetto, ma unicamente motivate da interessi personali e mala fede. Il soggetto disabile ha certamente diritto a una vita affettiva, e in questo ambito possono ipotizzarsi matrimoni, figli, lasciti testamentari, donazioni, ma ciò da cui lo si vorrebbe preservare sono gli affetti falsi, che lasciano il posto a delusioni cocenti e grande sofferenza. In ogni caso la modificabilità del provvedimento consentirà anche in questo caso al G.T. di seguire il beneficiario nell'arco della sua vita e poter introdurre limitazioni, o revocarle, sulla base delle indicazioni che emergeranno dal suo comportamento e dalle valutazioni degli operatori medico-sanitari-assistenziali.

Infermità psichica che determini incapacità totale e permanente

Si confondono i confini delle norme in presenza di soggetti *in condizioni di abituale infermità di mente... incapaci di provvedere ai propri interessi*, situazione propria dell'interdizione, ma che sembra non estranea al disposto di cui all'art. 404, là dove la dizione "infermità... psichica che determina l'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi", non può che comprendere anche un'infermità che determini l'impossibilità *totale e permanente* di provvedere ai propri interessi.

Se tali norme non sono quindi sufficienti a stabilire una linea di confine, sarà necessario guardare altrove, non senza sottolineare che in ogni caso (e proprio per la potenziale sovrapposibilità delle due norme principali) occorrerà procedere ad una *forzatura interpretativa*, sulla base di criteri ermeneutici, sistematici, che vincano la mera interpretazione letterale.

Sembrano delinearci più linee interpretative che conducono a soluzioni difformi.

Ricerca di una possibile linea di demarcazione tra amministrazione di sostegno e interdizione con riferimento alle residuali capacità del soggetto

Valorizzando i dati normativi di cui agli artt. 405, 409, 410 c.c., si potrebbe sostenere che l'amministrazione di sostegno venga proposto come utile strumento di prote-

zione solo per la persona che, ancorché affetta da un'infermità permanente ed estesa, mantenga un margine residuale pur limitato di autonomia.

La previsione di un soggetto amministrato che conservi la capacità di agire per tutti gli atti che non vengono menzionati, e che in ogni caso possa compiere gli atti della vita quotidiana, non viene intesa come facoltà residuale rimessa a chi ne abbia le capacità, ma come necessaria capacità residuale (il soggetto deve poter essere in grado di compiere gli atti quotidiani della vita...). Si prevederà quindi l'interdizione per quel soggetto che, del tutto privo di autonomia, necessita di un tutore non già per singoli atti ma per tutti gli atti inerenti la gestione della sua persona e del suo patrimonio, sia di natura ordinaria sia di natura straordinaria, in quanto nessuno di questi atti può essere compiuto dall'interessato (tra le tipologie soggetti portatori di patologie congenite che ne abbiano determinato oligofrenia grave, soggetti affetti da patologie psichiatriche croniche che li mantengano in condizione di costante scompenso e delirio, soggetti affetti da morbo di Alzheimer o demenza senile in stadio avanzato, soggetti in coma, ecc...).

In tal senso sarebbe anche la previsione, in caso di nomina di A.S., di un continuo dialogo tra lo stesso e il beneficiario e la possibilità di un contrasto tra i due, situazioni irrealizzabili se non ipotizzando un margine residuale di consapevolezza del soggetto.

Le ragioni di critica a tale orientamento muovono dal rilievo che gli artt. 404 e 414 c.c., con riferimento a soggetti affetti da infermità psichiche abituali, non sembrano consentire alcuna differenziazione, né può ritenersi che gli artt. 405, 409, 410 integrino i presupposti legittimanti il ricorso all'A.S., potendo unicamente interpretarsi come norme operative nei limiti in cui il soggetto abbia effettivamente una capacità residuale (si osserva tra l'altro che in merito all'art. 410 "L'amministratore di sostegno deve tempestivamente informare il beneficiario circa gli atti da compiere...", era stato proposto l'emendamento "ove possibile", poi ritirato affermandosi che era indicazione *superflua*, cioè ovvia... - così dai lavori parlamentari del Senato in data 23.10.2001).

La stessa modifica significativamente apportata alla rubrica dell'art. 414 c.c. da "Persone che *devono* essere interdette" a "Persone che *possono* essere interdette", sembra dirci che l'interdizione non viene più intesa come doveroso strumento di tutela per quei soggetti del tutto privi di capacità, ma come *necessario* strumento di protezione solo quando i restanti strumenti offerti dall'ordinamento si rivelino *inidonei a realizzare la piena tutela* dell'incapace (art. 413 comma 4 c.c.). Se i soggetti incapaci sono interdetti quando ciò è necessario per assicurare loro *adeguata protezione*, non può che conseguire che gli stessi *non sono interdetti* quando l'amministrazione di sostegno si rivelerà misura sufficiente ad assicurargli *adeguata tutela*.

Ricerca di una possibile linea di demarcazione tra amministrazione di sostegno e interdizione

con riferimento alla consistenza del patrimonio del soggetto
Confrontando in particolare l'art. 357 c.c. ("il tutore ha la cura della persona... , lo rappresenta in tutti gli atti civili e ne amministra i beni") e l'art. 405 c.c. (che demanda al G.T. di individuare i singoli atti rimessi all'A.P. in rappresentanza esclusiva dell'incapace), sembra che all'A.S. non possa attribuirsi con un'unica espressione la totalità degli atti che si rivelino necessari in tema di cura della persona e gestione del suo patrimonio. Se si procedesse in tal senso si attribuirebbero illegittimamente all'A.S. gli stessi poteri del tutore in assenza di una pronuncia di interdizione.

Sulla base di tale considerazione si è pensato che, qualora il soggetto del tutto privo di una sia pur minimale autonomia gestionale sia titolare di sostanze e redditi contenuti (ad esempio percepiti a titolo di sola pensione o indennità), e si presenti quindi la necessità di meri atti di gestione ordinaria di detti redditi (utilizzo delle entrate per far fronte alle spese correnti di mantenimento, assistenza e cura dell'incapace o gestione ordinaria dell'abitazione), affiancati da pochi atti di gestione straordinaria (riscossione di arretrati, premi assicurativi, risarcimenti, vendita di un cespite per avere di che vivere, ecc.), verosimilmente la nomina di un A.S., autorizzato ad agire in rappresentanza esclusiva del disabile solo per detti singoli atti, si riveli soluzione idonea e sufficiente alla completa protezione del disabile, e non sia necessario accedere all'interdizione.

Nel caso invece in cui il patrimonio dell'incapace richieda necessariamente, per la sua consistenza e complessità di gestione, svariati e frequenti atti sia di ordinaria sia di straordinaria amministrazione, l'interdizione può apparire una forma di tutela più adeguata, comportando la nomina di un tutore che rappresenti il soggetto in tutti gli atti civili e ne amministri i beni nella sua complessità, con onere di inventario iniziale dell'intero patrimonio e rendiconto del suo agire in tutti gli ambiti in cui si è esplicitato; in tali casi l'operato dell'A.S. potrebbe invece risultare rallentato dalla necessità di acquisire volta per volta le necessarie autorizzazioni anche in ambiti di ordinaria amministrazione.

Tale linea interpretativa mostra la sua fragilità ove si consideri la non chiarezza di una distinzione che guardi solo alla consistenza del patrimonio (quando lo stesso è sufficientemente esiguo da ritenersi sufficiente un'amministrazione di sostegno?), e rischia di venire percepita come iniquamente discriminante tra soggetti che, in condizioni paritetiche di incapacità, si reputerebbero "penalizzati" da una pronuncia d'interdizione solo se titolari di un consistente patrimonio. È un'interpretazione che si ritiene tuttavia legittima, rispondendo a quella discrezionalità valutativa che il legislatore sembra abbia inteso rimettere al giudice (artt. 413 comma 4 e 414 c.c.).

Ricerca di una possibile linea di demarcazione tra amministrazione di sostegno e interdizione

con riferimento agli effetti tutelanti delle due pronunce sul soggetto

Le considerazioni che precedono inducono a ricercare anche altrove una possibile linea di differenziazione tra i due istituti. Se l'interdizione può essere correttamente definita come la pronuncia che toglie al soggetto la capacità di agire, e se, ai sensi degli artt. 413 e 414 c.c., si deve procedere all'interdizione quando si rivela la soluzione *necessaria per assicurare adeguata protezione* all'infermo di mente, si dovrà verificare quando sia necessario togliere al soggetto la capacità di agire al fine di assicurarli adeguata protezione.

L'osservazione della realtà e la consapevolezza della portata afflittiva che si accompagna ad una pronuncia d'interdizione, indurrebbe a ritenere che tale intervento residuale si riveli necessario, non tanto quando la capacità di agire del soggetto sia di fatto già inesistente e il soggetto si trovi nell'impossibilità di manifestare all'esterno qualunque espressione di capacità o volontà, ma quando di tali capacità del tutto viziate il soggetto stia facendo un uso gravemente pregiudizievole a sé o agli altri.

Semberebbe quindi non ravvisarsi la necessità di un'interdizione quando il soggetto, ancorché del tutto privo di capacità intellettive e volitive, mostra di adattarsi supinamente alle condizioni e modalità di vita consentite dall'infermità e proposte da familiari o assistenti, e non si esponga mai all'esterno se non nel rispetto dei canali di protezione eretti intorno a lui. Non esplicitandosi mai alcuna capacità di agire, non sarà necessario ufficializzarne l'inesistenza con una pronuncia d'interdizione, mentre sarà unicamente richiesta una pronuncia del giudice che consenta a chi gli presta assistenza di procedere in suo nome e per suo conto a quegli atti di gestione che richiederebbero la sua firma. Per soggetti quali gli oligofrenici gravi, i portatori di morbo di Alzheimer o demenza senile in stadio avanzato, i soggetti in coma prolungato, ecc, potrebbe quasi dirsi che sia la loro stessa patologia a "tutelarli", nella misura in cui impedisce loro qualunque modalità di contatto autonomo con la realtà esterna, idoneo a produrre effetti giuridici o negoziali potenzialmente anche pregiudizievole.

Pensiamo invece ad un soggetto che, come espressione della sua infermità mentale, cioè di capacità intellettive e volitive fortemente compromesse, abbia la tendenza a sfuggire alle maglie di assistenza create intorno a lui, si opponga sistematicamente alle soluzioni di cura o collocamento proposte, non impedito nel movimento si ponga all'esterno esponendo a pericoli sé e gli altri e rifiutando soluzioni di adeguato contenimento, ovvero sia facile vittima di circonvenzioni, ceda a qualunque attenzione affettiva o ricatto psicologico, sottoscriva qualunque atto gli venga sottoposto, esponendosi al pregiudizio di assumere obbligazioni incompatibili con

le proprie capacità o le proprie sostanze (e tra queste potrebbero esserci anche obbligazioni coniugali o genitoriali, di cui non abbia alcuna contezza e che derivino da matrimoni o riconoscimenti di figlio estorti, magari al solo fine di acquisire una cittadinanza!). In questi casi verosimilmente non potranno essere elencati tutti gli atti rimessi all'A.S. (che al negativo saranno sottratti al beneficiario), e il solo strumento di protezione efficace sarà una pronuncia di interdizione che, sottraendogli la capacità di agire in qualunque ambito gestionale sia personale sia patrimoniale, gli impedirà di esercitarla a proprio danno, e rimetterà a un tutore ogni decisione inerente la cura della sua persona e dei suoi beni.

Tale valutazione non potrà ovviamente che ricavarsi dalla condotta pregressa del soggetto e dovrà trovare in ogni caso il conforto di una diagnosi e prognosi medica. Si auspicherebbe anzi che la discrezionalità riconosciuta al giudice tutelare dall'attuale normativa venga inve-

ce a spostarsi più opportunamente sul più corretto terreno medico, trattandosi di valutazioni che devono in ogni caso essere condotte nell'esclusivo interesse del disabile con riferimento alla portata della sua malattia.

A conclusione di queste prime note, cariche di dubbi e timide ipotesi, si reputerebbe opportuno un intervento chiarificatore del legislatore, su nodi interpretativi sia sostanziali sia procedurali (qui non trattati) che espongono inopportuno il cittadino al rischio di soluzioni anche significativamente differenti a seconda dell'ambito territoriale di riferimento.

Si ritiene in ogni caso che solo l'applicazione futura di questa nuova normativa nelle fattispecie concrete consentirà di individuare nel tempo le più adeguate risposte interpretative, idonee a realizzare quegli obiettivi di protezione e rispetto della *persona priva in tutto o in parte di autonomia* quali il legislatore ha voluto e ci ha voluto segnalare.

Amministrazione di sostegno

Violazione delle norme di legge o delle disposizioni del giudice da parte del beneficiario e dell'amministratore di sostegno (*)

di MARIA DOSSETTI

Con riguardo al profilo della disciplina degli atti "irregolari" del beneficiario e dell'amministratore di sostegno, il nuovo istituto di protezione manifesta la sua principale caratteristica, quella della flessibilità e della adattabilità alle esigenze di una persona viva e concreta. Sarà dunque demandato al decreto di nomina disegnare il profilo "giuridico" di questa persona. E per questa ragione ogni decreto dovrebbe essere diverso dall'altro.

Ricostruire la disciplina dell'invalidità degli atti compiuti dall'amministratore di sostegno o dal beneficiario richiede, in primo luogo, di individuare le norme rilevanti, e quindi di incastrarle, per così dire, tra di loro, quasi fossero le tessere di un puzzle.

La ricostruzione della disciplina dell'invalidità degli atti compiuti dall'amministratore di sostegno o dal beneficiario tra norme espresse, norme richiamate dal legislatore, norme dichiarate applicabili dal giudice tutelare, norme da estendersi in via interpretativa

Una precisazione, tuttavia, è necessaria in via preliminare: la disciplina che si cercherà di ricostruire non è destinata a disciplinare tutti gli atti di una certa categoria astrattamente predeterminata dalla legge, come invece accade nell'ambito della tutela e della curatela, bensì solo gli atti che nel decreto di nomina sono riservati alla competenza dell'amministratore di sostegno, o in quanto rappresentante, o in quanto assistente del beneficiario.

In altre parole, mentre lo statuto personale dell'interdetto e dell'inabilitato è rigido e certo in quanto fissato dalla legge (e per questa ragione è corretto parlare di incapacità generale, benché totale o parziale), la condizione giuridica del beneficiario dell'amministrazione di sostegno dovrebbe essere plasmata, confezionata su misura per così dire, sulle sue esigenze personali, perseguendo il fine di limitarne il meno possibile la capacità di agire, secondo il programma enunciato dall'art. 1 della legge n. 6/2004 (e per questa ragione è corretto dire che il beneficiario è un soggetto in via

generale capace d'agire, la cui capacità è tuttavia limitata con riguardo a certi atti o categorie di atti in concreto determinati).

Si tratta di un mutamento di prospettiva, che non ha solo un'utilità descrittiva, ma assume rilievo come criterio interpretativo, e dunque è destinato anche ad incidere sull'applicazione della legge (1).

La prima norma cui fare riferimento è ovviamente l'art. 412 c.c.: nei primi due commi esso disciplina in modo espresso e diretto l'annullabilità degli atti dell'amministratore di sostegno (primo comma) e l'annullabilità degli atti del beneficiario (secondo comma); e, infine, al terzo comma, l'art. 412 detta due regole relative all'azione di annullamento.

Vengono poi altre norme richiamate espressamente dal legislatore nell'art. 411, primo comma. Sono alcune norme che disciplinano l'invalidità degli atti compiuti dal tutore o dall'interdetto: si tratta, in particolare, dell'art. 377 c.c. e degli artt. 374, 375 e 376 ad esso collegati, nonché dell'art. 378.

In terzo luogo vi possono essere norme che vengono dichiarate applicabili dal giudice tutelare in base all'art. 411, ultimo comma: o nello stesso decreto di nomina dell'amministratore di sostegno, oppure successivamente.

Note:

(*) Relazione presentata in occasione del Convegno "L'attività negoziale dell'amministratore di sostegno" (Milano, 18 giugno 2004), organizzato dal Consiglio Notarile di Milano e dalla Scuola di Notariato della Lombardia.

(1) Per qualche ulteriore considerazione in argomento mi permetto di rinviare a M. Dossetti, *Effetti dell'amministrazione di sostegno*, in M. Dossetti, M. Moretti, C. Moretti, *L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Milano, 2004, p. 75 s.

te, a seguito di ricorso (vedremo poi quali soggetti sono legittimati), o anche d'ufficio (questo la norma non lo dice espressamente, ma discende dall'art. 407, quarto comma, che riconosce al giudice tutelare ampi poteri officiosi).

Infine, non si può escludere il ricorso all'interpretazione estensiva o all'analogia per l'applicazione di norme che non rientrano in nessuno dei gruppi suindicati.

Le prime due categorie enucleate comprendono norme individuate direttamente dal legislatore e che quindi devono essere applicate, in ogni caso in cui venga disposta la misura dell'amministrazione di sostegno, agli atti riservati alla competenza dell'amministratore. In altre parole, non credo che il giudice tutelare potrebbe escluderne l'applicabilità: potremmo chiamarle norme di *applicazione necessaria*.

Le norme delle altre due categorie non possono essere preventivamente individuate: dunque la loro individuazione e applicazione dipenderà da come viene configurata dal giudice l'amministrazione di sostegno nel decreto di nomina, o successivamente, nell'esercizio dei suoi poteri di vigilanza e di intervento: potremmo chiamarle norme di *applicazione eventuale*.

Non sarà possibile, in questa sede, sviluppare compiutamente l'esame delle diverse categorie di norme: mi limiterò quindi ad alcune considerazioni di carattere generale e ad alcune esemplificazioni.

La disciplina "diretta ed espressa" dell'invalidità: la norma specifica (art. 412) e le norme richiamate (art. 411, primo comma)

Conformemente ai principi generali, l'art. 412 prevede, per gli atti compiuti irregolarmente dall'amministratore di sostegno o dal beneficiario, la sanzione dell'annullabilità.

Quanto all'amministratore di sostegno, sono annullabili gli atti compiuti "in violazione di disposizioni di legge" oppure "in eccesso rispetto all'oggetto dell'incarico o ai poteri" conferitigli dal giudice tutelare.

Parallelamente, quanto al beneficiario, sono annullabili gli atti compiuti da lui personalmente "in violazione delle disposizioni di legge" oppure delle disposizioni "contenute nel decreto che istituisce l'amministrazione di sostegno".

Gli atti compiuti "in violazione di disposizioni di legge"

La prima categoria di atti annullabili viene individuata con riferimento alla violazione di disposizioni di legge, sia per l'amministratore di sostegno sia per il beneficiario: l'ampiezza della formula impiegata necessita di qualche precisazione. Se, infatti, la si prendesse alla lettera, il rischio, in particolare per l'amministratore di sostegno, di porre in essere atti affetti da invalidità si dilaterrebbe enormemente. Valga, come esempio, la violazione del cosiddetto dovere di informazione di cui all'art. 410, secondo comma. Nelle primissime valutazioni della legge la perplessità dei commentatori era evi-

dente (2): se si deve adempiere al dovere di informazione del beneficiario, per raccogliere, come sembrerebbe, il suo consenso per il compimento dell'atto, la mancata osservanza del dovere potrebbe essere causa di invalidità (violazione di una disposizione di legge); ma se, per quegli stessi atti, il decreto di nomina ha attribuito all'amministratore di sostegno la rappresentanza esclusiva, il risultato finale sarebbe totalmente contraddittorio.

Ora, un chiarimento, e insieme una delimitazione delle "violazioni di legge" rilevanti ai fini del giudizio di invalidità, può trarsi dal confronto testuale tra la disposizione che si sta commentando e l'art. 377 c.c., sull'invalidità degli atti del tutore. Il richiamo di questa norma, effettuato dall'art. 411, primo comma, potrebbe apparire di per sé superfluo, in quanto riguardante appunto la materia dell'invalidità, già direttamente e autonomamente disciplinata dall'art. 412, ma forse non è del tutto inutile.

L'art. 377 prevede, infatti, che siano annullabili "gli atti compiuti senza osservare le norme dei precedenti articoli": dunque, non genericamente qualsiasi disposizione di legge, ma le *norme dei precedenti articoli*, che sono quelli che dettano le regole procedurali per il compimento degli atti del tutore, ossia stabiliscono il regime delle autorizzazioni (artt. 372-376 c.c.).

Coerenza e razionalità dovrebbero suggerire la medesima lettura per la formula usata dall'art. 412, primo e secondo comma: in altre parole, le "disposizioni di legge", la cui violazione comporta la sanzione della annullabilità dell'atto, non possono essere quelle che genericamente impongono doveri di comportamento all'amministratore di sostegno, ma quelle che dettano le regole per il regime degli atti, ossia gli artt. 374-376 c.c., richiamati dall'art. 411, primo comma (3).

Saranno naturalmente annullabili anche gli atti compiuti in violazione di uno specifico divieto, come quello dell'art. 378, richiamato dall'art. 411, primo comma, che vieta al tutore di rendersi acquirente di beni o diritti dell'incapace.

Quanto al beneficiario, occorre richiamare per primo l'art. 1425 c.c., adattandone la formulazione. Dice la norma: "Il contratto è annullabile se una delle parti era legalmente incapace di contrattare", e noi aggiungiamo "riguardo a quel singolo atto o categoria di atti". In altre parole, quando un atto è riservato alla competenza esclusiva dell'amministratore di sostegno, scatta, per il beneficiario, la regola dell'art. 1425.

Note:

(2) Cfr. B. Malavasi *L'amministrazione di sostegno: le linee di fondo*, in questa Rivista, 2004, p. 327.

(3) Cfr. M. Dossetti, *Doveri dell'amministratore di sostegno*, in M. Dossetti, M. Moretti, C. Moretti, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 85 s. Così anche S. Delle Monache, *Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 55.

Inoltre, saranno annullabili gli atti compiuti dal beneficiario senza l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno, in virtù della espressa disposizione dell'art. 412, secondo comma, anche se non viene richiamato l'art. 396 c.c., (che enuncia il principio in via generale per gli atti del minore [e dell'inabilitato], come l'art. 377 per gli atti del tutore).

A questo punto occorre chiedersi quanto segue: quando un atto può essere compiuto dal beneficiario soltanto con l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno si dovrà applicare anche l'art. 394, che per certi atti richiede inoltre l'autorizzazione del giudice tutelare? L'art. 394 non è tra le norme "richiamate" espressamente dall'art. 411, quindi rientra in una delle altre categorie, delle quali ci occuperemo successivamente

Gli atti compiuti "in eccesso rispetto all'oggetto dell'incarico o ai poteri" conferiti dal giudice

L'altra categoria di atti annullabili viene identificata in quanto posti in essere dall'amministratore di sostegno "in eccesso rispetto all'oggetto dell'incarico o ai poteri" conferitigli dal giudice, oppure posti in essere dal beneficiario in violazione delle disposizioni "contenute nel decreto".

La norma realmente problematica è quella che concerne l'amministratore di sostegno.

Essa, infatti, sembra introdurre una rilevante deviazione rispetto ai principi generali, della quale non è chiaro se il legislatore sia stato consapevole. Infatti, l'atto compiuto da un rappresentante (e in questo caso non importa se sia rappresentante legale o volontario) eccedendo dai poteri rappresentativi non è, secondo le regole ordinarie, invalido, bensì inefficace (4).

La sensazione di un difetto di coordinamento è avvalorata dal fatto che nella relazione alla "Bozza Cendon", commentando la norma che disciplinava l'invalidità, si ricordava, quasi per inciso, che gli atti che l'amministratore di sostegno avesse compiuto invadendo la sfera riservata al beneficiario avrebbero dovuto essere considerati inefficaci (5).

Anche in questo caso pare opportuno non fermarsi alla lettera della norma, ma cercare di comprenderne la funzione.

Ora, se veramente gli atti compiuti dall'amministratore di sostegno esorbitando, anche nel modo più evidente, dai limiti dell'incarico o dai poteri conferiti dal giudice fossero soltanto annullabili, la sanzione giuridica sarebbe debole e metterebbe a rischio l'integrità del patrimonio del beneficiario. Una lettura più coerente, sia con le finalità della legge, sia con i principi generali, consiglierebbe di intendere l'"eccesso rispetto all'oggetto dell'incarico o ai poteri" attribuiti dal giudice come una mancata osservanza delle direttive del giudice tutelare, nell'ambito, tuttavia, degli atti o del complesso di atti riservati alla competenza dell'amministratore di sostegno.

Non rientrerebbero sotto questa previsione e neppure

nell'ambito della relativa disciplina gli atti o le attività totalmente "altri", rispetto a quelli indicati nel decreto. In questo secondo caso saremmo di fronte ad un inequivocabile eccesso di potere, che non può non essere sanzionato con l'inefficacia. La prima ipotesi, viceversa, al di là dei termini usati dal legislatore, dovrebbe più correttamente essere qualificata come abuso dei poteri del rappresentante, sanzionato con l'annullabilità, conformemente alle regole generali.

L'azione di annullamento

La disciplina della legittimazione a far valere l'annullabilità denota anch'essa alcuni difetti di coordinamento. Quanto agli atti dell'amministratore di sostegno, la legittimazione è riconosciuta allo stesso amministratore di sostegno, al pubblico ministero, al beneficiario e ai suoi eredi o aventi causa; invece, l'art. 377, per la corrispondente fattispecie degli atti compiuti dal tutore, non fa menzione, tra i legittimati, del pubblico ministero.

D'altra parte, la legittimazione dell'amministratore di sostegno si estende anche ad ipotesi precluse, invece, al tutore: ci si riferisce all'art. 378 c.c., che esclude che il tutore possa impugnare gli atti compiuti in violazione del divieto di rendersi acquirente di beni o diritti dell'incapace. L'identità di *ratio* avrebbe consigliato di rendere omogenee le due previsioni.

Infine, l'amministratore di sostegno è legittimato ad impugnare anche gli atti compiuti dal beneficiario senza la sua assistenza necessaria, mentre l'art. 396 (non richiamato) riserva la legittimazione soltanto al minore emancipato e all'inabilitato e ai loro eredi o aventi causa.

Il legislatore ha poi esteso all'amministrazione di sostegno due regole generali in tema di azione di annullamento degli atti compiuti dall'incapace, ossia il termine prescrizione di cinque anni, e soprattutto la regola sul decorso della prescrizione, che inizia dal giorno della cessazione della sottoposizione all'amministrazione di sostegno.

Si tratta, come è evidente, di una scelta che privilegia l'interesse del beneficiario rispetto alla sicurezza del traffico giuridico, e che, in una qualche misura, conferma che, sebbene l'"amministrato" debba essere considerato un soggetto capace di agire, quando un singolo atto gli è vietato - o non può essere da lui compiuto senza assistenza - quell'atto viene disciplinato come se posto in essere da un incapace.

