

SOMMARIO

EDITORIALE

| | |
|--|-----|
| IL CONGRESSO DI PESARO: IL NOTAIO TRA "CIVIL LAW" E "COMMON LAW" di <i>Paolo Piccoli</i> | 465 |
|--|-----|

GIURISPRUDENZA

| | |
|---|-----|
| OSSERVATORIO a cura di <i>Ernesto Briganti</i> | 467 |
|---|-----|

Legittimità

| | |
|---|------------|
| CESSIONE DEL CREDITO IN LUOGO DELL'ADEMPIMENTO: EFFETTI SULL'OBBLIGAZIONE ORIGINARIA Cassazione, sez. III, 29 marzo 2005, n. 6558 il commento di <i>Anna Polimeno</i> | 470 472 |
|---|------------|

| | |
|--|------------|
| L'INCAPACITÀ NATURALE E L'ANNULLAMENTO DEL CONTRATTO DI COMPRAVENDITA IMMOBILIARE Cassazione, sez. I, 2 novembre 2004, n. 21050 il commento di <i>Benedetto Ronchi</i> | 478 480 |
|--|------------|

| | |
|---|------------|
| IMPRESA FAMILIARE E DIRITTI SULL'IMMOBILE ACQUISTATO IN NOME DEL TITOLARE Cassazione, sez. L, 16 gennaio 2004, n. 631 il commento di <i>Salvatore Walter Mandrà</i> | 485 486 |
|---|------------|

| | |
|---|------------|
| PLURALITÀ DI AFFITTUARI E PRELAZIONE AGRARIA Cassazione, sez. III, 19 novembre 2003, n. 17509 il commento di <i>Graziella Cotto</i> | 491 493 |
|---|------------|

Merito

| | |
|--|------------|
| UNICO CREDITORE E PLURALITÀ DI RAPPORTI: PARITÀ DI GRADO IPOTECARIO? Tribunale di Bologna, 5 maggio 2005 il commento di <i>Paolo Silvestro</i> | 501 503 |
|--|------------|

TECNICHE CONTRATTUALI

| | |
|--|-----|
| CIRCOLAZIONE DEI BENI CULTURALI E RIFLESSI SULL'ATTIVITÀ NOTARILE a cura di <i>Adriano Pischetola</i> | 505 |
|--|-----|

ARGOMENTI

| | |
|--|-----|
| IN TEMA DI AZIONI SENZA VALORE NOMINALE di <i>Paolo Guida</i> | 525 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| LA DISCIPLINA DEL COMMERCIO ELETTRONICO di <i>Maria Laura Mattia</i> | 529 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| LA TUTELA DEI SOCI DI MINORANZA NELLA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO: LA "VOICE" di <i>Alessandra Panelli</i> | 536 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| ATTO PUBBLICO, SCRITTURA PRIVATA AUTENTICATA E TITOLO ESECUTIVO di <i>Gaetano Petrelli</i> | 542 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| OPERE EDILIZIE ABUSIVE SU AREE VINCOLATE E DI PROPRIETÀ PUBBLICA: LE NULLITÀ NEGOZIALI di <i>Giampiero Pettenuti</i> | 563 |
|---|-----|



■ **INDICI**

| | |
|---------------------|-----|
| INDICE DEGLI AUTORI | 573 |
| INDICE CRONOLOGICO | 573 |
| INDICE ANALITICO | 573 |

XLI Congresso Nazionale del Notariato

Il Congresso di Pesaro: il notaio tra “Civil law” e “Common law”

di PAOLO PICCOLI

Civil law - Common law, sviluppo economico e certezza giuridica nel confronto tra sistemi diversi: tema insolito per il Congresso nazionale del notariato, che nasce da una constatazione, da una convinzione e da una fondata speranza.

La *constatazione* è che la globalizzazione ha reso il mondo molto piccolo, creando legami di interdipendenza e di confronto tra sistemi diversi, impensabili fino a pochi anni fa.

Essa ha abbattuto confini, imposto delocalizzazioni, cambiato modo di lavorare e di produrre, messo in concorrenza svariate aree del globo.

A New York vi sono studi tributari che raccolgono i dati, li spediscono a chiusura della giornata in India e, alla ripresa del lavoro, ricevono telematicamente il prodotto lavorato.

In questo scenario, occorre inserire il tema della sicurezza giuridica in un quadro più ampio di sviluppo economico e di competitività, nel quale raffrontare metodologie, risposte, efficienza, rispetto del contesto sociale e civile, capacità di assecondare lo sviluppo, garantendo equilibratamente giustizia e legalità.

Significa anche dimostrare che una prestazione giuridica è migliore non solo in termini sistematici, ma anche in termini economici.

La *convinzione* riguarda il fatto che non serve chiedersi se la globalizzazione sia in sé buona o cattiva, ma piuttosto *quale* globalizzazione vogliamo.

Occorrono politiche per una crescita sostenibile, giusta e democratica. Lo sviluppo non deve servire soltanto ad arricchire un ristretto numero di persone ma a trasformare la società, a migliorare la vita dei più deboli e dei più poveri, ad accrescere l'accesso all'istruzione ed ai servizi sanitari, a tutelare l'ambiente.

È in questo contesto che si inserisce anche il confronto tra i due grandi sistemi giuridici.

La *fondata speranza* risiede nella possibilità di vincere la sfida.

Alcune vicende recenti, negli Usa (Enron, Arthur Andersen, WorldCom) e in Italia (Parmalat, Cirio), hanno messo chiaramente in evidenza i pericoli insiti in un mercato senza regole e senza vincoli.

Ciò non impedisce che la spinta alla *deregulation* e ad una liberalizzazione in tutti i campi continui.

Il mondo anglo-americano preme con la sua straordina-

ria forza economica per imporre le proprie regole ad un mondo che ha strutture sociali, mentali e di interrelazione difformi, come se esistesse un solo modello di mercato, astrattamente sganciato dalle relazioni con la coesione sociale di cui ha bisogno per funzionare.

Non è dunque per una vana difesa dell'esistente che riteniamo che il modello europeo possa avere un futuro anche migliore del modello americano, ma perché siamo convinti che l'economia lasciata a se stessa non tenga conto a sufficienza dell'uomo e che l'uomo, singolarmente e nei suoi rapporti sociali, abbia bisogno dei contrappesi del diritto quale garante della legalità, della solidarietà e di un modello di vita che non privilegi solamente la forza quale criterio di ragione e di affermazione.

Ecco perché il Congresso nazionale è il luogo idoneo per interrogarsi su quali siano i tratti essenziali dei due modelli e quali radici essi abbiano in mondi profondamente diversi.

Nel modello anglo-americano, essenzialmente individualista, è sconosciuto il concetto di protezione collettiva; non vi hanno patria pubblici registri capaci di fornire certezza *erga omnes*; è il giudice - che deve rappresentare il sentire comune della gente - ad esercitare un ruolo centrale nello sciogliere le controversie, in un procedimento caratterizzato dalla importanza di prove orali.

Nel mondo continentale europeo e nei Paesi di *Civil law* l'obiettivo primario è quello di evitare i conflitti ed il costo sociale ed economico del giudizio, il più delle volte lungo e tortuoso; in questo senso riveste una posizione rilevante un soggetto terzo imparziale, come il notaio, la cui specificità può condurre a prevenire le controversie, traducendo in documenti solidi la volontà delle parti, attribuendo un valore specifico (la pubblica fede) ai propri documenti, ove la prova è prevalentemente scritta.

Nel primo modello si privilegia l'aspetto risarcitorio, per lo più in denaro, nel secondo una garanzia preventiva e l'esecuzione in forma specifica.

Ogni sistema ha ombre e luci, i suoi limiti, i suoi costi sociali. In Europa il contenzioso riferito agli atti notarili è il 2 per mille, negli USA, per analoghe convenzioni, il 100 per mille (dati della *American Bar Foundation*); nei paesi di *Civil law* il costo della giustizia civile va dallo 0,5% all'1,4% del PIL, negli USA è del 2,5%.

Pretendere di imporre l'uno o l'altro, senza tenere conto della situazione e del contesto, sarebbe un'operazione disastrosa.

Lo ha ben evidenziato Joseph E. Stiegliz, americano, consigliere del Presidente Clinton, premio Nobel per l'Economia nel 2001, nel suo "Globalization and its discontents", in cui stigmatizza le imposizioni del Fondo Monetario Internazionale, della Banca Mondiale (dalla cui Vice Presidenza si dimise) e del WTO, l'Organizzazione Mondiale del Commercio, ai paesi in via di sviluppo, con l'efficace espressione di "fondamentalisti del mercato"; e sottolinea che i paesi che si sono sottratti alle privatizzazioni e alle liberalizzazioni forzate (Polonia e Cina, tra gli altri, paesi che stanno puntando sul diritto civile e sul notariato) sono cresciuti più velocemente, dando vita ad una società più giusta e meno povera.

È una stagione questa, nella quale l'economia sembra aver soppiantato il diritto, ma, come già detto, l'economia non ha alcun interesse a tener conto dell'uomo, della sua complessità, dei suoi bisogni, del suo anelito ad una sicurezza; e - relativamente ad alcuni beni primari - della profonda iniquità di una società basata unicamente sulle risorse del più forte.

Non è forse inutile riflettere sul fatto che quando Adam Smith, fondatore dell'economia di mercato, scrisse il suo testo sulla "Ricchezza delle Nazioni", l'economia politica costituiva una branca della filosofia morale.

Molto tempo è trascorso e il rapporto tra liberalismo, democrazia e capitalismo ha subito trasformazioni positive, ma anche molte degenerazioni.

Tuttavia, dei cambiamenti in atto (grandi sfide, oltre all'economia, riguardano il fondamentalismo terrorista, l'ambiente, la vertiginosa corsa della scienza) occorre tenere conto e con essi confrontarsi, soprattutto comprendendo e spendendosi per far comprendere che non è con le semplificazioni e le scorciatoie che si può rispondere con efficacia alla complessità crescente.

Il notariato deve prendere atto che sarebbe ingenuo e pericoloso un suo arroccamento sulla semplice difesa di un proprio ruolo statico. Una scelta che non avrebbe futuro, mentre occorre scendere in campo, difendere giorno dopo giorno i propri valori, affermare in concreto la propria utilità sociale, conquistare quotidianamente e mantenere la fiducia della società e delle istituzioni, rifiutando ogni autoreferenzialità ed ogni miopia.

Il Congresso, con la sua novità, è perciò anche una ulteriore sollecitazione rivolta dal Consiglio nazionale al notariato tutto, per una riflessione che lo porti a non avere paura, ad uscire coraggiosamente in campo aperto, a comprendere che il più delle volte le difficoltà si traducono in grandi opportunità; purché si sappia cogliere il senso di futuro che è insito in qualunque passaggio (crisi, etimologicamente, non è soltanto separazione, ma anche scelta, giudizio), sia che riguardi gli autoveicoli, sia che riguardi i rapporti con le altre profes-

sioni, motivo di inquietudine ma anche di stimolo ad ampliare l'orizzonte di visuale e adattarci ai tempi nuovi.

Negli ultimi dieci anni il notariato ha cambiato pelle in maniera straordinaria, sia dal punto di vista professionale (le società, le esecuzioni, le dismissioni), sia dal punto di vista delle attitudini tecnologiche (la rivoluzione telematica), riuscendo ad anticipare le esigenze e le nuove sfide. Ora deve impegnarsi in una mobilitazione morale e di comunicazione: per una legittimazione del suo ruolo, che non risiede solamente nei compiti che la legge ci attribuisce, ma sempre più è affidato alla considerazione della garanzia che il cittadino ritrae e alla comprensione che attraverso il nostro operato sono possibili operazioni giuridiche complesse in un quadro di serenità e di fiducia.

Etica, coerenza, decoro, sono termini che suscitano scarso entusiasmo di questi tempi, nei quali la *furtività* sembra assurgere a valore e "impresa" - con le parole di un autorevole commentatore - troppo spesso significa "scorrieria". Ebbene, il notariato deve dimostrare di collocarsi sul versante dell'etica, della coerenza, del decoro, l'unico che può legittimare un ruolo di garanti cui la società, il cittadino, le istituzioni possono attribuire fiducia, il nostro bene più prezioso.

Solo così potremo uscire anche dallo stucchevole dibattito "pubblica funzione - professione" (troppo spesso usato come una *revolving door* di comodo, ricorrendo alla pubblica funzione per difendere il numero programmato e una riserva di competenze, alla professione per invocare contraddittoriamente libertà di concorrenza e di profitto) per riaffermare il nostro ruolo di produttori di un bene di interesse generale (la certezza giuridica, la legalità) di cui il Paese, ma anche l'ordinato svolgersi dei mercati, ha molto bisogno, ruolo nel quale l'aspetto professionale è ancella di quello pubblico e riguarda una efficienza organizzativa ed una indipendenza altrimenti non conseguibili.

Solo così potrà essere rivendicata quella distinzione dei ruoli - anche con le altre professioni - che riteniamo un fondamento essenziale non solo della democrazia ma anche di una equilibrata economia di mercato.

Un Paese si regge su competenze chiare ed affidabili, non su un'indistinta confusione di tuttologi, in cui l'asimmetria informativa finisce per danneggiare psicologicamente ed economicamente proprio i cittadini più deboli.

L'augurio è che la categoria capisca che il futuro è molto più nelle proprie mani che non in quelle dei propri dirigenti e dei rappresentanti del mondo politico e parlamentare; ai quali ultimi chiediamo soltanto di tutelare l'identità e le esigenze profonde della nostra società, inserita nel contesto europeo, da scelte dettate da parole d'ordine di centri burocratici o finanziari che assai poco conoscono della nostra storia e di affidarsi a virtù mai smentite nella loro efficacia: logica delle scelte, gradualità e buon senso.

Osservatorio civile

a cura di ERNESTO BRIGANTI

Condominio

- Cassazione, sez. II, 6 maggio 2005, n. 9504 - Pres. Spadone - Rel. Elefante

Regolamento di condominio - Regolamento contrattuale - Prova.

Nell'ipotesi in cui un condomino abbia dedotto in giudizio la violazione della legge tedesca (WEG) che prevede per le delibere assembleari un sistema di votazione per teste e non secondo millesimi, sostenendo l'illegittimità della delibera condominiale per non avere applicato detta legge, richiamata nel regolamento condominiale, la controversia investe la verifica dell'esistenza di un regolamento contrattuale, approvato da tutti i condomini, di deroga alla legge nazionale, per cui non è affetta da vizio di extrapetizione la decisione fondata sull'accertamento dell'insussistenza, per non essere stata fornita la relativa prova, di simile regolamento condominiale, ancorché non specificamente contestato in primo grado.

Notai

- Cassazione, sez. III, 10 maggio 2005, n. 9757 - Pres. Lupo - Rel. Spirito - P.M. Fuzio - F. A. c. V. G.

La disposizione dell'art. 49 della legge 16 febbraio 1913, n. 49, come sostituito dall'art. 1 della legge 10 maggio 1976, n. 333 - la 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 fidefacienti da lui conosciuti, che possono essere anche i testimoni" - va interpretata 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 le regole di diligenza, prudenza e perizia professionale o sulla base di qualsiasi elemento astrattamente idoneo a formare tale convincimento, anche di natura presuntiva, purché, in quest'ultimo caso, si tratti di presunzioni gravi, precise e concordanti. L'accertamento relativo alla formazione dello stato soggettivo di certezza del notaio circa l'identità personale delle parti è demandato al giudice del merito, il cui giudizio è incensurabile in cassazione se motivato in maniera congrua e logica.

Parcheggi

- Cassazione, sez. un., 15 giugno 2005, n. 12793 - Pres. Carbone - Rel. Elefante - P.M. Martone (conf.) - M. c. Sim s.r.l.

Area di parcheggio vincolata - Posti auto realizzati in eccedenza - Disponibilità del costruttore.

I parcheggi realizzati in eccedenza rispetto alla superficie minima richiesta dalla legge (art. 18 l. 765/1967) non sono soggetti ad alcun diritto d'uso da parte degli acquirenti delle singole unità immobiliari dell'edificio, sicché il proprietario originario del fabbricato può legittimamente riservarsi, o cedere a terzi, la proprietà di tali parcheggi, purché nel rispetto del vincolo di destinazione nascente da atto d'obbligo.

Società

- Corte d'appello Torino, sez. II, 7 luglio 2005

Di persone - Natura dei versamenti da parte del socio

I versamenti di somme di denaro, effettuati dal socio di una società di persone in adempimento di obbligazioni sociali nei confronti dei diritti dei creditori, al di fuori di ogni previo consenso dell'altro socio, hanno natura di mutuo e, pertanto, a tale titolo rimborsabili; non sono quindi da considerarsi quale apporto finanziario aggiuntivo, rispetto ai conferimenti per l'originaria costituzione della società o al successivo aumento di capitale, che si sia tradotto in un incremento patrimoniale e come tale non rimborsabile.

- Tribunale Genova, 14 giugno 2005 - Pres. Dimundo - Rel. Canepa - S. O. c. L. & S. s.r.l.

Di capitali - Capitale sociale - Aumento - Sottoscrizione - Compensazione con un credito del socio - Illegittimità

Il socio non può estinguere il debito sorto a suo carico per effetto della sottoscrizione di un aumento di capitale mediante compensazione con un proprio credito nei confronti della società derivante da un precedente finanziamento (nella specie la delibera di aumento aveva stabilito che il capitale dovesse essere sottoscritto "esclusivamente mediante versamento di denaro in contante").

- Cassazione, sez. I, 26 maggio 2005, n. 11220 - Pres. Olla - Rel. Morelli - P.M. Uccella (conf.) - B. c. Grossisti Orafi Riuniti s.n.c.

Di persone - Arbitraggio - Clausola sulla valutazione della quota in caso di liquidazione - Ammissibilità.

È possibile articolare, sia pur in un'unica clausola, due diverse disposizioni, l'una concernente le controversie di stampo giuridico tra i soci circa l'interpretazione del contratto di società - da risolvere per il tramite di arbitrato libero - l'altra - riguardante la valutazione della quota oggetto di liquidazione - per il tramite di arbitraggio, in quanto afferente una mera operazione tecnica di stima.

- Tribunale Milano, 26 maggio 2005 - Pres. Ciampi - Rel. Fiecconi - M. F. ed altri c. Imm.re Cartindustria s.r.l. in liq. ed altri

Delibere assembleari - Requisiti procedimentali indispensabili - Mancanza - Inesistenza.

Ricorre l'ipotesi di inesistenza della deliberazione assembleare di una società di capitali quando la relativa convocazione sia stata formulata da un soggetto privo dei necessari poteri.

- Cassazione civile, sez. I, 12 aprile 2005, n. 7536 - Pres. Losavio - Rel. Ceccherini - Bessega ed altri c. Porto Turistico Jesolo SpA ed altri

Società di capitali - Società per azioni - Scopo di lucro - Requisito essenziale - Sussistenza - Delibera assembleare escludente lo scopo di lucro - Ammissibilità - Esclusione - Incidenza della delibera sulla causa del contratto sociale - Esclusione - Mancata impugnazione della delibera - Conseguenze - Successiva delibera dell'assemblea straordinaria "ripristinatoria" dello scopo di lucro - Validità - Consenso unanime dei soci - Necessità - Esclusione

Il principio di autonomia negoziale è applicabile al contratto di società di capitali, con i limiti derivanti dalla circostanza che l'art. 2249 c.c., nel prevedere che le società aventi ad oggetto l'esercizio di attività commerciali devono costituirsi secondo i tipi di legge, non consente l'adozione di clausole statutarie incompatibili con il tipo di società prescelto; ne consegue che, costituendo lo scopo di lucro un elemento essenziale e caratterizzante il tipo della società per azioni, l'assemblea straordinaria della società non può deliberare la sostituzione dello scopo lucrativo con uno scopo non lucrativo, mediante l'introduzione del divieto di distribuzione degli utili, al di fuori delle tassative ipotesi nelle quali è espressamente consentita l'utilizzazione del tipo della società per azioni, per uno scopo non lucrativo e del procedimento di trasformazione della società in società cooperativa; peraltro, la delibera dell'assemblea straordinaria di una s.p.a. che sostituisca, a livello statutario, allo scopo di lucro soggettivo uno scopo mutualistico, non incide sulla causa del contratto di società e neppure dà vita ad una società di tipo mutualistico e, benché illegittima, se sia stata adottata con la maggioranza stabilita per la modifica dello statuto della società e non sia stata impugnata, comporta l'utilizzazione della società per uno scopo diverso da quello inerente alla sua forma giuridica, sicché la successiva delibera che modifica la precedente, ripristinando lo scopo di lucro, a sua volta, neppure incide sulla causa del contratto di società e, conseguentemente, avendo ad oggetto una modificazione dello statuto, può validamente essere adottata con le maggioranze stabilite a questo fine.

tuisca, a livello statutario, allo scopo di lucro soggettivo uno scopo mutualistico, non incide sulla causa del contratto di società e neppure dà vita ad una società di tipo mutualistico e, benché illegittima, se sia stata adottata con la maggioranza stabilita per la modifica dello statuto della società e non sia stata impugnata, comporta l'utilizzazione della società per uno scopo diverso da quello inerente alla sua forma giuridica, sicché la successiva delibera che modifica la precedente, ripristinando lo scopo di lucro, a sua volta, neppure incide sulla causa del contratto di società e, conseguentemente, avendo ad oggetto una modificazione dello statuto, può validamente essere adottata con le maggioranze stabilite a questo fine.

Successioni

- Corte d'appello Napoli, 8 aprile 2005 - Pres. Bonanni - Est. Chiappetta - Comune di S. Giorgio a Cremano c. Arcidiocesi di Napoli ed altri

Testamento - Legato - Onere - Destinazione di un immobile a nosocomio - Utilizzo in fatto come gerontocomio - Irrilevanza.

L'onere apposto ad un legato testamentario a favore di una istituzione di assistenza e beneficenza, e consistente nella destinazione di un immobile a nosocomio a beneficio dei poveri preferibilmente residenti in un dato Comune è adempiuto anche se l'immobile in oggetto, venga destinato essenzialmente a gerontocomio, fornendo però comunque una pur minimale assistenza medica a persone anziane, afflitte da malattie croniche.

Vendita

- Cassazione, sez. un., 21 giugno 2005, n. 13294 - Pres. Carbone - Rel. Elefante - P.M. Palmieri - Litostampa S.r.l. c. Tessitura Della Torre S.A.S.

Garanzia per i vizi - Impegno del venditore alla eliminazione - Novazione - Insussistenza

L'impegno del venditore di eliminare i vizi che rendano la cosa inidonea all'uso cui è destinata (ovvero ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore economico) di per sé non dà vita ad una nuova obbligazione estintiva - sostitutiva (novazione oggettiva: art. 1230 c.c.) dell'originaria obbligazione di garanzia (art. 1490 c.c.), ma consente al compratore di essere svincolato dai termini di decadenza e dalle condizioni di cui all'art. 1495 c.c., ai fini dell'esercizio delle azioni edilizie (risoluzione del contratto o riduzione del prezzo) previste in suo favore (art. 1492 c.c.), sostanziosamente tale impegno in un riconoscimento del debito, interruttivo della prescrizione (art. 2944 c.c.).

Obbligazioni e contratti

Cessione del credito in luogo dell'adempimento: effetti sull'obbligazione originaria

Cassazione, sez. III, 29 marzo 2005, n. 6558

Cessione del credito in luogo dell'adempimento - Effetto della liberazione del debitore originario - Esclusione - Beneficio di escussione a favore del debitore originario

La cessione ex art. 1198 c.c. non estingue il credito originario, bensì affianca ad esso quello ceduto. Dal rinvio effettuato dall'art. 1198 c.c. all'art. 1267 comma 2 c.c., emerge che il cedente è liberato in caso di realizzazione del credito ceduto ovvero quando vi sia stato un comportamento negligente del cessionario ai fini del conseguimento del credito. Il credito originario resta inesigibile finché il cessionario non abbia inutilmente escusso il debitore ceduto, mentre si estingue in caso di realizzazione del credito ceduto. Perciò non basta la cessione del credito in luogo dell'adempimento per la liberazione del cedente, ma occorre l'effettivo conseguimento del credito ceduto in capo al cessionario. L'inesigibilità del credito originario permarrà per tutto il tempo in cui sarà possibile la fruttuosa escussione del debitore ceduto e il cessionario sarà tenuto ad escutere dapprima il debitore ceduto e, solo in caso di insolvenza di quest'ultimo, potrà rivolgersi al cedente.

Motivi della decisione

(omissis)

2. Con il primo motivo di ricorso si denuncia “violazione dell'articolo 360, n. 5, c.p.c. nonché dell'articolo 360, n. 3, in relazione all'articolo 111 Costituzione e 132, comma 2, n. 4, c.p.c. omessa e/o insufficiente motivazione circa punto decisivo della controversia”; la corte di merito - si sostiene - non ha esplicitato l'iter logico - giuridico seguito; in particolare si è limitata a riprodurre l'articolo 1198 c.c. senza stabilire alcun collegamento con l'articolo 1267 stesso codice; in definitiva, ha aderito alla ricostruzione giuridica della vicenda prospettata dall'(...), ma non ha indicato le ragioni, per le quali ha disatteso quella contraria.

3. Con il secondo motivo si deduce “violazione dell'articolo 360, n. 3, c.p.c. in relazione agli articoli 1198, 1267, 1362, 1367 c.c. Violazione dell'articolo 360, n. 5, c.p.c. per omessa, insufficiente, contraddittoria motivazione su punto decisivo della controversia”; la presente fattispecie ricade sotto la previsione dell'articolo 1198 c.c., il cui contenuto normativo risulta dalla combinazione dei due commi che lo compongono; secondo la corte di merito la cessione di un credito in luogo dell'adempimento disciplinata dal menzionato articolo 1198 attribuisce al creditore cessionario la facoltà alternativa di rivolgersi al debitore originario o a quello ceduto; nonché, l'articolo 1198, richiamando l'articolo 1267,

istituisce un collegamento tra le due norme e tale collegamento comporta che il creditore, cui il debitore abbia ceduto un credito in luogo dell'adempimento, è tenuto ad escutere prima il debitore ceduto e, solo in caso di inadempimento di quest'ultimo, può rivolgersi al debitore originario; in altri termini, fino a quando non sia inutilmente escusso o per lo meno non risulti insolvente il debitore ceduto, il debito originario è inesigibile; nella specie, peraltro, l'atto di cessione reca la clausola “pro solvendo” e ciò vale a rendere, comunque, operante la regola della preventiva escussione del debitore ceduto.

4. Evidenti ragioni di connessione consigliano la trattazione unitaria dei motivi.

5.1. La corte di merito ha affermato che la fattispecie è regolata dall'articolo 1198 e non dall'articolo 1267, implicitamente escludendo un rapporto tra le due norme.

5.2. Viceversa, in dottrina si sottolinea il rapporto legislativamente stabilito tra tali norme attraverso il richiamo della seconda da parte della prima e si muove da questo rapporto per ricostruire la figura della cessione di credito in luogo dell'adempimento.

Secondo un orientamento dottrinale la cessione regolata dall'articolo 1267 si distingue da quella prevista dall'articolo 1198 per diversità di disciplina e “rationes” ispiratrici.

In questa ultima forma di cessione il creditore ces-

sionario è titolare di due distinte pretese: l'una, quella originaria, nei confronti del debitore cedente; l'altra, quella derivata dalla cessione, verso il debitore ceduto, con la peculiarità che, in caso di inadempimento di quest'ultimo, il creditore ha la facoltà di scegliere se agire contro di lui o contro il debitore originario.

Per effetto del rinvio all'articolo 1267 tale facoltà viene meno quando la mancata realizzazione del credito ceduto sia dovuta al comportamento negligente del cessionario e, cioè, con il realizzarsi delle condizioni previste dal menzionato articolo che determinano liberazione del debitore cedente.

Altro orientamento dottrinale ritiene che la figura delineata dagli articoli 1198 e 1267 sia unitaria e costituisca una specie di "*datio in solutum*", nella quale la prestazione dell'"*aliud*" è rappresentata da una comune cessione "*solvendi causa*" con annessa garanzia di solvenza, sicché la responsabilità del cedente è legata alla solvibilità del ceduto ed è destinata a funzionare nel caso in cui il patrimonio di quest'ultimo sia escusso infruttuosamente.

La dottrina prevalente vede una conferma della tesi della cessione a scopo di adempimento e non in luogo di esso nel richiamo dell'articolo 1267, che fa obbligo al cessionario di agire diligentemente per la realizzazione del credito ceduto a pena della perdita della garanzia, precisando che si tratta di richiamo in via analogica, considerato che nell'articolo 1198 non è prevista garanzia di solvenza del debitore ceduto da parte del cedente, come è invece prevista nell'articolo 1267.

Secondo tale tesi per effetto della cessione il creditore diventa titolare di due diritti di credito, uno dei quali, quello originario, è inesigibile fino all'eventuale inadempimento di quello ceduto; il soddisfacimento di uno di essi determina, tuttavia, estinzione dell'altro.

5.3. Questa corte non ha avuto frequenti occasioni di occuparsi dell'articolo 1198.

Con la remota sentenza 340/75, ha affermato che la cessione del credito "*pro solvendo*" non ha di per sé efficacia novativa in quanto a norma dell'articolo 1198 il debitore cedente non rimane liberato, ma, salva diversa volontà delle parti, la sua obbligazione verso il proprio creditore si estingue solo con la riscossione del credito ceduto; successivamente, con sentenza 4213/80, ha evidenziato che la cessione di un credito può essere preordinata sia al conseguimento di uno scopo di garanzia che, a norma dell'articolo 1198, ad una funzione satisfattoria; più recentemente con sentenza 9495/02, ha ritenuto che nell'ipotesi di cessione *pro solvendo* a scopo solutorio in cui il creditore cessionario diventa titolare di due crediti concorrenti, l'uno verso il proprio debitore e l'altro verso il debitore ceduto, si è in presenza di distinte obbligazioni, aventi ciascuna una propria causa e l'attitudine ad essere oggetto di autonomi atti di disposizione, con l'unico li-

mite costituito dal fatto che l'obbligazione originaria si estingue con la riscossione del credito verso il debitore ceduto; non risulta alcuna pronuncia di questa Corte sulla specifica questione che si pone nel presente caso.

5.4. In relazione a tale questione va rilevato che la cessione prevista dall'articolo 1198 non estingue il credito originario, ma affianca ad esso quello ceduto con la funzione di consentire al creditore di soddisfarsi mediante la realizzazione di quest'ultimo credito.

Si verifica, pertanto, la coesistenza di due crediti: quello originario e quello ceduto; stante il richiamo che l'articolo 1198 fa al secondo comma dell'articolo 1267, in cui si subordina la responsabilità del cedente non al solo adempimento del ceduto, bensì al fatto che il cessionario abbia iniziato e proseguito con diligenza le istanze contro quest'ultimo, il credito originario rimane quiescente fino a quando il cessionario non abbia inutilmente escusso il debitore ceduto; la realizzazione del credito ceduto produce l'estinzione anche di quello originario.

In altri termini, la cessione del credito in luogo dell'adempimento non comporta liberazione del debitore originario, che consegue alla realizzazione del credito ceduto; il credito originario rimane inesigibile per tutto il tempo in cui persiste la possibilità di fruttuosa escussione del debitore ceduto; il creditore cessionario è tenuto ad escutere prima il debitore ceduto e, solo quando il medesimo risulti insolvente, si può rivolgere al debitore originario.

6. Ai principi sopra esposti non si è attenuta la corte di merito, la quale, riformando la sentenza di primo grado, ha implicitamente ritenuto inutile la riscossione che la sentenza aveva, invece, giustamente ritenuto necessaria.

Pertanto, la sentenza impugnata va cassata con rinvio alla corte di appello di Lecce per nuovo esame e pronuncia sulle spese del giudizio di cassazione.

7. Rimangono assorbiti gli ulteriori profili dei motivi esaminati ed il terzo motivo.

P.Q.M.

la Corte accoglie il primo ed il secondo motivo; assorbe il terzo; cassa in relazione la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese, alla corte di appello di Lecce.

IL COMMENTO

di Anna Polimeno

La sentenza in questione, in tema di cessione di un credito in luogo dell'adempimento, esamina il rapporto intercorrente tra l'art. 1198 c.c. e l'art. 1267 c.c. Muovendo dalla sentenza che si annota, si affrontano la portata e le implicazioni del rinvio normativo di cui all'articolo 1198 secondo comma e si delineano le problematiche relative all'individuazione del momento perfezionativo del contratto e all'efficacia estintiva dell'obbligazione originaria nella cessione del credito in luogo dell'adempimento.

Il fondamento economico della cessione del credito in luogo dell'adempimento è quello di agevolare l'adempimento delle obbligazioni, realizzando il soddisfacimento dell'interesse del creditore senza necessariamente realizzare il soddisfacimento del credito, che avviene solo con l'adempimento della prestazione dovuta. Anche se il codice civile attuale, come quello antecedente, ha accolto il precetto *aliud pro alio invito solvi non potest*, è possibile sostituire, con effetto estintivo, una prestazione ad un'altra di tipo diverso da quella dovuta, anche se di valore uguale o maggiore, solo quando vi è il consenso del creditore (1). Il principio dell'impossibilità di sostituire unilateralmente la prestazione convenuta è confermato dalla giurisprudenza (2) e comporta che il creditore non ha l'obbligo ma semplicemente la facoltà di accettare la diversa prestazione. Ne consegue che la cessione del credito in luogo dell'adempimento ha natura negoziale, diversamente dall'adempimento, proprio perché assume un ruolo fondamentale l'accordo del debitore e del creditore. Corollario della natura negoziale è la capacità di agire richiesta alle parti e la rilevanza dell'annullabilità per errore, violenza e dolo, mentre gli articoli 1190 e 1191 relativi al pagamento al creditore incapace ed al pagamento eseguito da un incapace sono dettati in materia di adempimento vero e proprio inteso come atto dovuto.

Nella fattispecie descritta dalla sentenza in esame non si ravvisa attuazione dell'obbligo pattuito, bensì un'estinzione che nel contempo soddisfa il creditore e libera il debitore dal suo obbligo (3). Inoltre, il carattere contrattuale non può essere contestato in base al rilievo che, in taluni casi, una vera e propria proposta da parte del debitore può anche mancare, perché la manifestazione di volontà del debitore si ritiene implicita nell'esecuzione della diversa prestazione (4). La natura contrattuale dell'istituto implica l'applicazione delle norme dettate in materia di contratti, mentre la sua funzione solutoria comporta l'applicazione delle norme sul pagamento. Sorge, dunque, il problema di individuare la

sanzione qualora, a monte, non vi sia un'obbligazione da estinguere. Se si applica la disciplina contrattuale si versa in un'ipotesi di nullità ai sensi dell'articolo 1418 del codice civile perché si è in presenza di un difetto genetico della causa, mentre, se si considera il rapporto nella sua funzione solutoria, si versa nell'ipotesi di pagamento dell'indebito e sorge il corrispondente obbligo di restituzione di quanto pagato. Se, la diversa prestazione eseguita è invalida oppure risolubile, rivive il credito originario ma non le garanzie eventualmente prestate dai terzi.

Procedendo nell'analisi di questa fattispecie estintiva delle obbligazioni, si può rilevare che tra gli elementi oggettivi e soggettivi essenziali per realizzare l'estinzione vi sono, oltre al consenso del creditore, la volontà del debitore di effettuare la diversa prestazione al precipuo fine di estinguere l'obbligazione e non a diverso titolo ed, inoltre, l'effettiva esecuzione della diversa prestazione convenuta.

La cessione del credito in luogo dell'adempimento

In particolare, l'articolo 1198 del codice civile pre-

Note:

(1) Sulla natura contrattuale della cessione del credito in luogo dell'adempimento C. Grassetti, *Datio in solutum*, *Novissimo Digesto*, Torino, 1960, V, pagina 174, P. Perlingieri, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario al codice civile*, Scialoja Branca, Bologna e Roma, 1975, sub articolo 1230-1259, p. 89, R. Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Giuffrè, Milano, 1936, pagina 125, D. Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Utet, Torino, 1965, II, p. 33 e F. Valenza, *Attività negoziale e rapporto giuridico plurilaterale senza comunione di scopo*, Giappichelli, Torino, 2005

(2) Ad esempio, Cass. 4 gennaio 1996 n. 70, in *Giustizia civile rep.*, n. 14 e Cass. 3 luglio 1980 n. 4205 in *Giustizia Civile*, 1980, I, p. 2960.

(3) Una parte della dottrina sostiene che l'unica fonte possibile per la prestazione in luogo dell'adempimento sia quella negoziale perché è essenziale il consenso del creditore, mentre non potrebbe trovare cittadinanza nell'ordinamento una dazione legale, che prescinde dal consenso del creditore. In questa prospettiva, non è riconducibile all'istituto la cessione dei beni ai creditori ed ai legatari di cui all'articolo 507 del codice civile perché non vi è funzione solutoria ma liberatoria dalla responsabilità. In tale senso M. Cantillo, *Le obbligazioni*, Utet, Torino 1992, p. 394. Altra parte della dottrina si pronuncia, invece, per l'ammissibilità della dazione di pagamento legale o giudiziale. Per esempio, C.M. Bianca, *L'obbligazione*, *Diritto Civile*, IV Milano, 1990, p. 435 individua un'ipotesi di dazione legale di pagamento nel legato di cosa altrui disciplinato dall'articolo 651 primo comma, che attribuisce all'onere del legato di cosa altrui la facoltà di pagare al legatario il giusto prezzo.

(4) Parte della dottrina ha osservato che il contratto non è connotato da onerosità bensì da subordinazione reciproca di opposti interessi. In tale senso L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, III, p. 147, tuttavia altra parte della dottrina obietta che la subordinazione di interessi è conseguenza diretta dello scambio di attribuzioni patrimoniali propende per la natura onerosa del contratto, fermo restando che l'equivalenza tra le due prestazioni non è richiesta. In questo senso M. Cantillo, *Le obbligazioni*, Utet, Torino 1992, p. 395

vede un caso specifico di prestazione in luogo dell'adempimento ovvero la cessione del credito in luogo dell'adempimento (5). Il primo comma dispone che la prestazione si estingue con la riscossione del credito, se non consta una diversa volontà delle parti.

La cessione del credito in luogo dell'adempimento, con finalità solutoria, può essere *pro solvendo* oppure *pro soluto*, se le parti dispongono in tale senso, fermo restando che il cedente rimane responsabile per il fatto proprio. Nel primo caso, che è l'ipotesi disciplinata dal codice, la liberazione del cedente si verifica solo quando il cessionario abbia ottenuto il pagamento del debitore ceduto. Nel secondo caso, che è la deroga voluta dalle parti, il cedente è liberato ed il rischio della solvenza del debitore ceduto ricade sul cessionario, salvo il disposto di cui all'articolo 1267 secondo comma, cui la norma in esame rinvia

Il secondo comma dell'articolo 1267 è richiamato nella parte in cui precisa che l'estinzione della prestazione avviene anche se vi è la mancata realizzazione del credito per insolvenza del debitore quando essa è dipesa da negligenza del creditore nell'iniziare o proseguire le istanze contro il debitore stesso (6). Inoltre, qualora l'importo del credito ceduto e riscosso sia superiore al credito originario, parte della dottrina ritiene (7) che l'eccedenza sia da restituire al cedente, laddove, secondo l'opposta opinione, sarebbe richiesta un'apposita pattuizione in tale senso.

La responsabilità del cedente: rapporti tra l'articolo 1198 e l'articolo 1267

a) Tesi dell'autonomia del fenomeno disciplinato dagli articoli 1198 e 1267

La sentenza in esame distingue la cessione *pro solvendo*, di cui all'articolo 1267 dalla cessione *pro solvendo* contemplata dall'articolo 1198 e si pronuncia per l'autonomia delle due figure. Dal combinato disposto delle due norme (articoli 1198 primo e secondo comma e 1267 secondo comma), coerentemente con questa impostazione, si potrebbe evincere che, mentre la cessione del credito ordinaria è una cessione *pro soluto*, a meno che il cedente non assuma espressamente la garanzia della solvenza, la cessione del credito in luogo dell'adempimento, invece, si intende *pro solvendo*, a meno che non risulti una diversa volontà dei contraenti. Inoltre, parte della dottrina distingue ulteriormente la cessione del credito in luogo dell'adempimento dalla cessione ordinaria *pro solvendo*, perché in quest'ultima ipotesi non sussiste il problema dell'estinzione di una diversa prestazione. Questo significa che l'assunzione della garanzia nella cessione *pro solvendo* non esclude l'estinzione immediata dell'obbligazione originata in conseguenza della cessione, e, d'altro canto, la sopravvivenza dell'obbligazione originaria nella cessione del credito in luogo dell'adempimento fino alla riscossione effettiva del credito è cosa diversa dalla garanzia della solven-

za del debitore, anche se riveste una funzione analoga di tutela del creditore. Sulla base dell'analogia della funzione tra la garanzia della solvenza nella cessione ordinaria del credito e della sopravvivenza dell'obbligazione fino alla riscossione effettiva nella cessione del credito in luogo dell'adempimento si giustifica il rinvio dell'articolo 1198 all'articolo 1267 secondo comma, essendo quest'ultimo dettato per il cedente che abbia garantito la solvenza del debitore (*nomen bonum*) e non solo l'esistenza del credito (*nomen verum*). La garanzia dell'esistenza è dovuta sempre anche nella fattispecie di cui all'articolo 1198 anche se le parti convengono, in deroga alla disciplina del codice, che essa avvenga *pro soluto*, in quanto, benché essa possa essere esclusa pattiziamente, il cedente rimane sempre obbligato per il fatto proprio.

b) Tesi dell'unitarietà del fenomeno disciplinato dagli articoli 1198 e 1267

La sentenza in esame, dunque, si disancora da quella corrente dottrinale (8) che ravvisa nelle ipotesi di cui agli articoli 1198 e 1267 un tipo di attribuzione unico, la cui causa deve essere ricercata nel contratto in cui è inserita la prestazione. Di conseguenza, a seconda che si tratti di prestazione in luogo dell'adempimento o di cessione ordinaria del credito, il cessionario avrà un diverso tipo di tutela. Nel primo caso, il cessionario è garantito attraverso il recupero di quanto gli compete perché, ai sensi dell'articolo 1198, l'insolvenza del ce-

Note:

(5) L'espressione cessione del credito in luogo dell'adempimento è quella usata nella rubrica dell'articolo 1198 e si differenzia dalla locuzione "dazione in pagamento", utilizzata nel previgente codice ove, peraltro, l'istituto non trovava una disciplina apposita, in quanto il suo ambito di applicazione è più ampio e comprende ogni prestazione solutoria e non la mera dazione di una cosa. Sul punto in tale senso M.Allara, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 1927, p. 27, L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, III, p. 148, S. Rodotà, *Dazione di pagamento*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, XI, p. 734. In senso contrario C.A. Cannata, *L'adempimento delle obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, Rescigno, IX, Utet, Torino, 1984, p. 72.

(6) Cass. 24 febbraio 2000 n. 2110 in *Massimario della Giurisprudenza Italiana*, 2000 nel senso che il cessionario deve provare la richiesta del pagamento dovuto dal debitore o dimostrare l'inutilità delle istanze di pagamento alla luce della notoria insolvenza del debitore al momento della cessione

(7) Sono di tale opinione C.M.Bianca, *L'obbligazione*, Diritto Civile, IV Milano, 1990, p. 433 e A.Di Majo, *Obbligazioni in generale*, in *Commentario al codice civile a cura di Scialoja Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1985, p. 360, ma quest'ultimo condivide questa conclusione solo partendo dalla premessa che la cessione del credito in luogo dell'adempimento non realizza un effetto pienamente traslativo del titolo, ma solo attributivo del potere dispositivo. Sul punto si è soffermato anche A.Zaccaria, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 200, sostenendo diversamente che il diritto all'eccedenza non spetta al cedente automaticamente, ma deve essere espressamente convenuto.

(8) C.Varrone, *L'articolo 1198 c.c. ed il problema della cessione pro solvendo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1966, p. 537.

duto consente al cessionario di pretendere dal debitore originario la prestazione originaria oppure il valore del credito da parte del cedente, se questi ha garantito la solvenza. Nel secondo caso, il cessionario è tutelato dal recupero del corrispettivo della cessione ai sensi dell'articolo 1267.

Del resto, la giurisprudenza (9) già in passato ha negato l'unitarietà delle due figure. È stato, infatti, sottolineato che la cessione di un credito può assumere distinte funzioni: può essere preordinata ad uno scopo di garanzia oppure può assolvere una funzione solutoria ai sensi dell'articolo 1198. Ed è stato, altresì, ribadito che il cedente, salva diversa volontà delle parti, non rimane immediatamente liberato e non si verifica estinzione della corrispondente obbligazione fino alla effettiva riscossione del credito. Grava sul cedente che voglia sostenere la propria liberazione l'onere di provare la riscossione dei crediti ceduti, in conformità al principio generale dell'onere della prova sancito dall'articolo 2967, per cui chi vuole far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

Efficacia liberatoria della prestazione del credito in luogo dell'adempimento

a) Individuazione del momento perfezionativo del contratto

La dottrina ha manifestato differenti opinioni sul momento perfezionativo del contratto. Il principio di realtà, sostenuto dalla tesi più risalente (10) che si ispira al diritto romano e ritiene determinante la consegna del bene oggetto della diversa prestazione dovuta, è stato posto in dubbio e rivisitato da altri autori (11) nel senso che il contratto si perfeziona nel momento in cui viene eseguita la diversa prestazione convenuta. Di conseguenza, l'adempimento non è elemento formativo della fattispecie, bensì requisito per l'effetto solutorio.

b) Efficacia liberatoria nella prestazione in luogo dell'adempimento e nelle figure affini

L'istituto della prestazione in luogo dell'adempimento è stato, altresì, inquadrato nella figura del contratto regolamentare con funzione modificativa dell'oggetto dell'obbligazione (12), tuttavia, questa tesi è stata criticata (13), perché rischia di negare l'efficacia estintiva e liberatoria della prestazione in luogo dell'adempimento e rende ardua la distinzione di questa fattispecie da quella della vendita, in cui sia prevista la compensazione del prezzo con la somma di denaro di cui l'acquirente è debitore ad altro titolo, oppure dalla permuta del bene che un soggetto offre in cambio di quello che è tenuto a prestare. Un'ulteriore obiezione si ravvisa nel fatto che, se si trattasse di una modifica del rapporto obbligatorio, sarebbe difficile spiegare l'ipotesi della prestazione in luogo dell'adempimento effettuata dal terzo, perché il terzo non è legittimato a modificare il rapporto obbligatorio altrui.

Anche quando oggetto della dazione di pagamen-

to è un credito, la fattispecie non è consensuale, nel senso che per il suo perfezionamento non è sufficiente il consenso, bensì occorre che il debitore ceduto esegua la prestazione ed il credito sia effettivamente riscosso. Da quanto sopra esposto discende che la dazione di pagamento, come contratto estintivo e solutorio, non può avere effetti meramente obbligatori e, più in generale, in dottrina (14) si tende ad escludere che la prestazione in luogo dell'adempimento possa consistere nell'assunzione di un debito altrui.

Essa si perfeziona con l'acquisizione del bene e, sotto questo profilo, si distingue dalla novazione e dalla figura del *pactum de in solutum dando*. La novazione crea una nuova obbligazione in sostituzione di quella originaria, mentre la prestazione in luogo dell'adempimento è una facoltà del debitore e non incide sulle posizioni reciproche di debito e credito, perché la prestazione dovuta rimane quella originaria. Il *pactum de in solutum dando* è riconducibile ad un'obbligazione con facoltà alternativa che differisce dalla prestazione in luogo dell'adempimento perché l'obbligazione con facoltà alternativa è attribuita nella fase genetica del contratto con la peculiarità che tale facoltà può essere utilizzata attraverso l'adempimento della prestazione che ne forma oggetto, mentre la prestazione in luogo dell'adempimento è un accordo che può intervenire solo nella fase esecutiva

Note:

(9) Cass. 3 luglio 1980 n. 4213 in P.Cendon, *Commentario al codice civile*, 1991, sub articolo 1998

(10) A favore della tesi della realtà della dazione di pagamento si possono annoverare FMessineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1954, III, p. 27 e N.Coviello, *Della trascrizione*, Napoli-Torino, Margheri-Utet, 1965, p. 202.