L'esigenza di tutela del beneficiario ha dunque prevalso sul timore che l'estensione di norme dettate in generale per gli atti dell'incapace contribuisse a far "slittare" l'immagine dell'amministrazione di sostegno verso l'area delle misure di protezione degli incapaci, e ha in-

Note:

(4) In questo senso pure S. Delle Monache, *op. cit.*, p.56.

(5) P. Cendon, *Infermi di mente e altri "disabili" in una proposta di riforma del Codice civile*, in *Giur. it.*, 1988, IV, c.127.

dotto ad abbandonare la scelta contraria, fatta nella "bozza Cendon", di far decorrere il termine prescrizione dal giorno del compimento dell'atto (art. 19, secondo comma).

L'impostazione accolta dal legislatore induce quindi a ritenere applicabili all'azione di annullamento anche tutte le altre norme di carattere generale, come l'imprescrittibilità dell'eccezione di annullamento (art. 1442, quarto comma, c.c.) e le regole sulla convalida (art. 1444 c.c.) (6).

Le norme applicabili per disposizione del giudice (art. 411 ultimo comma) o per via di interpretazione

Uno degli aspetti realmente qualificanti il nuovo istituto dell'amministrazione di sostegno è il potere del giudice tutelare di adattare il contenuto del decreto alle esigenze della concreta situazione della persona interessata, nonché i poteri di vigilanza e di intervento che la legge gli riserva.

L'art. 411, ultimo comma, è, sotto questo profilo, una delle norme-chiave della legge.

Il legislatore ha, infatti, stabilito che il giudice tutelare possa indicare quali altri "effetti, limitazioni o decadenze", previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, in considerazione dell'"interesse" del beneficiario stesso e di "quello tutelato dalle predette disposizioni". E dalla maggiore o minore ampiezza delle limitazioni, dei divieti ecc., che il giudice tutelare riterrà opportuno disporre, o nel decreto di nomina o successivamente, dipenderà l'ampiezza, in concreto, della "capacità" del beneficiario.

Le norme "richiamabili" sono le più varie e possono riguardare le aree più diverse (ad es. artt. 2941-2942 c.c., sulla sospensione della prescrizione), compresa quella della disciplina della invalidità (7).

Mi preme però, prima di tutto, sottolineare il criterio che deve guidare il giudice tutelare: tale criterio è la considerazione dell'"interesse" del beneficiario stesso e di "quello tutelato dalle predette disposizioni". Il criterio per decidere sull'estensione non è dunque, in assoluto, l'interesse del beneficiario, ma il giusto equilibrio di esso con interessi individuali di altri soggetti, o interessi di carattere generale, che le disposizioni invocate tutelano: per fare solo un esempio, la tutela dell'affidamento di terzi.

Prima di fare alcuni altri esempi che interessano il campo dell'invalidità, vorrei porre, e porre, un'altra domanda: ossia se sia sempre necessario ricorrere al giudice per ottenere un provvedimento sull'applicabilità anche all'amministrazione di sostegno di una determinata norma che ricollega effetti all'interdizione e/o all'inabilitazione, o se, invece, si possa pervenire allo stesso risultato per via di interpretazione.

In altre parole, se sorge un problema di applicazione di una norma non richiamata, sarebbe sempre neces-

sario il ricorso al giudice tutelare per ottenere un provvedimento, successivo al decreto di nomina, oppure sarebbe anche possibile una soluzione secondo i canoni consueti che governano l'applicazione della legge (e quindi anche interpretazione estensiva e analogia)?

A mio avviso, l'operazione deve essere esclusa tutte le volte che fosse effettuata sulla base di una generica equiparazione tra la situazione di incapacità, o di limitata capacità, dell'interdetto o dell'inabilitato e quella del beneficiario dell'amministrazione di sostegno. Sarebbe invece ammissibile tutte le volte che l'applicazione, o disapplicazione, di una norma potesse apparire necessitata in base al tenore del decreto di nomina dell'amministratore di sostegno: probabilmente, si tratterebbe, in questo caso, di esplicitare effetti già compresi nel decreto, non tanto di colmare una lacuna.

Per concludere queste considerazioni di carattere generale, si potrebbe dire che le due categorie di norme qui in considerazione, quelle la cui applicazione è disposta dal giudice e quelle, non richiamate, ma per le quali può presentarsi il problema di una applicazione estensiva, costituiscono le due facce di un medesima esigenza, alla quale, nel primo caso, viene risposto *a priori*, nel secondo caso, *a posteriori*: l'esigenza di rendere la condizione giuridica del beneficiario il più possibile rispondente alle sue concrete necessità nella gestione della propria vita e dei propri beni.

Dunque, per evitare le difficoltà intrinseche del procedimento di interpretazione estensiva, è opportuno che, nella formulazione del ricorso, siano individuate, con la maggiore accuratezza possibile, nell'interesse della certezza dei rapporti giuridici, e dunque anche del beneficiario, le norme di cui si richiede l'applicazione anche all'amministrazione di sostegno.

Alcune esemplificazioni: artt. 394 e 395; art. 427, secondo e terzo comma; art. 360 e, in generale, la disciplina del conflitto di interessi

Tra le norme non richiamate dal legislatore, per le quali può sorgere un problema di applicabilità ne scegliamo alcune da esaminare.

Le prime norme che consideriamo sono gli artt. 394 e 395 c.c., che disciplinano gli atti [del minore emancipato e] dell'inabilitato, in particolare gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione. Per compiere questi atti, è necessario, oltre al consenso del curatore, anche quello del giudice tutelare o, a seconda della categoria di atti, quello del tribunale.

Nei casi in cui nel decreto di nomina è stabilito che

Note:

(6) G. Campese, *L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*, in *Fam. e dir.*, 2004, p.131.

(7) Per altre esemplificazioni rinvio a M. Dossetti, *Norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in M. Dossetti, M. Moretti, C. Moretti, *L'amministrazione di sostegno*, cit.,

certi atti potranno essere compiuti dal beneficiario con l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno occorre chiedersi se, in mancanza di indicazioni, sia applicabile il regime delle autorizzazioni di cui all'art. 394, e la regola del ricorso al giudice tutelare nel caso di rifiuto ingiustificato del curatore (art. 395).

Quest'ultima disposizione è sicuramente assorbita dall'art. 410, secondo comma, che prevede il ricorso al giudice tutelare "In caso di contrasto" tra il beneficiario e il suo amministratore di sostegno, mentre l'omissione dell'art. 394 potrebbe anche apparire un difetto di coordinamento.

Ora, il principio che anima tutta la disciplina dell'amministrazione di sostegno è sicuramente quello di limitare il meno possibile la capacità d'agire del beneficiario, e, correlativamente, che là dove la capacità non è limitata dalle prescrizioni del decreto del giudice tutelare, essa deve potersi espandere in tutta la sua ampiezza. D'altra parte, se il decreto di nomina stabilisce che certi atti non possono essere compiuti dal beneficiario, ma solo dall'amministratore di sostegno, e certi altri possono essere compiuti dal beneficiario solo con l'assistenza dell'amministratore, non vi è dubbio che la capacità del beneficiario è, con riferimento a questi specifici atti, esclusa o limitata.

Dunque, anche quando il decreto individua atti che il beneficiario può compiere "solo con l'assistenza dell'amministratore", o, per dirla con l'art. 409, primo comma, atti che richiedono "l'assistenza necessaria", siamo di fronte ad una limitazione della capacità, che si differenzia, rispetto a quella dell'inabilitato non dal punto di vista qualitativo, ma perché gli atti sono specificamente indicati: si deve quindi ritenere che sussista la *ratio* per l'applicazione del regime delle autorizzazioni di cui all'art. 394, terzo comma.

Ma, come si è accennato in precedenza, i dubbi interpretativi possono essere facilmente neutralizzati nella pratica, servendosi dell'art. 411, ultimo comma, chiedendo al giudice di esprimersi anche sull'applicazione dell'art. 394, terzo comma.

Potrebbe però anche succedere che il giudice ne escluda espressamente l'applicazione, ritenendo sufficiente la mera assistenza dell'amministratore di sostegno anche per gli atti che richiederebbero l'autorizzazione del giudice.

In questo caso, ci troveremmo di fronte ad una tipologia di atti nuova, e la sola eventualità di questo esito può essere assunta a paradigma della peculiarità dell'amministrazione di sostegno, e della sua ambizione ad essere un "vestito su misura". Se l'unica condizione perché il beneficiario possa compiere certi atti particolarmente impegnativi è che sia assistito da una persona di fiducia, significherebbe che l'interessato ha solo bisogno di essere, per così dire, confortato nelle sue scelte, e la misura di protezione sarebbe "leggera" o "morbida" al grado massimo.

Comunque, qualsiasi sia il limite fissato nel decreto alla

"capacità" del beneficiario, la sua violazione darebbe luogo all'annullabilità dell'atto.

Un'altra disposizione per la quale può porsi il problema dell'applicazione estensiva è quella contenuta nel secondo e nel terzo comma dell'art. 427, dove si prevede l'annullabilità degli atti compiuti dall'interdicendo o dall'inabilitando, senza l'osservanza delle prescritte formalità, dopo la nomina del tutore o del curatore provvisori, qualora sia seguita la sentenza di interdizione o di inabilitazione.

L'art. 405, quarto comma, che prevede la possibilità della nomina di un amministratore di sostegno provvisorio, non prende in considerazione la fattispecie.

Ma la risposta, anche in questo caso, dovrebbe probabilmente essere nel senso della estensione della regola dell'art. 427, con riguardo, naturalmente, soltanto a quegli atti che, nel decreto, sono riservati alla competenza esclusiva dell'amministratore di sostegno o richiedono la sua assistenza.

Affrontiamo infine, il problema della disciplina del conflitto di interessi.

Nessuna norma specifica è dettata per la disciplina di un eventuale conflitto di interessi che insorga tra beneficiario e amministratore di sostegno. L'unica indicazione in argomento è costituita dall'estensione all'amministratore di sostegno, compiuta dal primo comma dell'art. 411, dell'art. 378 c.c., che individua gli atti vietati al tutore, a causa della presenza di un conflitto di interessi *in re ipsa*.

Nulla è previsto, invece, nel caso che il conflitto di interessi dipenda non tanto dal tipo di atto da compiere, quanto piuttosto dal fatto che l'amministratore di sostegno è, in concreto, portatore di interessi contrastanti con quelli del beneficiario.

Nell'ambito della tutela, l'ipotesi è disciplinata dall'art. 360 c.c., che attribuisce al protutore il potere di rappresentare il minore (o l'interdetto) quando l'interesse di questi è in opposizione con l'interesse dell'incapace (primo comma), e prevede la nomina di un curatore speciale se anche il protutore si trova in opposizione di interessi con l'incapace (secondo comma).

Questa norma, però, non compare tra quelle richiamate dall'art. 411, primo comma, il che induce a porsi due domande: quale la ragione di questa esclusione, e quale la disciplina applicabile se insorge il conflitto di interessi.

In un certo senso stupisce il mancato richiamo, anche perché nell'art. 20 della "bozza Cendon" era prevista la nomina di un proamministratore temporaneo - che di fatto non era altro che un curatore speciale - quando il giudice lo avesse ritenuto opportuno. Si può pensare che ad un certo punto della discussione del progetto si sia ritenuto che il conflitto di interessi non potesse verificarsi, per il fatto che i poteri dell'amministratore di sostegno non avrebbero dovuto avere carattere generale, ma essere limitati al compimento di specifici atti indicati nel decreto di nomina, per i quali ovviamente si sa-

rebbe potuto escludere *a priori* il conflitto di interessi. Ma se così fosse, allora sarebbe tanto più inutile il richiamo all'art. 378, che indica gli atti vietati al tutore, perché in un decreto di nomina questi atti non potrebbero mai essere compresi tra quelli di competenza dell'amministratore di sostegno.

In realtà, non può escludersi che anche nei rapporti tra beneficiario e amministratore di sostegno insorga un conflitto di interessi. In primo luogo, si è più volte ricordato che l'ampiezza dei poteri riservati all'amministratore è variabile, ma, in concreto, può essere notevole e quindi può essere impossibile determinare *a priori* i singoli atti necessari per adempiere all'incarico. In secondo luogo, benché il decreto debba indicare in modo analitico gli atti di competenza dell'amministratore di sostegno, la previsione non sarà mai così articolata da non lasciargli alcuno spazio di autonomia nella scelta dei concreti atti da compiere, ma con ciò stesso si apre un varco anche al conflitto di interessi.

Forse, tuttavia, il mancato richiamo non è dovuto né ad un difetto di coordinamento, né alla convinzione che il conflitto possa escludersi *a priori*, ma piuttosto alla constatazione che nei poteri del giudice tutelare sia già compreso anche quello di individuare il rimedio più adatto all'eventuale insorgere di un conflitto di interessi, senza dover richiamare altre norme.

In effetti, nulla vieta che tra gli "opportuni provvedimenti" dell'art. 410, secondo comma, possa trovare posto anche il provvedimento di nomina di un curatore speciale, oppure un provvedimento con cui si autorizzi un atto determinato, quando si possa escludere che il potenziale conflitto di interessi in concreto non sussiste.

In ogni caso, se l'amministratore di sostegno pone in essere un atto in conflitto d'interessi con il beneficiario, si applicherà la sanzione dell'annullabilità, indipendentemente dalla riconoscibilità del conflitto d'interessi da parte del terzo, diversamente da quanto richiede l'art. 1394 c.c. Questo, infatti, è uno dei tratti, che secondo l'interpretazione dominante, distingue la disciplina della rappresentanza legale da quella della rappresentanza volontaria.

Conclusione

Questa rapida e incompleta rassegna di norme mi pare confermi l'impressione che si voleva dare con l'immagine usata all'inizio, quella del gioco ad incastro. Tuttavia, vorrei cercare di dissipare, almeno in parte, la connotazione negativa che potrebbe sembrare insita nell'immagine.

Infatti, anche con riguardo al profilo della disciplina degli atti "irregolari" del beneficiario e dell'amministratore di sostegno, il nuovo istituto di protezione manifesta la sua principale caratteristica, quella della flessibilità e della adattabilità alle esigenze di una persona viva e concreta. Sarà dunque demandato al decreto di nomina disegnare il profilo "giuridico" di questa persona. E per

questa ragione ogni decreto dovrebbe essere diverso dall'altro.

Credo che gli operatori del diritto dovranno guardarsi dal rischio, che il prof. Cendon, con il suo consueto linguaggio evocatore di immagini, ha definito il pericolo di "clonazione privatistica" di persone differenti, che diventano "unità archivisticamente identiche", inquadrata in decreti perfettamente uguali di istituzione dell'amministrazione di sostegno (8).

La legge è sicuramente imperfetta per le lacune, le imprecisioni, i difetti di coordinamento; può apparire per certi versi velleitaria e per certi altri di difficile applicazione; potrebbe anche essere accusata di attentare alla certezza del diritto.

Credo però che sia un'occasione, una delle occasioni, oggi sicuramente sempre più frequenti, nelle quali il legislatore ha guardato al soggetto di diritto non come una fattispecie astratta, ma come una persona in carne ed ossa.

Nota:

(8) P. Cendon, *La follia si addice ai convegni*, in *Follia e diritto* a cura di G. Ferrando e G. Visintini, Torino, 2003, p. 43.

Amministrazione di sostegno

La capacità del beneficiario dell'amministrazione di sostegno (*)

di MIMMA MORETTI

Quali sono i confini entro i quali si afferma la capacità di agire del beneficiario e la sua partecipazione alla misura di protezione che lo riguarda? In tanto possiamo parlare di partecipazione - e più in generale di poteri di iniziativa del beneficiario - in quanto siamo in presenza di un soggetto che, pur presentando delle impossibilità - così le definisce la legge - è capace, è consapevole ed è in grado di gestire la sua vita per tutti quegli aspetti non colpiti dalla sua menomazione o disabilità. Lo spazio in cui ci si muove è dato da un lato, dall'art. 409 cod. civ. e, dall'altro, dalla possibile ampiezza del decreto di nomina dell'amministratore di sostegno.

Le norme che mi è stato chiesto di commentare racchiudono al loro interno due dei principi fondamentali della nuova legge: la capacità di agire del beneficiario e la sua partecipazione alla misura di protezione che lo riguarda.

Come si può subito rilevare si tratta di due facce dello stesso principio: in tanto possiamo parlare di partecipazione - e più in generale di poteri di iniziativa del beneficiario - in quanto siamo in presenza di un soggetto che, pur presentando delle impossibilità - così le definisce la legge - è capace, è consapevole ed è in grado di gestire la sua vita per tutti quegli aspetti non colpiti dalla sua menomazione o disabilità.

Se questa è senza dubbio l'impostazione generale, l'esame più specifico ci conduce ad evidenziare situazioni e risultati che molto vi si allontanano e il nostro compito è proprio quello di fissare i confini entro i quali la affermazione del beneficiario come soggetto capace non perde ogni significato, divenendo una mera petizione di principio.

I due termini del problema, ossia lo spazio entro il quale ci dobbiamo muovere, sono rappresentati, da un lato, dall'art. 409 e dal principio qui affermato e, dall'altro, dalla possibile ampiezza del decreto di nomina dell'amministratore di sostegno.

La capacità di agire del beneficiario tra affermazione di principio e realtà

L'art. 409 racchiude in sé già una prima apparente contraddizione terminologica: rubricato "effetti", in realtà sancisce il principio della capacità. Pare subito ovvio il significato: gli effetti veri, quelli che scaturiscono dal decreto - rappresentanza esclusiva o assistenza necessaria - sono e devono essere variabili per ogni beneficiario, proprio perché l'amministrazione di sostegno si caratterizza quale misura flessibile e duttile,

adatta al caso concreto e non rigida; ma l'effetto principale o, meglio, la caratteristica peculiare del nuovo istituto è quella di non intaccare la capacità del beneficiario, di non collocarlo aprioristicamente tra i soggetti incapaci, e di distinguere la sua posizione rispetto all'interdetto e all'inabilitato. E se è pur vero che il principio della sua capacità di agire trova subito il proprio limite nella concorrente affermazione che egli in tanto è capace in quanto non si tratti di atti per i quali deve essere sostituito o assistito, altrettanto vero è che la prospettiva è rovesciata: non più soggetto incapace, in modo totale o parziale, ma soggetto capace, la cui capacità risulta limitata rispetto al compimento di determinati atti.

Qui, a mio avviso, il principio generale enunciato nell'art. 1 - ossia che la tutela deve essere apprestata "con la minore limitazione possibile della capacità di agire" - acquista una portata diversa rispetto agli istituti tradizionali: se per interdizione e inabilitazione il principio stesso trova attuazione nella previsione dell'art. 427 che, prevedendo l'autorizzazione a compiere determinati atti, in via generale non consentiti, certo non intacca il principio generale della incapacità dei soggetti, nel caso della persona sottoposta all'amministrazione di sostegno esso si realizza nella precisa individuazione di quegli atti per i quali il beneficiario ha bisogno di sostegno, lasciando impregiudicata la sua capacità.

Individuato il principio si deve però inevitabilmente metterlo a confronto con la realtà e vedere se il suo vero valore intrinseco possa finire per essere solo principio definitorio e interpretativo più che specchio di situazione.

Nota:

(*) Relazione presentata in occasione del Convegno "L'attività negoziale dell'amministratore di sostegno" (Milano, 18 giugno 2004), organizzato dal Consiglio Notarile di Milano e dalla Scuola di Notariato della Lombardia.

ne effettiva oppure se, in ogni caso, mantenga un suo preciso significato e portata.

Per dare una risposta all'interrogativo è necessario innanzitutto assumere posizione negativa, fare "l'avvocato del diavolo".

Si deve innanzitutto tenere conto di due aspetti e metterli in correlazione. Il primo riguarda l'ampiezza dei presupposti per la nomina dell'amministratore di sostegno: ogni infermità o menomazione, fisica o psichica, temporanea o permanente, legittima il ricorso alla nomina e giustamente il nuovo istituto è stato definito un contenitore per qualunque esigenza protettiva; il secondo, necessariamente correlato, riguarda l'oggetto dell'incarico o, più precisamente, l'oggetto dell'incarico e l'indicazione degli atti riservati all'amministratore o per i quali deve prestare assistenza: nessuna limitazione è prevista, anzi vi è ricompresa anche la cura della persona del beneficiario. L'unico limite espresso è quello contenuto nel secondo comma del 409 là dove si afferma che la capacità del beneficiario in ogni caso non può essere esclusa per il compimento degli atti necessari a soddisfare le esigenze della vita quotidiana. Se, dunque, mettiamo a raffronto quanto appena detto, ben potrebbe essere beneficiario un soggetto con forti impossibilità e tutti gli atti, esclusi quelli ultimi indicati, potrebbero formare oggetto del decreto.

Ne risulterebbe un soggetto definito capace, ma di fatto incapace tranne che per gli atti della vita quotidiana.

Che poi questa soluzione sia astrattamente configurabile è avvalorato dall'art. 411 relativo alle norme applicabili all'amministrazione di sostegno là dove si richiamano numerose disposizioni dettate per la tutela e la curatela e, soprattutto, si afferma che il giudice tutelare può estendere al beneficiario effetti, limitazioni o decadenze previste per l'interdetto o l'inabilitato.

Difficile, quindi, sembra accettare passivamente la regola generale della capacità del beneficiario se poi pare poter essere svuotata di ogni contenuto.

Un primo modo per contrastare tale sensazione è molto semplice: non è detto che il beneficiario sia quella persona che prima abbiamo preso a prototipo. Ben può essere un soggetto con lievi o medie disabilità con conseguente e correlata diminuzione degli atti indicati nel decreto e ampi spazi intonsi, rispetto ai quali emerge con evidenza la sua capacità.

Ma questa constatazione non basta: a mio avviso anche solo prevedere la possibilità della situazione più grave toglie - o comunque limita fortemente - il significato e la portata del principio generale. Perché possa avere una sua valenza precisa è necessario che vi siano alcuni aspetti della vita del soggetto sottoposto all'amministrazione di sostegno che non possono essere "toccati", che gli appartengono sempre e comunque, al di là della misura di protezione.

Non si può, a questo punto, che ricordare come, nonostante le forti pressioni, l'istituto dell'interdizione sia stato mantenuto in vita; anzi è stato riformato, adeguato

al nuovo modo di intendere tanto la malattia mentale quanto le sue conseguenze non più necessariamente totalizzanti. L'amministrazione di sostegno e l'affermazione della capacità del beneficiario trovano la loro ragione d'essere e il loro preciso significato proprio nella sussistenza dell'interdizione: stato di incapacità, certamente con l'apertura del 427, ma pur sempre incapacità totale con limitate eccezioni.

L'esistenza di una graduazione fra le misure di protezione degli infermi di mente fa sì che si debba poter individuare quel nucleo di atti sui quali l'amministrazione di sostegno non può incidere e per i quali il beneficiario è persona capace. Se tali atti non possono essere individuati, se la infermità è tale per cui il soggetto deve essere protetto anche in relazione a questo aspetto della sua vita, deve essere interdetto. E l'affermazione della doverosità dell'interdizione non pare per nulla contraddetta dalla nuova rubrica del 414: se è necessaria adeguata protezione, la stessa norma afferma che gli infermi di mente con carattere di abitudine *devono* essere interdetti.

Individuazione degli atti rispetto ai quali il beneficiario dell'amministrazione di sostegno è sempre capace

Vediamo dunque quali sono questi atti che non possono formare oggetto dell'incarico, rispetto ai quali la capacità del beneficiario non può essere intaccata, atti che giustificano l'affermazione del principio espresso dal 409.

Innanzitutto, e lo abbiamo già accennato, *gli atti necessari alle esigenze della vita quotidiana*. L'individuazione di tali atti risulta di particolare importanza anche perché, se li limitassimo alle piccole esigenze - acquistare il biglietto del tram, il pane o il pagamento di una bolletta -, la grandiosa affermazione della capacità di agire del beneficiario sarebbe ben poca cosa là dove, come prima accennato, ogni altro atto gli fosse precluso in via autonoma: altro non sarebbe che un inabilitato privato ulteriormente delle sue capacità.

D'altro canto - e in assenza di ogni indicazione normativa - al fine della loro individuazione dobbiamo rifarci a quello che certamente la norma ha voluto esprimere: il beneficiario non è persona esclusa dalla società, non è soggetto per il quale è stata pronunciata la "morte civile" - così viene definita - dell'interdizione; è persona con delle disabilità, anche durature e gravi, ma pur sempre inserita in un contesto sociale e, primo fra tutti, nella sua famiglia. Ma proprio questo suo essere inserito nella vita civile, nella *sua* vita civile, fa sì che il concetto di atti della vita quotidiana si relativizzi, non possa essere oggettivizzato nella contrattualità minima dell'acquisto del pane o del biglietto, ma debba tener conto delle possibilità economiche della persona e del suo normale trend di vita. In sostanza, la formulazione letterale della norma ci aiuta: non si parla di atti della vita quotidiana, ma di soddisfacimento delle proprie esigen-

ze quotidiane e queste non possono che essere variabili per ogni individuo. Se il disabile può continuare a fare la vita di tutti i giorni come ha sempre fatto - qualunque sia il livello, anche comprensivo del voluttuario e quindi ben al di là del soddisfacimento dei bisogni primari - può essere sottoposto alla misura dell'amministrazione di sostegno e la sua capacità acquista un valore ben preciso: continuare a fare la vita di sempre - si soddisfano le esigenze primarie, vitali, ma si fanno i regali di compleanno, di laurea, di nozze ..., si organizzano cene, si organizza la vacanza .. e l'elenco potrebbe continuare ognuno diverso dall'altro.

Siamo, come appare di tutta evidenza, ben lontani da quegli atti, specificamente indicati, che l'interdetto può essere ammesso a compiere validamente a termini del 427.

Al di là di quanto fin qui detto, un altro aspetto, ben più complesso, deve essere valutato. L'affermazione che il beneficiario è persona capace sembra comportare quale diretta conseguenza che egli può compiere gli atti personalissimi, quegli atti che non tollerano rappresentanza. Se così fosse in senso assoluto, il *discrimen* tra beneficiario capace e interdetto incapace sarebbe presto trovato: nonostante l'ampiezza del decreto - e sempre salva la differenza tra la generale capacità per il compimento degli atti della vita quotidiana contrapposta alla specificità dell'indicazione degli atti ammessi per l'interdetto - il beneficiario può sposarsi, può riconoscere il proprio figlio naturale, può dettare le sue ultime volontà.

Entra qui in gioco, in tutta la sua rilevanza, l'art. 411 nel quale, come già detto, si prevede che limitazioni, decadenze ed effetti dettati per l'interdizione possono essere estesi dal giudice tutelare anche al beneficiario.

Volendo dare contenuto concreto a tale previsione possiamo iniziare a fare alcuni esempi certi.