(11) A favore della tesi dell'esecuzione della diversa prestazione FGazzoni, *La trascrizione immobiliare*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1991, p. 169.

(12) La tesi che qualifica la prestazione in luogo dell'adempimento come un contratto modificativo del contenuto del rapporto obbligatorio è ampiamente sostenuta dalla dottrina tedesca e si ritrova anche in P. Perlingieri, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario al codice civile*, Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1975, sub articoli 1230-1259, p. 90, G.Biscontini, *Adempimento parziale e datio in solutum*, in *Rassegna di diritto civile*, 1984, pagina 623, che attribuisce all'istituto la natura di negozio regolamentare per la funzione essenzialmente modificativa di un precedente rapporto obbligatorio e A.Zaccaria, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 98.

(13) In senso contrario M.Allara, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 1927, p. 23, secondo il quale le parti commutano l'oggetto del rapporto obbligatorio ma si limitano ad attribuire ad una diversa prestazione un valore equivalente all'adempimento e L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, III, p. 914, per cui non vi è modificazione del rapporto in quanto l'obbligazione originaria, prima della sua estinzione, rimane inalterata.

(14) In questo senso A.Di Majo, *Obbligazioni in generale*, in *Commentario al codice civile a cura di Scialoja Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1985, p. 349, ma di parere opposto è A.Zaccaria, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 157.

del rapporto obbligatorio e solo in questa ipotesi e, non nell'obbligazione con facoltà alternativa sin dall'origine, il creditore cessionario, in caso di evizione o di vizi della cosa, può reclamare la prestazione originaria (15).

c) Particolare oggetto della cessione in luogo dell'adempimento e ripercussioni sulla sua efficacia

Coerentemente con quanto stabilito dalla Corte di Cassazione nella sentenza commentata, è stato, altresì, sostenuto dalla giurisprudenza in altre occasioni che un'obbligazione pecuniaria non si estingue subito se viene ceduto in luogo dell'adempimento un vaglia cambiario oppure un assegno (16). Tuttavia, questa asserzione perentoria trova un temperamento perché, d'altra parte, è stato obiettato che il vaglia e l'assegno circolare sono considerati mezzi normali di pagamento delle obbligazioni pecuniarie e che il rifiuto del creditore deve essere dettato da ragioni oggettive. Dal principio di correttezza di cui all'articolo 1175 del codice civile discende che il creditore deve tempestivamente informare il debitore del rifiuto di accettare in pagamento assegni o vaglia. E', quindi, opportuna una distinzione da effettuare caso per caso. A tale proposito, la giurisprudenza (17) si è pronunciata nel senso che, se tra le parti il pagamento mediante titoli di credito è usuale, il creditore non può rifiutare un nuovo pagamento effettuato nello stesso modo, senza addurre motivi specifici, a meno che tale forma di pagamento non risulti effettivamente più onerosa per il creditore oppure l'obbligazione sia sorta con la precisione espressa che tali forme di pagamento non sono da considerarsi liberatorie.

Conclusioni

Il principio che è stato stabilito dalla Suprema Corte nella sentenza che qui si è affrontata, n. 6558 del 29 marzo 2005, è che la cessione prevista dall'articolo 1198 del codice civile non estingue il credito originario, bensì affianca ad esso quello ceduto allo scopo di consentire al creditore di soddisfarsi mediante la realizzazione del credito ceduto in luogo dell'adempimento.

Nella fattispecie si verifica la coesistenza del credito originario e di quello ceduto nel senso che il credito originario rimane quiescente fino a che il cessionario non abbia inutilmente escusso il debitore ceduto e solo allora la realizzazione del credito ceduto produce l'estinzione di quello originario. Si può aggiungere che nella fase di pendenza, fino a quando non sia intervenuta la riscossione del credito, il cedente può ancora adempiere il debito originario nei confronti del cessionario e, di conseguenza, recuperare il credito ceduto. Il rinvio dell'articolo 1198 all'articolo 1267 secondo comma significa che la responsabilità del cedente è subordinata non solo all'adempimento del ceduto ma anche al fatto che il cessionario abbia iniziato e proseguito con diligenza le istanze e nel frattempo il credito originario rimane inesigibile, fino a che sussiste la possibilità di una fruttuosa

escussione del debitore ceduto. Come è ribadito nella sentenza, inoltre, il creditore cessionario è tenuto ad escutere prima il debitore ceduto e, solo quando il medesimo risulti insolvente, si può rivolgere al debitore originario.

Tuttavia, non si può fare a meno di cogliere le lacune di una ricostruzione che si limiti ad inquadrare la problematica nei termini dell'unitarietà o dell'autonomia della fattispecie di cui agli articoli 1267 e 1198 del codice civile. A monte bisognerebbe partire dall'inquadramento della cessione del credito come un effetto negoziale, non come un tipo contrattuale a sé stante (18). Essa si sostanzia in un duttile schema che può essere adattato alla giustificazione causale che lo sorregge e svolgere varie funzioni: per esempio, una funzione solutoria come nella cessione del credito in luogo dell'adempimento. Si può, dunque, condividere, sotto questo profilo, l'inquadramento della cessione del credito come contratto a causa generica (19), che assume i connotati causali dell'atto di cui, di volta in volta, costituisce lo strumento per attuare gli effetti. Si tratta, cioè, di uno schema causalmente neutro, che può concretizzarsi in un contratto sinalagmatico o liberale.

Note:

(15) Nel senso che la prestazione in luogo dell'adempimento si riferisce unicamente alla fase esecutiva S. Rodotà, *Dazione di pagamento*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, XI, p. 735 e D. Rubino, *Obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili ed indivisibili*, in *Commentario al codice civile a cura di Scialoja Branca* sub articoli 1285-1320, Zanichelli, Bologna-Roma, 1968, p. 31, che attribuisce alla garanzia per evizione di cui all'articolo 1197 secondo comma carattere eccezionale e ne esclude l'estensione nel caso di obbligazione con facoltà alternativa

(16) In tale senso Cass. 13 novembre 1991 n. 12130 in *Foro Italiano rep.* 1991, n. 24, secondo la quale, in caso di cessione *pro solvendo* di un credito in luogo dell'adempimento, quando vengono date in pagamento cambiali mediante la girata dei titoli, l'obbligazione originaria si estingue solo con la riscossione del credito verso il debitore ceduto.

(17) Cass. 13 giugno 1980 n. 3771 in C.A. Cannata, *L'adempimento delle obbligazioni*, Utet Torino, 1984, p. 78.

(18) Un indizio in tale direzione si ricava dalla collocazione sistematica della cessione del credito nel codice civile: essa, infatti, non si trova nella sezione dei contratti speciali, bensì in quella delle obbligazioni in generale perché si tratta di una modificazione soggettiva nel lato attivo foriera della successione a titolo particolare del cessionario nel rapporto obbligatorio. In questo senso, U. La Porta, *La causa del trasferimento del credito, gli effetti preliminari e la disposizione del diritto futuro*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1998, II p. 708 e R. Cicala, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione "novativa" del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, Jovene, 1968, p. 53.

(19) In questo senso G. Capilli, *La cessione del credito a scopo di garanzia, commento alla sentenza della cassazione civile 2 aprile 2001*, n. 4796, in *questa Rivista*, 2002, n. 4, p. 352, V. Panuccio, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1995, p. 24, A.A. Dolmetta e G.B. Portale, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1985, I, pagina 258 che inquadrano la cessione del credito non come tipo a sé stante ma come negozio a causa variabile e, per tutti, R. Cicala, *Cessione del credito*, in *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende*, Napoli, 1986, p. 69.

Una cospicua parte della dottrina (20) e della giurisprudenza (21) ritiene il trasferimento del credito a scopo di garanzia legittimo sotto il profilo causale ed, inoltre, il rischio che la fattispecie ricada nel divieto del patto commissorio viene superato attraverso l'applicazione analogica dell'articolo 2803 del codice civile che, in tema di pegno di crediti, stabilisce che il creditore pignoratizio, una volta scaduto il credito, può ritenere quanto basta per il soddisfacimento delle sue ragioni e deve restituire il residuo al debitore. In questa fattispecie, particolarmente diffusa in tema di apertura di credito, la causa non è variabile ma atipica (22), perché lo scopo di garanzia concorre a connotare causalmente il negozio. La differenza è che, negli altri casi, tra cui quello in esame, la cessione del credito comporta un trasferimento definitivo, senza obbligo di restituzione qualora il cedente adempia la sua obbligazione, in base al principio della restituzione dell'indebito.

La differenza esiste, sebbene sia più sottile, anche tra la cessione del credito a scopo di garanzia e la cessione *pro solvendo*, perché in quest'ultima il cessionario chiede il pagamento al ceduto e, solo se quest'ultimo è inadempiente, si rivolge al cedente, mentre nella cessione a scopo di garanzia il cedente è l'obbligato principale e, solo se questi non paga, il creditore può pretendere il pagamento dal ceduto.

Note:

(20) Tra gli autori favorevoli al riconoscimento della legittimità della cessione del credito a scopo di garanzia vi sono S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Diritto civile, metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951, p. 335 ed U. La Porta, *La causa del trasferimento del credito, gli effetti preliminari e la disposizione del diritto futuro*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1998, II p. 712. Tra gli autori che non ravvisano nella cessione del credito a scopo di garanzia una violazione del divieto del patto commissorio M. Fragali, voce *Garanzia*, in *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, 1969, p. 458 e M. Cantillo, *Le obbligazioni*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 1992, p. 1129.

(21) La cessione del credito a scopo di garanzia come contratto immediatamente traslativo del credito è riconosciuta da Cass. 5 novembre 1980, n. 5943, in *Massimario Giustizia Civile*, 1980, p. 578, Cass. 3 febbraio 1987 n. 950, in *Diritto Fallimentare*, 1987, II, p. 692 e Appello di Firenze, 20 dicembre 1988, *Diritto Fallimentare* 1989, II, p. 831.

(22) Giova ricordare alcune tesi, avallate dalla giurisprudenza, ad esempio Cass. 13 gennaio 1973, n. 4507, in *Massimario Giustizia civile*, 1973, p. 432, tra cui quella che inquadra la cessione del credito a scopo di garanzia nel negozio indiretto, ma questo significherebbe ammettere che la causa di garanzia non è sufficiente di per sé a produrre un effetto traslativo. Dubbi sull'idoneità della causa di garanzia a giustificare un effetto traslativo immediato traspaiono parimenti dalle ricostruzioni dell'istituto come contratto misto di cessione e pegno di crediti o come negozio fiduciario, dettate dall'esigenza di tutelare le ragioni del credito e dei traffici. Infatti, il debitore ceduto non potrebbe opporre contro il cessionario le eccezioni che derivano dal *pactum fiduciae* tra cedente e cessionario. Tuttavia, questi timori sono risolvibili attraverso adeguati strumenti di pubblicità e di opponibilità ai terzi delle pattuizioni private, conciliabili con la ricostruzione della cessione di credito a scopo di garanzia come contratto a causa atipica.

Contratti in genere

L'incapacità naturale e l'annullamento del contratto di compravendita immobiliare

CASSAZIONE, sez. I, 2 novembre 2004, n. 21050
Pres. Prestipino - Rel. Bonomo - P.M. Pivetti (conf.) - C. c. V.

Capacità della persona fisica - Incapacità naturale di intendere e di volere - Atti compiuti da persona naturalmente incapace - Contratti in genere - Stato di incapacità naturale e malafede della persona contraente con l'incapace - Accertamento del giudice di merito - Incensurabilità in cassazione - Limiti - Fattispecie.

Contratti in genere - Invalidità - Annullabilità del contratto - Per incapacità - In genere - Stato di incapacità naturale e malafede della persona contraente con l'incapace - Accertamento del giudice di merito - Incensurabilità in cassazione - Limiti - Fattispecie.

Qualora sia proposta domanda di annullamento di un contratto per incapacità naturale, l'indagine relativa alla sussistenza dello stato di incapacità del soggetto che abbia stipulato il contratto ed alla malafede di colui che contrae con l'incapace di intendere e di volere si risolve in un accertamento in fatto demandato al giudice di merito, sottratto al sindacato del giudice di legittimità ove congruamente e logicamente motivato. (Nella specie, la S. C. ha ritenuto esente da vizi la sentenza di merito, che aveva escluso la prova della consapevolezza, da parte degli acquirenti del bene, della menomazione dell'altro contraente nella sfera intellettuale o volitiva, nonostante la pendenza di un giudizio di interdizione promosso nei confronti di costui).

(omissis)

Motivi della decisione

1. Il ricorso principale e quello incidentale devono essere riuniti, ai sensi dell'art. 335 c.p.c., trattandosi di impugnazioni contro la stessa sentenza.

2. Con l'unico mezzo d'impugnazione il ricorrente principale lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 428 c.c., nonché motivazione incongrua ed illogica.

La Corte d'appello, nonostante l'accertata sussistenza dell'incapacità naturale di R. C. ed il carattere pregiudizievole degli atti al patrimonio del medesimo, aveva ritenuto carente la prova della malafede dell'altro contraente.

Sostiene il ricorrente principale che il pregiudizio dell'incapace ha un valore indiziario circa la malafede dell'altro contraente, come si ricava dal testo dell'art. 428 c.c., e che per bilanciare una prova indiziaria così rilevante la Corte di merito avrebbe dovuto identificare, a favore dell'altro contraente, discriminanti con un minimo di attendibilità, non rinvenibili tra le fragili argomentazioni della sentenza. È essenziale la consapevolezza (o non consapevolezza) dello stato d'incapacità, secondo l'ordinaria diligenza. L'altro contraente deve

comportarsi secondo un criterio di ordinaria diligenza e chi lo viola deve essere riconosciuto consapevole dello stato di incapacità, e quindi non in buona fede.

Così inquadrato il problema, il ricorrente afferma che gli stessi fatti invocati a scusante costituivano ulteriori indizi a carico di E. C. e della moglie di quest'ultimo (- la trattativa, anteriore al 1981, nella quale era stato coinvolto C. C.; - l'appoggio dato in un primo tempo al figlio E. dalla madre L. S.; - la collaborazione prestata da alcuni professionisti in favore di E. C.; - le cognizioni tecniche di E. C.; - il rapporto padre - figlio tra i contraenti; - le contestazioni in ordine all'incapacità del padre e le vicende del procedimento di interdizione).

3. Il ricorso principale non appare fondato.

Va in primo luogo rilevato che la Corte territoriale ha rigettato gli appelli, volti ad ottenere l'annullamento dei contratti, ritenendo sussistente nel caso in esame l'incapacità naturale di R. C. (non avendo condiviso il giudizio di infondatezza dell'azione espresso dal Tribunale sotto il profilo dell'insussistenza di tale incapacità), ma non sufficientemente provata la malafede degli altri contraenti E. C. e L. V. (per sé e per la società da essi formata).

La decisione è coerente con l'orientamento di questa

Corte, secondo cui, ai fini dell'annullamento del contratto concluso da un soggetto in stato d'incapacità naturale è sufficiente la malafede dell'altro contraente, senza che sia richiesto un grave pregiudizio per il soggetto incapace, pregiudizio che può costituire un mero sintomo rivelatore di detta malafede (Cass. 14 maggio 2003 n. 7403, Cass. 11 settembre 1998 n. 9007, Cass. 26 febbraio 1992 n. 2374).

La malafede richiesta dall'art. 428 c.c. consiste nella consapevolezza che un contraente abbia della menomazione dell'altro contraente nella sfera intellettuale o volitiva (Cass. 6 agosto 1990 n. 7914; Cass. 26 novembre 1987 n. 8783, Cass. 11 gennaio 1982 n. 112; nello stesso senso, più recentemente, Cass. 11 settembre 1998 n. 9007 e 17 luglio 1991 n. 7784, in motivazione; secondo Cass. 2 giugno 1990 n. 5402, in motivazione, invece, la malafede consisterebbe anche nell'intento che l'altro contraente abbia realizzato di giovare della situazione per trarne vantaggio nella contrattazione).

Osserva il Collegio che, se il termine "malafede" può far pensare anche ad un inganno della controparte, le particolarità della fattispecie presa in considerazione dall'art. 428 c.c. e le esigenze di tutela che ne scaturiscono privano quest'ultimo elemento del carattere della essenzialità. L'affidamento del terzo costituisce la ragione, ma anche il limite, per far prevalere, attraverso l'annullamento del contratto, l'interesse di quest'ultimo sulla protezione dell'incapace, che appare altrimenti prioritaria. Una volta accertato che il terzo era consapevole dello stato di incapacità del contraente, non vi è motivo per l'ordinamento di non consentire l'annullamento del contratto, a prescindere dal fatto che il terzo si sia o meno avvantaggiato ovvero pensasse o meno di avvantaggiarsi.

L'indagine relativa alla sussistenza dello stato di incapacità del soggetto che abbia stipulato il contratto ed alla malafede di colui che contrae con l'incapace di intendere e di volere si risolve in un accertamento in fatto demandato al giudice di merito, sottratto al sindacato del giudice di legittimità ove congruamente e logicamente motivato (Cass. 5 febbraio 2004 n. 2210, Cass. 28 marzo 2002 n. 4539).

Nella specie, secondo la sentenza impugnata, la piena riconoscibilità da parte dei terzi dei limiti nella comprensione e autodeterminazione accertati dal consulente tecnico di ufficio non poteva essere automaticamente affermata, pervenendosi a quel giudizio solo dopo attenta valutazione specialistica (che esclude trattarsi di soggetto con sole difficoltà ad esprimersi col linguaggio), sicché, non disponendo gli acquirenti - conduttori delle cognizioni mediche necessarie per cogliere nei sintomi comportamentali del venditore - locatore i segni dell'incapacità naturale, la presunzione di buona fede di cui i medesimi potevano giovare non era vinta dalla natura dell'infermità che all'epoca affliggeva R. C..

In tal modo, il giudice di merito giunge ad escludere la prova della consapevolezza degli acquirenti - conduttori

della menomazione dell'altro contraente nella sfera intellettuale o volitiva, e cioè del requisito indispensabile ai fini dell'annullamento del contratto. La Corte territoriale esamina anche l'influenza che sulla consapevolezza della menomazione poteva avere avuto la pendenza del giudizio di interdizione promosso da C. C. nei confronti di R. C., arrivando però ad una conclusione negativa, in considerazione dello stadio nel quale tale processo si trovava all'epoca della stipulazione dei primi due contratti. Viene, in particolare, sottolineato, tra l'altro: a) che era stato espletato il solo interrogatorio dell'interdicendo, all'udienza del 17 novembre 1981, nel corso della quale E. C. aveva affermato la propria convinzione che R. C. fosse perfettamente in grado di autodeterminarsi, in ciò incontrando il consenso di tutti i parenti, con la sola eccezione del ricorrente nel giudizio di interdizione, C. C.; b) che al tempo dei primi due contratti non era stato ancora formulato il parere del Prof. D. R., mentre all'epoca del terzo era già in atti la relazione C., contraria al riconoscimento dell'incapacità; c) che nella stipulazione degli strumenti negoziali R. C. si era avvalso dell'assistenza della moglie L. S.; d) che alla trattativa non sembrava essere rimasto estraneo anche C. C., come si poteva evincere da una scrittura in data 31 ottobre 1980, con la quale i fratelli C. ed E. C. si erano accordati nel senso che E. liquidava a C. la somma di lire 150.000.000 per ottenere dai genitori il fabbricato e l'azienda commerciale in questione e C. si impegnava ad accettare tale somma quale controvalore della metà dei beni suddetti; e) che le complesse trattative che avevano portato alla stipulazione dei contratti erano state svolte con l'assistenza di professionisti all'uopo incaricati dalle parti interessate. È anche il caso di rilevare che all'esito dell'interrogatorio dell'interdicendo non venne nominato un tutore (né un curatore) provvisorio.

Ritiene il Collegio che tale accertamento di fatto compiuto dalla Corte di appello sul punto della consapevolezza della menomazione della sfera intellettuale o volitiva dell'altro contraente non possa essere sindacato in questa sede, essendo sorretto da una motivazione congrua, basata su una serie di elementi che sono stati interpretati in maniera non illogica.

A nulla rileva che in altra parte della sentenza impugnata (pag. 24) la Corte territoriale abbia affermato che dall'obiettiva sproporzione tra il valore di mercato dei diritti negoziati ed il corrispettivo concretamente pattuito (sproporzione che era emersa solo attraverso una travagliata analisi estimativa del consulente tecnico di ufficio) non era agevole il convincimento che gli acquirenti - conduttori fossero in possesso di cognizioni tecniche tali da conferire loro la soggettiva certezza di avvantaggiarsi in danno di un contraente incapace. Tale certezza, infatti, come si è detto, non è richiesta ai fini della prova della malafede di cui all'art. 428 c.c..

4. Il ricorso principale e quello incidentale adesivo (con cui vengono riproposte le argomentazioni sviluppate nel ricorso principale) vanno, pertanto, rigettati.

Ricorrono giusti motivi per compensare tra le parti le spese processuali in considerazione della natura della lite e delle peculiarità della fattispecie.

P.Q.M.

La Corte, riuniti i ricorsi, li rigetta e compensa le spese del giudizio di cassazione.

IL COMMENTO

di Benedetto Ronchi

La giurisprudenza ripropone un'importante questione interpretativa dell'art. 428 c.c.: la necessità o meno della ricorrenza del pregiudizio quale elemento autonomo e concorrente ai fini dell'annullamento dei contratti posti in essere da chi si trovi in stato di incapacità naturale ed il rapporto del pregiudizio con la malafede. L'interpretazione deve giungere a soluzioni che non ripugnino alla coscienza sociale e che comprendano la predisposizione di idonei strumenti legislativi a tutela dei soggetti portatori di menomazioni.

L'incapacità naturale consiste, essenzialmente, nell'inefficienza di un soggetto che, sebbene legalmente capace (cioè maggiorenne e non interdetto) non sia in grado di valutare adeguatamente le conseguenze degli atti che compie (1).

Tale stato di incapacità può essere determinato da cause, sia transitorie (2) (uso di sostanze stupefacenti, ubriachezza, patologie reversibili, ecc.), sia permanenti (menomazioni psichiche congenite, patologie degenerative irreversibili, ecc.); ciò che ha rilevanza giuridica è il momento in cui l'atto viene posto in essere, ovvero la ridotta o inesistente capacità di intendere o di volere del soggetto nell'attimo della conclusione del negozio (3).

Menomazioni, è bene precisarlo, che devono essere unicamente psichiche, non rientrando, nella previsione dell'art. 428 c.c., eventuali handicap di natura meramente fisica (cecità, mutismo, ecc.) (4). In quest'ultimo caso l'ordinamento mette a disposizione idonei strumenti di ausilio che consentono ai minorati fisici di partecipare correttamente all'attività giuridica (5).

Tuttavia, talune gravi menomazioni fisiche possono essere tali da avere alterato, o comunque sensibilmente attenuato, le capacità cognitive dell'individuo, configurando, in questa specifica ipotesi, la fattispecie codicistica dell'incapacità naturale.

Pertanto, la semplice sussistenza di un grave stato patologico non implica, automaticamente, un'incidenza sulla sfera intellettuale e volitiva del contraente, tale da determinare l'annullabilità dell'atto posto in essere. Incomberà, quindi, sul proponente l'azione di annullamento la dimostrazione non solo del precario stato di

salute del contraente, ma anche l'effettiva e diretta incidenza della malattia sulla capacità di autodeterminarsi del soggetto (6).

Al contrario si assisterà ad un'inversione dell'onere della prova nel caso in cui, accertata processualmente l'incapacità del soggetto in due determinati periodi (uno precedente e l'altro successivo alla sottoscrizione dell'atto) (7), vi sia, di conseguenza, una presunzione *iuris tantum* circa la sussistenza del perturbamento psichico nel periodo intermedio: in tale circostanza incomberà sulla parte che ha interesse a mantenere intatta la validità del contratto dimostrare che l'assenso del-

Note:

- (1) Torrente - Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, 84, Milano 1999.
- (2) Sacco, *Il contratto (Tomo I)*, 367, Torino, 1993: "La legge per una volta è chiara: al soggetto è data protezione, quando sia incapace per qualsiasi causa (anche transitoria)."
- (3) Cfr. Cass. civ., Sez. II, 8 agosto 1997, n. 7344 in *Mass. Giur. It.*, 1997: "Ai fini dell'invalidità di un negozio per incapacità naturale a norma dell'art. 428 c.c. non è necessaria una malattia che annulli in modo totale ed assoluto le facoltà psichiche del soggetto essendo sufficiente un perturbamento psichico tale a menomare gravemente, pur senza escluderle le capacità intellettive e volitive, anche se transitorio e non dipendente da una precisa forma patologica, impedendo o ostacolando una seria valutazione dei propri atti e la formazione di una coscienza volontaria. Tale accertamento deve essere compiuto dal giudice di merito con riferimento al momento della stipulazione del negozio e, pertanto, nel caso di incapacità dovuta a malattia non può prescindere da una valutazione delle possibilità di regresso della malattia manifestatasi anteriormente o posteriormente, per stabilirne la sua sussistenza nel momento indicato."
- (4) Pietrobon, *Incapacità naturale*, in *Enc. Giur. XVI*, 1, 1989.
- (5) Pietrobon, *op. ult. cit.*
- (6) Cass. civ., sez. II, 10 febbraio 1995, n. 1484, in *Foro It.*, 1995, I, 2499: "L'incapacità di intendere e di volere prevista dall'art. 428 c.c. ai fini dell'annullamento del contratto consiste in un turbamento dei normali processi di formazione ed estrinsecazione della volontà, che può essere causato anche da grave malattia e tale comunque da impedire la capacità di coscienza e libera autodeterminazione del soggetto (nella specie, in base all'enunciato principio la S.C. ha confermato la sentenza del giudice di merito che aveva escluso l'incapacità per carenza di prova di tale incidenza del turbamento psichico, causato da una grave malattia, sulla sfera intellettuale e volitiva del soggetto)."
- (7) Cass. civ., 6 agosto 1990, n. 7914 in *Mass.*, 1990: "In tema di annullamento del contratto per incapacità di intendere e di volere (art. 428 c.c.), la prova dell'incapacità non deve essere necessariamente riferita alla situazione esistente al momento in cui l'atto impugnato venne posto in essere, essendo possibile cogliere tale situazione da un quadro generale anteriore e posteriore al momento della redazione dell'atto, traendo da circostanze note, mediante prova logica, elementi probatori conseguenti."

l'altro contraente è avvenuto in un momento di «lucido intervallo». (8)

Il legislatore, con l'art. 428 c.c., si è preoccupato di tutelare tutte quelle persone che, al di fuori dei casi di interdizione legale o giudiziale, siano incapaci di amministrare il proprio patrimonio e, di conseguenza, siano esposti ad una pregiudizievole gestione dei propri beni o divengano facili vittime degli altrui abusi (9).

Trattasi, quindi, di una circostanza di fatto che, tuttavia, non incide sulla capacità di agire ma, viceversa, la presuppone. (10)

Taluni autori propendono per la estensione della tutela prevista dall'art. 428 anche a soggetti che per immaturità o inesperienza, anche se dovuti a semplici deficit culturali, purché di eccezionale rilevanza, si trovino in condizioni di non poter valutare le conseguenze degli atti giuridici che pongano in essere. (11)

Non rientra, invece, nella previsione dell'art. 428 l'ipotesi in cui la volontà del soggetto sia completamente assente: è il caso dell'ipnotizzato, ai cui atti parte della dottrina riconduce la sanzione della nullità (12). Il soggetto ipnotizzato, quindi, può essere considerato solo come uno strumento nelle mani dell'ipnotizzatore, i cui atti sono riconducibili esclusivamente all'altrui volontà.

Di conseguenza considerare quest'ultima ipotesi soggetta soltanto ad annullabilità, quando si sia riconosciuta la nullità per la violenza fisica, equivarrebbe a creare una contraddizione nel sistema giuridico (13). Inoltre, dall'analisi dell'art. 428 c. c., emerge con chiarezza che tale norma è limitata a disciplinare un esercizio anormale della capacità di intendere e di volere, non l'ipotesi della sua assoluta mancanza (14). L'incoscienza, caratterizzante lo stato di ipnosi, ci deve portare ad escludere categoricamente che possa parlarsi di una manifestazione viziata della volontà (15).

È frequente in dottrina e giurisprudenza il parallelismo tra incapacità legale ed incapacità naturale (16): la prima è una situazione di diritto, l'altra, come già ricordato, di fatto (17). L'incapacità legale è un istituto giuridico fondato sull'interdizione giudiziale, previsto dal legislatore a tutela di soggetti le cui facoltà intellettive sono fortemente limitate, e consiste nella privazione della capacità di agire dell'individuo interdetto evitandogli, mediante annotazione a margine dell'atto di nascita (art. 423 c.c.), l'onere di dover dimostrare, volta per volta, la rilevanza giuridica del suo stato psichico (18).

L'incapacità naturale è, invece, inquadrabile come difetto della volontà negoziale e come tale rende annullabile l'atto (19). Inoltre tale incapacità non è mai presunta: incombe sul soggetto che non era in grado di intendere o di volere (o ai suoi eredi od aventi causa) dimostrare, con assoluta libertà di mezzi (20), lo stato di alterazione psichica.

Il rimedio previsto dal codice a tutela degli incapaci naturali è l'annullamento degli atti posti in essere, si-

milmente a quanto previsto per gli interdetti ed inabilitati (art. 427 c. c.).

L'art. 428 individua due fattispecie distinte: il primo comma contempla l'ipotesi che l'atto posto in essere sia unilaterale; il secondo comma regola l'invalidità delle fattispecie di natura contrattuale. Di conseguenza, mentre il primo comma dell'art. 428 per giungere all'invalidità del negozio giuridico impone, oltre alla dimostrazione dell'incapacità di intendere o di volere, l'accertamento di un "grave pregiudizio" conseguente all'atto posto in essere (ad es. accettazione di un'eredità in cui le passività superino le attività, la rinuncia ad un credito, ecc.), il secondo comma è, invece, incentrato sulla malafede dell'altro contraente, ossia sulla conoscenza da parte di quest'ultimo dello stato di incapacità naturale della controparte.

Il "grave pregiudizio", genericamente indicato dal primo comma dell'art. 428 c.c., va determinato, necessariamente, caso per caso, la cui valutazione processuale è affidata dal legislatore al prudente apprezzamento del giudice di merito (21).

Va inoltre precisato che qualora la controparte, non solo sia perfettamente a conoscenza dell'altrui stato

Note:

(8) Cass. civ., sez. II, 26 novembre 1997, n. 11833 in *Mass.*, 1997: "Quando sussista una situazione di malattia mentale di carattere permanente, ricade su chi pretende la validità dell'atto l'onere di dimostrare l'esistenza di un eventuale lucido intervallo, tale da ridare al soggetto l'attitudine a rendersi conto della natura e dell'importanza dell'atto."

(9) In tal senso Arena, *Incapacità (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XX, 916, Milano, 1970.

(10) Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 137, Napoli, 2000.

(11) Sacco - De Nova, *Il contratto (Tomo I)*, 367, Torino, 1993: "Ne deriva che l'immaturità, o l'inesperienza, anche se dovute a semplici deficit culturali o esperienze di vita, purché superi la soglia dell'anormalità, può essere assunta nella formula omnicomprensiva dell'art. 428."

(12) A favore della tesi della nullità si segnalano tra gli altri: Auletta, *I vizi della volontà nella dichiarazione cambiaria*, *Recensione a W. Bigiavi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 805 e ss.; Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. di dir. civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, vol. III, Milano, 1988, p. 272; Pietrobon, *op. ult. cit.*, 4. *Contra* Messineo, *Manuale del diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, 232.

(13) Bigiavi, *I vizi del volere nella dichiarazione cambiaria*, 156 e ss., Merano, 1943.

(14) Panza, *Contratto concluso in stato di ipnosi*, in Università di Bari, *Casi e questioni in tema di contratti*, 1970.

(15) Di Cagno, *L'ipnosi e l'incapacità di intendere e di volere*, in *Riv. trim. dir. e proc. Civ.*, 1957.

(16) Venchiarutti, *Incapaci*, in *Digesto (Discipline privatistiche)*, 373, Torino, 1994.

(17) Falzea, *Capacità (teor. gen.)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 30.

(18) Pietrobon, *op. ult. cit.*

(19) Bianca, *Diritto Civile, I, La norma giuridica. I soggetti*, 267, Milano, 2002.

(20) Cfr. Cass. civ., Sez. II, 13 novembre 1991, n. 12117 in *Foro It.*, 1992, I, 2456.

(21) In tal senso Rescigno, *Incapacità naturale ed inadempimento*, Napoli, 1950, 56.

di deficienza psichica, ma addirittura ne approfitti per trarne vantaggio, inducendo l'incapace naturale a compiere atti a sé sfavorevoli, sarà perseguibile a norma dell'art. 643 c.p. (circonvenzione di persone incapaci); perché sia configurabile tale reato è comunque necessario che l'agente abbia un comportamento attivo, idoneo ad influire sulla debole volontà del soggetto passivo (22). Non integra, invece, tale fattispecie delittuosa, il comportamento del soggetto che pur conoscendo la menomazione psichica altrui, ed avendone tratto giovamento, non influisca sulla formazione della volontà dell'incapace (23).

La sentenza in epigrafe ripropone un'importante questione interpretativa dell'art. 428 c.c.: la necessità o meno della ricorrenza del pregiudizio quale elemento autonomo e concorrente ai fini dell'annullamento dei contratti posti in essere da chi si trovi in stato di incapacità naturale ed il rapporto del pregiudizio con la malafede.

La "malafede", prevista dall'art. 428 c.c., consiste semplicemente nella consapevolezza che un contraente abbia della menomazione dell'altro contraente nella sfera volitiva o intellettuale. L'uso di tale termine da parte del legislatore può indurre, tuttavia, l'interprete a pensare alla malafede come ad un inganno posto in essere dalla controparte: in realtà, da una lettura attenta della norma, si evince con chiarezza che l'art. 428 intende proteggere l'incapace prescindendo da eventuali raggiri, offrendo, in tal modo, una tutela decisamente più ampia.

La prima sezione della Corte di Cassazione, aderendo ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, e distanziandosi dalle pronunzie di alcune Corti di merito (24), ha ritenuto il pregiudizio solo quale indizio della malafede (25), indirizzando, di conseguenza, la sua attenzione, nella valutazione degli elementi probatori, sulla riconoscibilità dello stato di alterazione psichica dell'attore.

Siffatta tesi, avversata da molti autori (26), considera il grave pregiudizio quale elemento essenziale e costitutivo della sola fattispecie relativa all'annullamento degli atti unilaterali, così come previsto dall'esplicito riferimento del primo comma dell'art. 428.

Diversamente, per l'annullamento dei contratti, il secondo comma dello stesso articolo non richiederebbe la dimostrazione del pregiudizio che sia derivato (o possa derivare) all'incapace dall'esecuzione del contratto, bensì la malafede intesa come conoscenza o, quantomeno, come la possibilità di poter accertare, con l'ordinaria diligenza, lo stato di menomazione dell'altrui sfera intellettuale o volitiva (27). Tesi che considera, quindi, prevalente, negli atti unilaterali, il criterio della protezione dell'incapace contro i pregiudizi (28) che gli possano derivare dal compimento di una determinata attività negoziale (29).

Al contrario, nei contratti, l'esigenza di tutela dell'incapace è contemperata dalla necessità di protezione

dell'altro contraente che, essendo all'oscuro dello stato di incapacità, confidi incolpevolmente nella validità dell'atto stipulato. Esigenza che viene meno quando il soggetto che entra in contatto con l'incapace sia a conoscenza delle altrui limitazioni.

In altri termini, l'affidamento del contraente costituisce il limite per far prevalere l'interesse di quest'ultimo sulla protezione dell'incapace che appare, viceversa, primaria.

Una volta accertato che il contraente era consapevole dello stato di alterazione psichica della controparte, non vi è motivo per l'ordinamento di non consentire l'annullamento del contratto, indipendentemente dal pregiudizio che sia potuto derivare all'incapace.

Pertanto, da un punto di vista probatorio, sarà sufficiente per l'incapace, al fine di ottenere l'annullamento del contratto posto in essere, dimostrare la malafede del contraente, il quale pur conoscendo lo stato mentale menomato della controparte, non si astiene dal contrarre (30). Tale consapevolezza dell'altrui stato di inca-

Note:

(22) Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale (vol.I)*, 376, Milano, 1999.

(23) Cfr. Cass. Pen. 16 maggio 1979, in Riv. Pen. 1979, 55.

(24) Tra le altre cfr. App. Venezia, 31 luglio 1956, in *Mass. Giust. Civ.*, 1956,80; App. Napoli, 22 aprile 1970, in *Dir. e Giur.*, 1970, 914; App. Roma 7 giugno 1994.

(25) Cass. civ., sez. II, 26 febbraio 1992, n. 2374 in *Corriere Giur.*, 1992, 511, n. Carbone, *Annulamento del contratto concluso dall'incapace naturale: basta la malafede*: "Per l'annullamento dei contratti ai sensi dell'art. 428, 2° comma, c. c., a differenza che per i negozi unilaterali (art. 428, 1° comma), non è richiesta la dimostrazione di un grave pregiudizio che sia derivato o possa derivare all'incapace, non costituendo questo in sé un elemento costitutivo e concorrente, ma solo uno degli indizi rivelatori del requisito essenziale della malafede la quale consiste unicamente nella consapevolezza che un contraente abbia della menomazione dell'altro nella sfera intellettuale o volitiva."

(26) Si segnala, tra gli altri, Pietrobon, *Incapacità naturale*, in *Enc. Giur.* XVI, 5, 1989: "L'esigenza del pregiudizio si armonizza con la ragione stessa di rilevanza dell'incapacità prevista dall'art. 428. Se essa, infatti, è riconosciuta come causa di annullabilità quando il soggetto, per il perturbamento psichico, abbia perduto, anche transitoriamente, la propria attitudine a giudicare; se entro questi limiti egli è sottratto al rischio per l'uso dell'autonomia, è coerente negare l'annullabilità quando in concreto il negozio sia stato da lui voluto e, nonostante l'incapacità, non gli abbia recato pregiudizio alcuno."

(27) Perlingieri, *Manuale di Diritto Civile*, 408, Napoli, 2002.

(28) Leccese, *Incapacità naturale e teoria dell'affidamento*, 105, Napoli, 1999: "il pregiudizio non è da intendersi in senso solo economico". Cfr. anche Cass. civ., 4 marzo 1986, n. 1375 in *Mass.*, 1986: "Il pregiudizio, previsto dal 1° comma dell'art. 428 c. c. perché l'atto unilaterale compiuto dalla persona che, sebbene non interdetta, si sia trovata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace di intendere e di volere, non ha un contenuto esclusivamente patrimoniale, ma è comprensivo di tutti gli effetti negativi derivanti dall'atto compiuto sull'intera sfera di interessi del soggetto."

(29) Cass. civ., 26 novembre 1987, n. 8783 in *Nuova Giur. Civ.*, 1988, I, 399, con nota di D'Antonio, *Contratto in genere - Annulamento per incapacità di intendere o di volere - Art. 428, cpv., cod. civ.*

(30) Cass. civ., 11 settembre 1998, n. 9007 in *Giur. It.*, 1999, 1381 con nota di Belloni.

pacità dovrà essere valutata secondo il principio dell'ordinaria diligenza: chi viola questo principio generale dell'ordinamento dovrà essere ritenuto consapevole dello stato di incapacità e, quindi, in mala fede.

È bene precisare, come ben evidenzia la sentenza in commento, che la controparte non è tenuta ad avere specifiche cognizioni mediche necessarie per rilevare l'altrui stato di incapacità, ma si baserà sull'ordinaria diligenza.

Di conseguenza il pregiudizio, nell'ambito contrattuale, diviene irrilevante se non ai fini della prova della malafede, dal cui accertamento resta assorbito, svolgendo una funzione puramente accessoria ed eventuale (31).

Di diverso avviso, come già detto, è una parte, autorevolissima, della dottrina: alcuni autori hanno sostenuto la necessità della presenza del pregiudizio, quale requisito concorrente della malafede, anche in materia contrattuale (32). Pertanto, tale corrente dottrinale sostiene che, in un equo temperamento degli interessi delle parti, la lesione svolgerebbe un ruolo centrale nell'istituto non solo per l'annullamento degli atti unilaterali, ma anche della fattispecie di natura contrattuale (33).

In altri termini tale teoria ravviserebbe nell'enunciazione del secondo comma dell'art. 428 c.c., una specificazione ulteriore alla previsione del primo comma dello stesso articolo: in esso, infatti, si disporrebbe, genericamente, per tutti gli atti, sia unilaterali che bilaterali, mentre nel comma successivo viene richiesto, per l'annullamento dei contratti, anche il requisito della malafede del contraente capace (34).

Tuttavia, va replicato che al soggetto incapace è inibita, a causa del suo stato psicologico, un'accorta valutazione sulla opportunità stessa della stipulazione del contratto (35). Nel caso in esame, quindi, il padre del ricorrente non sarebbe stato in grado di valutare la convenienza dell'alienazione di parte del suo patrimonio immobiliare, indipendentemente dalla congruità della controprestazione offerta (36).

La distinzione tra il primo ed il secondo comma dell'art. 428 è del resto desumibile da una attenta lettura del terzo comma dello stesso articolo; il codice civile, nel disciplinare il termine prescrizione per la proposizione dell'azione di annullamento, fa due espressi riferimenti: l'uno al compimento dell'atto, l'altro alla conclusione del contratto, confermando esplicitamente la netta separazione tra i due commi della stessa norma. (37)

Inoltre, voler ritenere in ogni caso valido ed efficace il contratto, nonostante il positivo accertamento dell'incapacità di uno dei contraenti e la malafede dell'altro, ma in difetto del grave pregiudizio, equivarrebbe a legittimare l'agire di colui il quale, violando le fondamentali regole della correttezza e buona fede, ha comunque, in senso lato, profittato degli altrui limiti (38). In altre parole negare la possibilità di impugnare il con-

tratto in caso di malafede dell'altro contraente, solamente perché l'incapace non ha risentito di un pregiudizio grave, la cui prova, alle volte, è tutt'altro che facile da dimostrare, corrisponderebbe a non dare alcun peso ad una condotta (la malafede) che va, invece, biasimata e repressa, costituendo la negazione di valori costantemente espressi dal legislatore del codice civile (39). La malafede, comunque la si voglia intendere, è in palese contrasto con le basilari regole della correttezza e della buona fede (artt. 1175, 1337, 1375 c.c.) che sono il presupposto per la validità dell'attività giuridica.

Una simile *interpretatio legis* non può che ripugnare alla coscienza sociale contemporanea che reclama, sempre con maggior vigore, la predisposizione di idonei strumenti legislativi a tutela dei soggetti portatori di handicap (40).

A questa esigenza ha tentato di rispondere il legislatore con la recente l. n. 6 del 9 gennaio 2004 (41), introducendo nel nostro ordinamento l'istituto dell'amministrazione di sostegno. Tale legge, frutto di un ventennale dibattito politico e dottrinale, ha innovato il titolo XII del libro I del codice civile, già rubricato « Del-

Note:

(31) Belloni, nota di commento a Cass., 11 settembre 1998, n. 9007, in *Giur. It.*, 1999, 1379.

(32) Galgano, *Diritto Civile e Commerciale*, II, 1, Padova, 2004.

(33) Rescigno, *Capacità di agire*, in *Novissimo Digesto*, II, Torino, 865, Torino, 1958.

(34) Belloni, *op.ult. cit.*

(35) Cfr. Cass. civ., Sez. II, 10 febbraio 1995, n. 1484, in *Foro It.*, 1995, I: "L'incapacità di intendere e di volere prevista dall'art. 428 c.c. ai fini dell'annullamento del contratto consiste in un turbamento dei normali processi di formazione ed estrinsecazione della volontà, che può essere causato anche da grave malattia e tale comunque da impedire la capacità di cosciente e libera autodeterminazione del soggetto."

(36) Cfr. Cass. civ., 26 novembre 1987, n. 8783 in *Giur. It.*, 1989, I, 1, 191: "Per l'annullamento dei contratti, ai sensi dell'art. 428 c. c., si richiede unicamente la malafede dell'altro contraente (che consiste nella consapevolezza delle altrui menomazioni nella sfera intellettuale o volitiva), rispetto alla quale il grave pregiudizio dell'incapace, che può essere anche di carattere non patrimoniale, si pone come uno dei possibili elementi rilevatori insieme alla natura ed oggetto del contratto nonché a qualsiasi altro elemento all'uopo utilizzabile come espressione inequivoca di una grave menomazione delle facoltà intellettive o volitive dell'altra parte contraente."

(37) De Lise, *Sulla rilevanza del pregiudizio nei contratti conclusi dall'incapace di intendere e di volere*, in *Dir. e Giur.*, 1964, 259.

(38) A tal proposito è significativo il pensiero di Sacco, *Il contratto*, 370, cit.: "Non è però concepibile che un giudice, una volta provato che Tizio contrasse in stato di delirio, e che la controparte ha riconosciuto questo stato, sia disposto, sia disposto a tenere in piedi un contratto, di cui l'incapace richieda l'annullamento; e ciò, anche quando manchi un pregiudizio economico."

(39) Maurini V., *L'incapacità naturale (Le monografie di Contratto e impresa. Serie diretta da Francesco Galgano)*, Milano, 2002, 71.

(40) Maurini V., *L'incapacità naturale*, *op.ult. cit.*, 81.

(41) Tra i primi commenti si segnala Tricomi I., *Così uno strumento giuridico flessibile introduce una graduazione nelle misure*, in *Giur. Dir.*, fasc. 5, 2004, 26.

l'infermità di mente e dell'interdizione e dell'inabilitazione», rinominandolo con l'espressione « Delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia».

L'intenzione del legislatore, esplicitata all'art. 1 della citata legge, è quella di tutelare le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, comprimendone il meno possibile la capacità di agire. Il soggetto incapace, pertanto, conserva la capacità di agire per tutti gli atti non attribuiti all'amministratore di sostegno che vengono, invece, espressamente indicati nel relativo decreto di nomina, così come previsto dal novellato art. 405

L'istituto dell'amministrazione di sostegno, quindi, si affianca agli istituti tradizionali dell'interdizione e dell'inabilitazione, rappresentando una valida alternativa ed un efficace strumento di tutela. Ci auguriamo che il nuovo istituto divenga, nella prassi giuridica, una concreta opzione ai ben più complessi procedimenti giudiziari dell'interdizione e dell'inabilitazione (42),

consentendo al soggetto menomato di mantenere una propria, seppur ridotta, autonomia giuridica.

Viceversa la rigidità e la gravità delle conseguenze discendenti dalla diretta applicazione dell'interdizione e della inabilitazione appaiono spesso mortificanti per il soggetto invalido (43), rivelandosi inefficaci in tutte quelle situazioni in cui la persona è in difficoltà a curare i propri interessi per cause transitorie (44).

Note:

(42) Molti autori in dottrina ritengono gli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione forme obsolete ed inadeguate di protezione giuridica dei sofferenti psichici. Con tali parole si è espresso Bianca C.M., *Diritto Civile, I, La norma giuridica. I soggetti*, cit., 265.

(43) Cfr. Perlingieri P., *Gli istituti di protezione e di promozione dell' "infermo di mente" - A proposito dell'handicappato psichico permanente*, in *Rass. dir. Civ.*, 1985, 46.

(44) Bianca C.M., op. ult. cit., 265.