In materia contrattuale ben potrebbe essere che venga estesa anche al beneficiario la cessazione di rapporti di durata già instaurati: uno per tutti il mandato, per il quale l'art. 1722 dispone che esso si estingua per l'intervenuta interdizione del mandante. Nulla osta a che il giudice tutelare preveda che tale effetto, legale per l'interdizione, sia esteso anche al caso del beneficiario dell'amministrazione di sostegno. Analogamente - e sempre per portare esempi di immediata comprensione - la caducazione della proposta o dell'accettazione contrattuale, effetto necessario della sopravvenuta incapacità, fatte salve le eccezioni previste dagli artt. 1329, 1330 e 1331, possono essere previste quale effetto dell'estensione di cui all'ultimo comma dell'art. 411.

In materia familiare, poi, l'incidenza dell'interdizione sulla disciplina del regime legale di comunione tra coniugi può essere sicuramente estesa anche all'amministrazione di sostegno, con la conseguenza che potrebbe essere prevista tanto la possibilità di chiedere la separazione giudiziale dei beni, quanto l'esclusione dalla amministrazione della comunione.

Gli esempi sarebbero tanti ed investono anche la materia societaria così come il tema dei rapporti obbligatori in generale, ma quello che qui conta è esaminare se la genericità del richiamo espresso dall'art. 411 possa investire anche gli aspetti personali, e in particolare quegli atti personalissimi cui prima si è detto.

Non vi è alcun dubbio che l'interdetto non può disporre per testamento ed è altrettanto certo che il testamento costituisce non solo atto di disposizione patrimoniale, ma ha forte connotazione personale: è l'atto con cui si lasciano le proprie ultime volontà, è strumento che concorre a valorizzare la personalità umana.

L'asserita capacità del beneficiario fa sì che all'interrogativo se egli possa disporre per testamento si debba dare risposta affermativa. Ma ciò non basta, perché dobbiamo anche chiederci se la capacità testamentaria possa essere esclusa dall'art. 411, ossia se il giudice tutelare possa nel decreto - o in atto successivo - estendere l'applicazione dell'art. 591 anche al beneficiario.

La assoluta generalità della norma ci induce a dover dare risposta affermativa anche a questo interrogativo, anche se non si può non rilevare come tale estensione susciti delle perplessità.

Basti al proposito pensare come nei progetti originari e, in particolare la Bozza Cendon, giungessero a non escludere la capacità testamentaria neppure per l'interdetto, seppure circondandola con le dovute cautele e come proprio questa sia la strada intrapresa in altre legislazioni: al beneficiario della misura di protezione e talvolta anche alle persone sottoposte a tutela è riconosciuto il diritto di disporre per il periodo successivo alla propria morte, previa autorizzazione ovvero prescrivendo che il testamento possa essere redatto solo nella forma pubblica. Si garantisce in tal modo il diritto di esprimere le proprie ultime volontà, ma si offre adeguata protezione nel senso di assicurarsi che il disponente sia perfettamente consapevole delle proprie azioni. Ci si può dunque domandare se la rigida distinzione che sembra emergere dalla lettura dell'art. 411 non possa essere riletta anche alla luce di queste osservazioni: non solo piena libertà di testare in assenza di una esplicita previsione del giudice tutelare ovvero negazione del diritto attraverso l'estensione dell'applicabilità dell'art. 591, ma possibilità che nel decreto il giudice tutelare ponga quelle cautele di cui si è detto. Tra l'altro, in tal modo ben si esprimerebbe quella duttilità dell'istituto dell'amministrazione di sostegno che è uno dei suoi punti qualificanti.

Ben diverso, a mio avviso, deve essere il discorso per quanto concerne il matrimonio ed il riconoscimento del figlio naturale. Si tratta di situazioni che, se non odiassi la parola, definirei esistenziali, che possono essere compromesse solo da una totale impossibilità ad assumersi degli impegni di vita, di relazionarsi con gli altri, insomma da una totale incapacità. È il caso dell'interdetto che, a causa della perdurante infermità di men-

te, non può inserirsi in un contesto sociale né dal punto di vista patrimoniale, né da quello personale.

La capacità riconosciuta al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, il riconoscimento testuale del suo inserimento nella vita di relazione, anche se in riferimento agli atti della vita quotidiana, fanno sì che non possano essergli estesi i divieti di contrarre matrimonio e di riconoscimento del figlio naturale: se così fosse, non sarebbe più sostenibile l'affermazione della capacità. Anzi, proprio questo pare il *discrimen* tra interdizione e amministrazione di sostegno: quando si afferma che la necessità di adeguata protezione, che non può essere raggiunta che attraverso l'interdizione, si vuole proprio indicare che là dove non può arrivare il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno e là dove, invece, permangono necessità di tutela, si deve pronunciare l'interdizione; se la persona non è in grado di comprendere e di vivere gli aspetti personali dell'esistenza, anzi necessita di protezione proprio in relazione a questi, deve essere applicata la misura più restrittiva.

La partecipazione del beneficiario alla misura di sostegno

A conferma di quanto fin qui detto possiamo riprendere la notazione iniziale: il riconoscimento della capacità del beneficiario, al di là della consacrazione nell'art. 409, emerge dai poteri di iniziativa e di partecipazione che gli sono riconosciuti. Quanto ai primi, basti ricordare che egli può proporre ricorso, può chiedere la revoca del provvedimento, la sostituzione dell'amministratore, può scegliere o, quanto meno, indicare la persona dell'amministratore e così via; quanto alla sua partecipazione attiva allo svolgimento della misura di protezione ne troviamo testimonianza nell'art. 410. Al di là delle affermazioni per noi un po' inusuali dei bisogni e delle aspirazioni - naturalmente se riferite ad un adulto, posto che è normale riferirle al minore, ad un soggetto in via di evoluzione - quello che qui conta è l'emergere di un soggetto che partecipa, che deve essere coinvolto, che non subisce passivamente le decisioni altrui, neppure se riguardano il compimento di quegli atti che gli sono preclusi perché è previsto il potere sostitutivo dell'amministratore. Non possiamo certo soffermarci sull'esegesi della norma; basti qui constatare come sarebbe assurdo attribuirle un significato precettivo in senso stretto e cioè che l'amministratore sia vincolato nel suo operare dal consenso del beneficiario, anche quando siano atti per i quali ha rappresentanza esclusiva. Ciò che qui conta è come emerga costantemente la figura di un soggetto in grado di essere coinvolto in ciò che lo riguarda, quanto meno a livello informativo: se è pur vero che l'atto viene compiuto da altri in nome e per suo conto, altrettanto vero è che questa sostituzione è un aiuto, non una totale esclusione, non avviene a sua insaputa. L'amministrato è persona in grado di interloquire con l'amministratore, di esprimere la propria opinione, cer-

tamente non vincolante, ma indice dei suoi bisogni e delle sue aspirazioni, tanto più limitati quanto maggiore è la sua disabilità, ma comunque esistenti e dei quali si deve tener conto. Insomma, l'affermazione della sua capacità trascende dalla valutazione del numero degli atti che non può compiere o può compiere solo con l'assistenza, non è un fatto numerico, non è solo capacità di agire, ma è l'affermazione della sua capacità di essere "persona", di avere bisogni, aspirazioni, opinioni, affetti e rapporti sociali. È, in ultima analisi, la nuova concezione del disabile.

Fabbricati

La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire

DECRETO LEGISLATIVO 20 GIUGNO 2005, N. 122

Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della legge 2 agosto 2004, n. 210.

(G.U. n. 155, 6 luglio 2005, Serie Generale)

Art. 1. *Definizioni*

1. Ai fini del presente decreto devono intendersi:

a) per «acquirente»: la persona fisica che sia promissaria acquirente o che acquisti un immobile da costruire, ovvero che abbia stipulato ogni altro contratto, compreso quello di leasing, che abbia o possa avere per effetto l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato, a sé o ad un proprio parente in primo grado, della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire, ovvero colui il quale, ancorché non socio di una cooperativa edilizia, abbia assunto obbligazioni con la cooperativa medesima per ottenere l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire per iniziativa della stessa;

b) per «costruttore»: l'imprenditore o la cooperativa edilizia che promettano in vendita o che vendano un immobile da costruire, ovvero che abbiano stipulato ogni altro contratto, compreso quello di leasing, che abbia o possa avere per effetto la cessione o il trasferimento non immediato in favore di un acquirente della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire, sia nel caso in cui lo stesso venga edificato direttamente dai medesimi, sia nel caso in cui la realizzazione della costruzione sia data in appalto o comunque eseguita da terzi;

c) per «situazione di crisi»: la situazione che ricorre nei casi in cui il costruttore sia sottoposto o sia stato sottoposto ad esecuzione immobiliare, in relazione all'immobile oggetto del contratto, ovvero a fallimento, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa;

d) per «immobili da costruire»: gli immobili per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti

essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità.

Art. 2. *Garanzia fideiussoria*

1. All'atto della stipula di un contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalità, ovvero in un momento precedente, il costruttore è obbligato, a pena di nullità del contratto che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente, a procurare il rilascio ed a consegnare all'acquirente una fideiussione, anche secondo quanto previsto dall'articolo 1938 del codice civile, di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, deve ancora riscuotere dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento. Restano comunque esclusi le somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante, nonché i contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia.

2. Per le società cooperative, l'atto equipollente a quello indicato al comma 1 consiste in quello con il quale siano state versate somme o assunte obbligazioni con la cooperativa medesima per ottenere l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire per iniziativa della stessa.

Art. 3. *Rilascio, contenuto e modalità di escussione della fideiussione*

1. La fideiussione è rilasciata da una banca, da un'impresa esercente le assicurazioni o da intermediari

finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni; essa deve garantire, nel caso in cui il costruttore incorra in una situazione di crisi di cui al comma 2, la restituzione delle somme e del valore di ogni altro eventuale corrispettivo effettivamente riscossi e dei relativi interessi legali maturati fino al momento in cui la predetta situazione si è verificata.

2. La situazione di crisi si intende verificata in una delle seguenti date:

a) di trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto;

b) di pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa;

c) di presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo;

d) di pubblicazione della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza o, se anteriore, del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria.

3. La fideiussione può essere escussa a decorrere dalla data in cui si è verificata la situazione di crisi di cui al comma 2 a condizione che, per l'ipotesi di cui alla lettera a) del medesimo comma, l'acquirente abbia comunicato al costruttore la propria volontà di recedere dal contratto e, per le ipotesi di cui alle lettere b), c) e d) del comma 2, il competente organo della procedura concorsuale non abbia comunicato la volontà di subentrare nel contratto preliminare.

4. La fideiussione deve prevedere la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'articolo 1944, secondo comma, del codice civile e deve essere escutibile, verificatesi le condizioni di cui al comma 3, a richiesta scritta dell'acquirente, corredata da idonea documentazione comprovante l'ammontare delle somme e il valore di ogni altro eventuale corrispettivo che complessivamente il costruttore ha riscosso, da inviarsi al domicilio indicato dal fideiussore a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento.

5. Il mancato pagamento del premio o della commissione non è opponibile all'acquirente.

6. Il fideiussore è tenuto a pagare l'importo dovuto entro il termine di trenta giorni dalla data di ricevimento della richiesta di cui al comma 4. Qualora la restituzione degli importi oggetto di fideiussione non sia eseguita entro il suddetto termine, il fideiussore è tenuto a rimborsare all'acquirente le spese da quest'ultimo effettivamente sostenute e strettamente necessarie per conseguire la detta restituzione, oltre i relativi interessi.

7. L'efficacia della fideiussione cessa al momento del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile o dell'atto definitivo di assegnazione.

Art. 4.

Assicurazione dell'immobile

1. Il costruttore è obbligato a contrarre ed a consegnare all'acquirente all'atto del trasferimento della proprietà una polizza assicurativa indennitaria decennale a beneficio dell'acquirente e con effetto dalla data di ultimazione dei lavori a copertura dei danni materiali e diretti all'immobile, compresi i danni ai terzi, cui sia tenuto ai sensi dell'articolo 1669 del codice civile, derivanti da rovina totale o parziale oppure da gravi difetti costruttivi delle opere, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, e comunque manifestatisi successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o di assegnazione.

Art. 5.

Applicabilità della disciplina

1. La disciplina prevista dagli articoli 2, 3 e 4 si applica ai contratti aventi ad oggetto il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili per i quali il permesso di costruire o altra denuncia o provvedimento abilitativo sia stato richiesto successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto.

Art. 6.

Contenuto del contratto preliminare

1. Il contratto preliminare ed ogni altro contratto che ai sensi dell'articolo 2 sia comunque diretto al successivo acquisto in capo ad una persona fisica della proprietà o di altro diritto reale su un immobile oggetto del presente decreto devono contenere:

a) le indicazioni previste agli articoli 2659, primo comma, n. 1), e 2826 del codice civile;

b) la descrizione dell'immobile e di tutte le sue pertinenze di uso esclusivo oggetto del contratto;

c) gli estremi di eventuali atti d'obbligo e convenzioni urbanistiche stipulati per l'ottenimento dei titoli abilitativi alla costruzione e l'elencazione dei vincoli previsti;

d) le caratteristiche tecniche della costruzione, con particolare riferimento alla struttura portante, alle fondazioni, alle tamponature, ai solai, alla copertura, agli infissi ed agli impianti;

e) i termini massimi di esecuzione della costruzione, anche eventualmente correlati alle varie fasi di lavorazione;

f) l'indicazione del prezzo complessivo da corrispondersi in danaro o il valore di ogni altro eventuale corrispettivo, i termini e le modalità per il suo pagamento, la specificazione dell'importo di eventuali somme a titolo di caparra; le modalità di corresponsione del prezzo devono essere rappresentate da bonifici bancari o versamenti diretti su conti correnti bancari o postali indicati

dalla parte venditrice ed alla stessa intestati o da altre forme che siano comunque in grado di assicurare la prova certa dell'avvenuto pagamento;

g) gli estremi della fideiussione di cui all'articolo 2;

h) l'eventuale esistenza di ipoteche o trascrizioni pregiudizievoli di qualsiasi tipo sull'immobile con la specificazione del relativo ammontare, del soggetto a cui favore risultano e del titolo dal quale derivano, nonché la pattuizione espressa degli obblighi del costruttore ad esse connessi e, in particolare, se tali obblighi debbano essere adempiuti prima o dopo la stipula del contratto definitivo di vendita;

i) gli estremi del permesso di costruire o della sua richiesta se non ancora rilasciato, nonché di ogni altro titolo, denuncia o provvedimento abilitativo alla costruzione;

l) l'eventuale indicazione dell'esistenza di imprese appaltatrici, con la specificazione dei relativi dati identificativi.

2. Agli stessi contratti devono essere allegati:

a) il capitolato contenente le caratteristiche dei materiali da utilizzarsi, individuati anche solo per tipologie, caratteristiche e valori omogenei, nonché l'elenco delle rifiniture e degli accessori convenuti fra le parti;

b) gli elaborati del progetto in base al quale è stato richiesto o rilasciato il permesso di costruire o l'ultima variazione al progetto originario, limitatamente alla rappresentazione grafica degli immobili oggetto del contratto, delle relative pertinenze esclusive e delle parti condominiali.

3. Sono fatte salve le disposizioni di cui al regio decreto 28 marzo 1929, n. 499.

Art. 7.

Modificazioni all'articolo 39 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385

1. All'articolo 39 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) Il comma 6 è sostituito dal seguente:

«6. In caso di edificio o complesso condominiale per il quale può ottenersi l'accatastamento delle singole porzioni che lo costituiscono, ancorché in corso di costruzione, il debitore, il terzo acquirente, il promissario acquirente o l'assegnatario del bene ipotecato o di parte dello stesso, questi ultimi limitatamente alla porzione immobiliare da essi acquistata o promessa in acquisto o in assegnazione, hanno diritto alla suddivisione del finanziamento in quote e, correlativamente, al frazionamento dell'ipoteca a garanzia.»;

b) dopo il comma 6 sono inseriti i seguenti:

«6-bis. La banca deve provvedere agli adempimenti di cui al comma 6 entro il termine di novanta giorni dalla data di ricevimento della richiesta di suddivisione del finanziamento in quote corredata da documentazio-

ne idonea a comprovare l'identità del richiedente, la data certa del titolo e l'accatastamento delle singole porzioni per le quali è richiesta la suddivisione del finanziamento. Tale termine è aumentato a centoventi giorni, se la richiesta riguarda un finanziamento da suddividersi in più di cinquanta quote.

6-ter. Qualora la banca non provveda entro il termine indicato al comma 6-bis, il richiedente può presentare ricorso al presidente del tribunale nella cui circoscrizione è situato l'immobile; il presidente del tribunale, sentite le parti, ove accolga il ricorso, designa un notaio che, anche avvalendosi di ausiliari, redige un atto pubblico di frazionamento sottoscritto esclusivamente dal notaio stesso. Dall'atto di suddivisione del finanziamento o dal diverso successivo termine stabilito nel contratto di mutuo decorre, con riferimento alle quote frazionate, l'inizio dell'ammortamento delle somme erogate; di tale circostanza si fa menzione nell'atto stesso.

6-quater. Salvo diverso accordo delle parti, la durata dell'ammortamento è pari a quella originariamente fissata nel contratto di mutuo e l'ammortamento stesso è regolato al tasso di interesse determinato in base ai criteri di individuazione per il periodo di preammortamento immediatamente precedente. Il responsabile del competente Ufficio del territorio annota a margine dell'iscrizione ipotecaria il frazionamento del finanziamento e della relativa ipoteca, l'inizio e la durata dell'ammortamento ed il tasso relativo.».

Art. 8.

Obbligo di cancellazione o frazionamento dell'ipoteca antecedente alla compravendita

1. Il notaio non può procedere alla stipula dell'atto di compravendita se, anteriormente o contestualmente alla stipula, non si sia proceduto alla suddivisione del finanziamento in quote o al perfezionamento di un titolo per la cancellazione o frazionamento dell'ipoteca a garanzia o del pignoramento gravante sull'immobile.

Art. 9.

Diritto di prelazione

1. Qualora l'immobile sia stato consegnato all'acquirente e da questi adibito ad abitazione principale per sé o per un proprio parente in primo grado, all'acquirente medesimo, anche nel caso in cui abbia escusso la fideiussione, è riconosciuto il diritto di prelazione nell'acquisto dell'immobile al prezzo definitivo raggiunto nell'incanto anche in esito alle eventuali offerte ai sensi dell'articolo 584 del codice di procedura civile.

2. Ai fini dell'esercizio del diritto di prelazione, l'autorità che procede alla vendita dell'immobile provvede a dare immediata comunicazione all'acquirente, con atto notificato a mezzo ufficiale giudiziario, della definitiva determinazione del prezzo entro dieci giorni dall'adozione del relativo provvedimento, con indicazione di

tutte le condizioni alle quali la vendita dovrà essere conclusa e l'invito ad esercitare la prelazione.

3. Il diritto di prelazione è esercitato dall'acquirente, a pena di decadenza, entro il termine di dieci giorni dalla data di ricezione della comunicazione di cui al comma 2 offrendo, con atto notificato a mezzo ufficiale giudiziario all'autorità che procede alla vendita dell'immobile, condizioni uguali a quelle comunicategli.

4. Qualora l'acquirente abbia acquistato l'immobile, per effetto dell'esercizio del diritto di prelazione, ad un prezzo inferiore alle somme riscosse in sede di escussione della fideiussione, la differenza deve essere restituita al fideiussore, qualora l'immobile acquistato abbia consistenza e caratteristiche tipologiche e di finitura corrispondenti a quelle previste nel contratto stipulato con il costruttore. Ove non ricorra tale condizione, l'eventuale eccedenza da restituire al fideiussore deve risultare da apposita stima.

5. È escluso, in ogni caso, il diritto di riscatto nei confronti dell'aggiudicatario.

Art. 10.

Esenzioni e limiti alla esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare

1. Gli atti a titolo oneroso che hanno come effetto il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili da costruire, nei quali l'acquirente si impegna a stabilire, entro dodici mesi dalla data di acquisto o di ultimazione degli stessi, la residenza propria o di suoi parenti o affini entro il terzo grado, se posti in essere al giusto prezzo da valutarsi alla data della stipula del preliminare, non sono soggetti all'azione revocatoria prevista dall'articolo 67 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni.

2. Non sono, altresì, soggetti alla medesima azione revocatoria i pagamenti dei premi e commissioni relativi ai contratti di fideiussione e di assicurazione di cui agli articoli 3 e 4, qualora effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso.

Art. 11.

Introduzione dell'articolo 72-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267

1. Dopo l'articolo 72 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, è inserito il seguente:

«72-bis. (Contratti relativi ad immobili da costruire). In caso di situazione di crisi del costruttore ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera c), della legge 2 agosto 2004, n. 210, il contratto si intende sciolto se, prima che il curatore comunichi la scelta tra esecuzione o scioglimento, l'acquirente abbia escusso la fideiussione a garanzia della restituzione di quanto versato al costruttore, dandone altresì comunicazione al curatore. In ogni caso, la fideiussione non può essere escussa dopo che il curatore abbia comunicato di voler dare esecuzione al contratto.»

Art. 12.

Istituzione e finalità del Fondo di solidarietà per gli acquirenti di beni immobili da costruire

1. È istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze il Fondo di solidarietà per gli acquirenti di beni immobili da costruire, di seguito denominato: «Fondo», al fine di assicurare un indennizzo, nell'ambito delle risorse del medesimo Fondo, agli acquirenti che, a seguito dell'assoggettamento del costruttore a procedure implicanti una situazione di crisi, hanno subito la perdita di somme di denaro o di altri beni e non hanno conseguito il diritto di proprietà o altro diritto reale di godimento su immobili oggetto di accordo negoziale con il costruttore ovvero l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su immobili da costruire per iniziativa di una cooperativa.

2. Ai fini dell'accesso alle prestazioni del Fondo, devono risultare nei confronti del costruttore, a seguito della sua insolvenza, procedure implicanti una situazione di crisi non concluse in epoca antecedente al 31 dicembre 1993 né aperte in data successiva a quella di emanazione del presente decreto.

3. L'accesso alle prestazioni del Fondo è consentito nei casi in cui per il bene immobile risulti richiesto il permesso di costruire.

Art. 13.

Requisiti per l'accesso alle prestazioni del Fondo

1. Per l'accesso alle prestazioni del Fondo devono ricorrere congiuntamente i seguenti requisiti oggettivi:

a) aver subito, a seguito dell'insorgenza di una situazione di crisi per effetto dell'insolvenza del costruttore, perdite di somme di denaro versate o di altri beni trasferiti dall'acquirente al costruttore medesimo come corrispettivo per l'acquisto o l'assegnazione dell'immobile da costruire;

b) non aver acquistato la proprietà o altro diritto reale di godimento sull'immobile da costruire ovvero non averne conseguito l'assegnazione.

2. Il requisito di cui al comma 1, lettera b), non viene meno per effetto dell'acquisto della proprietà o del conseguimento dell'assegnazione in virtù di accordi negoziali con gli organi della procedura concorsuale ovvero di aggiudicazione di asta nell'ambito della medesima procedura ovvero, infine, da terzi aggiudicatari.

3. Nei casi di cui al comma 2 l'indennizzo spetta solo qualora l'importo complessivo delle somme versate e del valore dei beni corrisposti al costruttore e delle somme versate per l'effettivo acquisto del bene sia superiore al prezzo originariamente convenuto con il costruttore ed è determinato in misura pari alla differenza tra il predetto importo complessivo ed il prezzo originario, fino comunque a concorrenza delle somme versate e dei beni corrisposti al costruttore.

4. Danno luogo alle prestazioni del Fondo le situazioni di perdita della proprietà del bene per effetto del successivo positivo esperimento dell'azione revocatoria, soltanto nel caso in cui essa sia stata promossa ai sensi dell'articolo 67, secondo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267.

Art. 14.

Struttura e funzionamento del Fondo

1. Il Fondo si articola in sezioni autonome corrispondenti ad aree territoriali interregionali individuate con il decreto di cui all'articolo 16, sulla base della quantità e della provenienza territoriale delle richieste di indennizzo presentate entro il termine di decadenza stabilito nell'articolo 18, comma 1, in modo da assicurare una gestione equilibrata delle sezioni. L'articolazione in sezioni non comporta un decentramento territoriale del Fondo.

2. Per ciascuna sezione autonoma è tenuta dal Fondo una distinta contabilità, anche ai fini della rendicontazione periodica.

3. Gli oneri di gestione del Fondo sono contabilmente ripartiti fra le sezioni autonome, in proporzione dell'ammontare delle risorse di cui ciascuna di esse dispone in virtù dei contributi che le sono imputati ai sensi dell'articolo 17, comma 5.

4. Le risorse di ciascuna sezione, al netto degli oneri di gestione, sono destinate alla soddisfazione delle richieste di indennizzo dei soggetti aventi diritto in relazione agli immobili ubicati nel territorio di competenza della sezione medesima. A tale fine il gestore del Fondo, entro sei mesi dalla data di scadenza del termine di presentazione delle richieste di indennizzo da parte degli aventi diritto, salve le risultanze della successiva attività istruttoria, determina per ciascuna sezione l'ammontare massimo complessivo delle somme da erogare a titolo di indennizzo e, quindi, sulla base delle risorse globalmente imputate a ciascuna sezione per effetto del versamento della prima annualità del contributo obbligatorio di cui all'articolo 17, la prima quota annuale di indennizzo da erogare.

5. Le ulteriori quote annuali di indennizzo sono determinate in funzione delle variazioni della misura annua del contributo, stabilita con il decreto di cui all'articolo 17, comma 4, e del suo gettito effettivo, oltre che del decrescente ammontare residuo degli indennizzi da corrispondere.

6. In caso di integrale soddisfazione delle richieste degli aventi diritto, anche prima della scadenza del termine massimo di operatività del Fondo, le eventuali somme residue di una sezione sono attribuite alle altre sezioni, che non abbiano risorse sufficienti, proporzionalmente all'ammontare residuo degli indennizzi da corrispondersi da parte di ciascuna di queste.

7. Il Fondo ha azione di regresso nei confronti del costruttore per il recupero dell'indennizzo corrisposto

all'acquirente. A tale fine il Fondo si surroga nei diritti dell'acquirente nell'ambito della procedura implicante la situazione di crisi aperta nei confronti del costruttore, progressivamente in ragione e nei limiti delle somme corrisposte a titolo di indennizzo, nonché dei relativi interessi e spese. L'indennizzato ha facoltà di agire nell'ambito della procedura per l'eventuale residua parte del credito non soddisfatta dall'indennizzo ricevuto dal Fondo.

8. Le somme recuperate dal Fondo ai sensi del comma 7 sono imputate alla sezione autonoma del Fondo che ha erogato l'indennizzo.

Art. 15.