Comunione

Impresa familiare e diritti sull'immobile acquistato in nome del titolare

CASSAZIONE, sez. lav, 16 gennaio 2004 n. 631
Pres. Mileo - Rel. Picone - P.M. Sorrentino (conf.) - D.V. c. Fall. L.I. di P.F. & C s.n.c

Comunione tacita familiare - In genere (nozione, caratteri, distinzioni) - Bene acquistato da un partecipante con i proventi comuni - Obbligo di trasferimento agli altri membri della comunione - Inadempimento - Rimedi

Il regime della comunione tacita familiare non si estende "ipso iure" al bene acquistato dal singolo partecipante con i proventi comuni, ancorché per conto della comunione, atteso che, in mancanza di una norma che ne legittimi l'acquisto automatico da parte della collettività, è configurabile soltanto un obbligo di trasferimento dal singolo acquirente agli altri membri della comunione, obbligo che, peraltro, non è suscettibile di esecuzione specifica se non assistito da idoneo atto scritto, ma può solo dar luogo, se inadempito, ad una azione di risarcimento del danno da parte degli altri membri della comunione familiare.

(omissis)

Motivi della decisione

Con il primo motivo si denuncia vizio di motivazione in relazione all'affermata mancanza di prova dell'impresa familiare, in quanto la circostanza non era stata contestata dal Fallimento e risultava dalla scrittura privata verificata, nella quale si dava atto che l'acquisto della casa era frutto dell'impegno comune dei coniugi, nonché in relazione all'applicabilità dell'art. 228 della legge n. 151 del 1975, deduzione che non era stata presa in considerazione dalla sentenza impugnata.

Con il secondo motivo si denuncia violazione dell'art. 230-bis c.c., norma che, si sostiene, attribuisce il diritto del partecipante alla comproprietà dei beni acquistati con i proventi dell'attività; dell'art. 228 legge 151/1975, poiché l'impegno convenuto nella scrittura verificata, di intestare formalmente l'immobile a entrambi i coniugi, rientrava nella fattispecie prevista dalla detta norma; dell'art. 1372 c.c., per aver negato effetti negoziali al patto concluso tra i coniugi.

Esaminati unitariamente i motivi per la loro connessione, la Corte giudica privi di fondamento tutti i profili di censura.

È necessario premettere, che la domanda respinta dal Tribunale, decisione su cui verte il motivo di ricorso, è unicamente l'accertamento della comproprietà dell'immobile formalmente intestato all'altro coniuge.

Il Tribunale ha, in primo luogo, escluso che il titolo dell'acquisto potesse essere rappresentato dalla scrittura privata verificata, non avendo in essa le parti espresso in alcun modo l'intento di trasferire il diritto.

Sul contenuto meramente ricognitivo della scrittura, invero, non è specificamente censurata la correttezza dell'accertamento del fatto, limitandosi la ricorrente a domandare, inammissibilmente alla stregua dei limiti del giudizio di legittimità, che la Corte valuti diversamente il fatto in questione.

Cosicché, sul punto, la decisione del Tribunale è conforme all'orientamento giurisprudenziale che nega valore costitutivo agli atti letteralmente ricognitivi o accertativi, ancorché confortati dalla *expressio causae* di diritti reali sui beni immobili (cfr. Cass. 9358/1987; 7274/1983; 4653/1981; 3019 e 2976/1980; 5292 e 48/1979).

La sentenza impugnata è altresì conforme al diritto nella parte in cui ha escluso che il titolo di acquisto del diritto reale potesse essere la comunione tacita familiare o l'impresa familiare.

Quanto al primo istituto, già contemplato dall'art. 2140 c.c. e ritenuto dalla consolidata giurisprudenza estensibile anche alle imprese non agricole, il regime della comunione tacita familiare non si estende *ipso iure* (senza bisogno, quindi, né di mandato né di un successivo negozio di trasferimento) al bene acquistato da ciascun partecipante (capo - famiglia o non) in nome proprio, ancorché per conto della comunione.

Invero, sulla questione la Corte ha espresso anche un orientamento opposto (Cass. 1688/1987, 4330/1986 e 4137/1982 - e, sia pure, in via ipotetica, da Cass. 9119/1999 in fattispecie nella quale non era provato l'acquisto con danaro comune), che tuttavia non può essere condiviso perché il diritto positivo non consente di concepire la comunione tacita familiare quale organizzazio-

ne munita di soggettività e di riconoscere, di conseguenza, una sorta di rappresentanza organica ai partecipanti. Ed infatti, l'orientamento largamente prevalente esclude, in fattispecie analoghe, ogni possibilità di acquisizione automatica, configurando a carico del compratore, nelle ipotesi considerate, solo un obbligo di trasferimento, per di più, non coercibile (salvo il risarcimento del danno) se non assistito da idoneo atto scritto (Cass. 1419/1997; 9677/1990; 5946/1984; 835/1981; 2242/1978).

In ogni caso, nella controversia non sono stati neppure invocati usi che considerino effettuati per la comunione anche gli acquisti *nomine proprio* dei singoli partecipanti, senza richiedere neppure la prova scritta della comunione (cfr. Cass. 7272/1991; nel senso, però, della prevalenza dell'art. 1350 c.c. sugli usi: Cass. 6537/1985).

Inserito in questo quadro normativo, l'insistito accento posto dai motivi di ricorso sul fatto che il coniuge acquistò l'immobile per conto (ma non in nome) di entrambi i partecipanti alla comunione (implicitamente, si deduce, nella qualità di semplice fiduciario), può implicare il riconoscimento a favore dell'altro coniuge di ragioni (non di natura reale, ma) puramente creditizie, incompatibili, come tali, con il diritto dominicale rivendicato. A maggior ragione, alla stessa conclusione deve pervenirsi in base all'istituto dell'impresa familiare di cui all'art. 230-bis c.c., che ha sostituito la comunione tacita familiare.

La giurisprudenza della Corte è consolidata nel senso che, nell'impresa familiare di cui all'art. 230-bis c.c., i diritti dei collaboratori non toccano la titolarità dell'azienda e rilevano solo sul piano obbligatorio senza comportare alcuna modifica nella struttura dell'impresa facente capo al titolare della stessa, al quale soltanto compete la qualifica di imprenditore e spettano i poteri di gestione e di organizzazione del lavoro implicanti la subordinazione (in senso lato) dei familiari che lo coadiuvano (cfr. *ex plurimis*, Cass. 1917/1999; 10893/1995; 10412/1995; 8959/1992; 4030/1992; 6559/1991).

Pertanto, la distinzione tra l'aspetto, interno, costituito dal rapporto associativo del gruppo familiare quanto alla regolamentazione dei vantaggi economici di ciascun componente, e l'aspetto esterno, nel quale ha rilevanza esclusiva la figura del familiare - imprenditore, effettivo gestore dell'impresa, comporta che gli acquisti di beni, ancorché eseguiti con i proventi dell'impresa, non rendono i partecipanti comproprietari di essi, siccome essi

hanno esclusivamente diritti che si configurano come diritti di credito agli utili, ai beni acquistati con essi e agli incrementi proporzionati al lavoro prestato.

In ordine poi alla censura concernente la violazione dell'art. 228 della legge n. 151 del 1975 e la mancanza di motivazione sulla relativa questione, va rilevato che la sentenza impugnata menziona espressamente la tesi difensiva fondata sulla detta norma e conformemente al diritto non ha ritenuto, sia pure implicitamente, che fosse meritevole di accoglimento. (...).

Nella fattispecie, nel giudizio di merito è stato accertato che la casa venne costruita sul suolo di proprietà esclusiva del R. e la proprietà di essa fu acquistata nel dicembre del 1975, con il completamento della costruzione comprovata dalla licenza di abitabilità rilasciata del Comune. Di conseguenza, il bene apparteneva esclusivamente al R., in virtù delle disposizioni generali in materia di accessione, restando escluso dall'oggetto della comunione legale, ai sensi dell'art. 177 comma, 1 lett. b), c.c., e operando la tutela del coniuge non proprietario del suolo non sul piano del diritto reale (nel senso che, in mancanza di un titolo o di una norma, non può vantare alcun diritto di comproprietà, anche superficiaria, sulla costruzione), ma sul piano obbligatorio, nel senso che a costui compete un diritto di credito relativo alla metà del valore dei materiali e della manodopera impiegati nella costruzione (Cass., sez. (N.d.r.: Così nel testo originale) n. 651/1996).

E infatti la ricorrente non invoca l'applicazione del regime giuridico stabilito per il periodo transitorio ricompreso tra l'entrata in vigore della legge 151/1975 e il 15 gennaio 1978, termine ultimo per manifestare volontà contraria all'estensione della comunione legale anche agli acquisti effettuati nel detto periodo (cfr. Cass. 6954/1997; 2221/1993), ma il disposto del secondo comma dell'art. 228, sostenendo che la scrittura privata concretava la convenzione prevista dalla detta norma.

Il Tribunale, avendo escluso, come già riferito, che risultasse espressa con la scrittura una qualsiasi volontà negoziale, non poteva che respingere la tesi.

Nulla da provvedere sulle spese non avendo il Fallimento svolto attività difensive nel giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso; nulla da provvedere in ordine alle spese del giudizio di cassazione.

IL COMMENTO

di Salvatore Walter Mandrà

Quali sono l'efficacia e la natura giuridica dei diritti spettanti ai partecipanti ad una comunione tacita familiare, o ad una impresa familiare, sui beni acquistati dal "dominus" con i proventi derivanti dalla partecipazione a tale attività? Le incertezze

e oscillazioni della dottrina e della giurisprudenza sono notevoli: un corretto approccio non può non partire dall'esegesi del dato normativo nel suo complesso. L'attenzione si sposta inoltre sul piano dell'opponibilità nei confronti dei terzi.

Il caso affrontato dalla Suprema Corte riguarda la domanda d'accertamento della proprietà di una quota su un immobile intestato ad un solo coniuge, imprenditore, da parte dell'altro ed ha concesso, alla stessa, l'opportunità per enunciare un importante principio di diritto riguardante l'efficacia degli acquisti in regime di comunione tacita familiare e impresa familiare nei confronti dei collaboratori. In particolare, la Corte si è pronunciata sulla natura giuridica dei diritti spettanti ai partecipanti ad una comunione tacita familiare, o ad una impresa familiare, sui beni acquistati dal *dominus* con i proventi derivanti dalla partecipazione a tale attività, e pertanto spettanti in tutto o in parte anche ad essi.

Il fatto

Il signor Tizio (1), imprenditore, già proprietario esclusivo di un terreno, edifica sullo stesso una casa, la cui costruzione viene terminata nel dicembre del 1975 (2). La signora Tizia afferma che tale costruzione è stata edificata con i proventi derivanti da una comunione tacita familiare esercitata sin dal 1964, e spettanti come tali anche alla stessa, coniuge partecipante a tale comunione tacita familiare. La signora, allora, spiega domanda giudiziale volta al riconoscimento formale della proprietà della quota di metà di detto immobile nei confronti del fallimento della società "Alfa s.n.c." di cui Tizio era socio, che nel frattempo aveva attratto nella massa fallimentare l'intero bene. A completare il quadro fattuale s'inserisce una formale dichiarazione di impresa familiare nel 1980 tra Tizio e il coniuge Tizia partecipante ed una scrittura privata del 1991 dove veniva riconosciuto da parte di Tizio che detto immobile era stato edificato con i proventi derivanti dalla predetta comunione tacita familiare.

Il Tribunale, in riforma della sentenza pretorile di primo grado che aveva respinto la domanda, accoglie parzialmente tale appello dichiarando verificata la scrittura del 1991 e confermando per il resto la sentenza impugnata che viene confermata anche in sede di legittimità (3).

La Suprema Corte nel confermare la decisione del Tribunale ha preso posizione su un importante principio di diritto, viene negato che il titolo dell'acquisto del diritto reale da parte Tizia possa derivare dalla sua partecipazione alla comunione tacita familiare.

Secondo la S.C. il regime della comunione tacita familiare non si estende *ipso iure* al bene acquistato da ciascun partecipante in nome proprio, ancorché per conto della comunione; potendo sussistere in tali ipotesi solo un obbligo di trasferimento a carico del compratore ed a favore dei partecipanti, obbligo per di più incoercibile se non assistito da idoneo atto scritto. Secondo la S.C. dalla partecipazione ad una comunione tacita familiare, ma del resto anche ad una impresa familiare come si vedrà, deriverebbero a favore del partecipante solo e sempre diritti partecipativi di natura obbligatoria, ma mai diritti di natura reale.

La comunione tacita familiare e l'impresa familiare: istituti sociali di fatto

L'impresa familiare ex art. 230-bis c.c., ma ancora prima la comunione tacita familiare, sono istituti introdotti dal legislatore nel tentativo di regolamentare una materia che originariamente trovava innegabilmente la sua fonte in istituzioni di carattere sociale.

La fonte di tali istituti si rinviene nel tessuto sociale d'ogni epoca sia esso la moderna famiglia sia la famiglia rurale e contadina del passato. È, infatti, evidente, che per la solidarietà che permea ogni gruppo sociale caratterizzato da una particolare *affectio familiaris* (4), ci sia un soggetto (5) che svolge ed è titolare di una qualsiasi attività produttiva di reddito e che a tale attività, in virtù proprio di tale particolare *affectio*, partecipano a vario titolo i componenti del proprio gruppo sociale. Di tale partecipazione, rilevante per lo più in maniera fattuale e non formale, il mondo del diritto si è preoccupato di apprestare un'adeguata tutela degli interessi dei partecipanti, che contribuiscono con un proprio e personale apporto alle sorti di tale attività.

Il Legislatore, allora, muovendo da tal esigenza di protezione, ha cercato, prima con l'art. 2140 c.c. dettato in tema di comunione tacita familiare nell'esercizio dell'agricoltura, e poi con l'art. 230-bis introducendo l'impresa familiare, di evitare tutte quelle situazioni d'abuso da parte del *dominus* nei confronti dei collaboratori che prestavano sì lavoro e come tali titolari di diritto ad una remunerazione ma che spesso non vedevano che niente di più che una prestazione di mantenimento non assolutamente proporzionata al lavoro prestato. Situazioni che a volte configurano condizioni di vero e proprio sfruttamento da parte del *dominus*, forte da par-

Note:

(1) Con riguardo al regime patrimoniale della famiglia di Tizio non è dato trovare particolari riferimenti nel testo della sentenza; quindi si deve presumere, non essendovi stata alcuna scelta particolare, *de plano* seguendo le regole dettate dal Codice Civile, che tra i coniugi vigesse ante riforma del diritto di famiglia (legge n. 151 del 1975) il regime della separazione dei beni, e non avendo i coniugi effettuato nel periodo transitorio alcuna delle scelte indicate dall'art. 228 di tale legge, il regime della comunione legale a partire dalla data di entrata in vigore della riforma.

(2) Quindi già sotto il vigore della legge n. 151 del 1975 che ha riformato il diritto di famiglia.

(3) Bisogna precisare che il ricorso era sorretto da più motivi, e che la Corte, nell'esaminarli unitariamente li ha censurati tutti con motivazioni, ad eccezione del profilo in commento, che s'inserisce nel deciso solco giurisprudenziale creato negli ultimi anni a chiarimento dell'applicazione delle norme in materia di diritto di famiglia, su cui la dottrina è, e ed stata, fortemente divisa.

(4) Contrapposta all'*animus conthraendi* ravvisabile in situazioni estranee a quelle familiari caratterizzate dal fatto che la prestazione lavorativa viene prestata *affectionis vel benevolentiae causa* cit. Di Francia, *Il rapporto di impresa familiare*, Cedam 1991 p. 4.

(5) Soggetto che nelle varie epoche ha assunto nomi variopinti (capocchia, vergaro, tata secondo i luoghi) che ben evocano la figura, caratterizzata per una spiccata autorità e supremazia all'interno del gruppo vedi G. Vignoli, *Comunione Tacita Familiare, impresa familiare e impresa familiare coltivatrice*, in *Giur. Agr. It.* 1984, I, p. 203.

te sua dell'autorità all'interno del gruppo, che il legislatore ha tentato di spazzar via tutelando il lavoro prestato sotto tale forma da parte dei collaboratori (6).

Inserito il discorso in tale contesto si capisce la difficoltà del legislatore di disciplinare tali fenomeni. È la stessa Carta Costituzionale a definire la famiglia quale società naturale. La famiglia, quindi, più che istituto giuridico è un concetto pregiuridico, che rappresenta un *præius* rispetto al diritto stesso, per tale sua natura naturale spontaneo e sociale. È una situazione dove il diritto interviene per regolamentare, per effettuare un bilanciamento di interessi, spinto da esigenze di protezione e sviluppo dei soggetti che la compongono (7) ma che il diritto non può dominare.

Gli istituti positivi della comunione tacita familiare e della impresa familiare sono allora il frutto di queste esigenze di protezione del Legislatore.

Il Legislatore interviene al fine di proteggere il lavoro nella famiglia, riconoscendo a favore dei collaboratori del *dominus* particolari diritti sia di natura patrimoniale sia amministrativa.

Riguardo alla comunione tacita familiare (8) giova ricordare che, a seguito dell'abrogazione dell'art. 2140 del c.c. dove era contenuta l'originaria disciplina che peraltro operava un rinvio agli usi, ora tale istituto ex art. 230-bis del c.c. è regolato in mancanza di usi specifici dalle norme relative all'impresa familiare. Pertanto ove non si rinvenivano usi disciplinanti tale istituto non contrastanti con l'art. 230-bis è a tale norma che si deve fare riferimento riguardo alla disciplina positiva applicabile (9). In definitiva appare corretto affermare che la comunione tacita familiare in mancanza di usi *secundum legem* è stata assorbita dalla normativa sull'impresa familiare, ed è a quest'ultima che si deve fare riferimento per risolvere le questioni derivanti da tale istituto, tenendo presente che l'art. 230-bis si applica solo ove non sia configurabile un rapporto diverso, in altre parole come disciplina residuale.

Riguardo alla natura giuridica della comunione tacita familiare, in dottrina sono state espresse, prima che l'istituto fosse attratto nell'orbita dell'impresa familiare, varie discordanti opinioni. Da una parte vi erano autori che la assimilavano ad una comunione, ora di tipo romanistico ora di tipo germanico, per altri si era in presenza di un vincolo societario od ancora di un vincolo associativo affine a quello di una associazione riconosciuta, anche se già si faceva strada l'idea del fondamento esclusivamente consuetudinario (10), come poi confermato dalla giurisprudenza e dalla dottrina (11) più recente, soprattutto alla luce dell'assorbimento della comunità tacita familiare da parte dell'impresa familiare.

Dato di fatto è che la comunità tacita familiare è un'organizzazione spontanea basata sul vincolo affettivo che lega soggetti appartenenti ad un nucleo *lato sensu* familiare, la Giurisprudenza nel tentativo di costruire i requisiti fondamentali di tale figura ha individuato co-

me elemento comune della comunità tacita familiare l'esistenza di un patrimonio comune. Patrimonio comune costituito sia dai beni originari che da tutti i beni successivamente acquistati o apportati dai singoli partecipanti che, quindi, possono godere di un vincolo di natura reale su tali beni (12) in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato.

Il regime degli acquisti da parte del "dominus" titolare dell'impresa effettuati con proventi spettanti ai collaboratori

La domanda giudiziale di Tizia, essendo volta proprio all'accertamento della proprietà su di un bene acquistato con i proventi derivanti dalla partecipazione ad una comunità tacita familiare con il coniuge Tizio, ha offerto l'occasione alla S.C. per pronunciarsi sulla natura giuridica del diritto di partecipazione riconosciuto ai partecipanti a tale istituto, e per le considerazioni prima fatte, ad una impresa familiare.

L'art. 230-bis del c.c. al comma 1 statuisce che i familiari che prestano la loro attività di lavoro in modo continuativo nella famiglia o nell'impresa familiare hanno diritto, oltre che al mantenimento, a partecipare "...agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi...". Rispetto agli utili non vi è alcun dubbio che essi costituiscano un diritto di credito dovendo essere liquidati in danaro ai collaboratori. Diversa considerazione merita, il problema della natura dei diritti spettanti ai partecipanti sui beni acquistati con gli utili stessi, che è, invece, molto discusso ed, in assenza di chiari indici normativi, è stato risolto in modo difforme e contrastante dalla dottrina e senza che vi sia nemmeno unità nella giurisprudenza della S.C..

Innanzitutto, per cercare di chiarire il problema, bisogna ricordare che l'impiego di tali utili è deciso ex art. 230-bis, c.c., comma 1, "...a maggioranza, dei familiari che partecipano all'impresa stessa". Quindi sono gli stessi partecipanti che autorizzano il *dominus* all'impiego degli stessi in beni anziché chiederne la loro liquidazione, beni che possono essere sia inerenti all'attività di impresa e quindi facenti parte del compendio aziendale

Note:

(6) V. *Tratt. Dir. Fam.* diretto da P. Zatti, vol. 3° a cura di F. Anelli e M. Sesta, Giuffrè 2002, p. 658.

(7) V. Cass. 8 novembre 1974 n. 3420, in *Dir. Fam.*, 1975 p. 98.

(8) La cui disciplina, peraltro, è stata ritenuta dalla Giurisprudenza della S.C. estensibile anche alle comunioni tacite familiari sorte in ambiti estranei all'agricoltura Cfr. Cass. 26 febbraio 1972 n. 569 in *Giur. Agr. It.* 1973, p. 216.

(9) Affermazione costante nella Giurisprudenza della S.C., ribadita peraltro anche nella pronuncia *de qua*, e nella dottrina per tutti v. *Tratt. Dir. Fam. cit.*, vol. 3°, p. 661.

(10) Per una ampia disamina delle varie teorie e per rif. Bibliografici v. G. Vignoli, *op. cit.*, p. 200.

(11) V. *Tratt. Dir. Fam. cit.*, vol. 3°, p. 670.

(12) V. Vignoli, *op. cit.*, p. 203.

sia beni extra-aziendali, come ad esempio un appartamento per civile abitazione.

Come accennato, in dottrina si registrano posizioni discordanti circa la soluzione del problema, l'unico dato che sembra, intanto, debba essere preso per fermo è che la natura di tali diritti non deve essere influenzata dalla natura giuridica degli istituti (13); in altre parole, l'orientamento degli Autori sulla natura giuridica del diritto acquistato con gli utili derivanti dal diritto di partecipazione è trasversale rispetto alla posizione degli Stessi sulla natura giuridica e titolarità, per brevità individuale o collettiva, dell'impresa familiare.

Il problema è di notevole rilevanza pratica, soprattutto visto in sede di una stipulazione riguardante un tale bene. Nel caso ai partecipanti spettino solo diritti di natura obbligatoria l'unico proprietario di tali beni sarà il *dominus* che li ha acquistati e, pertanto, ai familiari collaboratori spetteranno solo ragioni di natura obbligatoria in caso di cessazione della prestazione di lavoro, scioglimento dell'impresa o di cessione a terzi di tali beni; nell'opposto caso, in cui si riconosca natura reale a tali diritti, il *dominus* si troverà in una situazione di contitolarità rispetto a tali beni, con tutte le conseguenze del caso in ipotesi di cessazione di tale situazione di contitolarità.

Secondo parte della dottrina (14) i collaboratori all'impresa familiare sarebbero titolari pro-quota assieme al *dominus* di un diritto reale sui beni acquistati con gli utili ad essi spettanti, più specificamente tali beni cadrebbero in comunione indivisa fra tutti i partecipanti e la normativa da applicare sarebbe solo quella della comunione ordinaria (15). A parte il forte argomento letterale, "partecipare" significa proprio "avere parte", questa dottrina argomenta la natura reale di tale diritti sulla considerazione che il *dominus* nell'effettuare l'acquisto agirebbe in rappresentanza del gruppo (16), essendo a ciò autorizzato nel momento in cui sia stato deciso il reimpiego di tali utili; in tali casi ai collaboratori dissenzienti è accordato il diritto di chiedere l'immediata liquidazione della loro parte di utili. Anche nella giurisprudenza del S.C. non mancano pronunce che si rifanno all'impostazione di tale diritto come reale affermando espressamente che il regime della comunità tacita familiare è idoneo ad estendersi *ipso iure* agli acquisti fatti da ciascun partecipante senza bisogno di mandato degli altri né di successivo negozio di trasferimento, sussistendo solamente un onere di fornire la relativa prova incombente su colui che vanta tale diritto (17).