Gestione del Fondo

1. La gestione del Fondo è attribuita alla CONSAP - Concessionaria di servizi assicurativi pubblici s.p.a., che vi provvede per conto del Ministero dell'economia e delle finanze sulla base di apposita concessione, approvata con decreto del medesimo Ministero.

2. La concessione si conforma al principio di affidare alla CONSAP, quale concessionaria, la gestione di cassa e patrimoniale del Fondo, la conservazione della sua integrità, la liquidazione delle relative spese, nonché al principio di garantire la verifica periodica, da parte dell'amministrazione concedente, della corrispondenza della gestione del Fondo alle finalità indicate dal presente decreto. Ai relativi oneri e alle spese di gestione si provvede nell'ambito delle risorse finanziarie del Fondo, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

3. Ai fini di cui al comma 2, la concessione definisce, tra l'altro, le modalità di esercizio concernenti:

a) iniziative informative da assumersi ad opera del Fondo, con oneri a suo carico, al fine di garantire l'effettiva fruizione dei benefici previsti dal presente decreto da parte dei destinatari;

b) la rilevazione dei dati necessari per la definizione delle aree territoriali e delle corrispondenti sezioni autonome del Fondo, ai sensi dell'articolo 14, comma 1, nonché per la determinazione annua della misura del contributo obbligatorio, di cui all'articolo 17, comma 4;

c) l'istruttoria delle richieste di indennizzo;

d) la liquidazione degli indennizzi e la loro erogazione, anche tramite apposite convenzioni con le banche;

e) la ripetizione delle somme già erogate, nei casi di revoca o riforma dell'attribuzione, nonché l'esercizio del diritto di surroga previsto dall'articolo 14, comma 7;

f) la previsione dell'ammontare complessivo delle somme da destinare all'erogazione degli indennizzi, nonché al sostenimento degli oneri di gestione;

g) la destinazione ad investimenti a redditività certa ed adeguata delle somme disponibili, compatibilmente con le esigenze di liquidità del Fondo;

h) la presentazione al Ministero dell'economia e delle finanze, per il successivo inoltro alla Corte dei

conti, del rendiconto annuale, approvato dal Consiglio di amministrazione della concessionaria, accompagnato dalla situazione patrimoniale del Fondo e da una relazione sull'attività svolta.

4. La concessione stabilisce, altresì, le modalità di accreditamento alla CONSAP delle somme che affluiscono al Fondo.

Art. 16.

Ulteriore disciplina per la gestione del Fondo

1. Con decreto di natura non regolamentare del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono definite le aree territoriali e le corrispondenti sezioni autonome del Fondo, tenuto conto dei dati raccolti ed elaborati dal gestore del Fondo medesimo.

2. Possono altresì essere stabiliti ulteriori criteri e modalità per la concreta gestione del Fondo, con particolare riferimento all'attuazione di quanto previsto dall'articolo 14.

Art. 17.

Contributo obbligatorio

1. Per reperire le risorse destinate al Fondo, è istituito un contributo obbligatorio a carico dei costruttori tenuti all'obbligo di procurare il rilascio e di provvedere alla consegna della fideiussione di cui all'articolo 2; il contributo è versato direttamente dal soggetto che rilascia la fideiussione.

2. Il contributo obbligatorio è dovuto per un periodo massimo di quindici anni a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto ovvero, se antecedente, sino alla data nella quale risultino acquisite al Fondo risorse sufficienti ad assicurare il soddisfacimento delle richieste di indennizzo presentate dagli aventi diritto. L'eventuale ricorrenza della predetta condizione per l'anticipata cessazione della debenza del contributo è accertata con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze.

3. Per la prima annualità la misura del contributo è fissata nel quattro per mille dell'importo complessivo di ciascuna fideiussione ed il versamento è effettuato, entro il mese successivo a quello di rilascio della fideiussione, con le modalità stabilite e rese pubbliche dal soggetto gestore del Fondo.

4. Per le annualità successive, la misura del contributo è stabilita con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, entro il limite massimo del cinque per mille dell'importo complessivo di ciascuna fideiussione; con il medesimo decreto possono essere stabilite, altresì, modalità per il versamento diverse o ulteriori rispetto a quelle fissate nel comma 3.

5. Le somme versate a titolo di contributo obbligatorio sono imputate alla sezione autonoma del Fondo

nel cui ambito territoriale è ubicato l'immobile oggetto di fideiussione.

6. Qualora il versamento del contributo obbligatorio non avvenga entro il termine di cui al comma 3, sono dovuti interessi di mora calcolati, a decorrere dal giorno della scadenza del termine fino a comprendere quello dell'effettivo versamento, al saggio di interesse legale.

7. I soggetti che rilasciano fideiussioni ai sensi dell'articolo 2 sono tenuti a trasmettere entro il 31 dicembre di ogni anno al soggetto gestore del Fondo una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, ai sensi dell'articolo 47 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, recante attestazione delle fideiussioni rilasciate, con indicazione dei dati dei soggetti interessati, degli importi e degli estremi identificativi degli atti fideiussori.

Art. 18.

Accesso alle prestazioni del Fondo ed istruttoria sulle domande

1. La domanda di accesso alle prestazioni del Fondo deve essere presentata dagli aventi diritto, a pena di decadenza, entro il termine di sei mesi dalla data di pubblicazione del decreto di cui al comma 6.

2. Ciascun soggetto può ottenere dal Fondo l'indennizzo una sola volta, anche nel caso in cui abbia subito più perdite in relazione a diverse e distinte situazioni di crisi. Gli importi delle perdite indennizzabili sono rivalutati, in base alle variazioni dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati, alla data di entrata in vigore del presente decreto.

3. Il richiedente deve fornire la prova della sussistenza e dell'entità della perdita. A tale fine costituisce prova anche il provvedimento che ha definitivamente accertato il credito in sede concorsuale.

4. Nello svolgimento dell'attività istruttoria il gestore del Fondo, al fine di determinare criteri di valutazione uniformi in merito a situazioni e documentazioni ricorrenti, può acquisire il parere di un apposito comitato, costituito con il decreto di cui al comma 6 e composto da rappresentanti del Ministero della giustizia, del Ministero dell'economia e delle finanze, del Ministero delle attività produttive e delle categorie interessate.

5. Il gestore del Fondo, all'esito dell'istruttoria, nei termini stabiliti in sede di concessione, delibera il riconoscimento dell'indennità e la relativa liquidazione ovvero la reiezione della richiesta.

6. Con decreto del Ministero della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono dettate disposizioni relative alle modalità, anche telematiche, di presentazione della domanda ed al contenuto della documentazione da allegare a questa, nonché in merito allo svolgimento dell'attività istruttoria di cui al presente articolo.

IL COMMENTO (*)

di Giovanni Rizzi

È stato approvato dal Governo il Decreto Legislativo di attuazione alla legge 2 agosto 2004 n. 210 recante delega al governo per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire. Il testo del provvedimento suscita non pochi interrogativi e difficoltà interpretative, dato che coinvolge anche la nullità dei contratti aventi per oggetto immobili da costruire.

È stato approvato il Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122 di attuazione alla legge 2 agosto 2004 n. 210 recante "Delega al governo per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire" (di seguito indicato per brevità Decreto).

L'art. 2 del Decreto così dispone: "1. All'atto della stipula di un contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalità, ovvero in un momento precedente, il costruttore è obbligato, a pena di nullità del contratto che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente, a procurare il rilascio e a consegnare all'acquirente una fideiussione, anche secondo quanto previsto dall'art. 1938 del codice civile, di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, deve ancora riscuotere dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento. Restano comunque escluse le somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante nonché i contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia.

2. Per le società cooperative, l'atto equipollente a quello indicato al comma 1 consiste in quello con il quale siano state versate somme o assunte obbligazioni con la cooperativa medesima per ottenere l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire per iniziativa della stessa."

Il successivo art. 3, a sua volta, stabilisce che la fideiussione suddetta deve garantire "la restituzione delle somme e del valore di ogni altro eventuale corrispettivo effettivamente riscossi" nel caso cui "il costruttore incorra in una situazione di crisi".

Le figure "centrali", quindi, della nuova disciplina di tutela, alle quali sia gli artt. 2 e 3 del Decreto che la legge delega, fanno continuamente riferimento, sono le figure del "costruttore", dell'"acquirente", dell'"immobile da costruire" nonché, quale presupposto per l'applicabilità stessa della nuova normativa, la figura della "situazione di crisi". E molto opportunamente il Decreto esordisce fornendo all'art. 1 le definizioni di dette figure,

precisando, in tal modo, cosa deve intendersi, ai fini dell'applicazione della nuova disciplina di tutela, per "costruttore", per "acquirente", per "immobile da costruire" e per "situazione di crisi", con ciò recependo in buona sostanza la definizione che di tali figure già aveva dato la legge delega (legge 210/2004) all'art. 2 (per quanto concerne le figure dell'"costruttore", dell'"acquirente", e della "situazione di crisi") ed all'art. 1 (per quanto concerne la figura dell'"immobile da costruire") (1).

La nuova forma di tutela prevista dalla normativa in commento consiste, in buona sostanza, nell'obbligo per il costruttore di prestare all'acquirente una garanzia fideiussoria.

Presupposti per l'applicazione della nuova disciplina di tutela sono:

– con riguardo ai soggetti: che a vendere sia un costruttore che agisce nell'esercizio di impresa e che ad acquistare sia una persona fisica (art. 1);

– con riguardo al contratto: che si tratti di contratto ad effetti traslativi non immediati (art. 2);

– con riguardo all'oggetto: che si tratti di "immobile da costruire" (art. 1); al riguardo, peraltro, bisogna anche rilevare come il legislatore delegato abbia, di fatto, limitato l'applicabilità della nuova disciplina agli immobili da costruire dedotti in contratto in una dimensione che potremmo definire "dinamica": deve trattarsi, in particolare, di fabbricati rispetto ai quali sia prevista una successiva attività edificatoria ad opera del venditore e che pertanto al momento della conclusione del contratto non risultino ancora individuati nella consistenza voluta e convenuta tra le parti (esempio ricorrente, nella prassi, la cd. "vendita sulla carta").

La nuova normativa non si applica, invece, ogni qualvolta oggetto di negoziazione siano immobili da costruire dedotti in contratto in una dimensione che potremmo definire "statica": ossia ogni qualvolta il contratto riguardi edifici che vengono ceduti nello stato in cui si trovano al momento della stipula del contratto medesimo.

Note:

(*) Il presente commento è stato elaborato sulla base di materiale predisposto nell'ambito dell'attività svolta per la Commissione Studi Civili del Consiglio Nazionale del Notariato.

(1) In realtà nel testo originario del decreto legislativo non erano state fornite le definizioni ora contenute nell'art. 1. Come si è avuto modo di precisare nella *Relazione illustrativa al decreto* l'articolo 1 è stato introdotto "in accoglimento di un'osservazione formulata da entrambe le Commissioni parlamentari" e contiene "le definizioni di "acquirente", "costruttore", e situazioni di crisi coincidenti con quelle della legge di delega". Si precisa ancora nella relazione suddetta che "è apparso opportuno definire, altresì la categoria degli "immobili da costruire", quale oggetto della tutela apprestata dalla normativa, e per far ciò si è mutuata la descrizione contenuta nell'art. 1 comma 1 della legge di delega."

I soggetti*L'acquirente*

L'art. 1 del *Decreto*, alla lettera a), fornisce la definizione di "acquirente", precisando che deve intendersi per "acquirente" la "persona fisica che sia promissaria acquirente o che acquisti un immobile da costruire, ovvero che abbia stipulato ogni altro contratto, compreso quello di leasing, che abbia o possa avere per effetto l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato, a sé o ad un proprio parente in primo grado, della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire, ovvero colui il quale, ancorché non socio di una cooperativa edilizia, abbia assunto obbligazioni con la cooperativa medesima per ottenere l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire per iniziativa della stessa".

L'acquirente deve, pertanto, essere una persona fisica. Non si applica la nuova disciplina di tutela ad acquirente che sia società o comunque ente collettivo.

È dubbio se con l'espressione "persona fisica" il legislatore abbia voluto riferirsi a qualunque persona fisica, a prescindere dall'attività nell'esercizio della quale effettui l'acquisto, o se con tale espressione abbia voluto fare riferimento alla persona fisica che comunque non agisca nell'esercizio di attività imprenditoriale o professionale, sulla scia delle recenti molteplici disposizioni dettate a tutela del "consumatore". Nei primi commenti sembra prevalere questa seconda lettura più "restrittiva" della normativa di tutela; tuttavia, sul punto, non manca chi della disposizione in commento si attiene ad una interpretazione "letterale" che non lascerebbe, invece, spazio, a limitazioni ed esclusione di sorta. (2) Riteniamo peraltro preferibile l'interpretazione "restrittiva": infatti se scopo della norma è quella di tutelare i "contraenti deboli", privi cioè della opportuna forza contrattuale e delle conoscenze che invece possiedono coloro che operano sul mercato, assumendo quindi, consapevolmente, il connesso ed inevitabile "rischio di impresa", dovrà conseguentemente escludersi dalla tutela anche la persona fisica che agisca nell'esercizio di impresa o della professione (non si capirebbe, altrimenti, perché la tutela sarebbe applicabile all'impresa, di piccole o medie dimensione, se esercitata in forma individuale e non invece alla medesima impresa se esercitata nella forma, ad esempio, di s.n.c.).

La tutela si estende anche al contraente nel contratto per persona da nominare, nell'ipotesi, prevista espressamente nell'art. 1 lett. a) del *Decreto*, di nomina a favore di un *parente di primo grado*. La norma peraltro non è ben chiara: non si capisce, infatti, perché, una volta ottenuta la garanzia fideiussoria, la nomina non possa avvenire a favore di un soggetto che non sia parente di primo grado. Probabilmente il riferimento all'acquisto per "sé o a favore di proprio parente in primo grado" sta a confermare l'applicabilità della normativa di tutela nell'ipotesi più frequente di "contratto per persona da nominare" senza escludere peraltro le altre ipo-

tesi. Si è avuto, infatti, modo di osservare al riguardo che con tale disposizione il legislatore ha voluto senz'altro ricomprendere nell'ambito di applicazione della nuova normativa di tutela anche il fenomeno, molto diffuso nella pratica, degli acquisti immobiliari nei quali i genitori trattano direttamente col venditore, pagando l'intero prezzo, mentre l'intestazione avviene a favore dei figli. (3) D'altronde l'art. 3 comma settimo del *Decreto*, non contempla tra le cause di cessazione di efficacia della fideiussione la "sostituzione" del contraente originario per effetto della dichiarazione di nomina.

La tutela si applica anche nel caso di cessioni o assegnazioni da cooperative edilizie. A questa fattispecie fa espresso riferimento anche il secondo comma dell'art. 2 del *Decreto* che, con riferimento, per l'appunto alle cooperative edilizie, individua l'atto equipollente a quello "comportante il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento" nell'atto con il quale siano state versate somme o siano state assunte obbligazioni verso la cooperativa medesima per ottenere l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire per iniziativa della stessa. E l'art. 1 del *Decreto*, a sua volta, precisa che la disciplina di tutela trova applicazione a prescindere dal fatto che l'acquirente sia o meno socio della cooperativa.

Il venditore

La tutela si applica solo nel caso in cui a vendere sia il "costruttore". Lo si ricava espressamente dal disposto dell'art. 2 del *Decreto* la dove stabilisce che obbligato a prestare la fideiussione è per l'appunto il "costruttore". Lo stesso *Decreto* all'art. 1 lett. b) stabilisce quando e a che condizioni un soggetto possa considerarsi "costruttore" ai fini dell'applicabilità della nuova disciplina, precisando che deve intendersi per "costruttore" "l'imprenditore o la cooperativa edilizia che promettano in vendita o che vendano un immobile da costruire, ovvero che abbiano stipulato ogni altro contratto, compreso quello di leasing, che abbia o possa avere per effetto la cessione o il trasferimento non immediato in favore di un acquirente della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire, sia nel caso in cui lo stesso venga edificato direttamente dai medesimi sia nel caso in cui la realizzazione della costruzione sia data in appalto o comunque eseguita da terzi".

Per l'applicazione della disciplina di tutela, quindi, il venditore/costruttore deve essere un "imprenditore" (non importa se persona fisica o società) o una "cooperati-

Note:

(2) V. sul punto lo *Studio* n. 5691/C dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, *Prime considerazioni sul decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione*, redatto da A. Ruotolo e A. Paolini, in *CNN Notizie* del 13 giugno 2005.

(3) V. *Studio* n. 5691/C dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, cit.

va edilizia”: deve trattarsi di un operatore professionale, ossia di un soggetto che agisca nell’esercizio di impresa; non è, a nostro parere, invece, necessario che se si tratti di impresa che operi in via esclusiva o principale nel settore immobiliare e delle costruzioni pur potendo operare anche in altri settori, come nel caso dell’imprenditore, che, in via occasionale, effettui un’operazione immobiliare) (4).

Deve ritenersi, pertanto, non applicabile la tutela in oggetto nei rapporti tra “privati”, quando cioè un privato (o comunque un soggetto che non agisca nell’esercizio di impresa), al di fuori di qualsiasi attività imprenditoriale ed in forma del tutto occasionale, intenda vendere un fabbricato da edificare.

Per l’applicazione della tutela in oggetto, inoltre, non è necessario che il venditore debba necessariamente essere anche il costruttore materiale dell’edificio, potendo trattarsi di operatore che ha affidato a terzi, ad esempio in appalto, la costruzione dell’edificio (è il caso tipico della “immobiliare” che ha per scopo la realizzazione di interventi immobiliari ed edilizi affidando a terzi, mediante appositi contratti di appalto, la realizzazione materiale delle opere).

Il contratto

La nuova normativa di tutela si applica in caso di stipula di contratti che abbiano come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di un altro diritto di godimento su un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalità. Così dispone l’art. 2 del Decreto che sul punto ribadisce quanto già previsto nell’art. 2 della legge delega ove si fa riferimento ad ogni tipo di contratto, compreso il leasing, che comporti l’acquisto o comunque il trasferimento non immediato, della proprietà o di diritti reali limitati su edifici da costruire.

La nuova normativa di tutela sembra poter trovare applicazione solo in caso di:

a) *contratti ad effetti obbligatori che non comportino l'immediato trasferimento della proprietà.*

Ad esempio:

- preliminare di vendita di fabbricato da costruire (indipendentemente dalla sua trascrizione);
- vendita di fabbricato da costruire (vendita di cosa futura ex art. 1472 c.c.);
- vendita di fabbricato in corso di costruzione e di proprietà di terzi (art. 1478 c.c.);

b) *contratti che abbiano comunque la finalità di far acquisire all'acquirente la proprietà di un fabbricato da costruire.*

Ad esempio:

- permuta di area (bene presente) con unità da costruire (bene futuro) (*le nuove forme di tutela troveranno ovviamente applicazione con riguardo ovviamente al trasferimento del bene futuro*).
- cessione di quota indivisa di area, con condominio precostituito, ove il corrispettivo della cessione è

dato dall’obbligo dell’acquirente di costruire a sue cure e spese anche la porzione di edificio di competenza del venditore (*anche in questo caso sarà il venditore dell’area, pro quota,, quale acquirente della porzione di edificio da costruire, oggetto del condominio precostituito, a dover essere tutelato*).

– contratto di opzione ex art. 1331 c. c.

c) *contratti ad effetti reali “differiti” che comunque non comportino l'immediato trasferimento della proprietà.*

Ad esempio:

- compravendita con riserva di proprietà ex artt. 1523 e segg. c.c. (5);
- compravendita soggetta a condizione sospensiva;
- compravendita con previsione di termine.

In pratica sembra che il legislatore abbia subordinato l’applicazione della nuova normativa di tutela al fatto che il soggetto acquirente, a fronte del pagamento di un prezzo o comunque della prestazione di un corrispettivo (che può essere, a sua volta, costituito dal trasferimento immediato della proprietà o altro diritto reale di un bene) non abbia ancora acquisito la proprietà (o altro diritto reale) del fabbricato da costruire o in quanto non sia stato ancora stipulato il negozio traslativo (come nel caso del preliminare) od in quanto pur essendovi il titolo, in realtà manchi ancora l’oggetto della proprietà (o di altro diritto reale) non essendo il fabbricato ancora venuto ad esistenza nella consistenza voluta dalle parti. (come nel caso di vendita ex art. 1472 c.c.).

Ed il legislatore delegato, infatti, oltre che parlare espressamente di contratto avente come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale (*ed in questo senso oltre agli articoli 1 e 2 si pone anche l’art. 5*), fa continui riferimenti, nello stabilire contenuto ed effetti della garanzia fideiussoria, proprio al momento del trasferimento della proprietà del fabbricato: così la *fideiussione deve essere di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e deve ancora riscuotere dall’acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento (art. 2 primo comma)*; ed ancora *l’efficacia della fideiussione cessa al momento del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale o dell’atto definitivo di assegnazione (art. 3 comma settimo)*.

L’oggetto: il fabbricato da costruire

Tra i molteplici interrogativi e dubbi interpretativi che la nuova normativa sta suscitando, assume partico-

Note:

(4) Si pensi al caso dell’impresa manifatturiera, che dopo aver trasferito la propria attività in un nuovo fabbricato industriale, utilizzi l’area di risulta dalla demolizione del vecchio opificio per realizzare un complesso residenziale da collocare sul mercato immobiliare.

(5) Benché la vendita con riserva di proprietà sia disciplinata da disposizioni, gli artt. 1523 e segg. c.c., ricomprese nella sezione dedicata alla “vendita di cose mobili” è opinione prevalente in dottrina e giurisprudenza che la riserva di proprietà di cui alle norme succitate possa riguardare anche i trasferimenti immobiliari.

lare rilevanza quello che concerne la esatta individuazione dell'“immobile da costruire”.

A dire il vero, l'art. 1 del Decreto, alla lettera d), fornisce la definizione di “immobili da costruire” precisando che debbono intendersi per “immobili da costruire” quelli “per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire (6) e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità”.

Tuttavia tale definizione non appare del tutto appagante e tale da fugare ogni dubbio interpretativo.

Come già osservato, bisogna innanzitutto constatare come il legislatore delegato abbia voluto dettare questa nuova disciplina per gli immobili da costruire dedotti in contratto in una dimensione che abbiamo definito “dinamica”: deve trattarsi, in particolare, di fabbricati rispetto ai quali sia prevista una successiva attività edificatoria ad opera del venditore e che pertanto al momento della conclusione del contratto non risultino ancora individuati nella consistenza voluta e convenuta tra le parti. In pratica la nuova disciplina di tutela si applica solo quando il fabbricato venga dedotto in contratto con caratteristiche (consistenza, impianti, finiture) non ancora esistenti al momento della conclusione del contratto stesso, caratteristiche peraltro delle quali si sia già tenuto conto ai fini della determinazione del prezzo, e la cui realizzazione presuppone pertanto un'attività edificatoria da parte del venditore/costruttore successiva alla conclusione del contratto in questione (è il caso, assai diffuso nella pratica, della cd. “vendita sulla carta”).

La nuova normativa non si applica invece ogni qualvolta oggetto di negoziazione siano immobili da costruire dedotti in contratto in una dimensione che potremmo definire “statica”: ossia ogni qualvolta il contratto riguardi edifici che vengono ceduti nello stato in cui si trovano al momento della stipula del contratto medesimo. Ad esempio se viene stipulato un contratto avente per oggetto un'area sulla quale siano stati eseguiti solamente i lavori di costruzione di un edificio sino alla prima soletta, siamo sicuramente in presenza di un contratto avente per oggetto un “immobile da costruire” secondo la definizione data dall'art. 1 lett. d) del Decreto; ma se le parti hanno convenuto di trasferire l'immobile nello stato in cui in quel momento si trova, con prezzo ragguagliato alla sua attuale consistenza, non assumendo il venditore alcun obbligo circa il completamento o la continuazione delle opere, la disciplina in commento non potrà trovare applicazione. Disciplina che troverà invece applicazione nel caso in cui ad essere dedotto in contratto sia, ad esempio, un appartamento al secondo piano di quel fabbricato da costruirsi a cura del venditore/costruttore, appartamento da consegnarsi all'acquirente completo di impianti e di opere di finitura e quindi funzionale all'uso cui è destinato.

In base alla definizione fornita dall'art. 1 del Decreto possono considerarsi “immobili da costruire” ai fini del-

l'applicabilità della nuova disciplina di tutela tutti quegli immobili (da considerare, sempre, in quella dimensione che abbiamo definito “dinamica”) che si trovano in uno stadio di “costruzione” che si colloca tra i seguenti due momenti:

– dopo l'avvenuta richiesta del permesso di costruire ovvero dopo l'avvenuta presentazione della denuncia di inizio attività (ricorrendo le condizioni di cui all'art. 22 terzo comma D.P.R. 380/2001 Testo Unico in materia edilizia);

– prima del completamento delle finiture e della conseguente richiesta di rilascio del certificato di agibilità.

In pratica, per il decreto in commento, si è in presenza di un “fabbricato da costruire”, ai fini dell'applicabilità della nuova disciplina di tutela, dal momento della richiesta del titolo edilizio sino al momento della richiesta del certificato di agibilità (che a sensi dell'art. 25 del D.P.R. 380/2001 Testo Unico in materia edilizia deve essere richiesto una volta completate le opere di finitura ed entro il termine perentorio di quindici giorni dal completamento di tale opera).

Sono conseguentemente esclusi dalla disciplina di tutela:

a) l'acquirente di edifici per i quali non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire o altra denuncia o il provvedimento abilitativo e per i quali, pertanto, il progetto edificatorio sia stato solo predisposto dal venditore, ma non ancora presentato ai competenti Uffici Comunali.

Ed a maggior ragione deve ritenersi esclusa la tutela per l'acquirente nel caso di costruzione abusiva (7), realizzata in assenza del permesso di costruire o di altro titolo abilitativo (8).

Perché si possa applicare la nuova disciplina di tutela si dovrà dunque fare riferimento ad un progetto per il quale sia stata fatta regolare richiesta di rilascio di titolo abilitativo. (9)

Note:

(6) Il riferimento, contenuto nella definizione di cui all'art. 1 del decreto, al permesso di costruire, deve peraltro ritenersi comprensivo di ogni altro titolo edilizio equipollente (ad esempio una denuncia di inizio attività nei casi di cui all'art. 22 terzo comma D.P.R. 380/2001 Testo Unico in materia edilizia), come peraltro, appare confermato dalla disposizione del successivo art. 5 del Decreto medesimo.

(7) Nel senso che la scelta del legislatore debba interpretarsi come una “presa di posizione esplicita per contrastare fenomeni di abusivismo edilizio, stimolando il tal modo anche la responsabilizzazione dell'acquirente” anche lo Studio n. 5691/C dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, cit.

(8) Riteniamo invece applicabile la tutela nel caso di costruzione in “totale difformità” dal titolo edilizio, che, se da un lato impedisce la commerciabilità del bene dall'altro non deve privare l'acquirente della tutela, quanto mai opportuna in questo caso, proprio per il fatto che non potrà essere perfezionato l'atto di trasferimento della proprietà dell'edificio; il Decreto, infatti, subordina la applicabilità della tutela al fatto che sia stato richiesto il rilascio del titolo abilitativo edilizio e non al fatto che l'edificio venga successivamente costruito in conformità allo stesso.

(9) Ovvero sia stata presentata una D.I.A. nei casi in cui la nuova costruzione possa essere eseguita in forza di D.I.A. (art. 22 terzo comma T.U.)

b) l'acquirente di edifici per i quali sia già stato richiesto il rilascio dell'agibilità (o addirittura già dichiarato agibili anche per silenzio-assenso) in quanto già completati anche con riguardo alle finiture.

Si rammenta, inoltre, che l'art. 5 del Decreto stabilisce che la nuova normativa di tutela si applica agli edifici per i quali il permesso di costruire o altra denuncia o provvedimento abilitativo siano stati richiesti successivamente alla data di entrata in vigore del decreto medesimo. Pertanto dalla disciplina di tutela va pure escluso l'acquirente di edifici per i quali il permesso di costruire o altra denuncia o il provvedimento abilitativo siano stati richiesti prima dell'entrata in vigore del Decreto.

Sul punto appare interessante segnalare come il legislatore, per la disciplina in commento, abbia accolto una nozione di "fabbricato da costruire" e quindi di "fabbricato non ancora ultimato" diversa da quella adottata in precedenza in altre disposizioni normative: infatti nel nostro ordinamento esistono altre disposizioni che definiscono quando un fabbricato può considerarsi ultimato; ricordiamo in proposito:

– l'art. 31 secondo comma legge 47/1985 che, in tema di condono edilizio, ai fini dell'individuazione delle opere condonabili in relazione all'epoca di realizzazione, così dispone: "si intendono ultimati gli edifici nei quali sia stato eseguito il rustico e completata la copertura ovvero, quanto alle opere interne agli edifici già esistenti e a quelle non destinate alla residenza, quando siano state completate funzionalmente";

– l'art. 2645-bis ultimo comma c. c., in tema di trascrizione del preliminare, a sua volta così dispone: "si intende esistente l'edificio nel quale sia stato eseguito il rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità e sia stata completata la copertura".

Per entrambe le suddette disposizioni il fabbricato si intende ultimato e quindi esistente ogniqualvolta sia stato realizzato il rustico e completata la copertura: in questi casi il legislatore ha "anticipato" il momento della venuta ad esistenza del fabbricato facendolo coincidere con quello della realizzazione del cd. "rustico". Tale scelta si giustifica in quanto si tratta di fattispecie nelle quali il legislatore, ricollegando determinati effetti alla venuta ad esistenza del fabbricato (10), ha ritenuto, in relazione agli interessi ed agli obiettivi perseguiti (condono edilizio, trascrizione preliminare) sufficiente un fabbricato individuabile come tale, e quindi realizzato nella sua struttura "essenziale", senza che assumessero rilievo impianti, finiture ed accessori.

Ma nel caso del decreto in commento le finalità perseguite sono ben altre: si tratta infatti di tutelare l'acquirente, riconoscendogli la possibilità di recuperare tutto quanto dallo stesso già sborsato prima della acquisizione definitiva della proprietà di un edificio da costruire. Ciò ha indotto il legislatore ad adottare una diversa nozione di "fabbricato da costruire", dilatandola al di là del momento della realizzazione del rustico e quindi del mero "involucro esterno", ritenendo, pertanto,

l'immobile "non ancora ultimato" sino al momento in cui non venga a trovarsi nello "stadio tale da consentire il rilascio del certificato di agibilità"; il che equivale a dire che, in base a questa definizione, l'immobile non potrà considerarsi ultimato sino a che non siano stati eseguiti gli impianti e non siano state completate le finiture, rendendo in tale modo il fabbricato "funzionale" agli usi per i quali è stato realizzato. Infatti l'art. 25 D.P.R. 380/2001 (Testo Unico in materia edilizia) al primo comma, stabilisce che la domanda di rilascio del certificato di agibilità deve essere presentata ai competenti uffici del Comune "entro quindici giorni dall'ultimazione dei lavori di finitura dell'intervento" con ciò lasciando intendere che il certificato di agibilità non può essere richiesto, né tanto meno rilasciato, sino a che non siano state completate anche le finiture.

Le fattispecie tutelate in relazione alle caratteristiche dell'immobile da costruire ed al tipo di contratto stipulato

La nuova disciplina di tutela, peraltro, non si applica per il sol fatto che si sia in presenza di immobili definibili come "immobili da costruire", ma è necessario, a tal fine, che gli stessi costituiscano oggetto di contratti privi di effetti traslativi immediati. Così dispongono gli artt. 1 e 2 del Decreto che sul punto ribadiscono quanto già previsto nell'art. 2 della legge delega (ed in tali norme si fa espresso riferimento ad ogni tipo di contratto che comporti l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato, della proprietà o di diritti reali limitati su edifici da costruire); ne consegue pertanto che l'applicabilità o meno della nuova disciplina di tutela dipende oltre che dalle caratteristiche dell'immobile negoziato anche dal tipo di contratto stipulato.

Come già abbiamo avuto modo di osservare, il legislatore ha, infatti, subordinato l'applicazione della nuova normativa di tutela al fatto che il soggetto acquirente, a fronte del pagamento di un prezzo o comunque della prestazione di un corrispettivo (che può essere, a sua volta, costituito dal trasferimento immediato della proprietà o altro diritto reale di un bene) non abbia ancora acquisito la proprietà (o altro diritto reale) del fabbricato da costruire.

Emblematico, a tal riguardo, è il caso del fabbricato riguardo al quale sia già stato eseguito il rustico, comprensivo delle mure perimetrali delle singole unità, e sia stata completata la copertura, il tutto in forza di regolare permesso di costruire o di denuncia di inizio attività (ricorrendo le condizioni di cui all'art. 22 terzo comma D.P.R. 380/2001 Testo Unico in materia edilizia), senza

Nota:

(10) Simile definizione oltre che ai casi specifici della sanatoria edilizia e della trascrizione del preliminare, potrebbe, ad esempio trovare applicazione, in mancanza di espressa previsione delle parti contenuta nel contratto, con riguardo alla fattispecie della vendita di bene futuro in relazione a quanto disposto dall'art. 1472 c.c..

peraltro che siano state eseguite tutte le opere di completamento (impianti, finiture ecc.) necessarie al fine del rilascio dell'agibilità; tale fabbricato:

- da un lato deve qualificarsi come "immobile da costruire" secondo la definizione fornita dall'art. 1 lett. d) del Decreto;

- dall'altro, deve, peraltro, considerarsi già "venuto ad esistenza" ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1472 c.c.; riteniamo, infatti, che agli effetti dell'art. 1472 (vendita di bene futuro) il momento della "venuta ad esistenza", in mancanza di qualsiasi diversa volontà delle parti, sia, per analogia di situazione, quello indicato dall'art. 2645-bis c.c. (*realizzazione del rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità, e della copertura*).

Ma come abbiamo già ricordato la nuova disciplina trova applicazione solo nel caso in cui il fabbricato qualificabile come "immobile da costruire" costituisca oggetto di contratti ad effetti obbligatori (ad esempio il preliminare) o che comunque non comportino il trasferimento "immediato" della proprietà (ad esempio vendita con riserva della proprietà).

Pertanto con riguardo al suddetto fabbricato:

- nel caso venga stipulato un *contratto preliminare ovvero altro contratto ad effetti reali differiti* dovrà essere prestata la garanzia fideiussoria (sempreché, ovviamente, sia prevista un'ulteriore attività edificatoria a carico del promittente venditore, secondo quella che abbiamo definito la "dimensione dinamica" del fabbricato da costruire);

- nel caso invece venga stipulato un *atto di compravendita* (che non sia sottoposto a termini o condizioni) la garanzia fideiussoria non dovrà invece essere prestata, in quanto in questo caso si esula dall'ambito di applicazione dell'art. 1472 c.c.: avendo il contratto per oggetto un edificio già "venuto ad esistenza" si ha l'immediato trasferimento della proprietà (e viene meno, in tal modo, uno dei presupposti cui la legge ha subordinato l'applicazione della nuova disciplina di tutela).

Come si è già avuto modo di precisare la disciplina in oggetto, inoltre, non si applica nel caso (assai diffuso, peraltro nella pratica) di cessione di fabbricato in corso di costruzione rispetto al quale peraltro il venditore non si assuma alcun obbligo di completamento delle opere, completamento che viene invece assunto a proprio carico dalla parte acquirente, e cioè ogni qualvolta non sia convenuta tra le parti, quale oggetto stesso del contratto, alcuna ulteriore attività "edificatoria" successiva alla conclusione del contratto (cd. "cessione al grezzo"). E ciò sia che si tratti di contratto ad effetti obbligatori (ad es. preliminare) che di contratto ad effetti reali (ad es. vendita). In questo caso infatti la prestazione del venditore deve intendersi esaurita al momento della stipula del contratto, per quanto concerne la "costruzione del fabbricato", non venendo posta a suo carico nessuna altra attività edificatoria, ed il prezzo convenuto, conseguentemente, riguarda il fabbricato nello stato in cui si trova al momento della stipula del contratto.

Da tutto quanto sopra esposto risulta con evidenza come ai fini dell'applicazione della disciplina in commento assuma particolare rilevanza il momento in cui il "fabbricato viene ad esistenza". Se si tratta poi di un *contratto di compravendita* tale circostanza assume particolare rilevanza, in relazione agli effetti da riconoscere al contratto (reali immediati o semplicemente obbligatori): come sopra già ricordato, infatti, agli effetti dell'art. 1472 (vendita di bene futuro) il momento della "venuta ad esistenza", in mancanza di qualsiasi diversa volontà delle parti, deve ritenersi, per analogia di situazione, quello indicato dall'art. 2645 bis c.c. (*realizzazione del rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità, e della copertura*).

Non si può nascondere come nella pratica tale circostanza non sia facilmente accertabile, in quanto circostanza che non risulta da alcun documento ufficiale (non è prevista alcuna comunicazione di tale circostanza agli Uffici Comunali).

Al riguardo si possono ipotizzare due possibili soluzioni, posto che non spetta di certo al Notaio, privo fra l'altro delle necessarie competenze tecniche, fare simili accertamenti:

- o si ricorre ad una *perizia asseverata o ad una relazione tecnica da parte di tecnico abilitato (da allegare, possibilmente, all'atto)*;

- o si ricorre ad una *dichiarazione di parte (in questo caso il costruttore), possibilmente nella forma della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà*.

È preferibile, ovviamente, la prima soluzione.

Peraltro nel caso in cui oggetto del contratto, per volontà delle parti, sia un edificio completato in ogni sua parte, e quindi idoneo ad essere agibile, ovvero la venuta ad esistenza dello stesso, in caso di compravendita, sempre per espressa volontà delle parti, sia fatta coincidere con la sua agibilità, l'accertamento, al fine di stabilire se sia applicabile la nuova disciplina di tutela o se il fabbricato sia venuto ad esistenza, si dovrà attenere ai "documenti ufficiali" in questo caso, invece, disponibili; infatti al fine di evitare incertezze legate alla verifica di situazioni di fatto non sempre facilmente rilevabili, riteniamo che, in questo caso, si debba fare riferimento alla documentazione urbanistica in essere presso gli uffici Comunali; così ad esempio se, al momento della stipula di un contratto preliminare, è stata presentata la domanda di rilascio del certificato di agibilità (che presuppone ex art. 25 T.U. il completamento delle opere di finitura) la disciplina sulla nuova tutela non sarà più applicabile (*versando il fabbricato in stadio tale da consentire il rilascio del certificato di agibilità*); in caso contrario sarà invece applicabile a prescindere da quella che era la situazione di fatto all'epoca della sottoscrizione dell'atto.

La tutela: la garanzia fideiussoria

Verificandosi i presupposti di applicabilità della nuova disciplina quali sopra illustrati, il "costruttore" prima o al più tardi *all'atto della stipula del contratto*, do-

vrà consegnare all'“acquirente” una fideiussione, rilasciata da una banca o da un'impresa di assicurazione o da intermediario finanziario a ciò abilitato, a garanzia di un importo pari alle somme e/o al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore abbia già riscosso o, secondo i termini e le modalità stabilite in detto contratto, debba ancora riscuotere dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento.

La garanzia pertanto dovrà “coprire”:

– le somme che il costruttore abbia già riscosso o i valori (11) che il costruttore abbia già acquisito al momento della stipula del contratto;

– le somme che, in base al contratto, il costruttore debba riscuotere o i valori che il costruttore debba acquisire dopo la stipula del contratto ma *prima* che si verifichi il trasferimento dell'edificio.

La garanzia non riguarderà invece somme e valori che il costruttore è invece destinato a riscuotere e/o acquisire solo nel momento in cui verifichi il trasferimento della proprietà dell'edificio o di altro diritto reale sullo stesso.

Sono inoltre escluse:

– le somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante (in tale fattispecie in dottrina (12) si è fatta rientrare l'ipotesi del mutuo erogato all'acquirente-mutuatario garantito da ipoteca iscritta dal venditore, terzo datore di ipoteca: avendo su tali somme il venditore già prestato garanzia ipotecaria dovrebbe, secondo tale teoria, essere esentato dall'obbligo di prestare ulteriori garanzie);

– i contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia (13).

Se è previsto l'accollo del mutuo (o di quota frazionata del mutuo) stipulato dal costruttore:

– la garanzia non riguarderà quelle somme che l'acquirente si è impegnato a pagare mediante accollo del mutuo stipulato dal costruttore, accollo da perfezionare nel momento in cui verifichi il trasferimento a favore dell'acquirente della proprietà dell'edificio o di altro diritto reale sullo stesso;

– la garanzia invece dovrà “coprire” anche quelle somme che l'acquirente abbia pagato mediante accollo del mutuo stipulato dal costruttore, qualora detto accollo venga perfezionato in momento precedente a quello in cui è previsto il trasferimento a favore dell'acquirente della proprietà dell'edificio o di altro diritto reale sullo stesso (con assunzione da parte del “costruttore” della veste di “terzo datore di ipoteca”) (vedi gli esempi nel riquadro a fondo pagina).

Note:

(11) Ad esempio il valore dell'area edificabile nel caso di permuta di area edificabile con unità da costruire.

(12) Casarano, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 15 aprile 2005.

(13) Tale previsione è stata introdotta nel testo definitivo del decreto delegato in accoglimento di un'osservazione della Commissione del Senato come riconosciuto nella *Relazione illustrativa al decreto*; nella stessa relazione si precisa che si è ritenuto di esonerare dall'obbligo di garanzia “le fattispecie per le quali già vi sia un'autonoma garanzia, giacché in tal caso non vi sarebbe ragione per imporre al costruttore un onere ulteriore rispetto a quello già posto in essere, come accade ad esempio per le garanzie fideiussorie dei contribuiti pubblici”.

(14) Per la compravendita il problema che si pone è quello relativo alla efficacia della fideiussione, posto che, da un lato, l'art. 2 comma settimo del decreto in commento dispone che l'efficacia della fideiussione cessa al momento del trasferimento della proprietà o del diverso diritto reale, e che, dall'altro, a norma dell'art. 1472 c.c. l'effetto traslativo si verifica quando il fabbricato è venuto ad esistenza; sarà quanto mai opportuno nell'atto di cui all'art. 1472 c.c. prevedere espressamente quando il fabbricato, secondo la volontà delle parti, dovrà considerarsi venuto ad esistenza con conseguente verificarsi dell'effetto traslativo (e cessazione di efficacia della fideiussione).

Ad esempio:

- A) se in un preliminare Tizio (costruttore) promette di vendere a Caio un edificio da costruire al prezzo di € 300.000,00 prevedendo:
- una caparra confirmatoria di € 30.000,00;
 - acconti di prezzo a stato avanzamento lavori per complessivi € 100.000,00;
 - saldo al rogito mediante accollo di quota del mutuo in corso di € 100.000,00 e pagamento in denaro per € 70.000,00;
- la fideiussione dovrà essere prestata per complessivi € 130.000,00.
- B) se in un preliminare Tizio (costruttore) promette di vendere a Caio un edificio da costruire al prezzo di € 300.000,00 prevedendo:
- una caparra confirmatoria di € 30.000,00;
 - acconti di prezzo a stato avanzamento lavori per complessivi € 100.000,00;
 - un'ulteriore acconto di prezzo a stato avanzamento lavori per complessivi € 100.000,00 da regolare mediante accollo della quota del mutuo in corso di € 100.000,00 (da perfezionare prima del rogito definitivo);
 - saldo al rogito mediante pagamento in denaro per € 70.000,00;
- la fideiussione dovrà essere prestata per complessivi € 230.000,00.
- C) se in un atto di compravendita Tizio (costruttore) vende a Caio un edificio da costruire al prezzo di € 300.000,00 prevedendo:
- un versamento al rogito di € 250.000,00;
 - saldo al momento del rilascio dell'agibilità per € 50.000,00;
- la fideiussione dovrà essere prestata per complessivi € 250.000,00 (14).
- D) se in un atto di compravendita Tizio (costruttore) vende a Caio un edificio da costruire al prezzo di € 300.000,00 prevedendo:
- un versamento al rogito di € 150.000,00;
 - accollo, perfezionato nel rogito, di quota del mutuo in corso di € 100.000,00;
 - saldo al momento del rilascio dell'agibilità per € 50.000,00;
- la fideiussione dovrà essere prestata per complessivi € 250.000,00.
- E) se in un atto di permuta Caio trasferisce a Tizio (costruttore) la proprietà di un'area edificabile (valore € 150.000) e a sua volta Tizio trasferisce a Caio un'unità nell'edificio da costruire su detta area di pari valore: la fideiussione dovrà essere prestata per complessivi € 150.000,00.

L'art. 1 del Decreto prevede espressamente che la fideiussione possa essere rilasciata "anche secondo quanto previsto dall'art. 1938 c.c." a norma del quale la "fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione condizionale o futura con la previsione in quest'ultimo caso dell'importo massimo". Il testo dell'art. 1938 c.c. è stato modificato con la legge 154/1992, che ha imposto l'obbligo, in caso di fideiussione per obbligazioni future, di indicare l'importo massimo. Prima di tale riforma, molto si era infatti discusso in dottrina ed in giurisprudenza circa la validità delle cd. "fideiussioni omnibus" prestate a garanzie di tutte le obbligazioni presenti e future. Con la riforma del 1992 venne pertanto ribadita la validità delle fideiussioni a garanzia di obbligazioni future ma alla condizione che nel contratto venisse precisato l'importo massimo. Scopo del richiamo è quello di consentire il rilascio di polizze fideiussorie a contenuto "progressivo", volte cioè a garantire gli importi che nel corso del rapporto vengono via via effettivamente riscossi dal costruttore entro il limite massimo costituito dall'intero importo che il costruttore dovrà incassare prima del trasferimento della proprietà o del diritto reale (la garanzia, infatti, in caso di escussione riguarda il rimborso solo di quanto effettivamente versato dall'acquirente); il tutto, ovviamente, per contenere i costi della polizza medesima. Infatti appare inutile garantire, da subito, somme non ancora incassate materialmente dal costruttore, e che pertanto, in caso di "situazione di crisi" comunque non vanno rimborsate all'acquirente. In questo senso si è espressa anche la *Relazione illustrativa al decreto* ove si è chiarito che "in accoglimento di un'osservazione formulata da entrambe le Commissioni parlamentari si è precisato che le parti possano convenire di utilizzare anche lo schema tipico della fideiussione per obbligazione futura previsto dall'art. 1938 c.c. con ciò consentendo che il valore della fideiussione possa essere rapportato ai versamenti effettivamente avvenuti e non stimato sull'intero valore del bene promesso in vendita, così da inserire quel concetto di progressività che è oggetto dei suggerimenti provenienti dalle citate commissioni parlamentari".

Qual è la sanzione prevista dal legislatore per il caso in cui il costruttore ometta di rilasciare la polizza fideiussoria? L'art. 2 del Decreto prevede espressamente la nullità del contratto. La nullità, peraltro, può essere fatta valere solo dall'acquirente "tutelato": il costruttore inadempiente, pertanto, non potrà "sfruttare" il suo inadempimento per chiedere la nullità di un contratto della cui stipula si è pentito. Sarebbe altrimenti una vera "beffa" per l'acquirente. (15)

Si parla al riguardo di "nullità relativa" anche se in dottrina si discute circa la configurabilità stessa della categoria della "nullità relativa": infatti a chi contesta l'esistenza di tale particolare categoria di nullità, osservando che la nullità non può che essere unica di fronte a tutti, si è opposto chi invece ha ammesso tale categoria, basandosi sul riscontro di norme specifiche, che le-

gittimano all'azione di nullità solo la parte alla tutela della quale è finalizzata la norma violata. (16)

Deve ritenersi applicabile la sanzione della nullità anche nel caso in cui la garanzia fideiussoria prestata non presenti tutte le caratteristiche prescritte dalla legge; ad esempio:

- nel caso di garanzia prestata solo per parte delle somme da garantire;
- nel caso di garanzia prestata da soggetto diverso da quelli indicati dalla legge;
- nel caso di polizza rilasciata senza la previsione della rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale.

Anche il mancato pagamento del premio o della commissione della fideiussione non può essere opposto all'acquirente, che il legislatore ha pertanto inteso tutelare da possibili inadempimenti del costruttore.

Con riguardo a questa specifica nullità si è avuto modo di osservare (17):

- che benché trattasi di "nullità relativa", che può essere fatta valere solo dall'acquirente, tuttavia deve ritenersi comunque ed in ogni caso rilevabile d'ufficio da parte dal giudice, anche se "è necessario contemperare gli obiettivi di tutela dell'interesse pubblico con le esigenze di protezione concreta del singolo contraente" per cui la rilevanza d'ufficio dovrebbe comunque ammettersi nel solo interesse del soggetto tutelato;

- come la "nullità relativa" non appaia lo strumento migliore per la tutela dell'acquirente, ma che, al contrario, potrebbe finire col "danneggiare" proprio colui che dovrebbe tutelare: infatti la rilevanza d'ufficio e la imprescrittibilità di detta nullità potrebbero "inficiare la validità del contratto e quindi la stessa successiva circolazione del fabbricato". Per ovviare a tale conseguenza "perversa" si è, pertanto giunti a ritenere valida e legittima una rinuncia da parte dell'acquirente all'azione di nullità una volta avvenuto il trasferimento della proprietà del bene (anzi si è arrivati addirittura ad ipotizzare che una "volta consegnato il bene e quindi venuti meno quei rischi contro i quali la tutela è stata legislativamente imposta, l'invalidità possa considerarsi automaticamente "sanata");

- che tale nullità, in quanto qualificabile come "nullità relativa", non dà luogo all'applicazione dell'art. 28 della legge notarile, applicabile solo in presenza di una "nullità assoluta".

Note:

(15) Comunque la sanzione della nullità, seppur relativa, appare del tutto inconsistente nel caso di fallimento o comunque di insolvenza del costruttore: anche se l'acquirente potrà avvalersi della nullità non potrà comunque recuperare quanto versato!

(16) Per una disamina completa del problema dell'inquadramento sistematico della "nullità relativa" si rinvia allo *Studio* n. 5691/C dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, cit.

(17) Vedasi al riguardo lo *Studio* n. 5691/C dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, cit.

La nullità del contratto è prevista per il caso di mancato rilascio della garanzia fideiussoria.

Non è previsto negli artt. 2 e 3 del Decreto alcun adempimento di carattere formale in relazione alla garanzia fideiussoria ed in particolare non è previsto alcun obbligo di menzionare gli estremi della fideiussione nel contratto.

Tale obbligo è invece previsto nel successivo art. 6 che nella rubrica reca il titolo “*contenuto del contratto preliminare*” ma che nel dispositivo poi estende il proprio ambito di applicazione ad “*ogni altro contratto che ai sensi dell’art. 2 sia comunque diretto al successivo acquisto in capo a persona fisica della proprietà o di altro diritto reale su immobile da costruire*”, e quindi in pratica a tutti quei contratti ad effetti traslativi non immediati cui fanno riferimento le disposizioni degli artt. 1 e 2 ed ai quali si applica la nuova disciplina di tutela in commento.

In particolare l’art. 6 primo comma lett. g) del Decreto stabilisce che il contratto preliminare ed ogni altro contratto che sia comunque diretto al successivo acquisto in capo a persona fisica della proprietà o di altro diritto reale su immobile da costruire, *devono contenere gli estremi della fideiussione di cui all’articolo 2.*

Tuttavia detta disposizione non prevede la sanzione della nullità per il caso di omissione di taluna delle menzioni nella stessa previste. In dottrina si discute sulla sanzione applicabile in caso di violazione delle prescrizioni dell’art. 6 del Decreto; riteniamo peraltro di escludere la sanzione della nullità, neppure relativa, con la conseguenza che il contratto sarà e rimarrà valido qualora la garanzia fideiussoria sia stata di fatto rilasciata, a prescindere dalla circostanza che la stessa sia stata o meno menzionata in atto; ciò non toglie, peraltro, che sia imprescindibile per il Notaio, chiamato a stipulare un contratto rientrante nell’ambito di applicazione dell’art. 6 del Decreto, osservarne tutte le prescrizioni, compresa quella relativa alla menzione degli estremi della polizza fideiussoria e ciò al fine di non incorrere nelle inevitabili sanzioni (anche se non si tratta di nullità) conseguenti ad una eventuale violazione di tale disposizione ed al fine, inoltre, di comprovare e documentare con la prescritta menzione riprodotta nel corpo dell’atto l’avvenuto espletamento di questo nuovo obbligo, la cui violazione, ricordiamolo determina pur sempre la nullità dell’atto (seppure relativa).

Può l’acquirente rinunciare preventivamente alla garanzia fideiussoria?

Riteniamo di dover dare al quesito risposta negativa. Infatti se scopo della nuova normativa di tutela, come sopra già ricordato, è di tutelare il “*contraente debole*”, e quindi di riequilibrare i rapporti “di forza” tra le parti contraenti (ciò che ci ha portato in precedenza ad escludere l’applicabilità della normativa di tutela alla persona fisica che agisca nell’esercizio di impresa o professione), conseguentemente si deve ritenere che la di-

sciplina dalla stessa dettata non sia derogabile e non rientri pertanto nella “disponibilità” delle parti, altrimenti si rischierebbe di vanificare quelli che sono gli scopi perseguiti dalla normativa stessa. Tant’è vero che l’art. 2 del Decreto, non a caso, parla di “*obbligo del costruttore*” a consegnare la garanzia fideiussoria e non invece di “*diritto dell’acquirente*” ad ottenere detta garanzia, e sanziona la violazione di tale obbligo con la *nullità del contratto* (che, seppur relativa, abbiamo detto essere comunque rilevabile anche d’ufficio).