Secondo altra parte della dottrina (18), e secondo la pronuncia *de qua*, che non distingue il diverso trattamento che deve essere riservato, nell'ambito dei diritti partecipativi di cui all'art. 230-bis c.c. che comprendono utili, beni acquistati con essi ed incrementi dell'azienda, la soluzione del problema si presenta in termini nettamente antitetici, il regime della comunità tacita familiare non si estende *ipso iure* al bene acquistato da ciascun partecipante in nome proprio ancorché per

conto della comunione, i diritti partecipativi dei partecipanti ad impresa familiare, qualunque essi siano, hanno sempre natura obbligatoria. Sussisterebbe in questi casi un obbligo di trasferimento del singolo acquirente agli altri membri della comunione o dell'impresa familiare, obbligo per di più non coercibile se non assistito da un idoneo atto scritto.

Secondo la Suprema Corte, il diritto positivo non consente di concepire tali istituti come organizzazioni munite di soggettività e di riconoscere conseguentemente una rappresentanza organica dei partecipanti; ma come si è già visto la soluzione del problema non deve essere influenzata dalla natura giuridica di tali istituti. La Cassazione si richiama a consolidati propri orientamenti (19) dove si afferma che i diritti partecipativi non intaccano la titolarità dell'azienda e rilevano solo sul piano obbligatorio: a tal fine la Suprema Corte distingue tra aspetto interno del gruppo familiare dove avrebbero pieno spazio i diritti partecipativi, ed aspetto esterno dove rilevante è solo la figura dell'imprenditore *dominus* del consorzio familiare. Affermazione pienamente condivisibile ove non si considerasse che i collaboratori, al momento della decisione sull'impiego degli utili, manifestando una propria volontà concorrono essi stessi a formare il consenso necessario all'acquisto espri-

Note:

(13) Cfr. *Tratt. Dir. Fam. cit.*, vol. 3°, p. 704 e Di Francia, *Il rapporto di impresa familiare*, Cedam 1991, p. 373 e 375.

(14) Per la dottrina che riconosce un diritto reale sui beni acquistati con gli utili per i partecipanti v.: Di Francia, *op. cit.*, p. 372 e ss., Bianchi, *Diritto Civile*, 2, *La famiglia, Le successioni*, Giuffrè 1989, p. 372-373, M. Ghidini, *L'impresa familiare*, Cedam, 1977, p. 38.

(15) Giustamente si rileva che per tali beni non si debba applicare la normativa dell'impresa familiare dovendosi applicare i meccanismi decisionali di cui all'art. 230-bis c.c. solo nella fase precedente all'acquisto, nella fase successiva quando vi è già stata la decisione di reimpiego da parte di tutti i partecipanti le uniche norme che troveranno applicazione saranno quelle della comunione ordinaria trattandosi di un acquisto derivante da comunione volontaria, cfr. M. Ghidini, *op. cit.*, p. 28.

(16) Andando indietro nel tempo si rinviene una presunzione per la quale l'acquisto effettuato da un membro del consorzio familiare si reputava compiuto con danaro del consorzio medesimo, cfr. Cariota-Ferrara, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936, p. 51; presunzione oggi non più valida v. *ex plurimis* Cass. 30 agosto 1999 n. 9119. Anche se bisogna rilevare che, ricordando il ruolo degli usi in questa materia, si rinvengono usi *secundum legem* che stabiliscono proprio questo principio cfr. Cass. 3 luglio 1991 n. 7272 in *Giust. Civ.*, 1992, II, p. 463, riguardo agli usi vigenti nella Provincia di Roma.

(17) Cfr. Cass. 30 agosto 1999 n. 9119; Cass. 6 giugno 1988 n. 3812, in *Giur. Agr. It.*, 1990, II, p. 295, con nota di Di Francia; Cass. 17 febbraio 1987 n. 1688 in *Dir. Fam. Pers.* 1987, p. 600; Cass. 28 giugno 1986 n. 4330 in *Rep. Foro it.*, 1986; Cass. 15 luglio 1982 n. 4137 in *Rep. Foro it.*, 1982; Cass. 17 febbraio 1987 n. 1688 in *Dir. Fam. Pers.* 1987, p. 600.

(18) Per la dottrina che riconosce solo ragione di natura creditizia sui beni acquistati con gli utili per i partecipanti v.: Galgano, *Impresa familiare in Il regime patrimoniale della famiglia dieci anni dalla riforma*. Quaderni della "Rivista del notariato", Giuffrè 1988, p. 109; Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, ESI 2003, p. 322; *Tratt. Dir. Fam. cit.*, vol. 3°, p. 705.

(19) In tal senso v.: Cass. n. 1917 del 6 marzo 1999; Cass. n. 10412 del 4 ottobre 1995; Cass. n. 10893 del 19 ottobre 1995.

mendo la determinazione di divenire com-proprietari rispetto a tali beni; allora non avrà più senso di parlare d'aspetto esterno ed aspetto interno ma bensì dovranno essere da questo momento in poi applicate solo le norme in tema di comunione e non più le norme in tema di impresa familiare. Quindi il richiamo alla titolarità dell'azienda anche se corretto sembra inconfidente al fine di risolvere il problema *de qua*.

La posizione di coloro che assimilano *tout court* la natura del diritto agli utili con la natura del diritto sui beni acquistati con essi appare semplicistica e poco analitica, dovendo invece essere trattati i due aspetti in modo singolare anche se facenti parte di un unico diritto partecipativo. Essa tra l'altro appare in netto contrasto con le finalità di protezione che caratterizzano l'istituto. Infatti, un vincolo di natura reale, ove opponibile, rappresenta sicuramente una tutela maggiore in caso di fallimento dell'imprenditore per i partecipanti lavoratori rispetto ad un diritto di natura meramente obbligatoria.

In dottrina non mancano anche posizioni intermedie (20) che collocano i diritti partecipativi in una posizione intermedia tra diritto reale e mero diritto di credito a seconda delle situazioni concrete ma che in ogni modo non colgono appieno la differenza di trattamento che deve essere riservata agli utili ed ai beni acquistati con essi.

Conclusioni

Viste le notevoli incertezze e oscillazioni della dottrina e della stessa giurisprudenza della S.C., in attesa di una pronuncia Sezioni Unite, un corretto approccio alla soluzione del problema non può non partire dall'esegesi della norma nel suo complesso.

Nell'art. 230-bis del c.c., dopo che nel comma 1 sono elencati i diritti amministrativi e patrimoniali spettanti ai collaboratori, nel comma 4 viene precisato il regime dei diritti partecipativi aventi natura patrimoniale.

In primo luogo viene sancita la trasferibilità di tale diritto di partecipazione solamente a favore di altri collaboratori e con il consenso degli altri compartecipi. La norma continua, ed è questo l'inciso che più c'interessa, col affermare che tale diritto "...può essere liquidato in danaro alla cessazione, per qualsiasi causa, della prestazione del lavoro, ed altresì in caso di alienazione dell'azienda", quindi in modo semplicemente ipotetico. E se in maniera eventuale "può" essere liquidato in danaro, costituendo in tal caso diritto di credito, sembra che ove il danaro sia investito nell'acquisto di beni dominicali al partecipante non possa essere negata una quota di proprietà di tali beni.

Tale considerazione di risultato è ancor di più avvalorata dal diritto di prelazione spettante ai collaboratori in caso di divisione ereditaria o di trasferimento dell'azienda; diritto di prelazione avente natura prettamente reale essendo mutuato dalla prelazione del coe-

rede. Il collaboratore, infatti, in caso di mancata *denuntiatio*, e più in generale in caso di mancato rispetto delle modalità operative di tale diritto di prelazione può riscattare direttamente in danno dell'acquirente e di ogni successivo avente causa.

Se questa è la corretta impostazione, l'attenzione si sposta allora sul piano dell'opponibilità nei confronti dei terzi in caso d'intestazione formale al solo proprietario. In tali casi, giusta le risultanze dei pubblici registri immobiliari, i terzi non possono vedersi opposti rapporti esclusivamente interni e non palesati, difettando per l'impresa familiare requisiti che possano renderne pubblica l'esistenza (21). In questo caso i collaboratori soccomberanno rispetto ai terzi non già in virtù del diritto sostanziale, che gli accorda una posizione di natura reale, ma in virtù delle norme di risoluzione dei conflitti poste dalle norme in materia di trascrizione.

In conclusione, si può affermare che in sede di stipula di un atto di acquisto immobiliare, il *dominus* dovrà dichiarare al fine di rendere palese ed opponibile il diritto reale dei compartecipi che tale acquisto è effettuato con utili derivanti da attività gestita sotto forma di impresa familiare e spettati pro-quota ai partecipanti e in quale quota l'intestazione formale dovrà seguire anche a nome dei partecipanti. In tale ipotesi, sembra arduo riconoscere, in aderenza alla pronuncia *de qua*, solo diritti di natura obbligatoria a favore dei partecipanti una volta che essi abbiano conseguito anche la formale intestazione nei pubblici registri.

Residua comunque il problema che stando alla pronuncia della S.C. tale atto possa risultare carente dal punto di vista rappresentativo mancando una norma simile a quella di cui all'art. 177 lett. a) del c.c. che giustifichi ed autorizzi la mancanza di specifica procura. Allora è quanto mai opportuno che il consenso all'operazione in sede di stipula provenga da tutti i partecipanti che intendono rendere opponibile, o conseguire, se si aderisce alla tesi della Cassazione, il diritto reale sul bene acquistato o in difetto che vi sia un atto (22) che venga allegato all'atto di acquisto come procura.

Note:

(20) Cfr. Corsi, Il regime patrimoniale della famiglia, Milano 1984, p. 224 e ss. in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.* Cicu-Messineo, VI, t. II, sez. 2.

(21) Al contrario di ciò che avviene per gli acquisti effettuati da un solo coniuge in regime di comunione legale, che ai sensi dell'art. 177, lett. a), del c.c. cadono in comunione immediata, sussistendone in questo caso tutti i presupposti di opponibilità e di pubblicità nei confronti dei terzi (art. 162 e 2647 c.c.).

(22) Si potrebbe ipotizzare un verbale di riunione di tutti gli aventi diritto agli utili che decidono espressamente l'impiego degli stessi nell'acquisto di determinati beni.

Contratti agrari

Pluralità di affittuari e prelazione agraria

CASSAZIONE, sez. III, 19 novembre 2003, n. 17509

Pres. Nicastro - Rel. Vittoria - P.M. Consolo (conf.) - S. c. R. ed altri

Contratti agrari - Diritto di prelazione e di riscatto - In genere - Vendita di un fondo condotta da una pluralità di affittuari - Diritto al riscatto di una parte del fondo da parte di uno degli affittuari - Condizioni - Contratto autonomo ed autonomia della porzione di fondo oggetto del contratto.

In tema di prelazione e riscatto agrario, secondo la disciplina dell'art. 8 della legge n. 590 del 1965 come modificato dalla legge n. 817 del 1971, se sul fondo rustico si sono insediati come coltivatori diretti più affittuari, il diritto di prelazione può essere esercitato anche separatamente da uno degli affittuari per la porzione di fondo da lui coltivata purché si verificano congiuntamente due condizioni: devono essere stati conclusi tanti contratti di affitto quanto sono gli affittuari insediati sul fondo e ogni contratto deve avere ad oggetto una porzione di fondo presa in considerazione autonomamente dalle altre, che non si giovi in alcun modo delle utilità derivanti da altre parti del fondo; solo in questo caso gli spetta la comunicazione che enunci la volontà di vendere l'intero fondo, e specifichi il prezzo da versare per esercitare la prelazione sulla porzione di fondo da lui affittata.

(omissis)

Motivi della decisione

1. - Il ricorso contiene due motivi.
2. - Il primo denuncia vizi di violazione di norme di diritto e difetto di motivazione (art. 360 nn. 3 e 5 cod. proc. civ., in relazione agli artt. 1362, 1363, 1367, 2730 e 2735 cod. civ., nonché agli artt. 8 L. 26 maggio 1965, n. 590 e 7 L. 14 agosto 1971, n. 817).

La tesi svolta nel ricorso è la seguente.

La alienazione dai proprietari al terzo aveva avuto ad oggetto un fondo, sul quale erano insediati distinti nuclei familiari, che conducevano differenti parti dello stesso fondo in base a distinti contratti - situazione questa che s'era determinata a seguito della morte dell'unico affittuario capostipite cui erano succeduti con i relativi nuclei familiari diversi eredi.

A ciascuno degli affittuari spettava perciò, in base all'art. 7, terzo comma, della L. 14 agosto 1971, n. 817 il diritto di prelazione sulla parte di fondo condotta in affitto.

La prova della indicata situazione di fatto - secondo il ricorrente - si sarebbe dovuta trarre da una corretta valutazione di quattro aspetti della vicenda, facenti capo a quattro distinti documenti: il contratto preliminare; le comunicazioni date dai proprietari agli affittuari in funzione dell'esercizio della prelazione; una lettera dell'acquirente; l'atto notarile di acquisto.

- 2.1. - Il ricorrente osserva che il contratto preliminare dava atto della presenza sul fondo di un affitto ai signori

S. D. e fratelli, S. R., A. O. e B. F. ved. S. - diceva, all'art. 3, "L'immobile in oggetto al presente atto è tutto affittato ai signori ...".

Ne trae la considerazione che costituiva elemento contrattuale per ambedue le parti che sul fondo non solo vi fossero più conduttori, ma che più fossero i rapporti contrattuali di affitto.

Questo, perché è solo se gli affittuari sono sul fondo ciascuno in base ad un proprio contratto che il proprietario ha la necessità di indicare all'acquirente la presenza di ognuno di loro e poi di dimostrarli di avere notificato a tutti il preliminare: se, invece, gli affittuari sono più, ma il contratto è unico, basta indicarne uno solo ed a quello notificare il preliminare per assolvere agli obblighi inerenti all'esercizio del diritto di prelazione.

2.2. - Il ricorrente considera che della indicata circostanza ovverosia della esistenza di distinti rapporti contrattuali per separate parti del fondo avrebbe dovuto essere ritenuta ulteriore e collimante dimostrazione il fatto che il preliminare fosse stato appunto notificato a tutti i nuclei familiari.

A suo avviso, non avrebbe invece dovuto prestarsi rilievo alla circostanza che, nel notificare il preliminare, i proprietari non avessero indicato il prezzo pertinente a ciascuna parte di fondo: da un lato è evidente l'interesse del venditore a conseguire, se lo può, un acquisto unitario da parte di tutti gli aventi diritto, dall'altro i proprietari potevano aver appunto ritenuto che gli affittuari avevano onere di acquistare tutto il fondo insieme.

2.3. - Il ricorrente osserva, ancora, che la corte d'appello è incorsa nell'errore di ritenere che i diversi affittuari, sia pure dichiarando di volerlo fare per la quota di rispettiva spettanza, avevano in una lettera tutti insieme dichiarato di voler acquistare l'intero fondo: in realtà la lettera era stata firmata non da tutti i soggetti indicati nel preliminare, ma solo da tre di loro.

2.4. - Spia di una illogica motivazione è poi considerata dal ricorrente la mancata considerazione dell'effettiva portata delle difese svolte nel processo dai proprietari, difese che - osserva - si erano incentrate nel sostenere anzitutto che egli non aveva diritto alla prelazione perché non era titolare di rapporto di affitto per il terreno conteso.

Se non che tale difesa era infondata perché gli artt. 48 e 49 della L. 3 maggio 1982, n. 203 consentono il subentro dell'erede coltivatore diretto nel contratto di affitto, sia egli o no componente della famiglia coltivatrice ed egli era subentrato nel rapporto di affitto al padre.

Ma tale difesa implicava l'esistenza del contratto in capo al padre.

L'unico modo di prestare un significato alla difesa era infatti quello che sottintendesse la consapevolezza nei venditori della esistenza di plurimi rapporti di affitto aventi ad oggetto il fondo nel suo complesso e la erronea convinzione che titolare di uno dei rapporti al momento dell'insorgere del diritto di prelazione fosse non il ricorrente, ma il padre.

2.5. - Altro elemento di prova idoneo a suffragare la propria tesi, che la corte d'appello non ha preso in considerazione, è dal ricorrente indicato in una clausola del contratto definitivo di vendita.

Le parti vi avevano inserito una clausola risolutiva espressa per il caso di evizione parziale conseguente a riscatto: segno questo che avevano consapevolezza della possibilità che un tale riscatto fosse accordato e dunque che vi fossero le condizioni per ottenerlo.

2.6. - Un'ultima considerazione critica è svolta dal ricorrente a proposito della valutazione che la corte d'appello ha dato della disdetta, che l'acquirente, il 21.5.1991, aveva inviato allo stesso attuale ricorrente ed al padre R..

Il ricorrente osserva che, essendo rivolta a veder risolto il contratto di affitto in relazione a ben individuate parti del fondo, la lettera dimostrava che quando il fondo era stato venduto esso si trovava ad essere affittato a distinti nuclei familiari in base a distinti contratti, di cui i venditori avevano messo a conoscenza la compratrice.

3. - Il motivo non è fondato.

Queste le ragioni.

4. - Gli artt. 8, nono comma, della L. 26 maggio 1965, n. 590 e 7, terzo comma, della L. 14 agosto 1971, n. 817 hanno disciplinato il diritto di prelazione e riscatto per il caso che oggetto della vendita sia un fondo rustico sul quale siano insediati come coltivatori diretti più affittuari.

La prima delle ipotesi considerate dalla legge è quella

per cui da un lato il diritto di prelazione può essere esercitato solo per l'intero fondo oggetto di alienazione, dall'altro spetta a tutti gli affittuari, sebbene sia consentito a taluno d'essi di rinunciarvi.

È l'ipotesi prevista dal nono comma dell'art. 8 della legge 590 del 1965, la cui disciplina è dettata sul presupposto che sul fondo possono bensì essere insediati più affittuari, con unico o con più contratti che assegnino a ciascuno la coltivazione di una parte del fondo, ma le diverse porzioni dell'unico appezzamento si presentano tra loro collegate strutturalmente ed interdipendenti dal punto di vista di una più proficua conduzione agricola, sicché una prelazione per porzioni distinte non può essere consentita perché l'unica entità risulterebbe privata dei vantaggi derivanti dalla presenza delle varie porzioni (Cass. 28 novembre 1988 n. 6401).

L'altra ipotesi è quella per cui il diritto di prelazione può essere esercitato non solo congiuntamente da tutti gli affittuari per l'intero fondo, ma anche separatamente dai diversi affittuari per la porzione da ciascuno coltiva-

ta. Questa è l'ipotesi prevista dal terzo comma dell'art. 7 della legge 817 del 1971, la cui disciplina è dettata sul presupposto che ciascuno degli appezzamenti condotti dai diversi affittuari costituisca una unità che non ritrae vantaggi per una più proficua conduzione agricola dalla prossimità ad altri fondi, sì che l'esercizio della prelazione per porzioni separate non reca modifiche e non nuoce alla preesistente destinazione agricola dei fondi pur insieme alienati (Cass. 28 novembre 1988 n. 6041; 21 aprile 1988 n. 3120).

4.1. - Risulta da quanto si è appena detto, che, per giustificare l'applicazione del secondo tipo di disciplina ed escludere il primo, non basta che siano stati fatti tanti contratti quanti sono gli affittuari insediati sul fondo, è anche necessario che ciascun contratto abbia avuto ad oggetto una porzione del fondo presa a sé stante, perché né presenta né è stata prevista la possibilità che si giovi di utilità derivanti da altre porzioni del fondo poi messo in vendita nel suo insieme.

4.2. - Risulta, ancora, da quanto si è detto, che sia nel primo caso sia nel secondo, il diritto di prelazione spetta a tutti gli affittuari, anche se diverso ne è il contenuto.

Sicché il proprietario deve a tutti gli affittuari la notificazione del preliminare e tutti in mancanza hanno diritto al riscatto.

Nel primo però a ciascuno va data la medesima comunicazione, con invito ad esercitare il diritto di prelazione per l'unico prezzo unitariamente stabilito per la vendita; nel secondo invece a ciascuno va comunicato anche il prezzo al quale la prelazione può essere esercitata sul fondo o porzione di fondo ad esso data in affitto (Cass. 26 marzo 2001 n. 4346).

4.3. - Le precedenti considerazioni mostrano che gli argomenti posti a base del motivo non colgono nella de-

cisione della corte d'appello vizi logico - giuridici nell'apprezzamento dei diversi elementi su cui il ricorrente si è soffermato.

Gli argomenti riassunti ai punti 2.1., 2.2. e 2.4. - a proposito della circostanza che per ciascun gruppo familiare fosse stato fatto un distinto contratto e quindi più fossero i contratti stipulati per l'affitto del fondo - attengono ad un aspetto che si è visto essere per sé non decisivo.

Lo stesso si deve dire a proposito dell'argomento riassunto al punto 2.6.: si è visto che anche in presenza di più contratti, ciascuno concluso con riferimento ad una distinta porzione dell'unico fondo, la prelazione per porzioni separate può non aversi, se il fondo si presenta come un tutto unitario.

4.4. - Quanto agli argomenti di cui ai punti 2.3. e 2.5. essi sono privi di decisività.

A proposito del primo si deve notare che è affatto privo di efficacia dimostrativa della effettiva situazione giuridica sottostante il fatto che a dichiarare di voler esercitare il diritto di prelazione siano stati solo alcuni o tutti gli affittuari.

Parimenti, a proposito del secondo, il fatto che le parti del contratto di compravendita abbiano regolato tra loro gli effetti di un'evizione parziale dimostra che l'acquirente aveva inteso acquistare il fondo nel suo insieme, non che si trattasse di fondi separati suscettibili di riscatto per porzioni.

5. - Il secondo motivo, già di per sé inammissibile, resta assorbito.

Questo perché con il motivo sono stati riproposti argomenti svolti nell'appello a dimostrazione del fatto che il ricorrente presentasse ogni requisito richiesto per godere del diritto di prelazione, argomenti che il giudice di secondo grado non aveva preso in considerazione avendo escluso il diritto di riscatto per la ragione già discussa.

6. - Il ricorso è rigettato.

7. - Le spese del giudizio di cassazione si possono compensare.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e dichiara compensate le spese del giudizio di cassazione.

IL COMMENTO *di Graziella Cotto*

Con la previsione dell'obbligo della prelazione congiunta anche all'ipotesi in cui il fondo, condotto da più coltivatori in forza di distinti contratti, si presenti come un tutto unitario, la Suprema Corte tende a salvaguardare gli interessi del proprietario. Ma la prelazione congiunta solleva non poche perplessità: se da un lato favorisce la coltivazione unitaria, dall'altro obbliga i coltivatori ad acquistare, anche se per quote, la proprietà di terreni da essi mai coltivati e finisce per imporre una comunione con soggetti estranei; né la stessa giurisprudenza offre criteri obiettivi a cui fare riferimento.

Con la sentenza n. 17509/03 la Suprema Corte si occupa di una controversia originata da una domanda di riscatto agrario proposta da Tizio nei confronti di Sempronio. In particolare l'attore, a sostegno della domanda, affermava di essere affittuario e coltivatore diretto di un fondo facente parte di un più ampio compendio immobiliare che i proprietari avevano venduto a Sempronio, in violazione del diritto di prelazione agraria ad esso attore spettante in base al disposto degli artt. 7 della Legge 14 agosto 1971, n. 817 ed 8 della Legge 26 maggio 1965, n. 590.

Secondo la tesi sostenuta da Tizio, l'alienazione

aveva avuto ad oggetto un fondo sul quale erano insediati più nuclei familiari, che conducevano in affitto differenti parti di quel fondo in base a distinti contratti. A ciascuno degli affittuari spettava dunque, ai sensi dell'art. 7 terzo comma della Legge 817/1971, il diritto di prelazione sulla parte di fondo condotta in affitto (1).

La convenuta negava il diritto dell'attore ad essere preferito, sostenendo che in realtà il fondo all'epoca della vendita era condotto in affitto da più affittuari in forza di un unico contratto. È implicito, nella tesi della convenuta, il richiamo all'art. 8 comma nove della Legge 590/1965 che in caso di vendita di un fondo coltivato da una pluralità di affittuari impone l'esercizio congiunto della prelazione.