La garanzia fideiussoria opera nel caso in cui il “*costruttore*” incorra in una “*situazione di crisi*” (debbono essere restituite le somme ed il valore di ogni altro eventuale corrispettivo effettivamente riscossi il tutto maggiorato dagli interessi legali maturati sino al momento in cui si è verificata tale situazione).

Il Decreto all’art. 1 lett. c) da la definizione di “*situazione di crisi*”, precisando che per “*situazione di crisi*” si intende “*la situazione che ricorre nei casi in cui il costruttore sia sottoposto o sia stato sottoposto ad esecuzione immobiliare, in relazione all’immobile oggetto del contratto, ovvero a fallimento, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa.*”

Il Decreto inoltre, all’art. 3 comma secondo, stabilisce quando la “*situazione di crisi*” deve intendersi verificata, con conseguente “operatività” della garanzia fideiussoria. In base a tale disposizione la situazione di crisi si intende verificata alla data:

- di trascrizione del pignoramento relativo all’immobile oggetto del contratto, ovvero;
- di pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, ovvero;
- di presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, ovvero;
- di pubblicazione della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza o, se anteriore, del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa o l’amministrazione straordinaria.

La fideiussione deve prevedere la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale e potrà essere escussa a decorrere dalla data in cui è verificata una delle “*situazione di crisi*” a condizione:

- che l’*acquirente* abbia comunicato al *costruttore* la propria volontà di recedere dal contratto nel caso di *trascrizione del pignoramento relativo all’immobile oggetto del contratto*;
- che il competente organo della procedura concorsuale non abbia comunicato la volontà di subentrare nel contratto preliminare nei casi di *pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, di presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, ovvero di pubblicazione della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza o, se anteriore, del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa o l’amministrazione straordinaria.*

Il fideiussore dovrà procedere al rimborso dovuto entro il termine di trenta giorni.

L'art. 3 comma settimo del Decreto stabilisce che *“l'efficacia della fideiussione cessa al momento del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile o dell'atto definitivo di assegnazione”*.

Fattispecie tutelate: alcuni casi particolari

La ristrutturazione

Ci si chiede se col riferirsi all'*“immobile da costruire”* il legislatore abbia voluto limitare l'applicazione della nuova disciplina ai soli edifici da costruire *“ex novo”* (su area inedificata) o se nel concetto di immobile da costruire possa farsi rientrare anche la ristrutturazione edilizia.

Da un lato, il *tenore letterale*, stante il riferimento contenuto nell'art. 1 lett. d) del Decreto *all'immobile da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità*, farebbe propendere per una interpretazione restrittiva della norma, con conseguente applicabilità della nuova disciplina solo in presenza di un edificio da edificare o comunque in corso di costruzione, ossia di un edificio da realizzare *ex novo* là dove prima vi era un'area inedificata e non anche in presenza di un fabbricato già esistente da trasformare e riattare.

Una lettura *“sistematica”* della norma, in relazione a quelli che sono invece gli scopi che il legislatore intende perseguire con la disciplina in commento, porterebbe invece ad una interpretazione più estensiva. Infatti, appare di tutta evidenza, come la situazione dell'acquirente persona fisica che acquista dal costruttore un fabbricato da costruire *“ex novo”*, acquirente che deve, pertanto, essere tutelato, in quanto gli deve essere garantita la possibilità di recuperare tutto quanto già versato sino al momento in cui si produce l'effetto traslativo, non è affatto diversa da quella dell'acquirente persona fisica che acquista una porzione di un edificio già esistente e da ristrutturare radicalmente, porzione che potrà essere fisicamente individuata e quindi potrà essere anche trasferita solo una volta eseguiti i suddetti lavori di ristrutturazione. Perché mai questo *“acquirente”* dovrebbe rimanere senza alcuna tutela?

Saremmo pertanto propensi, sulla base di una *interpretazione sistematica* della nuova normativa di tutela, ad estendere tale normativa anche agli edifici da ristrutturare ovvero in corso di ristrutturazione.

Deve peraltro trattarsi di *interventi di ristrutturazione cd. “maggiore”*, ossia di interventi che trovino la loro disciplina edilizio-urbanistica nel combinato disposto degli artt. 3 primo comma lett. d) e 10 primo comma lett. c) del D.P.R. 380/2001 (*Testo Unico in materia edilizia*); deve pertanto trattarsi di interventi *“rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere”* e che *“portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso da quello precedente e che comportino aumento di*

unità, modifiche del volume, della sagoma, dei prospetti o delle superfici, ovvero se in zona A mutamento della destinazione d'uso”. Deve trattarsi, in particolare, di interventi complessi, incidenti sugli elementi tipologici, strutturali e formali, del fabbricato, tali da determinare una vera e propria *“trasformazione”* dell'edificio preesistente.

Tale *interpretazione estensiva*, volta a ricomprendere nell'ambito della nuova disciplina di tutela anche gli edifici da ristrutturare o in corso di ristrutturazione, trova, a nostro parere, un fondamento normativo anche nel disposto dell'art. 3 primo comma lett. d) D.P.R. 380/2001 (*Testo Unico in materia edilizia*) ultimo periodo, che così dispone: *“nell'ambito degli interventi di ristrutturazione edilizia sono ricompresi anche quelli consistenti nella demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria e sagoma di quello preesistente, fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica”*. Ora è indubitabile che, in presenza di un simile intervento, se dopo la demolizione, viene stipulato un contratto per il trasferimento dell'intero o di una porzione del fabbricato da ricostruire, si rientri nell'ambito della nuova disciplina di tutela, in quanto siamo pur sempre in presenza di un fabbricato *ancora da edificare* (benché sull'area di risulta dalla demolizione del preesistente fabbricato) (18). Quindi, almeno in questo caso, la nuova disciplina si applicherebbe ad un intervento qualificato urbanisticamente come *“ristrutturazione edilizia”*, e ciò benché la nuova normativa non faccia mai espresso e letterale riferimento alla ristrutturazione edilizia. Ma se tale conclusione vale per questa particolare fattispecie della più ampia figura della *ristrutturazione edilizia*, sempre per ragioni di *interpretazione “sistematica”*, dovrà valere anche per le altre fattispecie di *ristrutturazione cd. “maggiore”*. L'interpretazione *“letterale”* della norma sembrerebbe, pertanto, cedere di fronte al disposto dell'art. 3 primo comma lett. d) D.P.R. 380/2001 (*Testo Unico in materia edilizia*) ultimo periodo.

In conclusione, poiché l'acquirente che acquista una porzione di immobile da ristrutturare si trova, sostanzialmente, nella medesima situazione dell'acquirente che acquista una porzione di immobile da edificare *“ex novo”*, posto che anche nel primo caso l'immobile ancora non *“esiste”* nella consistenza convenuta tra le parti, cosicché non sarebbe neppure possibile una cessione con effetto traslativo immediato, non si vede perché la nuova normativa di tutela non possa applicarsi anche al caso della *“ristrutturazione maggiore”*, sulla base di un'interpretazione ampia del concetto di *“immobile da edificare”* (anche la ristrutturazione in fin dei conti è un intervento che rientra nell'ambito delle attività edilizie ed edificatorie).

Nota:

(18) Da segnalare che nel testo definitivo dell'art. 3 primo comma lett. d) ultimo periodo T.U. non è previsto che la ricostruzione avvenga nell'area di sedime del preesistente fabbricato, ma potrebbe avvenire in altra e diversa porzione del lotto su cui insisteva il fabbricato demolito.

Ammissa l'applicabilità della nuova normativa anche alla ristrutturazione ovviamente anche per questa fattispecie varranno le osservazioni sopra fatte per la costruzione *ex novo*:

Innanzitutto sono esclusi dalla disciplina di tutela:

a) l'acquirente di edifici per i quali il *permesso di costruire o la denuncia di inizio attività* relativi all'intervento di ristrutturazione siano stati rispettivamente richiesti o presentata prima dell'entrata in vigore del Decreto;

b) l'acquirente di edifici per i quali non sia stato ancora richiesto il *permesso di costruire* o non sia stata ancora presentata la *denuncia di inizio attività* relativi all'intervento di ristrutturazione e per i quali, pertanto, il progetto di ristrutturazione sia stato solo predisposto dal venditore, ma non ancora presentato ai competenti Uffici Comunali;

c) l'acquirente nel caso di ristrutturazione abusiva, realizzata cioè in assenza del permesso di costruire o di denuncia inizio attività (*Abuso totale*);

d) l'acquirente di fabbricato oggetto di ristrutturazione maggiore per il quale peraltro sia già stato richiesto il rilascio dell'agibilità (o addirittura già dichiarato agibile anche per silenzio-assenso) in quanto già completato anche con riguardo alle finiture;

e) l'acquirente di fabbricato da ristrutturare che venga peraltro ceduto nello stato in cui si trova al momento del contratto, senza che sia prevista alcuna attività edificatoria a carico del venditore o promittente venditore successiva alla conclusione del contratto (cd. "*dimensione statica*" dell'edificio da ristrutturare).

Per gli edifici per i quali sia stato richiesto il rilascio del permesso di costruire o sia stata presentata la D.I.A. la applicabilità della nuova disciplina dipende dalla stato dei lavori e dal tipo di contratto stipulato.

Così, mentre se si tratta di fabbricati (A) per i quali i lavori di ristrutturazione siano in corso ma non siano ancora giunti al "rustico" con individuazione fisica delle singole porzioni, la nuova disciplina di tutela si applicherà in ogni caso, a prescindere dal tipo di contratto stipulato, se si tratta, invece, di fabbricati (B) per i quali i lavori di ristrutturazione, benché ancora in corso, siano peraltro giunti al "rustico", rendendo possibile la individuazione fisica delle singole porzioni, l'applicabilità o meno della nuova disciplina di tutela dipende invece dal tipo di contratto stipulato. Avendo il legislatore subordinato l'applicazione della nuova normativa di tutela al fatto che il soggetto acquirente, a fronte del pagamento di un prezzo o comunque della prestazione di un corrispettivo non abbia ancora acquisito la proprietà (o altro diritto reale), ne discende che la nuova disciplina, in presenza di tutti gli altri presupposti illustrati nei paragrafi che precedono, troverà applicazione:

– per i fabbricati (A), come già detto, sempre ed in ogni caso: infatti i contratti aventi per oggetto tali fabbricati non potranno che avere effetti obbligatori, anche quanto trattasi di atto di compravendita, avendo per oggetto beni non ancora venuti ad esistenza, con

conseguente applicazione di quanto disposto dall'art. 1472 c.c.;

– per i fabbricati (B) solo nel caso in cui costituiscono oggetto di contratti ad effetti obbligatori (ad esempio il preliminare) o che comunque non comportino il trasferimento "immediato" della proprietà (ad esempio vendita con riserva della proprietà).

Valgono quindi tutte le considerazioni sopra svolte con riguardo alle influenze del tipo di contratto stipulato in ordine alla applicabilità della nuova disciplina di tutela e con riguardo alle modalità con cui il "*fabbricato da ristrutturare*" viene dedotto in contratto (secondo quella che abbiamo sopra definito la "*dimensione dinamica*" o la "*dimensione statica*" dell'edificio da ristrutturare).

Le operazioni di "leasing immobiliare"

L'art. 1 del Decreto nel dare le definizioni di "*acquirente*" e di "*venditore*" fa riferimento a soggetti che siano promissari acquirenti o che acquistino o che promettano di vendere o vendano un immobile da costruire, ovvero che abbiano stipulato ogni altro contratto, *compreso quello di leasing*, che abbia o possa avere per effetto l'acquisto o la cessione non immediati della proprietà o di altro diritto reale su immobile da costruire.

Col fare un espresso riferimento al *leasing*, il legislatore ha voluto assicurare l'applicabilità della normativa di tutela anche all'acquisto *dell'immobile da costruire* effettuato non direttamente dall'acquirente ma bensì per il tramite di *un'operazione di leasing*. Il riferimento deve intendersi in questo senso all'intera operazione di leasing e non al contratto di leasing che è solo un elemento di un'operazione ben più complessa. Infatti quella di leasing è un'operazione economica complessa che prevede:

– *l'acquisto del bene immobile da parte del soggetto finanziatore*, ossia della società di leasing, che peraltro effettua tale acquisto al sol fine poi di concedere l'immobile così acquistato in locazione finanziaria alla parte utilizzatrice (e finale acquirente). Scopo della società di leasing quindi non è quello di acquistare il bene per un utilizzo proprio o al fine di incrementare il proprio patrimonio, ma al solo fine di concederlo in uso alla parte utilizzatrice in forza di apposito contratto di locazione, e poi di cederlo in proprietà alla medesima parte utilizzatrice al termine del contratto di locazione in questione.

– *la stipula di un contratto di locazione finanziaria* tra società di leasing e parte utilizzatrice, avente per oggetto l'immobile oggetto di acquisto con immissione della parte utilizzatrice nella detenzione del bene verso pagamento di un canone comprensivo della "remunerazione" della locazione e del pagamento, in via graduale, del corrispettivo per l'acquisto del bene stesso;

– *la stipula, alla scadenza del contratto di locazione finanziaria, di un nuovo atto di trasferimento* (cd. "*riscatto*"), per la cessione dalla società di leasing alla parte utilizzatrice (acquirente finale) dell'immobile oggetto del primo acquisto e della locazione finanziaria, acqui-

sto che avviene ad un prezzo notevolmente inferiore al valore del bene, avendo la parte utilizzatrice/acquirente già pagato gran parte del prezzo, gradualmente, nel corso del rapporto di locazione, con la corresponsione del canone.

Si tratta quindi di un'operazione complessa, la cui finalità è quella di consentire ad un soggetto (l'acquirente finale) di acquisire la proprietà di un bene, ricorrendo al finanziamento da parte di un altro soggetto (la società di leasing) che opera tale finanziamento tramite lo strumento della locazione del bene dalla stessa inizialmente acquistato a proprie spese, preconstituendosi, inoltre, attraverso il mantenimento della proprietà del bene sino al "riscatto" la garanzia per il caso di mancato rimborso del finanziamento, e che si sviluppa in più atti tra loro funzionalmente collegati (al punto che spesso nel primo contratto di acquisto si prevede espressamente che le azioni di garanzia verso il venditore possano essere esercitate in via autonoma nei suoi confronti anche dalla parte utilizzatrice). L'operazione va quindi considerata, ai fini dell'applicabilità della nuova normativa di tutela, nel suo complesso ed in relazione a quelle che sono le finalità alla stessa connesse.

Presupposti per l'applicazione della nuova normativa nel caso di "operazione di leasing" sono i seguenti:

– *acquirente*: l'acquirente da tutelare, e per il quale debbono ricorrere i requisiti posti dall'art. 1 lett. a) del Decreto, non può che essere la parte utilizzatrice ovvero l'acquirente finale. La società di leasing, infatti non può considerarsi il vero acquirente sul piano sostanziale, in quanto il suo è un acquisto strumentale al perfezionamento dell'operazione di leasing. Partano la disciplina di tutela si applicherà al contratto con il quale il costruttore trasferisce il bene alla società di leasing qualora la parte utilizzatrice presenti tutti i requisiti previsti dall'art. 1 lett. a) del Decreto: deve, pertanto, trattarsi di una persona fisica. Non si applica, invece, la tutela qualora la parte utilizzatrice/acquirente finale sia una società o comunque un ente collettivo. Come sopra ricordato, è dubbio se con l'espressione "persona fisica" il legislatore abbia voluto riferirsi a qualunque persona fisica, a prescindere dall'attività nell'esercizio della quale effettua l'acquisto, o se con tale espressione abbia voluto fare riferimento alla persona fisica che comunque non agisca nell'esercizio di attività imprenditoriale o professionale. Ma se quest'ultima è la definizione di acquirente che bisogna accogliere, appare evidente che l'applicazione della nuova normativa di tutela in caso di operazione di leasing sarà del tutto marginale se non addirittura nulla: infatti allo strumento del leasing ricorrono operatori professionali (imprenditore o professionisti) ed è assai difficile che a tale strumento possa ricorrere una persona fisica "consumatore".

– *il Venditore/costruttore*: deve trattarsi, come già ricordato, di un costruttore che agisca nell'esercizio di impresa. La disciplina di tutela si applica pertanto solo al primo atto, quello di acquisto ad opera della società

di leasing, sempreché venditore sia un *costruttore/imprenditore*. Non troverà applicazione la nuova normativa di tutela se il venditore costruttore sia invece un soggetto che non agisce nell'esercizio di impresa. Ovviamente la disciplina in oggetto non potrà trovare applicazione nell'atto di cessione dalla società di leasing alla parte utilizzatrice/acquirente finale (cd. "riscatto") dato il ruolo sostanziale di "finanziatore" e non di venditore/costruttore del bene svolto dalla società di leasing.

– *la polizza*: proprio perché il soggetto da tutelare è la parte utilizzatrice/acquirente finale la polizza dovrà essere rilasciata in suo favore.

– *la nullità*: proprio perché il soggetto da tutelare è la parte utilizzatrice/acquirente finale la nullità relativa prevista per il caso di mancato rilascio della garanzia fideiussoria, potrà essere fatta valere solo dalla parte utilizzatrice/acquirente finale (si fa notare al riguardo che assai frequentemente nel primo contratto di acquisto si prevede espressamente che le azioni di garanzia verso il venditore e le azioni volte a far valere i vizi del contratto possano essere esercitate in via autonoma dalla parte utilizzatrice).

– *il contratto*: il contratto stipulato, affinché sia applicabile la disciplina di tutela, deve comunque ed in ogni caso non produrre effetti traslativi immediati, avendo il legislatore subordinato l'applicazione della nuova normativa di tutela al fatto che il soggetto acquirente, a fronte del pagamento di un prezzo o comunque della prestazione di un corrispettivo non abbia ancora acquisito la proprietà (o altro diritto reale).

In conclusione in relazione alle operazioni di leasing si può osservare quanto segue:

– la disciplina di tutela si applica solo al primo contratto quello cioè di cessione dell'immobile da costruire dal venditore/costruttore imprenditore alla società di leasing, purché la parte utilizzatrice/acquirente finale sia una persona fisica che non agisca nell'esercizio di impresa o professione;

– tutti i diritti e le azioni discendenti dalla nuova normativa (diritto alla garanzia fideiussoria, azione di nullità) vanno riconosciuti alla parte utilizzatrice/acquirente finale;

– l'applicabilità della disciplina in commento alle operazioni di leasing sarà del tutto marginale se non addirittura nulla date le caratteristiche e qualità che normalmente rivestono i soggetti che pongono in essere tali operazioni.

La vendita di cosa futura

Una particolare considerazione merita inoltre la fattispecie della vendita di fabbricato da costruire per quanto riguarda i rapporti tra la disciplina codicistica dell'art. 1472 c.c. e la nuova disciplina introdotta dal Decreto.

L'art. 1472 c.c. stabilisce che "nella vendita che ha per oggetto una cosa futura l'acquisto della proprietà si verifica non appena la cosa viene ad esistenza".

Qualora le parti non abbiano previsto espressamente nel contratto quando il fabbricato dovrà considerarsi “*venuto ad esistenza*” (con conseguente prodursi dell’effetto traslativo), la norma cui può farsi riferimento, al fine di stabilire tutto ciò, per analogia di situazione, può, fondatamente, ritenersi quella dell’art. 2645 bis c.c. a sensi della quale “*si intende esistente l’edificio nel quale sia stato eseguito il rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità e sia stata completata la copertura*”.

Ma se ciò è vero, alla luce della nuova disciplina di tutela introdotta dal Decreto, potrebbero prodursi degli effetti “*indesiderati*” per l’acquirente (e forse non voluti dal legislatore), in quanto la garanzia fideiussoria verrebbe a cessare prima del completamento dell’edificio, lasciando in tal modo “*scoperto*” l’acquirente della necessaria tutela, nel caso in cui lo stesso avesse già corrisposto l’intero prezzo o comunque un prezzo superiore al valore del “*rustico*”.

Facciamo un esempio per meglio illustrare la situazione: Tizio vende a Caio un fabbricato da costruire, rientrante nell’ambito di applicazione della nuova normativa di tutela. Caio paga l’intero prezzo di €. 250.000,00 al rogito. Tizio in adempimento degli obblighi posti dal Decreto consegna a Caio una polizza fideiussoria a garanzia dell’intero importo corrisposto di €. 250.000,00 (si tratta infatti di contratto che non comporta il trasferimento immediato della proprietà rientrando nella fattispecie di cui all’art. 1472 c.c.). Una volta realizzato il rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità e completata la copertura (per un valore di €. 130.000,00, riferendosi i restanti €. 120.000,00 agli impianti ed alle finiture), il fabbricato in questione deve considerarsi “*venuto ad esistenza*” con conseguente verificarsi dell’effetto traslativo della proprietà ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 1472 c.c. Ma l’art. 3 comma 7 del Decreto stabilisce che “*l’efficacia della fideiussione cessa al momento del trasferimento della proprietà ...*”. Pertanto la fideiussione prestata di €. 250.000,00 viene a cessare in questa fase del rapporto con la conseguenza che l’acquirente rimane privo di qualsiasi garanzia per le somme già versate in sede di rogito e riferibili alle opere di completamento (che abbiamo quantificato in €. 120.000,00).

Si pone ovviamente l’esigenza di ovviare a questa situazione per una più completa tutela dell’acquirente.

In questo senso si possono ipotizzare due distinte soluzioni:

1) o prevedere espressamente in contratto che, secondo la volontà delle parti, il fabbricato da costruire dovrà intendersi “*venuto ad esistenza*” ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 1472 c.c., con conseguente prodursi dell’effetto traslativo, solo al completamento delle opere di finitura ed alla richiesta del certificato di agibilità (cosicché anche la polizza fideiussoria prestata cesserà nel momento in cui sono state completate le opere finitura e viene richiesto il rilascio dell’agibilità).

2) ovvero prevedere due distinte polizze fideiussorie:

– una per l’intero importo corrisposto (nell’esempio sopra fatto €. 250.000,00) in esecuzione degli obblighi discendenti dal Decreto, polizza peraltro destinata a cessare nel momento in cui viene realizzato il rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità e completata la copertura;

– una seconda polizza (su base volontaria) dell’importo riferibile alle opere di completamento (nell’esempio sopra fatto €. 120.000,00) con effetto a decorrere dal momento in cui cessa di efficacia la prima polizza e sino al momento in cui viene richiesto il rilascio dell’agibilità (o addirittura sino al momento in cui si forma, anche per silenzio assenso, l’agibilità).

Per l’accertamento del momento in cui è venuto ad esistenza l’edificio e si è prodotto l’effetto traslativo, con conseguente cessazione della prima polizza e “*attivazione*” invece della seconda polizza, le parti potranno rimettersi ad apposita relazione di tecnico di comune fiducia (ad esempio lo stesso direttore lavori).

L’assicurazione dell’immobile

Il Decreto *all’art. 4* prevede ulteriori forme di tutela *dell’acquirente*, imponendo l’obbligo che il costruttore fornisca altresì garanzie per il risarcimento al quale fosse tenuto a seguito di danni materiali e diretti all’immobile, compresi i danni a terzi, a sensi dell’art. 1669 c.c., derivanti:

– *da rovina totale o parziale;*

– *oppure da gravi difetti costruttivi delle opere*, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, che si siano manifestati successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o dell’atto definitivo di assegnazione.

Si è osservato al riguardo che la garanzia dovrà coprire anche quei danni connessi ad alterazioni tali da incidere sulla “*funzionalità*” globale dell’edificio, rendendolo inidoneo all’uso cui è destinato.

La garanzia prescritta, consiste, in particolare, in una polizza assicurativa indennitaria a beneficio dell’acquirente con durata decennale e con effetto dalla data di ultimazione dei lavori.

La polizza dovrà pertanto essere consegnata dal *costruttore* all’atto del trasferimento della proprietà, anche se destinata ad operare a partire dalla data di ultimazione dei lavori.

La garanzia inoltre è dovuta a prescindere da una “*situazione di crisi*” in cui incorra il costruttore, essendo destinata ad operare all’emergere di vizi e difformità dell’edificio realizzato.

Presupposti per l’applicazione della disciplina relativa a detta polizza assicurativa indennitaria sono gli stessi cui è subordinata l’applicazione della disciplina relativa alla fideiussione a garanzia dei corrispettivi versati dall’acquirente; pertanto presupposti di applicazione di questa disciplina sono:

– *con riguardo ai soggetti*: che a vendere sia un *costruttore* che agisce nell'esercizio di impresa e che ad acquistare sia una persona fisica, alla luce di quanto disposto dall'art. 1 lett. a) e b) del decreto in commento; infatti da un lato l'art. 4 del Decreto parla di *costruttore* obbligato a contrarre e a consegnare all'*acquirente* detta polizza assicurativa; a sua volta l'art. 1 del Decreto fornisce le definizioni di *costruttore* e di *acquirente* precisando che le stesse valgono "*ai fini del presente decreto*" e quindi ai fini anche dell'art. 4 in commento;

– *con riguardo al contratto*: che si tratti di contratto ad effetti traslativi non immediati (infatti l'art. 4 del Decreto è espressamente richiamato dal successivo art. 5 il quale così dispone: "*la disciplina prevista dagli articoli 2, 3 e 4 si applica ai contratti aventi per oggetto il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili per i quali il permesso di costruire o altra denuncia o provvedimento abilitativo sia stato richiesto successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto*").

– *con riguardo all'oggetto*: che si tratti di "*immobile da costruire*"; infatti l'art. 1 lett. a) e b) del Decreto, che come sopra ricordato, è sicuramente applicabile anche alla fattispecie in esame, nella quale si fa riferimento alle figure di "*costruttore*" ed "*acquirente*" riguarda specificatamente gli "*immobili da costruire*"; anche in questo caso, come sopra già ricordato, deve trattarsi di edifici da costruire dedotti in contratto nella dimensione che abbiamo definito "*dinamica*".

Pertanto se presupposto *per la consegna* della polizza assicurativa indennitaria è la stipula di un contratto ad effetti traslativi non immediati, il momento in cui tale polizza deve essere materialmente consegnata dal costruttore all'*acquirente* è quello in cui avviene il trasferimento della proprietà. Gli effetti della polizza decorreranno invece dal momento dell'ultimazione dei lavori, momento che può essere anche successivo a quello del trasferimento della proprietà e quindi della consegna della polizza.

Non è prevista dall'art. 4 in commento alcuna sanzione per il caso di mancata prestazione di questa diversa ed ulteriore garanzia, e quindi bisogna escludere che la mancata prestazione di questa polizza indennitaria possa incidere sulla validità del contratto.

Non è previsto, neppure, alcun obbligo di menzione in atto degli estremi di tale polizza assicurativa indennitaria, neppure nell'art. 6 del Decreto che invece prescrive che il contratto preliminare ed ogni altro contratto che sia comunque diretto al successivo acquisto in capo a persona fisica della proprietà o di altro diritto reale su immobile da costruire, devono contenere gli estremi della fideiussione di cui all'articolo 2.

Il contenuto del contratto preliminare

Presupposti per l'applicazione della nuova normativa

Il legislatore, preso atto del ruolo rilevante che assume il contratto preliminare, se si vuole assicurare una

adeguata tutela all'*acquirente* nel caso di vicende "critiche" in cui dovesse incorrere il proprio dante causa costruttore, è intervenuto anche nella disciplina del contenuto del contratto preliminare, ogni qualvolta di tratta di cedere un edificio da costruire. (19) La disciplina sul punto è dettata dall'art. 6 del decreto in commento.

Presupposti per l'applicazione della nuova disciplina in tema di contenuto del contratto preliminare sono:

1) *con riguardo ai soggetti*: che *promittente venditore* sia un costruttore che agisce nell'esercizio di impresa e che *promissario acquirente* sia una persona fisica (secondo le definizioni fornite dall'art. 1 lett. a) e b) del Decreto).

Riteniamo infatti che la disciplina dettata dall'art. 6 del Decreto debba essere letta nel contesto dell'intero provvedimento nel quale è inserita, per cui i requisiti dei soggetti debbano essere quelli previsti in via generale dalla legge delega nonché quelli ora sanciti dall'art. 1 del Decreto che sul punto ha recepito le definizioni già contenute nell'art. 2 della legge delega (legge 210/2004). Inoltre l'art. 1 del Decreto fornisce le definizioni di *costruttore* e di *acquirente* precisando che le stesse valgono "*ai fini del presente decreto*" e quindi ai fini anche dell'art. 6 in commento.

Valgono pertanto le considerazioni svolte nei precedenti paragrafi con riguardo alle figure dell'"*acquirente*" e del "*costruttore*".

2) *con riguardo all'oggetto*: che si tratti di "*immobile da costruire*". L'art. 6 del Decreto infatti fa riferimento al contratto preliminare "*diretto al successivo acquisto in capo a persona fisica della proprietà o di altro diritto reale su un immobile oggetto del presente decreto*". E l'intero Decreto si riferisce all'"*immobile da costruire*".

Valgono, anche per questo aspetto della disciplina, le considerazioni svolte nei precedenti paragrafi con riguardo alla figura dell'"*immobile da costruire*".

La disciplina dettata per il contenuto del preliminare dall'art. 6 del Decreto deve ritenersi applicabile con effetto dalla data di entrata in vigore del decreto medesimo, non operando la specifica disciplina transitoria di carattere temporale dettata dall'art. 5 (in base al quale la nuova normativa di tutela discendente dagli artt. 2, 3, e 4 si applica agli edifici per i quali il *permesso di costruire o altra denuncia o provvedimento abilitativo sia stato richiesto successivamente alla data di entrata in vigore del decreto medesimo*). Infatti non richiamando l'art. 5 suddetto anche l'art. 6, ma solo ed esclusivamente i precedenti artt. 2, 3 e 4, la disciplina transitoria in esso contenuta non si applica alla fattispecie in oggetto, sogget-

Nota:

(19) Non esistono norme nel nostro ordinamento che disciplinino il contenuto del contratto preliminare in generale; l'art. 1351 c.c. infatti detta la disciplina in generale della forma del preliminare; l'art. 2645 bis c.c. a sua volta detta una disciplina concernente il contenuto del preliminare con edifici in corso di costruzione il tutto peraltro ai soli fini della trascrizione del preliminare stesso.

ta, pertanto, ai principi generali in tema di efficacia della legge nel tempo. Ovviamente nel caso di preliminare stipulato nel vigore del nuovo decreto, ma relativo ad edificio per il quale il titolo edilizio sia stato richiesto prima della sua entrata in vigore, la disposizione di cui all'art. 6 in commento non potrà essere osservata per la parte in cui prescrive la menzione degli estremi della fideiussione, posto che, a sensi dell'art. 5 suddetto, non vi è nemmeno l'obbligo di rilascio e consegna di detta fideiussione.

Il contenuto e gli allegati

Verificandosi i presupposti sopra illustrati, il contratto preliminare dovrà contenere.

a) *le indicazioni previste all'articolo 2659, primo comma, n. 1) e all'articolo 2826, primo comma, del codice civile.*

Si tratta delle indicazioni necessarie per individuare i soggetti del contratto e l'oggetto del contratto; a tal fine il legislatore richiama le norme dettate in tema di trascrizione (per quanto riguarda l'individuazione dei soggetti; art. 2659 primo comma n. 1) c.c.) ed in tema di iscrizione ipotecaria (per quanto concerne la individuazione del bene immobile oggetto del contratto; art. 2826 primo comma c.c.). Più precisamente:

per quanto riguarda l'individuazione dei soggetti:

– se si tratta di persone fisiche dovranno essere indicate le generalità ed il codice fiscale; se coniugate, dovrà essere indicato anche il regime patrimoniale, secondo quanto risulta da loro dichiarazione resa nel titolo o da certificato dell'Ufficiale di Stato civile;

– se si tratta di persone giuridiche, società e/o associazioni non riconosciute dovranno essere indicati la ragione o la denominazione sociale, la sede, il numero del codice fiscale, nonché, se si tratta di associazioni non riconosciute o società semplici anche le generalità dei soggetti che le rappresentano in base all'atto costitutivo;

per quanto riguarda l'individuazione dell'oggetto:

devono essere indicati la natura dell'immobile, il comune in cui si trova, nonché i dati di identificazione catastale; trattandosi di fabbricato da costruire, dovranno essere indicati i dati catastali identificativi del terreno su cui il fabbricato da costruire ovvero in corso di costruzione stesso insiste.

b) *la descrizione dell'immobile e di tutte le sue pertinenze di uso esclusivo oggetto del contratto.*

Per la individuazione dell'immobile oggetto del contratto, proprio perché non ancora determinato nella consistenza voluta dalle parti, richiedendo ancora una successiva attività edificatoria, non ci si può limitare alla sola indicazione della natura e dei dati identificativi del terreno su cui lo stesso insiste; *necessita quindi una descrizione più completa e precisa* dell'immobile, comprensivo delle relative pertinenze, che dia conto di quello che è il bene da trasferire effettivamente voluto dalle parti, in quella che dovrà essere, pertanto, la consistenza finale dell'immobile al momento del trasferimento definitivo della proprietà o di altro diritto reale.

Non è escluso che per la descrizione esatta dell'immobile, proprio perché trattasi di edifici da costruire, ci si possa avvalere degli *elaborati grafici di progetto e del capitolato delle caratteristiche dei materiali da utilizzare*, la cui allegazione al contratto è prescritta dalla norma in commento.

c) *gli estremi di eventuali atti d'obbligo e convenzioni urbanistiche stipulati per l'ottenimento dei titoli abilitativi alla costruzione e l'elencazione dei vincoli previsti.*

La menzione riguarda i soli atti d'obbligo e le convenzioni di carattere urbanistico la cui stipula si sia resa necessaria ai fini del rilascio stesso del titolo abilitativo alla costruzione; ad esempio:

– la convenzione di attuazione di un Piano di lottizzazione di iniziativa privata;

– la convenzione di attuazione di un Piano di recupero.

Vanno pure elencati tutti i vincoli discendenti da dette convenzioni: obbligo di cessione di aree destinate a *standards*, vincoli o servitù di uso pubblico, divieti di destinazione d'uso, ecc.

Si rammenta, al riguardo, come l'assunzione da parte del proprietario di bene interessato da Piano Urbanistico attuativo, dell'obbligazione di realizzare le opere destinate a *standards*, è qualificata dalla dottrina come una *obligatio propter rem* con la conseguenza che in detta obbligazione subentreranno coloro che saranno proprietari delle aree al momento del rilascio del permesso a realizzare le opere di urbanizzazione, anche se diversi da coloro che avevano a suo tempo sottoscritto la convenzione urbanistica di attuazione del piano (20).

Proprio per tali motivi il legislatore, con la norma in commento, ha ora imposto l'onere di menzionare nei preliminare *tutti i vincoli, gli obblighi e le altre limitazioni che possano discendere dagli atti unilaterali d'obbligo e dalle convenzioni urbanistiche*: è un onere posto a carico del promittente venditore nell'interesse del promissario acquirente, affinché quest'ultimo sia messo a conoscenza degli eventuali obblighi in cui potrebbe subentrare per effetto della disciplina urbanistica.

È inoltre opportuno, anziché limitarsi alla menzione ora prescritta dalla legge, inserire nel preliminare

Nota:

(20) In questo senso anche Cass. 26 novembre 1988 n. 6382; da segnalare anche Cassazione n. 12571 del 27 agosto 2002: "L'assunzione, a carico del proprietario del terreno, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione costituisce un'obbligazione *propter rem*. Ciò comporta che essa va adempiuta non solo da colui che ha stipulato la convenzione con il Comune, ma anche da colui (se soggetto diverso) il quale richiede la concessione edilizia, e - inoltre - che colui che realizza opere di trasformazione edilizia, valendosi della concessione rilasciata al suo "dante causa", è solidalmente obbligato con quest'ultimo per il pagamento degli oneri anzidetti. La natura reale dell'obbligazione non riguarda, invece, i soggetti che utilizzano le opere di urbanizzazione da altri realizzate per una loro diversa edificazione, senza avere con i primi alcun rapporto, e che, per ottenere la loro diversa concessione edilizia, devono pagare al Comune concedente, per loro conto, i relativi oneri di urbanizzazione."

che abbia per oggetto un immobile ricompreso in un Piano Urbanistico Attuativo (P.U.A.) ancora in fase di attuazione, apposite clausole con le quali specificare i termini del subentro del promissario acquirente negli oneri discendenti dalle convenzioni urbanistiche stipulate oppure prevedere espressamente l'esclusione da tale subentro.

Sembrirebbe invece non necessaria la menzione per quegli atti d'obbligo e per quelle convenzioni la cui stipula non sia stata richiesta per il rilascio stesso del titolo abilitativo, ma sia stata finalizzata al rilascio del titolo abilitativo a condizioni di favore (ad esempio la convenzione o l'atto unilaterale di cui all'art. 18 D.P.R. 380/2001 - Testo Unico in materia edilizia), benché da tali atti e convenzioni derivino comunque vincoli che si possono ripercuotere sul promissario acquirente (comunque la menzione di tali atti o convenzioni se non per la prescrizione della lettera c) sarà necessaria in ossequio della prescrizione della successiva lettera h).

d) *le caratteristiche tecniche della costruzione, con particolare riferimento alla struttura portante, alle fondazioni, alle tamponature, ai solai, alla copertura, agli infissi ed agli impianti.*

Avendo il preliminare per oggetto un "fabbricato da costruire", che presuppone una ulteriore e successiva attività edificatoria, risulta essenziale, ai fini di una completa informazione della parte promissaria acquirente, che deve poter disporre di tutti gli elementi necessari per formarsi un'idea esatta del contratto che dovrà andare a stipulare, indicare e menzionare quelle che sono anche le *caratteristiche tecniche* della nuova costruzione. Trattandosi di "caratteristiche tecniche" si ritiene che le stesse debbano risultare da apposita relazione redatta da tecnico abilitato, in possesso pertanto delle necessarie competenze professionali per descrivere con precisione ed esattezza dette "caratteristiche tecniche" che debbono riguardare:

- la struttura portante,
- le fondazioni,
- le tamponature,
- i solai,
- la copertura,
- gli infissi,
- gli impianti.

e) *i termini massimi di esecuzione della costruzione, anche eventualmente correlati alle varie fasi di lavorazione.*

Si tratta dei cd. "stati di avanzamento lavori" ai quali, spesso, nella prassi, è collegato l'obbligo da parte del promissario acquirente di versare acconti di prezzo

Anche questa è una menzione posta a carico del promittente venditore nell'interesse del promissario acquirente affinché vengano precisati i termini dei vari stati avanzamento lavori sino al completamento ed alla consegna dell'immobile promesso.

f) *l'indicazione del prezzo complessivo da corrispondersi in danaro o il valore di ogni altro eventuale corrispettivo, i termini e le modalità per il suo pagamento, la specificazione*

dell'importo di eventuali somme a titolo di caparra; le modalità di corresponsione del prezzo devono essere rappresentate da bonifici bancari o versamenti diretti su conti correnti bancari o postali indicati dalla parte venditrice ed alla stessa intestati o da altre forme che siano comunque in grado di assicurare la prova certa dell'avvenuto pagamento.

Tale menzione riguarda uno degli elementi essenziali dello stipulando contratto di compravendita ossia il prezzo. Vanno, pertanto, indicati:

- l'importo del prezzo;
- se il prezzo debba essere corrisposto in denaro;
- il valore di ogni altro corrispettivo, qualora il prezzo non debba essere corrisposto in denaro;
- i termini per il pagamento del prezzo (ad es. dovranno essere previsti i termini per il pagamento dei vari acconti di prezzo sino al pagamento previsto a saldo);
- l'indicazione delle somme eventualmente versate a titolo di caparra (21);
- le modalità per il pagamento del prezzo, fermo restando che il prezzo deve essere versato mediante bonifici bancari o versamenti diretti su conti correnti bancari o postali indicati dalla parte promittente venditrice ed alla stessa intestati o con altre forme che siano comunque in grado di assicurare la prova certa dell'avvenuto pagamento (22).

g) *gli estremi della fideiussione di cui all'articolo 2 (del Decreto).*

Si tratta di menzione che assume particolare rilievo alla luce della nuova disciplina introdotta dal Decreto, posto che la mancata prestazione della garanzia fideiussoria comporta la nullità relativa del contratto.

h) *l'eventuale esistenza di ipoteche o trascrizioni pregiudizievoli di qualsiasi tipo sull'immobile con l'indicazione del relativo ammontare, del soggetto a cui favore risultano e del titolo dal quale derivano, nonché la pattuizione espressa degli obblighi del costruttore ad esse connessi e, particolare, se tali*

Note:

(21) Si dovrà anche precisare se si tratta della caparra confirmatoria a sensi dell'art. 1385 c.c., caparra da versarsi, per l'appunto al momento della stipula del contratto preliminare, e da valere come anticipo da imputare al prezzo, nel caso in cui venga stipulato il contratto definitivo, o da valere come "liquidazione" preventiva del risarcimento del danno nel caso di inadempimento con recesso dal contratto ad opera della parte non inadempiente, ovvero se si tratta di caparra penitenziale, a sensi dell'art. 1386 c.c., da versarsi sempre al momento della stipula del contratto preliminare qualora a favore di una o di entrambe le parti sia riconosciuto il diritto di recesso, e da valere come corrispettivo per il caso in cui tale diritto di recesso venga esercitato.

(22) Scopo di questa prescrizione relativa alle modalità di pagamento del prezzo è di "consentire la successiva documentazione in caso di escussione della garanzia fideiussoria" (così si esprime la *Relazione illustrativa al decreto*); la disposizione, inoltre, ribadisce modalità di pagamento del prezzo in "sintonia" con la normativa in tema di "antiriciclaggio"; si ricorda ad esempio che già a norma del D.L. 3 maggio 1991 n. 143 convertito con legge 5 luglio 1991 n. 197 (e successivo D.M. 17 ottobre 2002) i pagamenti di somme superiori a euro 12.500,00 non possono essere effettuati se non tramite bonifico bancario o assegni circolari e/o bancari con la clausola non trasferibile).

obblighi debbano essere adempiuti prima o dopo la stipula del contratto definitivo di vendita;

Si tratta di menzioni poste nell'interesse del promissario acquirente a conoscere, sin dalla data di stipula del contratto preliminare, quale sia la situazione dell'immobile, in ordine alle eventuali formalità pregiudizievoli, in relazione anche ai nuovi diritti riconosciuti al promissario acquirente, in tema di frazionamento del mutuo fondiario dall'art. 7 del Decreto. Le menzioni riguardano, pertanto, non solo le iscrizioni ipotecarie ma anche le trascrizioni pregiudizievoli di ogni tipo: si potrà trattare di un pignoramento, di un sequestro, di una domanda giudiziale, di una servitù passiva o di un onere o vincolo urbanistico.

Pertanto, nel caso l'immobile da trasferire sia gravato da ipoteche o trascrizioni pregiudizievoli di qualsiasi tipo vanno indicati:

– gli estremi delle ipoteche iscritte (dati di iscrizione presso i RR.II., creditore a cui favore risulta iscritta l'ipoteca, titolo sulla cui base si è proceduto all'iscrizione, l'importo del credito garantito e dell'ipoteca iscritta);

– gli estremi delle trascrizioni pregiudizievoli di qualsiasi tipo (dati di trascrizione presso i RR.II., soggetto a cui favore risulta effettuata la trascrizione, titolo sulla cui base si è proceduto alla trascrizione, l'importo del credito per cui si procede, come ad esempio nel caso di pignoramento, contenuto della trascrizione e vincoli che ne derivano, come ad esempio nel caso di una servitù);

– gli obblighi del promittente venditore connessi alle iscrizioni (ad es.: *l'obbligo di estinguere il mutuo in essere, di procedere al frazionamento del mutuo e della relativa garanzia ipotecaria, ecc.*) ed alle trascrizioni pregiudizievoli (ad es.: *l'obbligo di eseguire le opere di urbanizzazione prescritte da una convenzioni urbanistica*) e, in particolare, va indicato se tali obblighi debbano essere adempiuti prima o dopo la stipula del contratto definitivo di vendita; tale disposizione va messa in stretta correlazione con quella di cui all'art. 8 del Decreto, con la conseguenza che, ricorrendo i presupposti di applicazione di tale ultima disposizione, al frazionamento del mutuo e della relativa garanzia ipotecaria o al perfezionamento dell'atto di assenso alla cancellazione dell'ipoteca o di un eventuale pignoramento il promittente venditore dovrà necessariamente procedere prima della stipula dell'atto definitivo di compravendita;

i) gli estremi del permesso di costruire o della sua richiesta se non ancora rilasciato, nonché di ogni altro titolo, denuncia o provvedimento abilitativo alla costruzione.

Si rammenta che si è sempre esclusa la necessità, ai fini della validità del contratto preliminare, di menzionare gli estremi dei titoli edilizi abilitativi non ritenendosi applicabili al preliminare, in quanto contratto ad effetti obbligatori, le disposizioni degli artt. 46 D.P.R. 380/2001 (Testo Unico in materia edilizia) e 40 legge 47/1985. La norma in commento prevede l'obbligo di

citare gli estremi del permesso di costruire se rilasciato (o della denuncia di inizio attività nel caso di cui dell'art. 22 terzo comma D.P.R. 380/2001 (Testo Unico in materia edilizia). Se si tratta invece di fabbricato ancora da iniziare, per il quale non sia stato neppure rilasciato il permesso di costruire, vanno citati gli estremi della richiesta di rilascio del permesso stesso. Se neppure è stata fatta questa richiesta si esula dall'ambito di applicazione della nuova disciplina dettata dal Decreto e quindi anche dall'art. 6 qui in commento. Da notare che la norma in questione non si limita a richiedere i soli estremi del primo titolo (quello che ha autorizzato la costruzione) ma anche di *qualsiasi altro titolo*, denuncia o provvedimento abilitativo alla costruzione, che sia stato richiesto successivamente al primo titolo. Lo scopo della disposizione in commento, infatti, è diverso da quello perseguito dalle disposizioni di cui all'art. 46 T.U. o di cui all'art. 40 legge 47/1985 sopra citati, in quanto finalizzata a far conoscere al promissario acquirente la storia urbanistica completa del fabbricato da trasferire. Non si tratta pertanto di menzione richiesta a pena di nullità dell'atto, quale strumento volto a sanzionare i cd. "abusi edilizi primari", ma anche in questo caso (come per le menzioni precedenti) di una menzione posta nell'interesse di una della parti del contratto, ossia della parte promissaria acquirente, a poter disporre di tutti gli elementi necessari per formarsi un'idea esatta del contratto da stipulare.

l) l'eventuale indicazione dell'esistenza di imprese appaltatrici con la specificazione dei relativi dati identificativi.

Anche questa è menzione posta nell'interesse che ha il promissario acquirente di conoscere quale sia l'impresa incaricata di costruire materialmente il fabbricato.

Ai contratti preliminari, inoltre, devono essere allegati:

– il *capitolato* contenente le caratteristiche dei materiali da utilizzarsi, individuati anche solo per tipologie, caratteristiche e valori omogenei, nonché l'elenco di tutte le rifiniture e degli accessori convenuti fra le parti;

– gli *elaborati* del progetto in base al quale è stato richiesto o rilasciato il permesso di costruire o l'ultima variazione al progetto originario, limitatamente alla rappresentazione grafica degli immobili oggetto del contratto, delle relative pertinenze esclusive e delle parti condominiali.

Si tratta di allegazioni richieste dal Decreto al fine di evitare incertezze e quindi successive contestazioni in ordine a due aspetti molto "delicati" quando si debbono trasferire edifici da costruire, ed attinenti *alla individuazione dell'oggetto stesso* della prestazione cui è tenuto il promittente venditore:

– *l'esatta individuazione dell'immobile da trasferire* e del contesto generale nel quale lo stesso è collocato in caso ad esempio di unità in edificio condominiale, alla quale è funzionale l'allegazione degli elaborati di pro-

getto, con particolare riguardo alla rappresentazione grafica dell'immobile da trasferire, delle relative pertinenze e anche delle parti condominali;

– la *specificazione delle caratteristiche tipologiche e strutturali* dell'edificio da trasferire, con particolare riguardo alle caratteristiche tecniche, costruttive ed ai materiali da utilizzare per la costruzione, per gli impianti e per le finiture, alla quale è funzionale l'allegazione del capitolato tecnico.

Resta fermo che ai fini della *trascrizione del preliminare*, quando abbia per oggetto un fabbricato da costruire che si trovi ad uso stadio tale di costruzione da non consentire l'acatastamento, nello stesso, a sensi dell'art. 2645-bis c.c., dovranno essere pure indicati:

– la *superficie utile* della porzione di edificio;

– la *quota di diritto* spettante al promissario acquirente relativa all'intero costruendo edificio espressa in millesimi.

L'art. 6 in commento, all'ultimo comma (23), fa salve le norme che regolano il sistema pubblicitario nelle provincie in cui vige il sistema dei libri fondiari, secondo le previsioni del regio decreto 28 marzo 1929 n. 499.

Sanzioni

Non precisa la disposizione dell'art. 6 Decreto quali siano le conseguenze della mancanza nel preliminare di taluno degli elementi sopra indicati (*nullità, annullabilità, facoltà per l'acquirente di recedere, ecc.*).

Riteniamo debba escludersi la nullità dell'atto. L'art. 1418 secondo comma dispone che il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative (cd. nullità virtuale). Dottrina e giurisprudenza hanno, peraltro, ritenuto ricorrere la figura della nullità virtuale nei casi di negozi stipulati in violazione di norme che siano dirette alla tutela di un interesse pubblico e generale. Ma non ci sembra, nel caso di specie, che la norma dell'art. 6 del Decreto sia diretta alla tutela di un interesse pubblico e generale. Gran parte delle menzioni richieste sono chiaramente poste a tutela di una delle parti del contratto. Tutto ciò trova esplicita conferma anche nella *Relazione illustrativa al decreto* ove si afferma che "allo scopo di rendere più trasparente l'operazione negoziale e consentire al promissario acquirente una completa rappresentazione, così da porsi al riparo da possibili pregiudizi conseguenti ad una stesura approssimativa e lacunosa del testo contrattuale, in attuazione dell'articolo 3 lettera m) della legge delega, sono stati compiutamente disciplinati i contenuti del contratto ed i relativi allegati".

Inoltre quando il legislatore, nel richiedere un requisito formale da osservare nella stipula del contratto, ha sanzionato la mancanza di tale requisito con la nullità del contratto stesso, lo ha detto espressamente (vedasi al riguardo l'art. 1351 c.c. proprio in tema di preliminare). Ed ancora, nello stesso Decreto in commento, il legislatore delegato quando ha voluto sanzionare con la nullità la mancata osservanza di un obbligo posto dal

decreto medesimo lo ha detto espressamente: vedasi al riguardo l'art. 1 ove la mancata consegna della fideiussione porta alla nullità (seppur relativa) del contratto. Di nullità, a nostro parere, si potrà pertanto parlare solo nel caso di mancanza di quelle menzioni che attengono all'individuazione dell'oggetto stesso, mancanza tale peraltro da determinare l'*indeterminatezza dell'oggetto*, con conseguente nullità del contratto a sensi dell'art. 1418 secondo comma c.c.

Né la mancanza di una qualsiasi delle menzioni prescritte determina, a nostro parere, di per sé l'annullabilità del contratto. Solo se il promissario acquirente sarà in grado di dimostrare che il suo consenso sia stato dato per errore, e che tale errore, sempre che possa considerarsi "essenziale" ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1429 c.c., sia stato determinato proprio dalla mancanza di taluno degli elementi prescritti dalla norma in commento, potrà chiedere l'annullamento del contratto a norma dell'art. 1427 c.c.

Riteniamo inoltre non sia possibile per il promissario acquirente, in mancanza di taluno degli elementi del contratto, ricorrere al recesso. Infatti il recesso deve trovare la sua fonte:

– o nella legge (ma la norma in commento nulla dispone al riguardo);

– o nel contratto (art. 1373 c.c.).

Ma in mancanza di una qualsiasi previsione legale o contrattuale della facoltà di recesso, non sembra pertanto sia possibile per il promissario acquirente ricorrere a tale "rimedio" per ovviare al mancato rispetto del requisito formale posto dalla nuova norma di legge.

Riteniamo, pertanto, che qualora la mancata osservanza delle prescrizioni poste dalla norma in commento non sia così grave da determinare la nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto o l'annullabilità del contratto per errore essenziale, ricorrendo le condizioni sopra illustrate, al promissario acquirente non resti che chiedere al promittente venditore il risarcimento dei danni subiti, dovendosi comunque la fattispecie considerata farsi rientrare nell'ambito di applicazione della disposizione dell'art. 1337 c.c. in tema di "responsabilità precontrattuale". In dottrina la disposizione in questione è stata considerata una "*norma di chiusura*" invocabile tutte le volte che risultino inapplicabili norme speciali destinate a sanzionare una condotta scorretta nella formazione del contratto" (24). Tra i doveri cd. "precontrattuali" la cui violazione fa sorgere la responsabilità di cui all'art. 1337 c.c., inoltre, si è soliti ricondurre anche il cd. "*dovere di informazione*" inteso come "*dovere di comunicare alla controparte gli elementi necessari per formarsi una idea esatta del contratto.*" E non vi è dubbio che tutti gli elementi prescritti dall'art. 6 del decreto in commento rientrano in

Note:

(23) Introdotta nel testo definitivo del Decreto in accoglimento di un'osservazione della Commissione della Camera dei deputati.