Nota:

(1) Nel caso di specie la situazione si era determinata a seguito della morte dell'unico affittuario capostipite, cui erano succeduti, con i relativi nuclei familiari, diversi eredi. Tizio deduceva la prova dell'esistenza di una pluralità di contratti di affitto da diversi elementi. Tra questi particolare rilevanza era attribuita alla circostanza della notifica a tutti gli affittuari del contratto preliminare: se il contratto di affitto fosse unico, afferma il ricorrente, sarebbe sufficiente, per assolvere agli obblighi inerenti all'esercizio del diritto di prelazione, notificare il preliminare ad uno solo degli affittuari. Altro elemento di prova è, dal ricorrente, indicato nella clausola risolutiva espressa inserita dalle parti nel contratto definitivo, per il caso di evizione parziale conseguente a riscatto: segno questo della possibilità che potesse essere accordato anche un riscatto per porzioni.

Tizio soccombeva in primo ed in secondo grado: il Tribunale riteneva che l'attore non avesse provato la sussistenza delle condizioni complessivamente richieste dalla legge per essere preferito ai terzi nell'acquisto (2), mentre i giudici d'appello desumevano, anche dalla corrispondenza intercorsa tra affittuari e proprietari, l'unitarietà del contratto di affitto.

La Corte di Cassazione, confermando la sentenza d'Appello, rigetta il ricorso di Tizio. Soffermandosi quindi ad analizzare la disciplina relativa alle modalità di esercizio della prelazione per il caso in cui oggetto della vendita sia un fondo rustico sul quale risultino insediati, come coltivatori diretti, più affittuari, i giudici di legittimità affermano che la presenza di più contratti di affitto non è elemento decisivo per attribuire a Tizio la prelazione sulla porzione di fondo dal medesimo coltivata. Ciò in quanto anche in presenza di più contratti la prelazione per porzioni separate "può non aversi se il fondo si presenta come un tutto unitario".

Non sembra pertanto decisivo al fine di riconoscere a Tizio il diritto di prelazione ed il conseguente diritto di riscatto sul fondo da lui coltivato l'esistenza per ciascun gruppo familiare di un distinto contratto, essendo "necessario che ciascun contratto abbia avuto ad oggetto una porzione del fondo presa a sé stante, perché né presenta né è stata prevista la possibilità che si giovi di utilità derivanti da altre porzioni del fondo poi messo in vendita nel suo insieme".

Non avendo Tizio provato l'indipendenza economica della porzione da lui coltivata dalle altre porzioni oggetto della vendita egli non ha titolo per l'esercizio del riscatto.

Sull'individuazione del "fondo" oggetto della prelazione agraria nell'ipotesi di più affittuari

La problematica va affrontata partendo dal dato normativo che prevede due ipotesi e precisamente:

a) la vendita di un fondo con pluralità di rapporti di conduzione, prevista dal comma 9 dell'art. 8 della Legge 590/65 che dispone: "Nel caso di vendita di un fondo coltivato da una pluralità di affittuari, mezzadri o coloni, la prelazione non può essere esercitata che da tutti congiuntamente";

b) la vendita di più fondi con pluralità di rapporti di conduzione, disciplinata dal comma 3 dell'art. 7 della Legge 817/71 che dispone: "Nel caso di vendita di più fondi ogni affittuario, mezzadro o colono può esercitare singolarmente o congiuntamente il diritto di prelazione rispettivamente del fondo coltivato o dell'intero complesso di fondi" (3).

L'analisi della suddetta normativa, per la sua rilevanza pratica, ha interessato sia la dottrina sia la giurisprudenza dando luogo a dubbi e a costruzioni diverse (4).

Ci si chiede cioè se nel caso in cui il fondo posto in vendita sia condotto in affitto da una pluralità di persone, sorgano tanti diritti di prelazione quanti sono i

soggetti stessi, o se questi siano tenuti ad esercitare la prelazione congiuntamente, potendo pretendere solo il trasferimento del fondo considerato nella sua globalità. E conseguentemente se il proprietario alienante debba effettuare la comunicazione cui è tenuto nei confronti di tutti i soggetti, frazionandola in relazione alla porzione di terra da ognuno coltivata, o possa comunicare la proposta di alienazione collettivamente a tutti gli interessati.

Il problema si pone, come è stato giustamente rilevato (5), anche per la dizione non eccessivamente chiara del comma 9 dell'art. 8 laddove prevede, nel caso di vendita di un fondo coltivato da una pluralità di affittuari, mezzadri o coloni, che la prelazione non possa essere esercitata che da tutti congiuntamente. L'utilizzazione del termine "fondo" ingenera confusione sia perché manca ogni ulteriore specificazione, sia perché nel nostro ordinamento difetta una nozione precisa cui fare riferimento.

Sembra dunque opportuno esaminare più approfonditamente il concetto di "fondo", che costituendo l'oggetto della prelazione legale è un *præius* logico rispetto all'individuazione dei soggetti attivi e passivi della prelazione stessa.

Anche in dottrina ed in giurisprudenza, come nella legge, manca una definizione univoca del "fondo" oggetto della prelazione, sussistendo una notevole disparità di vedute in ordine alla sua individuazione.

Sicuramente la nozione di fondo di cui all'art. 8 della Legge 590/1965 corrisponde al concetto ordinario di fondo rustico, per cui in esso è ricompreso tanto il piccolo appezzamento di terreno, quanto l'immobile costituito da terreno, adibito a coltivazioni agricole, con entrostante fabbricato colonico.

Si è affermato che il "fondo" va distinto dal con-

Note:

(2) Dalla motivazione della sentenza non è dato comprendere quali siano le condizioni di legge a cui si riferisce il Tribunale.

(3) Non pone problemi particolari l'ipotesi dell'unico affittuario (o mezzadro o colono) che coltivi l'intera proprietà, cioè tutti i fondi posti in vendita: in questo caso non c'è ragione di negare ad esso la prelazione sul tutto, al prezzo e alle condizioni che il proprietario intende fare al terzo acquirente. Né può ritenersi esclusa la prelazione qualora il proprietario alieni solo una parte del fondo condotto in affitto: è vero che la legge non regola espressamente il caso della alienazione parziale del fondo, ma escludere in tale ipotesi l'esercizio della prelazione significherebbe vanificare i diritti del coltivatore. Il proprietario, infatti, onde escludere la prelazione, potrebbe procedere a vendite separate e parziali del fondo. Parimenti, nel caso di vendita di terreni, dei quali solo alcuni in affitto, si riconosce al singolo coltivatore il diritto di prelazione relativamente al podere da lui condotto. In caso contrario sarebbero ammissibili alienazioni fraudolente, anche di superficie di poco superiore ai terreni condotti, poste in essere al solo scopo di eludere la norma di legge.

(4) Per un'esposizione della questione cfr. Carpino, *La prelazione nell'acquisto dei fondi rustici*, Roma, 1972, 30; Cigarini, *La prelazione legale agraria*, Bologna, 1974, 17; Germanò *La prelazione agraria: problemi sostanziali e processuali*, in *Giur. agr. it.* 1973, 402; per un'ampia rassegna di giurisprudenza cfr. Casarotto, *La prelazione agraria*, Padova, 1980, 127 ss.

(5) Ciancio, *Prelazione e acquisto di fondi rustici*, Padova, 1978, 69 ss.

retto di “podere”, inteso quest’ultimo come complesso unitario di terreno con colture varie, con edifici e scorte, capace di fornire il reddito necessario alla famiglia che lo coltiva. Il concetto di fondo rustico è più ampio di quello di podere, sicché quest’ultimo può essere considerato come *species* del *genus* fondo rustico.

In definitiva il concetto di fondo rustico, non essendo strettamente legato a requisiti particolari, tranne quello di terreno destinato a coltivazioni, o terreno e fabbricato insieme, in quanto quest’ultimo sia adibito all’agricoltura o al servizio di essa, presenta un aspetto concettuale non rigidamente determinato per quanto riguarda, in particolare, la sua estensione quantitativa. Esso quindi designerebbe non solo le unità poderali, ma tutte le estensioni di terreno con una propria autonomia agricola, indipendentemente dalle loro dimensioni e dalla dotazione o meno di fabbricati colonici. In applicazione di tali principi, si è affermato che la prelazione sussiste anche nel caso di alienazione di appezzamenti di terreno non aventi dimensioni tali da consentire la costituzione di un’azienda familiare coltivatrice (6).

A diverse conclusioni perviene invece chi rapporta il termine “fondo” a quello di “impresa coltivatrice efficiente” (7). Seguendo tale impostazione, e anticipando quanto si dirà in prosieguo, la pluralità di fondi di cui all’art. 7 della Legge 817/1971, non coincide con la pluralità di contratti di affitto, di mezzadria ecc., ma assume piuttosto il significato di distinte unità immobiliari idonee alla costituzione di un’azienda coltivatrice efficiente. Conseguentemente, laddove si accertasse l’inidoneità del fondo, oggetto del singolo contratto di affitto, a costituire una valida impresa coltivatrice, verrebbe meno la possibilità dell’esercizio della prelazione individuale da parte del singolo coltivatore, restando invece convalidata la possibilità dell’esercizio congiunto (8).

Nella determinazione del concetto di fondo merita attenzione anche la posizione di chi vede nell’unicità del proprietario l’elemento caratterizzante il fondo (9). In mancanza di un criterio per la determinazione oggettiva di un fondo rustico, lo stesso può essere individuato soggettivamente col fatto dell’appartenenza ad un solo proprietario o ad un solo gruppo di comproprietari. Né importa che più poteri, facenti parti dell’unico fondo, si trovino in zone del tutto diverse, anche tra loro distanti, e legati da più rapporti agrari aventi ad oggetto colture ed attività differenti. Questa affermazione parrebbe autorizzata dalle stesse norme del codice civile, che parlano del fondo sotto il profilo della proprietà, quale oggetto cioè del diritto di proprietà del suo titolare nonché oggetto dei rapporti negoziali che il proprietario intreccia.

Si è però giustamente osservato che il codice civile adopera il termine fondo per delineare la sfera di interessi e di azione di soggetti tra loro in potenziale contrasto, per cui è chiaro che nel codice può facilmente porsi l’equazione *fondo uguale unicità di proprietario*, equazione non valida però con riferimento alla legislazione specia-

le, dove l’individuazione del concetto di fondo è necessaria ad altri fini (10).

Seguendo il citato criterio, che lega al diritto di proprietà l’esistenza del fondo, la determinazione di quest’ultimo, anche ai fini che qui interessano, viene essenzialmente fissata nel momento in cui il proprietario ne fa oggetto di un negozio giuridico: il proprietario può cioè considerare la sua proprietà come un unico fondo, come pure può frazionarla e considerarla formata da più fondi. Ne deriva che, qualora il proprietario consideri quale unico “fondo” più appezzamenti di terreno coltivati da una pluralità di coltivatori, in forza di distinti rapporti contrattuali, i coltivatori non potranno pretendere di esercitare, singolarmente ed unicamente per la parte di fondo che essi coltivano, il diritto di prelazione, essendo tenuti invece ad esercitare tale diritto congiuntamente. È facile obiettare che questa conclusione risulta contraddetta dal tenore letterale dell’art. 7, terzo comma della Legge 817/1971 dove si fa riferimento all’alienazione di *più fondi* appartenenti allo stesso proprietario, consentendo a ciascun coltivatore l’esercizio disgiunto della prelazione.

Riprendendo ora le sopra esposte teorie che identificano il fondo, l’una nel terreno con destinazione agricola, l’altra nel podere inteso come impresa coltivatrice efficiente, queste paiono non del tutto esaustive ai fini che qui interessano.

Note:

(6) Cass., 17 gennaio 1974, n. 126, in *Giust. civ.*, 1974, I, 388; Cass., 21 giugno 1974, n. 1862, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1602; Cass., 26 agosto 1975, n. 3019, in *Giust. civ.*, 1975, I, 1842; Cass., 11 febbraio 1980, n. 96 in *Riv. dir. agr.*, 1981, II, 93; Cass., 22 aprile 1981, n. 2347, in *Giust. civ.*, 1981, I, 1576. In dottrina cfr. Spallanzani, *La prelazione nella vendita di fondi rustici*, in *Riv. not.*, 1966, 37; Triola, *Il “fondo” oggetto della prelazione agraria*, in *Vit. Not.*, 1984, 1368; si veda altresì Trib. Reggio Emilia, 16 febbraio 1970, in *Foro it.*, 1970, I, 2248 dove si afferma che “a differenza del concetto di podere quello di fondo, non ha limiti funzionali e non esige dei requisiti produttivistici connessi con un elemento soggettivo quale è la famiglia colonica ed è più ampio di quello di podere”.

(7) Così Bonora, *Diritto di prelazione: pluralità di coltivatori e pluralità di fondi*, in *Giur. agr. it.*, 1976, IV, 205; si veda altresì Trib. Terni, 2 marzo 1968, in *Riv. dir. agr.*, 1968, II, 332 che identifica il fondo con il podere, inteso come unità immobiliare avente una sua autonomia di estensione ed economica proporzionata alla capacità lavorativa della famiglia contadina.

(8) Si pensi all’ipotesi di tre fondi, oggetto ciascuno di distinti contratti di affitto, fondi che, considerati separatamente, non si identificano con il podere, ma che presi nel loro complesso realizzano un’impresa coltivatrice efficiente. Secondo la tesi qui esposta la prelazione potrà solo avere ad oggetto cumulativamente i tre fondi e dovrà essere esercitata congiuntamente dagli affittuari.

(9) Recchi, *Contratti agrari e diritto di prelazione*, in *Riv. giur. lav.*, 1968, II, 150 il quale afferma che per fondo va inteso solo ed unicamente un appezzamento di terreno distinto dagli altri dal mero fatto di essere di proprietà di un soggetto diverso dal proprietario degli altri appezzamenti, a nulla rilevando l’unicità o meno del rapporto agrario che su di esso si svolge. In giurisprudenza si veda Cass., 21 maggio 1978, n. 1401, in *Riv. dir. agr.*, 1979, II, 370. In senso contrario cfr. Cass., 3 settembre 1985, n. 4578 in *Giust. civ., mass.*, 1985.

(10) Ciancio, *op. cit.*, 71.

Nell'individuazione della nozione di fondo occorre, infatti, tenere conto sia della destinazione che il proprietario imprime all'origine al bene, attraverso l'instaurazione del rapporto agrario, sia della situazione di fatto quale appare dall'effettiva coltivazione e utilizzazione agricola.

Per tali ragioni è prevalsa l'opinione che identifica il fondo nel "terreno" oggetto del contratto agrario, qualunque sia l'estensione di quel terreno ed a prescindere dalla sua eventuale dipendenza colturale dai "terreni", vicini appartenenti allo stesso proprietario, ma oggetto di distinti rapporti agrari (11). Alla base del diritto di prelazione c'è, infatti, l'esercizio personale della coltivazione del fondo venduto, nel senso che il coltivatore può *iure praelationis* diventare proprietario solo del terreno da lui (da solo o congiuntamente con altri) coltivato personalmente. Conseguentemente qualora il "fondo" posto in vendita sia più ampio dell'appezzamento oggetto del rapporto agrario e consista in più porzioni distinte oggetto di separati contratti agrari, ciascun coltivatore potrà esercitare la prelazione limitatamente alla superficie coltivata, a nulla rilevando appunto la dipendenza economica tra le porzioni.

Tale ultima ricostruzione va approfondita partendo dal dato normativo e confrontandola con l'interpretazione giurisprudenziale prevalente che, anche con la sentenza in commento, non ritiene sufficiente, al fine di riconoscere l'esercizio della prelazione per porzioni separate, l'esistenza di distinti contratti agrari, ma richiede un elemento ulteriore, costituito dall'autonomia colturale delle singole porzioni.

Fattispecie di cui al comma 9 dell'art. 8, Legge n. 590 del 1965

Esaminiamo ora la disposizione contenuta nel comma 9 dell'art. 8 della Legge 590/1965 che, come detto, prevede l'esercizio congiunto della prelazione nel caso di vendita di un fondo coltivato da una pluralità di affittuari.

L'interpretazione prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, ritiene che il comma 9° riguardi in primo luogo l'ipotesi di alienazione di un fondo unico (vale a dire senza distinzioni di parti), condotto congiuntamente da una pluralità di coltivatori, contitolari di un unico contratto agrario. In tale caso la prelazione non può essere esercitata separatamente dai singoli coltivatori, ma deve essere esercitata da tutti congiuntamente. L'esercizio separato del diritto potrebbe comportare, infatti, lo smembramento dell'azienda e risultare pregiudizievole all'economia agraria. L'attribuzione congiunta del diritto di prelazione agli affittuari viene tra l'altro a favorire l'immedesimazione della proprietà nell'impresa e risponde quindi alla finalità della Legge 590/1965, che è quella di migliorare le strutture produttive mediante la formazione di imprese coltivatrici familiari e moderne.

Ma nell'ambito del suddetto comma 9 viene altresì ricondotta l'ipotesi affine di un fondo unico, diviso in porzioni distinte, condotte in affitto da singoli coltivatori in forza di altrettanti rapporti agrari, quando tali porzioni siano strutturalmente collegate ed interdipendenti. L'ipotesi è cioè quella di porzioni autonome sotto il profilo giuridico (perché oggetto di separati rapporti agrari) ma non dal punto di vista economico in quanto interdipendenti per caratteristiche ed esigenze colturali e produttive (ad esempio per comunanza di pozzi, fabbricati, manufatti).

Certamente l'esistenza di distinte porzioni del fondo e di distinti rapporti agrari consentirebbe in astratto l'esercizio separato della prelazione e del riscatto, ma ciò potrebbe pregiudicare notevolmente le possibilità di coltivazione e di sfruttamento del complesso unitariamente considerato: per tali ragioni si è ritenuto di imporre, anche nell'ipotesi in esame, l'esercizio congiunto della prelazione (12).

L'assimilazione di queste due fattispecie rappresenta l'unica deroga, indicata dalla giurisprudenza prevalente, al principio generale che individua l'oggetto della prelazione nel terreno oggetto del contratto agrario. La deroga è evidente se si considera che nell'ipotesi del fondo, unitario sotto il profilo oggettivo-aziendale, ma distinto in più porzioni, ciascuna oggetto di un autonomo rapporto agrario, l'oggetto della prelazione è appunto il fondo unitariamente inteso, e non il terreno oggetto del rapporto agrario singolarmente considerato. In definitiva, anche in presenza di più contratti, si è ritenuta ricorrente *l'eadem ratio* che giustifica la prelazione congiunta su un fondo condotto da una pluralità di coltivatori in virtù di un unico contratto.

L'orientamento fin qui esposto, fatto proprio anche

Note:

(11) Vignoli, *Sulla individuazione del fondo anche con riguardo alla prelazione legale agraria*, Atti della 2° giornata Italo-Spagnola di diritto agrario, in *Riv. dir. agr.*, 1975, 578; Germanò, *op. cit.*, 291; Triola, *La prelazione agraria*, Milano, 1990, 61. In giurisprudenza: Cass., 21 giugno 1974, *cit.*; Cass., 13 giugno 1975, n. 2388, in *Giust. civ.*, 1975, I, 1409; Cass., 19 dicembre 1978, n. 6097, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 1289.

(12) L'esigenza è quella di tutela del proprietario di cui la stessa giurisprudenza si è fatta interprete, come risulta dalla motivazione di Cass., 10 febbraio 1972, n. 361, in *Foro it.*, 1972, I, 2054 secondo cui occorre: "evitare lo spezzettamento della proprietà fondiaria e il danno del proprietario che viceversa sarebbe costretto a vendere parti separate del fondo con evidente diminuzione del valore della parte rispetto al tutto". Si veda altresì: Cass., 29 luglio 1975, n. 2930, in *Giust. civ. mass.*, 1975, 1375; Cass., 13 giugno 1975, *cit.*; Cass., 28 luglio 1975, n. 2916, in *Giust. civ.*, 1976, I, 89; Cass., 28 luglio 1975, n. 2917, in *Giur. agr. it.*, 1977, 350; Cass., 30 novembre 1977, n. 5220, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 228; Cass., 21 maggio 1978, *cit.*; Cass., 22 aprile 1988, n. 3120, in *Vit. not.*, 1988, 629 con nota critica di Triola; Cass., 28 novembre 1988, n. 6401, in *Giur. agr. it.*, 1989, 250. In dottrina: Favara, *Sulla legittimazione attiva e passiva alla domanda di riscatto di cui all'art. 8 della legge 26 maggio 1965 n. 590 per lo sviluppo della proprietà coltivatrice*, in *Giur. agr.*, 1969, 46; Recchi, *La prelazione del conduttore di fondo rustico in alcuni paesi dell'Europa occidentale*, in *Riv. giur. lav.*, 1970, I, 55; Casadei, *La prelazione del coltivatore nei casi di non perfetta coincidenza tra il bene venduto ed il fondo locato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 1354.

dalla sentenza in commento, è stato criticato da una parte della dottrina. Si è affermato che ritenere applicabile l'art. 8, nono comma non solo nel caso di terreno coltivato da più soggetti in base ad un unico rapporto agrario, ma soprattutto nell'ipotesi di un fondo diviso in più appezzamenti, oggetto di distinti rapporti agrari, ma strutturalmente collegati può essere considerato, dal punto di vista pratico, fonte di notevoli incertezze e di frequenti controversie. Innanzitutto non viene offerto alcun criterio obiettivo per stabilire quando più appezzamenti sono strutturalmente collegati ed interdipendenti; è inoltre difficile immaginare come più appezzamenti di terreno, oggetto di distinti rapporti agrari, debbano essere coltivati "congiuntamente" dai vari titolari di tali rapporti. Senza contare, infine, che seguendo tale interpretazione i coltivatori dei singoli appezzamenti sarebbero costretti a scegliere tra il mancato esercizio della prelazione o l'acquisto in comunione con estranei (13).

Riepilogando quanto detto finora, relativamente all'ambito di operatività dell'art. 8 comma 9 cit., si può affermare quanto segue:

a) nel caso di contitolarità di un unico contratto agrario oggetto della prelazione è il fondo in esso specificato;

b) nell'ipotesi di più rapporti che riguardino ciascuno porzioni di un appezzamento unitario, la prelazione deve avere ad oggetto quell'intero appezzamento individuato nella vendita concordata con il terzo.

Questa conclusione presuppone naturalmente l'adesione alla tesi, tuttora prevalente in giurisprudenza, e fatta propria dalla Suprema Corte nella sentenza in commento, della necessaria assimilazione delle due fattispecie. Se invece si parte dalla premessa che il "fondo", oggetto della prelazione, si identifica necessariamente nel "terreno" oggetto del rapporto agrario, in caso di vendita di più appezzamenti strutturalmente collegati, ma oggetto di distinti rapporti agrari, a ciascuno dei coltivatori spetta il diritto di prelazione solo per il fondo coltivato, stante l'inapplicabilità dell'art. 8, comma 9, citato.

Alle fattispecie riconducibili nel citato comma nove si applica, come detto, la regola dell'esercizio congiunto della prelazione. A questo proposito ci si è chiesti se sia sufficiente che la proposta di alienazione venga comunicata collettivamente a tutti gli interessati o se invece occorra la separata comunicazione a ciascuno di essi. Talvolta si è ritenuta sufficiente un'unica lettera indirizzata collettivamente a tutti i coltivatori per un prezzo unico (14); talaltra (15) si richiedono comunicazioni separate, in quanto non può escludersi che della comunicazione pervenuta, sia pure per tutti, ad uno solo, venga data notizia agli altri. Si ricordi che solo dall'avvenuta comunicazione può decorrere il termine di quindici giorni trascorso il quale viene considerato rinunciatario quel coltivatore che non abbia comunicato agli altri di volersi avvalere della prelazione (16).