(24) Bonfatti, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Giuridica Treccani*.

questo concetto di attività di informazione precontrattuale. Il legislatore, come peraltro confermato nell'inciso della *Relazione illustrativa al decreto* sopra riportato, ha sentito pertanto il bisogno di individuare legislativamente il contenuto di tale "dovere di informazione precontrattuale" indicando tutta una serie di elementi (atti d'obbligo, convenzioni urbanistiche, vincoli urbanistici, formalità pregiudizievoli, titoli abilitativi edilizi ecc.) la cui conoscenza consente al promissario acquirente di valutare, in maniera consapevole e completa, l'opportunità o meno di addivenire alla conclusione del contratto. Ma per la violazione di tale dovere di informazione non ha stabilito alcuna specifica sanzione, dovendosi pertanto ricorrere alla disciplina generale in materia di responsabilità precontrattuale (salvi i casi più gravi che possano dar luogo a nullità o ad annullabilità del contratto come sopra ricordato).

Si rammenta che in giurisprudenza, per il caso di responsabilità precontrattuale, si è ritenuto risarcibile solo il *cd. "interesse negativo"* (25) ma non anche il " *cd. interesse positivo*" (26).

Resta ovviamente ferma la possibilità per il promissario acquirente di chiedere la risoluzione del contratto ogni qualvolta ne ricorrano i presupposti di legge: ad esempio nei casi previsti dagli artt. 1482 e 1489 c.c.. Infatti, da un lato, l'art. 1482 c.c. prevede la risoluzione del contratto nel caso in cui la cosa venduta risulti gravata da garanzie reali o da vincoli derivanti da pignoramento o da sequestro non dichiarati dal venditore e dal compratore stesso ignorati, qualora la cosa non venga liberata nel termine fissato dal giudice, dall'altro, l'art. 1489 c.c. prevede che se la cosa venduta è gravata da oneri o da diritti reali o personali non apparenti che ne diminuiscono il libero godimento e se gli stessi non sono stati dichiarati nel contratto e sono ignorati dall'acquirente, lo stesso può chiedere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo. E tra gli elementi che l'art. 6 primo comma del Decreto stabilisce debbano essere contenuti nel preliminare, come sopra precisato, vi sono anche le garanzie reali ed i vincoli derivanti da pignoramento o da sequestro e comunque tutti i vincoli e gli oneri derivanti da trascrizioni pregiudizievoli di qualsiasi tipo, compresi quelli derivanti da convenzioni urbanistiche (lett. h e c).

Al riguardo necessitano due precisazioni:

– quanto sopra detto, in ordine alla menzione degli estremi della fideiussione, vale solo se manca la menzione di tali estremi ma non anche se manca la stessa garanzia fideiussoria: in quest'ultimo caso trova ovviamente applicazione l'art. 2 del medesimo Decreto che sanziona con la nullità (seppur relativa) tale inadempimento.

– quanto sopra detto vale anche nel caso delle menzioni dei titoli abilitativi edilizi: infatti tale menzione non è richiesta a pena di nullità dell'atto svolgendo una funzione diversa rispetto a quella attribuita alla medesima menzione dagli artt. 46 D.P.R. 380/2001 (Testo Unico in materia edilizia) e 40 legge 47/1985, che

continuano a non trovare applicazione nel caso di contratto preliminare.

In conclusione, riteniamo che, qualora la mancata osservanza delle prescrizioni poste dalla norma in commento non sia così grave da determinare la nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto o l'annullabilità del contratto per errore essenziale, ricorrendo le condizioni sopra illustrate, il contratto ricevuto, pur in mancanza di taluna delle menzioni prescritte, sarà e rimarrà valido; ciò non toglie, peraltro, che sia imprescindibile per il Notaio chiamato a stipulare un contratto rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 6 del *Decreto*, osservarne tutte le prescrizioni, e ciò al fine di non incorrere nelle inevitabili sanzioni (risarcimento dei danni) conseguenti ad una eventuale violazione di tale disposizione.

Ambito di applicazione

L'art. 6 del Decreto si applica, innanzitutto al contratto preliminare, tant'è vero che il suddetto art. 6 reca come rubrica "contenuto del contratto preliminare". Ma non solo. Infatti il suddetto art. 6, nel dispositivo, estende il proprio ambito di applicazione ad "ogni altro contratto che ai sensi dell'art. 2 sia comunque diretto al successivo acquisto in capo a persona fisica della proprietà o di altro diritto reale su immobile da costruire", e quindi in pratica a tutti quei contratti ad effetti traslativi non immediati cui fanno riferimento le disposizioni degli artt. 1 e 2 ed ai quali si applica la nuova disciplina di tutela introdotta dal *Decreto*.

In pratica la nuova normativa relativa al contenuto del contratto sembra debba trovare applicazione a tutti i contratti riportati in precedenza.

Il frazionamento del mutuo fondiario

L'art. 7 primo comma del Decreto con riguardo a mutui fondiari di cui agli artt. 38 e segg. D.Lgs. 385/1993 (T.U. delle leggi in materia bancaria) riconosce espressamente:

- al debitore;
- al terzo acquirente;
- al promittente acquirente o all'assegnatario del bene ipotecato o di parte dello stesso (a questi ultimi limitatamente alla porzione immobiliare da essi acquistata o promessa in acquisto o in assegnazione),

il diritto alla suddivisione del finanziamento in quote e, correlativamente, al frazionamento dell'ipoteca a garanzia *a condizione* che dell'edificio o del complesso condominiale gravati da ipoteca, ancorché in

Note:

(25) Comprendente sia le spese sostenute in relazione alle trattative poi non concluse (*cd. danno emergente*) che le perdite subite per non aver profittato di altre occasioni presentatesi durante le trattative (*cd. lucro cessante*).

(26) Corrispondente ai profitti che si sarebbero potuti realizzare in caso di valida conclusione del contratto.

corso di costruzione, possa ottenersi l'accatastamento delle singole porzioni che li costituiscono.

Le novità introdotte con la norma in commento (che ha sostituito con una nuova disposizione il comma sesto dell'art. 39 del D.Lgs. 385/1993) riguardano:

– l'ampliamento dei soggetti legittimati a chiedere il frazionamento del mutuo e della relativa garanzia ipotecaria (al debitore ed al terzo acquirente si sono aggiunti ora anche il promittente acquirente e l'assegnatario del bene ipotecato; peraltro la facoltà di chiedere il frazionamento per terzo acquirente, promissario acquirente e assegnatario viene limitata alla porzione da essi acquistata, promessa in acquisto o assegnata);

– l'aver subordinato la possibilità di procedere al frazionamento del finanziamento e della relativa garanzia ipotecaria alla circostanza che il fabbricato possa essere accatastato (27).

Al frazionamento del finanziamento la banca deve provvedere entro il termine di *novanta giorni (tale termine è aumentato a centoventi giorni se la richiesta riguarda un finanziamento da suddividersi in più di cinquanta quote)* a decorrere dalla relativa richiesta corredata da documentazione idonea a comprovare l'identità del richiedente, la data certa del titolo e l'accatastamento delle singole porzioni per le quali è richiesta la suddivisione del finanziamento.

Qualora la banca non provveda entro il predetto termine, il richiedente può presentare ricorso al Presidente del Tribunale nella cui circoscrizione l'immobile è situato, il quale, sentite le parti, ove accolga il ricorso, designa un Notaio affinché lo stesso proceda al richiesto frazionamento.

A tal fine il Notaio:

– predispone il frazionamento del mutuo in quote nonché la suddivisione della garanzia ipotecaria in relazione alle singole porzioni immobiliari autonomamente accatastate; in tale attività il Notaio potrà avvalersi anche di ausiliari (28).

– redige un atto di frazionamento che dovrà rivestire la forma di atto pubblico (29).

– detto atto di frazionamento sarà sottoscritto esclusivamente dal notaio stesso (30).

L'inizio dell'ammortamento delle somme erogate, con riferimento alle quote frazionate, decorre dalla data dell'atto di suddivisione del finanziamento (a prescindere dalle modalità di formazione dello stesso), o dal diverso successivo termine stabilito nel contratto di mutuo; di tale circostanza si dovrà fare menzione nell'atto stesso.

La durata dell'ammortamento è pari a quella originariamente fissata nel contratto di mutuo e l'ammortamento stesso è regolato al tasso di interesse determinato in base ai criteri di individuazione per il periodo di preammortamento immediatamente precedente, salvo diverso accordo delle parti.

Il responsabile del competente Ufficio del Territorio annota a margine dell'iscrizione ipotecaria il frazionamento del finanziamento e della relativa ipoteca, l'inizio e la durata dell'ammortamento ed il tasso relativo.

Con riguardo alla disciplina testè illustrata, avendo l'art. 7 del Decreto operato attraverso una modifica dell'art. 39 del D.Lgs. 385/1993 (T.U.B.) (del quale ha sostituito il comma sesto ed aggiunto dopo il sesto tre nuovi commi), i presupposti di applicazione di detta disciplina saranno quelli del D.Lgs. 385/1993 e non più quelli del Decreto qui in commento; pertanto:

– detta disciplina si applica anche se il venditore/mutuatario e l'acquirente non abbiano i requisiti previsti dall'art. 1 lett. a) e b) del Decreto ed a prescindere anche dalle caratteristiche dell'immobile (per il quale è previsto semplicemente che si tratti di immobile che possa essere accatastato);

– detta disciplina si applica ai soli mutui fondiari (ai quali per l'appunto si riferisce l'art. 39 D.Lgs. 385/1993) dovendosi per contro escludersi una sua applicazione anche ai mutui ordinari.

Divieto di stipula

Il notaio non può procedere alla stipula di un atto di compravendita avente per oggetto un immobile gravato da ipoteca a garanzia di finanziamento o da pignoramento se, anteriormente o contestualmente alla stipula, non si sia proceduto:

- o alla suddivisione del finanziamento in quote
- o al perfezionamento di un titolo per la cancellazione o frazionamento dell'ipoteca a garanzia
- o al perfezionamento di un titolo per la cancellazione del pignoramento gravante sull'immobile.

Note:

(27) Il precedente testo dell'art. 39 comma sesto Decreto legislativo 385/1993 così disponeva: "In caso di edificio o complesso condominiale, il debitore e il terzo acquirente del bene ipotecato hanno diritto alla suddivisione del finanziamento in quote e, correlativamente, al frazionamento dell'ipoteca a garanzia. Il conservatore dei RR.II. annota la suddivisione e il frazionamento a margine dell'iscrizione presa."

(28) Non è chiara quale sia la funzione e quali eventuali qualifiche debbano rivestire tali ausiliari. La legge non pone limiti di sorta. Potrà trattarsi quindi di professionisti del settore, periti o esperti in materia bancaria (anche ex funzionari o funzionari in carica di Istituti bancari) dai quali il Notaio potrà far predisporre materialmente il piano di frazionamento da recepire nell'atto pubblico.

(29) Si tratta indubbiamente di una nuova fattispecie di atto pubblico notarile, per il suo contenuto non riconducibile ad altre fattispecie note nella pratica. È un atto di promanazione esclusivamente notarile, tanto è vero che la legge dispone che lo stesso sia sottoscritto "esclusivamente dal Notaio". Pertanto non è prevista la costituzione in atto di nessuna parte contrattuale in senso tradizionale. È prescritto l'atto pubblico, e riteniamo tale forma richiesta a pena di nullità.

(30) Anche se il Notaio si avvallesse di ausiliari, la loro attività dovrà intendersi di carattere propedeutico alla predisposizione del frazionamento del mutuo e della relativa garanzia ipotecaria. Detti ausiliari quindi non dovranno costituirsi in atto né dovranno sottoscrivere l'atto. Ovviamente il Notaio dovrà far risultare dall'atto la circostanza di essersi avvalso dell'attività di detti ausiliari, identificando gli ausiliari medesimi.

Non è chiara la portata di questa norma ed in particolare il suo ambito di applicazione.

Letteralmente, la norma in questione sembra porre un divieto “generalizzato” applicabile in ogni caso in cui venga trasferito un immobile gravato da ipoteca o pignoramento (fabbricato o terreno e per quanto riguarda i fabbricati sia da costruire che già esistenti).

Nel contesto dell'intero provvedimento normativo che la contiene, si potrebbe essere indotti a limitare l'applicazione del divieto disposto dalla norma stessa, ai soli casi di cessione da parte di costruttore a favore di acquirente persona fisica di fabbricato da costruire.

La collocazione, dopo l'art. 7 relativo al frazionamento del mutuo, e l'aver previsto tra i vari adempimenti che rendono possibile al Notaio procedere alla stipula dell'atto di compravendita, in prima battuta, proprio la suddivisione del finanziamento in quote, che di per sé non comporta cancellazione dell'ipoteca, potrebbero invece suggerire una *terza lettura della norma in commento*. Si potrebbe pensare ad una norma la cui finalità sia quella di limitare la possibilità di stipula di atti di compravendita solo se gli stessi abbiano per oggetto singole unità immobiliari *facenti parte di edifici o complessi condominiali gravati da ipoteca a garanzia di unico finanziamento*, concesso per l'intero edificio o complesso condominiale, e ciò sino che il finanziamento non sia stato suddiviso in più quote corrispondenti alle singole unità (con frazionamento anche della relativa garanzia ipotecaria) ovvero non sia stato ottenuto titolo per la cancellazione o il frazionamento dell'ipoteca a garanzia o dell'eventuale pignoramento già avviato, con la conseguenza che, una volta intervenuto il frazionamento del mutuo, l'unità potrà ben essere trasferita all'acquirente, anche se gravata da ipoteca (a sua volta frazionata e quindi “concentrata” solo sull'unità trasferita).

Tra le varie soluzioni proposte ci sentiamo di escludere senz'altro la prima (basata su un'interpretazione puramente letterale della norma); siamo, infatti, pur sempre in presenza di una norma emanata in esecuzione di una legge delega, il cui scopo è la “tutela di diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire”, e comunque la disciplina di contratti nei quali venditore, acquirente ed immobile debbono avere i requisiti indicati dall'art. 1 lettere a) b) e d) del decreto in commento. Interpretata letteralmente la norma sarebbe invece censurabile per “eccesso di delega”.

Per la stipula dell'atto di compravendita, inoltre, sembra essere sufficiente la sottoscrizione dell'atto di frazionamento del mutuo, o dell'atto di assenso alla cancellazione dell'ipoteca, o l'emissione del provvedimento di cancellazione del pignoramento, non essendo necessario anche l'avvenuto annotamento degli stessi presso i RR.II.

La norma infatti ammette la vendita anche nel caso in cui a tale incombenze si sia proceduto “*contestualmente*” all'atto di compravendita, con ciò lasciando intendere che è sufficiente al momento della vendita il ri-

lascio dei titoli di frazionamento e cancellazione e non sia invece necessario anche il relativo annotamento presso i RR.II.

Sicuramente il divieto *non si applica al contratto preliminare*, posto che la norma in commento fa espresso ed esclusivo riferimento alla “compravendita”.

La norma non pone alcun tipo di sanzione per il caso in cui si proceda comunque alla stipula di un atto di compravendita, pur in assenza di un titolo di frazionamento o di assenso alla cancellazione.

Riteniamo che la sanzione non possa essere la nullità dell'atto non ravvisando nel caso di specie una violazione di norma imperativa posta a tutela di un interesse pubblico e generale.

La norma, infatti è pur sempre posta nell'interesse di una delle parti del contratto (l'acquirente) essendo finalizzata, attraverso il divieto di rogito imposto al Notaio, a garantire il diritto dell'acquirente ad ottenere prima dell'acquisto il frazionamento del finanziamento o la cancellazione della formalità pregiudizievole (31).

Per quanto riguarda più specificatamente il comportamento del Notaio, saremmo propensi ad escludere che la violazione della norma in commento sia sanzionata dall'art. 28 L. not.: si è osservato in dottrina (32) che “*la contrarietà alle norme imperative, all'ordine pubblico od al buon costume si debba riferire a quelli che sono gli elementi strutturali del negozio giuridico (causa, motivo, condizione, modus, prestazione) cosicché resterebbero fuori dall'ambito dell'art. 28 L. not. gli atti o contratti in contrasto con norme imperative riguardanti aspetti negoziali diversi da quelli di struttura sopra accennati*”. Se poi, come sopra si è accennato, la norma in questione non può nemmeno considerarsi imperativa, ne discende che il contratto di compravendita ricevuto in violazione della norma in questione, che non attiene alla “*struttura del negozio*”, non dovrebbe rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 28 L. not.

Tuttavia, poiché la norma pone pur sempre un dovere di comportamento a carico del Notaio, la sua violazione, anche se non determina la nullità del contratto o l'applicabilità dell'art. 28 L. not., esporrà comunque il Notaio alla responsabilità disciplinare di cui all'art. 135 L. not. oltre alla responsabilità sul piano civile per gli eventuali danni nei confronti dell'acquirente.

Diritto di prelazione

All'acquirente, che a seguito della “*situazione di cri-*

Note:

(31) In questo senso vedasi la *Relazione illustrativa al decreto*.

(32) Marcello Di Fabio, *Manuale di Notariato*, 1999, Milano.

(33) Si rammenta che la legge 14 maggio 2005 n. 80, di conversione del D.L. 14 marzo 2005 n. 35 (cd. *decreto sulla competitività*), ha modificato l'art. 584 c.p.c. prevedendo in particolare al primo comma che: “*Avvenuto l'incanto, possono essere fatte offerte di acquisto entro il termine perentorio di dieci giorni, ma esse non sono efficaci se il prezzo offerto non supera di un quinto quello raggiunto nell'incanto*”

si” in cui sia stato coinvolto il “costruttore” venga privato dell’immobile, qualora lo stesso venga successivamente venduto all’incanto, è riconosciuto il diritto di prelazione nell’acquisto dell’immobile al prezzo definitivo raggiunto nell’incanto anche in esito alle eventuali offerte ai sensi dell’articolo 584 (33) c. p. c., a condizione che:

– l’immobile fosse stato materialmente consegnato all’acquirente medesimo

– l’immobile fosse stato, dall’acquirente, adibito ad abitazione principale per sé o per un proprio parente in primo grado.

Ai fini dell’esercizio del diritto di prelazione, l’autorità che procede alla vendita dell’immobile provvede a dare comunicazione all’acquirente, con atto notificato a mezzo ufficiale giudiziario, della definitiva determinazione del prezzo entro dieci giorni dall’adozione del relativo provvedimento, con indicazione di tutte le condizioni alle quali la vendita dovrà essere conclusa e l’invito ad esercitare la prelazione. L’acquirente deve esercitare il diritto di prelazione, a pena di decadenza, entro il termine di dieci giorni dalla ricezione della comunicazione offrendo, con atto notificato a mezzo ufficiale giudiziario all’autorità che procede alla vendita dell’immobile, condizioni uguali a quelle comunicategli.

La prelazione spetta all’acquirente anche nel caso in cui abbia escusso la fideiussione di cui all’art. 2 del Decreto. Tuttavia qualora l’acquirente abbia acquistato l’immobile, per effetto dell’esercizio del diritto di prelazione, ad un prezzo inferiore alle somme riscosse in sede di escussione della fideiussione, la differenza deve essere restituita al fideiussore, qualora l’immobile acquistato abbia consistenza e caratteristiche tipologiche e di finitura corrispondenti a quelle previste nel contratto stipulato con il costruttore. Ove non ricorra tale condizione, l’eventuale eccedenza da restituire al fideiussore deve risultare da apposita stima.

È escluso, in ogni caso, il diritto di riscatto nei confronti dell’aggiudicatario.

Si tratta, pertanto, di prelazione ad effetti meramente “obbligatori”. Benché prevista e disciplinata dalla legge questa prelazione, al pari della cd. “prelazione convenzionale” non ha effetti reali, per cui alla violazione della prelazione non si può reagire mediante il “riscatto”. L’acquirente potrà agire nei confronti dell’Autorità che ha proceduto alla vendita per incanto solo per il risarcimento dei danni subiti.

Per l’applicazione della disposizione testé illustrata, ove si fa riferimento alle figure del “costruttore”, dell’“acquirente” e della “situazione di crisi”, debbono ricorrere tutti i presupposti fissati nell’art. 1 del decreto legislativo, ove si forniscono le definizioni di tali figure, articolo dettato ai fini dell’applicazione dell’intero decreto e quindi anche della disposizione in oggetto. Pertanto presupposti per l’applicazione della disciplina di cui all’art. 9 in commento sono:

– con riguardo ai soggetti: che soggetto in situazione

di crisi sia un costruttore che agisce nell’esercizio di impresa e che acquirente sia una persona fisica;

– con riguardo al contratto: che sia stato stipulato un contratto ad effetti traslativi non immediati;

– con riguardo all’oggetto: che si tratti di “immobile da costruire”.

Azione revocatoria fallimentare e fallimento del costruttore

Non sono soggetti all’azione revocatoria prevista dall’articolo 67 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni gli atti a titolo oneroso che hanno come effetto il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili da costruire a condizione che:

– si tratti di immobili ad uso abitativo;

– si tratti di immobili nei quali l’acquirente si impegna a stabilire, entro dodici mesi dall’acquisto o dall’ultimazione degli stessi, la residenza propria o di suoi parenti o affini entro il terzo grado;

– si tratti di atti posti in essere al giusto prezzo da valutarsi alla data della stipula del preliminare (pertanto se il rogito definitivo fosse intervenuto molti anni dopo la stipula del preliminare, è al momento del preliminare che comunque bisogna fare riferimento per stabilire se il prezzo di vendita è “giusto”).

Da segnalare che sul punto è intervenuta anche la legge 14 maggio 2005 n. 80 di conversione del D.L. 14 marzo 2005 n. 35 (il cd. Decreto sulla competitività) la quale all’art. 2, comma 1, nel modificare l’art. 67 del R.D. 267/1942, stabilisce che non sono soggetti a revocatoria “le vendite a giusto prezzo di immobili ad uso abitativo destinati a costituire l’abitazione principale dell’acquirente suoi parenti ed affini entro il terzo grado”.

La norma in commento così come quella della legge 80/2005 non può che suscitare perplessità in ordine alla “aleatorietà” del concetto di “giusto prezzo” (34).

Le due disposizioni dettano per altri termini discipline differenziate (mentre il Decreto richiede l’impegno degli acquirenti, loro parenti o affini, a stabilire la propria residenza nell’immobile trasferito, la legge 80/2005 richiede che l’immobile trasferito sia già destinato a costituire l’abitazione principale di acquirente suoi parenti ed affini).

Tra le due norme, peraltro non si creano sovrapposizioni in quanto:

– la disposizione della legge 80/2005 che ha modificato lo stesso art. 67 R.D. 267/1942, costituisce la norma generale applicabile a tutte le vendite di immobili

Nota:

(34) Da segnalare, peraltro, che la stessa legge 80/2005 sempre all’art. 2, primo comma, nel modificare l’art. 67 del R.D. 267/1942, dispone che sono revocati, salvo l’altra parte provi che non conosceva lo stato di insolvenza del debitore, gli atti a titolo oneroso compiuti nell’anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso”.

ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o suoi parenti ed affini entro il terzo grado, a prescindere dalle caratteristiche degli immobili trasferiti e dai requisiti delle parti;

– la disposizione dell'art. 10 del Decreto invece detta una norma speciale, applicabile solo alle fattispecie considerate dal Decreto medesimo (vendita da costruttore/imprenditore a favore di persona fisica di immobile da costruire; e proprio perché in questi casi di tratta di trasferimento di immobile da costruire si spiega la diversa disciplina in ordine all'impegno di destinare l'edificio ad abitazione principale entro dodici mesi dall'acquisto o dall'ultimazione dell'edificio).

Non sono, altresì, soggetti alla azione revocatoria i pagamenti dei premi e delle commissioni relativi ai contratti di fideiussione e di assicurazione indennitaria previsti dagli articoli 3 e 4 del Decreto qualora effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso.

La disciplina in commento si applica solo ad atti comportanti il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale; ai preliminari si applica invece la disciplina del successivo art. 11 che, al pari della legge 80/2005, sopra citata, è invece intervenuto modificando il R.D. 16 marzo 1942 n. 267 (in pratica ha aggiunto dopo l'art. 72 una nuova disposizione l'art. 72-bis).

In caso di fallimento del costruttore ai sensi dell'art. 72 del R.D. 16 marzo 1942 n. 267:

– se l'immobile venduto è già passato in proprietà dell'acquirente il contratto non si scioglie;

– se l'immobile venduto non è già passato in proprietà dell'acquirente il curatore ha la scelta fra l'esecuzione e lo scioglimento del contratto.

Tale norma è rimasta invariata benché la legge delega ne prevedesse espressamente la modifica.

L'art. 11 del Decreto, come sopra ricordato, ha invece ha inserito una nuova norma (l'art. 72 - bis) la quale dispone:

– che se prima che il curatore comunichi la scelta tra esecuzione o scioglimento, l'acquirente abbia escusso la fideiussione a garanzia della restituzione di quanto versato al costruttore, dandone altresì comunicazione al curatore, il contratto si intende sciolto (il comportamento dell'acquirente nel richiedere l'escussione della fideiussione esclude pertanto la possibilità di scelta da parte del curatore);

– se invece il curatore, prima che l'acquirente abbia chiesto l'escussione della fideiussione, abbia comunicato di voler dare esecuzione al contratto, la fideiussione non potrà più essere escussa.

Fondo di solidarietà

È istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze il Fondo di solidarietà per gli acquirenti di beni immobili, al fine di assicurare un indennizzo agli acquirenti di beni immobili da costruire che, a seguito dell'assoggettamento del costruttore a procedure impli-

canti una situazione di crisi, hanno subito la perdita di somme di denaro o di altri beni e non hanno conseguito il diritto di proprietà o altro diritto reale di godimento su immobili oggetto di accordo negoziale con il costruttore ovvero l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su immobili da costruire per iniziativa di una cooperativa.

Ai fini dell'accesso alle prestazioni del Fondo, devono risultare nei confronti del costruttore, a seguito della sua insolvenza, procedure implicanti una situazione di crisi non ancora concluse in epoca antecedente al 31 dicembre 1993 né aperte in data successiva a quella di emanazione del decreto delegato.

L'accesso alle prestazioni del Fondo è consentito nei casi in cui per il bene immobile risulti richiesto il permesso di costruire.

I requisiti per l'accesso alle prestazioni del fondo, la struttura ed il funzionamento del Fondo, la gestione del Fondo sono disciplinati dagli artt. da 12 a 17 del Decreto.