È pacifico che l'esercizio della prelazione debba riguardare la totalità del diritto alienato e non una sua parte o quota, e siffatta individuazione dell'oggetto della prelazione rimane invariata anche qualora solo alcuni fra i contitolari si avvalgano del loro diritto. In definitiva la norma pone l'onere agli affittuari di esercitare il diritto di prelazione congiuntamente per l'intero fondo concesso in affitto, anche nell'ipotesi che alcuno di essi rinunci a tale diritto: ciò determinerà un accrescimento a favore degli affittuari non rinuncianti (17). Anche questa disposizione è espressione della volontà del legislatore di non frazionare la proprietà unica e di evitare che l'unico potere finisca in godimento e conduzione di vari acquirenti.

Si ritiene che l'esercizio del diritto non debba inderogabilmente avere luogo con un atto unitario, formato dalle dichiarazioni di tutti i contitolari (o da quelli che preliminarmente si siano già reciprocamente comunicata la volontà di acquistare). Se così fosse ciascun titolare, rifiutando la propria adesione, potrebbe impedire l'acquisto anche da parte degli altri aventi diritto. Per tali motivi l'esercizio del diritto deve essere consentito anche per atto individuale, con una dichiarazione effettuata da ciascun contitolare all'alienante entro trenta giorni dalla ricezione della proposta contrattuale. Corretta è dunque l'affermazione dell'esistenza di una pluralità di atti acquisitivi, concorrenti quanto all'oggetto (18).

La legge non si occupa invece delle modalità del

Note:

(13) Triola, *Pluralità di coltivatori e pluralità di fondi nella prelazione agraria*, nota a Cass. 22 aprile 1988, cit.; Germanò, *op. cit.*, 391.

(14) Paolucci, *Prelazione e riscatto nella compravendita di fondi rustici*, Milano, 1978, 79; Tribunale Viterbo, 23 novembre 1967, in *Giur. agr.* 1969, 370 con nota critica di Geri.

(15) Germanò, *op. cit.*, 403; Spallanzani, *op. cit.*, 379.

(16) Così dispone l'art. 8, comma 9: "qualora alcuno abbia rinunciato, la prelazione può essere esercitata congiuntamente dagli altri affittuari, mezzadri o coloni, purché la superficie del fondo non ecceda il triplo della complessiva capacità lavorativa delle loro famiglie. Si considera rinunciatario l'avente titolo che entro quindici giorni dalla notificazione di cui al quarto comma non abbia comunicato agli altri aventi titolo la sua intenzione di avvalersi della prelazione".

(17) Così Cass., 21 ottobre 1983, n. 6191, in *Giur. agr. it.*, 1985, 244: "Il diritto di prelazione e riscatto agrari hanno ad oggetto il fondo agricolo nella sua interezza per cui ai contitolari di quei diritti non spetta - rispettivamente nei confronti del promittente venditore e del retrattato - un potere finalizzato all'acquisto di una quota, ancorché indivisa, del fondo, bensì la contitolarità del potere, ai fini dell'acquisto di tutto il fondo insieme agli altri aventi diritto. Conseguentemente, la rinuncia o la perdita del relativo diritto da parte di taluno dei contitolari non si riflette, riducendolo, sull'oggetto della compravendita, ma determina la concentrazione del potere di acquisto dell'intero fondo negli altri aventi diritto".

(18) Casarotto, *op. cit.*, 223; si veda altresì Cass., 20 dicembre 1974, n. 4382, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, 867 per la quale si riscontra una "coesistenza di più diritti di prelazione...ciascuno facente capo ad un singolo affittuario, e rivolto all'acquisizione di un diritto di proprietà avente per oggetto l'intero fondo in situazione di coesistenza con altri diritti di proprietà aventi anch'essi per oggetto l'intero fondo".

riscatto nel caso di contitolarità del rapporto agrario. A tale proposito si possono prospettare le seguenti possibilità:

- a) riscatto pro quota da parte dei singoli titolari;
- b) riscatto congiunto da parte di tutti i titolari;
- c) riscatto da parte di ognuno per l'intero fondo;
- d) riscatto da effettuarsi con le stesse modalità previste per l'esercizio della prelazione.

Il riscatto pro quota sembra contrastare con l'esigenza, fatta propria dal legislatore con l'art. 8 nono comma, di evitare che l'esercizio della prelazione porti alla formazione di una comunione tra coltivatori e concedente. Questa stessa esigenza deve valere anche per il riscatto, che ha la funzione di realizzare lo stesso risultato pratico della prelazione.

In considerazione dell'identità di funzione tra prelazione e riscatto non sembra configurabile neppure un esercizio congiunto da parte di tutti i contitolari: perché prevedere l'unanimità dei consensi nell'ipotesi di riscatto quando il consenso unanime non costituisce un presupposto essenziale ai fini dell'esercizio della prelazione?

La giurisprudenza ha riconosciuto al singolo il diritto di esercitare il riscatto per l'intero fondo, salvo il formarsi di una comunione nel caso di analoghe dichiarazioni da parte degli altri. Pertanto, come la rinuncia al diritto di prelazione riduce il numero degli interessati, nello stesso modo opera il mancato esercizio del riscatto nell'anno della trascrizione del contratto di vendita. La giurisprudenza esclude che al riscatto sia applicabile la disciplina prevista dall'art. 8 comma 9 per l'esercizio della prelazione, in quanto tale disciplina, prevedendo un'ipotesi di decadenza (19), ha natura eccezionale e quindi è insuscettibile di applicazione analogica (20).

In senso contrario si è sostenuto in dottrina che anche per il riscatto il coltivatore deve comunicare agli altri contitolari del rapporto agrario la sua volontà di riscattare; questi, analogamente a quanto previsto per la prelazione, saranno considerati rinunciatari qualora non aderiscano nei quindici giorni successivi alla comunicazione (21).

Fattispecie di cui al comma 3 dell'art. 7, Legge n. 817 del 1971

Il comma 3 dell'art. 7 della Legge 817/1971, disciplina la vendita, eseguita contestualmente dal proprietario, di una pluralità di fondi (ovvero di un unico fondo diviso in più porzioni distinte), prevedendo alternativamente l'esercizio disgiunto o congiunto della prelazione, rispettivamente del fondo coltivato o dell'intero complesso di fondi.

Va ricordato che proprio per il caso della vendita di più fondi, anteriormente all'entrata in vigore della Legge 817/1971, un'interpretazione giurisprudenziale restrittiva escludeva l'esercizio della prelazione da parte dei singoli affittuari, mezzadri o coloni, in ordine all'appezzamento da ognuno di essi coltivato: la prelazione separata era considerata contraria agli interessi dell'eco-

nomia generale ed alle stesse finalità della Legge 590/1965 in quanto si veniva a favorire la formazione di aziende agricole scarsamente produttive, con conseguente impedimento allo sviluppo della proprietà coltivatrice. Neppure era ipotizzabile l'applicazione della disposizione di cui al comma 9 dell'art. 8, e quindi la possibilità di un esercizio congiunto della prelazione, sia per la mancanza dell'unicità del rapporto agrario (elemento ritenuto indispensabile per l'applicazione del comma 9 cit.), sia per la natura eccezionale delle disposizioni in materia di prelazione legale (22). In questo caso dunque si poteva affermare che il proprietario, volendo vendere tutti i fondi per un prezzo unico, non era obbligato né ad offrirli ai coltivatori, né a frazionare la proposta, e di conseguenza il prezzo, per ogni singolo fondo.

La norma del comma 3 dell'art. 7, introducendo l'alternativa, a scelta del conduttore, tra l'esercizio individuale e quello congiunto, in ipotesi, ripetesi, di vendita contestuale di una pluralità di fondi da parte di un unico concedente (o più concedenti comproprietari), ha sicuramente eliminato ogni dubbio sulla legittimità della prelazione esercitata singolarmente da ciascun coltivatore per l'appezzamento su cui risulta insediato (23). Appare quindi chiaro che la prelazione possa essere esercitata tanto singolarmente da ciascun concessionario per il fondo da lui condotto, quanto congiunta-

Note:

(19) Configura un'ipotesi di decadenza il termine di 15 giorni entro il quale l'avente diritto alla prelazione deve comunicare la sua decisione agli altri aventi diritto.

(20) In tal senso Trib. Viterbo 23 novembre 1967, cit.; Cass., 5 luglio 1984, n. 3925 in *Vit. not.*, 1984, 1436.

(21) Così Triola, *Contitolarità del rapporto agrario e riscatto*, nota a Cass. 5 luglio 1984, cit., il quale critica i giudici di legittimità osservando che se il legislatore non ha dettato un'autonoma disciplina in ordine alle modalità di esercizio del riscatto, ciò significa che evidentemente egli ha inteso rinviare alla disciplina della prelazione. Nello stesso senso Minervini, *Il riscatto colonico*, in *Impresa e società*, 1968, III, 1153 che peraltro dubita della possibilità di estendere al riscatto anche la presunzione di rinuncia prevista dall'art. 8, nono comma cit.

(22) Così Trib. Macerata, 2 dicembre 1967, in *Riv. dir. agr.*, 1968, II, 201 che conferma un'interpretazione ministeriale (*Disposizioni per lo sviluppo della proprietà coltivatrice* a cura dell'Ufficio Centrale per la proprietà coltivatrice del Ministero dell'Agricoltura e Foreste, Roma, 1966) che così si esprime "Quando si parla di pluralità di affittuari, mezzadri o coloni, si intende che sussista un unico rapporto agrario (di affitto, di mezzadria o di colonia), appartenente ab origine indivisamente a più persone oppure formatosi per successione di diverse persone a quella che originariamente risultava intestata nel contratto". Nello stesso senso App. Napoli 19 novembre 1973, in *Foro pad.* 1974, I, 151 che con riferimento ad una fattispecie non caduta sotto il vigore della Legge 817/1971, sostiene che il diritto di prelazione è dettato in ordine alla vendita di singoli fondi, per cui deve essere escluso quando si tratta di un intero complesso aziendale, di cui fa parte il fondo condotto dal concessionario preferito. Ha invece riconosciuto il diritto di prelazione del coltivatore per l'appezzamento da lui coltivato Trib. Terni, 2 marzo 1968, cit.

(23) Cass., 24 giugno 1986, n. 4199, in *Giust. civ. mass.*, 1986, 1199; Cass., 17 luglio 1991, n. 7948, in *Dir. e giur. agr.*, 1992, 151 e in *Vit. not.*, 1992, 156; Cass., 1 marzo 1994, n. 2014, in *Riv. dir. agr.*, 1994, II, 239.

mente da tutti per l'intero complesso di fondi su cui sono insediati.

Sulla prelazione singola correttamente si è rilevato che essa non è altro che l'ipotesi tipica di prelazione agraria introdotta con la Legge 590/1965, che il legislatore del 1971 ha voluto riaffermare anche nel contesto di una vendita plurima (24).

Con riferimento alla prelazione congiunta in dottrina vi è chi ha affermato l'inutilità di una norma che si limiti a riconoscere la possibilità, per i titolari di rapporti agrari relativi a più fondi adiacenti, di realizzare una comunione a seguito dell'esercizio della prelazione sul fondo da ciascuno coltivato. Pertanto secondo questa interpretazione l'avverbio "congiuntamente" andrebbe riferito non ai coltivatori dei fondi in vendita, ma ai fondi stessi. Ciò significa riconoscere ad ogni coltivatore la possibilità di esercitare il diritto di prelazione con riferimento all'intero complesso posto in vendita, ove gli altri coltivatori non intendano procedere all'acquisto del fondo sul quale sono insediati (25).

Secondo quest'interpretazione, la coesistenza di una prelazione singola con una prelazione collettiva sul restante complesso immobiliare, deve essere considerata un'incentivazione della proprietà terriera e dell'impresa diretta coltivatrice, purché non si arrivi però ad affermare la prevalenza dell'esercizio individuale della prelazione, riferito a tutto il complesso posto in vendita, sull'esercizio individuale di altro coltivatore, limitato al fondo su cui egli è insediato (26).

La giurisprudenza tuttavia ritiene che un'esigenza diversa sia alla base della prelazione congiunta della legge 817 del 1971. Qui non c'è il pericolo del frazionamento, né dello svilimento delle quote derivanti dal frazionamento stesso, in quanto l'ipotesi riguarda un complesso prediale costituito da singole unità produttive aventi autonoma funzione sotto il profilo economico-giuridico. A questo proposito si deve notare che presupposto per l'esercizio della prelazione ex art. 7 comma 3 della legge citata non è la contiguità dei fondi condotti dalla pluralità dei coltivatori. L'esercizio congiunto si estende dunque a tutti gli appezzamenti venduti, anche a quelli distanti dal complesso principale. Non va inoltre dimenticato che la disposizione in esame attribuisce solo una facoltà e non impone alcun obbligo di ricorrere alla prelazione congiunta (27), cosicché nella maggior parte dei casi sarà poco probabile che si dia vita ad una comunione convenzionale, preferendo ciascun coltivatore coltivare autonomamente il proprio fondo.

L'esercizio volontario della prelazione congiunta potrebbe in realtà trovare una spiegazione di natura pratica e precisamente nel fatto che la vendita di tutto il complesso immobiliare viene eseguita in unico contesto negoziale, per cui, ove tutti i coltivatori insediati intendano esercitare la prelazione, possono sostituirsi al terzo nello stesso atto di compravendita, anziché dar luogo a tante vendite, quanti sono i fondi da alienare su cui essi risultano insediati (28).

Nell'ipotesi in esame la proposta di alienazione da notificare ai conduttori di ogni singola porzione deve specificare il prezzo relativo ad essa poiché il coltivatore può esercitare la prelazione ed il riscatto limitatamente alla sola parte del fondo oggetto del suo rapporto (29). Non può dunque considerarsi sufficiente la trasmissione del preliminare riguardante l'intero immobile e per un prezzo globalmente considerato. In questo caso la *denuntiatio* è da considerarsi inefficace ed il coltivatore, essendo impossibilitato ad esercitare la prelazione, può riscattare la porzione da lui coltivata (30). Un'opinione critica ritiene che se si dovesse ritenere esperibile il riscatto, al terzo acquirente non verrebbe ad essere rimborsato il prezzo effettivamente pagato, ma gli sarebbe attribuito una specie di indennizzo il che è estraneo al meccanismo sia della prelazione che del riscatto: sarebbe pertanto preferibile ritenere che in tal caso il titolare

Note:

(24) Così Danza, *Prelazione in caso di vendita di un complesso di fondi rustici condotti da più concessionari coltivatori diretti*, nota a Trib. Salerno, 3 novembre 1982, in *Giur. mer.*, 1984, I, 578.

(25) Triola, *La prelazione agraria*, op. cit., 61; Casarotto, op. cit., 143 secondo cui la norma del 1971 si limita ad applicare ad una nuova ipotesi un tipo di esercizio congiunto già regolato dalla legge del 1965, cosicché la disciplina non può che essere quella già prevista. Se così non fosse la regola dell'esercizio congiunto finirebbe per trovare applicazione solo nei limitati casi in cui si riscontri una unanime volontà dei preferiti di acquistare insieme una superficie che ciascuno potrebbe già conseguire autonomamente per la parte coltivata. Peraltro secondo l'autore l'accrescimento non può verificarsi in danno di quel coltivatore il quale abbia esercitato singolarmente la prelazione sul fondo da lui condotto. Sembra non accogliere tale interpretazione Cass. 22 aprile 1988, cit., secondo cui, nel caso di vendita di più fondi, il diritto degli affittuari di esercitare congiuntamente il diritto di prelazione sull'intero complesso di fondi, "non realizza una contitolarità originaria e necessaria del potere di prelazione-riscatto di un determinato fondo. Onde in tale caso, in mancanza di una espressa previsione legislativa e data la diversità di situazioni, deve anche escludersi l'applicabilità del principio di accrescimento stabilito dall'art. 8 L. 590/1965". Precedentemente si veda Cass., 19 dicembre 1978, cit. secondo cui l'esercizio del diritto di prelazione "da parte di un mezzadro, oltre che sul fondo coltivato, anche sui fondi coltivati da altri due mezzadri, i quali abbiano rinunciato all'esercizio del diritto stesso, è consentito soltanto nell'ipotesi di conduzione collettiva di tutti i fondi, ma non anche nell'ipotesi di conduzione di vari fondi in virtù di singoli, separati e autonomi contratti di mezzadria". Nello stesso senso cfr. Cass., 27 luglio 1973, n. 2204, in *Giust. civ.*, 1974, I, 264; Cass., 13 luglio 1982, n. 4129, in *Giust. civ. mass.*, 1982; Cass. 23 gennaio 1984, n. 551, in *Giur. agr.*, 1984, 504; Cass., 8 ottobre 1990, n. 9871, in *Giur. agr. it.*, 1991, 413; Cass., 4 luglio 1991, n. 7337, in *Dir. e giur. agr.*, 1992, 379.

(26) Rechi, *Il diritto di prelazione del conduttore diretto di fondi rustici altrui e le varie ipotesi di vendita di fondi rustici*, in *Temì romana*, 1973, 195 ritiene che debba prevalere il coltivatore che intende comprare solo il proprio fondo, il quale non può essere costretto ad un acquisto non voluto né ad una comunione forzosa. Gli altri quindi decadrebbero dal diritto di prelazione.

(27) Diversamente dalla disciplina dell'art. 8, sopra esaminata, che prevede un acquisto obbligatoriamente e necessariamente congiunto.

(28) Danza, op. cit., 584

(29) Cass., 29 ottobre 1985, n. 5317, in *Giust. agr. it.*, 1986, 612 e in *Giust. civ.*, 1986, I, 788, con nota di Triola; Cass., 15 aprile 1986, n. 2649, in *Giust. civ. mass.*, 1986, 735.

(30) Cass., 26 marzo 2001, n. 4346, in *Riv. not.*, 2001, 1175; Cass., 1 marzo 1994, cit.

del diritto di prelazione abbia soltanto diritto al risarcimento del danno (31).

Conclusioni

La sentenza in esame si uniforma all'orientamento giurisprudenziale prevalente che si può sintetizzare come segue:

di regola oggetto del diritto di prelazione del coltivatore è il fondo oggetto del rapporto agrario;

la fattispecie del comma 9 dell'art. 8 Legge 590/1965, sull'esercizio congiunto in forma necessaria, concerne sia l'ipotesi di una pluralità di coltivatori, concessionari nello stesso rapporto agrario, sia, per estensione, l'ipotesi in cui vi siano più contratti di concessione, ma i singoli appezzamenti formino, nel loro complesso, una sola unità produttiva;

la norma del comma 3 dell'art. 7 Legge 817/1971, che introduce l'alternativa, a scelta del conduttore, tra l'esercizio individuale e quello congiunto, disciplina invece il caso di vendita di una pluralità di fondi, tra loro autonomi.

Con la previsione dell'obbligo della prelazione congiunta anche all'ipotesi in cui il fondo, condotto da più coltivatori in forza di distinti contratti, si presenti come un tutto unitario, la Suprema Corte tende a salvaguardare gli interessi del proprietario. Questi, infatti, potrebbe veder pregiudicate le possibilità di sfruttamento del complesso immobiliare, e conseguentemente realizzare un profitto minore, ove la vendita riguardasse singoli appezzamenti, anziché il fondo unitario.

Ma la prelazione congiunta, se da un lato favorisce la coltivazione unitaria del complesso, dall'altro obbliga i coltivatori ad acquistare, anche se per quote, la proprietà di terreni da essi mai coltivati; e ciò parrebbe contrastare con la finalità della legge sulla prelazione agraria che intende attribuire il diritto di prelazione solo a chi coltiva effettivamente il fondo messo in vendita. Tenendo conto di tale *ratio* l'esercizio congiunto della prelazione di cui al comma 9 dell'art. 8 può più facilmente comprendersi quando riguardi un fondo coltivato insieme da più persone legate da un unico rapporto. In questo caso, soggetti già legati da un unico rapporto e vincolati da comuni interessi economici, continuano ad essere vincolati anche nell'esercizio della prelazione. Qualche perplessità può invece sorgere nel caso di distinti rapporti di conduzione in cui, come già rilevato, si finisce per imporre una comunione con soggetti estranei. Inoltre, se è vero che la giurisprudenza riconosce al singolo coltivatore, ai fini dell'esercizio separato della prelazione, la possibilità di provare l'esistenza di un'autonomia colturale e produttiva nell'ambito dei vari fondi, questa prova risulta tutt'altro che agevole, né la stessa giurisprudenza offre criteri obiettivi a cui fare riferimento.

Nota:

(31) Cass. 29 ottobre 1985, n. 5317, in *Giust. civ.*, 1986, I, 787 con nota critica di Triola.

Ipoteca

Unico creditore e pluralità di rapporti: parità di grado ipotecario?

TRIBUNALE di Bologna, 5 maggio 2005, decr.
Pres. Millo - Rel. Sbariscia

Ipoteca - Richieste contemporanee di iscrizione - Unico creditore - Pluralità di crediti - Grado dell'ipoteca - Effetti

Il criterio fondamentale in tema di iscrizione ipotecaria è costituito unicamente dal dato obiettivo di natura cronologica, rappresentato dalla data e dal tempo della presentazione della nota; nessun rilievo ha il richiamo all'art. 2843 c.c. in quanto la volontà delle parti rileva solo ed esclusivamente in un momento successivo alla costituzione dell'ipoteca, determinando, ad esempio, la postergazione tra ipoteche i cui gradi sono stati già determinati in forza del citato criterio temporale.

(omissis)

Ritenuto che

– la questione che ci occupa consiste nel fornire la corretta interpretazione dell'art. 2953 c.c., in particolare verificando se nella estensione della norma possano ritenersi ricomprese (oppure anche in via di interpretazione analogica disciplinate) le situazioni in cui - oltre all'ipotesi testuale di "più persone" che "presentano contemporaneamente la nota per ottenere iscrizione contro la stessa persona o sugli stessi immobili" - sia uno stesso creditore, titolare di più crediti distinti nei confronti dello stesso debitore o sul medesimo bene, a presentare richiesta contemporanea di iscrizione di ipoteche a garanzia dei differenti crediti di cui è titolare (e col consenso del datore delle ipoteche) così da ottenere l'esecuzione dei vincoli ipotecari sotto lo stesso numero di iscrizione;

Considerato che

– si pone quale questione interpretativa preliminare quella di stabilire se l'art. 2853 c.c. sia norma generale oppure eccezionale, e quindi di stretta interpretazione, tale da escludersi, nella citata ultima eventualità, il ricorso alla (sola) interpretazione analogica, ma non, invece, a quella estensiva; infatti, la giurisprudenza ammette pacificamente l'interpretazione estensiva di disposizioni eccezionali, derogatorie a regole di portata più generale (vedasi, in tema di interpretazione analogica ed estensiva, oltre che di norme eccezionali, Cassazione civile, sez. I, 1° settembre 1999, n. 9205; Cassazione penale, sez. V, 2 aprile 1986; Cass. 3 luglio 1967 n. 1621; 4 giugno 1968 n. 1688; 26 gennaio 1971 n.

179; 7 dicembre 1972 n. 3538; 15 novembre 1973 n. 3031; 3 giugno 1976 n. 2004; 8 gennaio 1980 n. 148; 29 aprile 1980 n. 2976; 19 agosto 1982 n. 4688; 4 marzo 1983 n. 1610; 26 maggio 1988 n. 3536; Cassazione civile, sezione lavoro, 1° giugno 1994, n. 5296; Cassazione civile, sezione lavoro, 24 luglio 1990, n. 7494);

– la norma contenuta nell'art. 2853 c.c. dev'essere interpretata alla luce dei principi generali in materia di ipoteca, quali stabiliti dalle disposizioni codicistiche vigenti: "l'ipoteca ... si costituisce mediante iscrizione nei registri immobiliari", art. 2808 comma 2 c.c.; "prende grado dal momento della sua iscrizione", art. 2852 primo periodo; "se il titolo per l'iscrizione risulta da scrittura privata ... il richiedente deve presentare la scrittura originale o, se questa è depositata in pubblico archivio o negli atti d'un notaio, una copia autenticata, con la certificazione che ricorrono i requisiti innanzi indicati", art. 2835; "per eseguire l'iscrizione deve presentarsi il titolo costitutivo insieme con una nota sottoscritta dal richiedente in doppio originale" art. 2839;

– in considerazione di quanto sopra precisato, appare con tutta evidenza che il criterio fondamentale in tema di iscrizione ipotecaria è costituito unicamente dal dato obiettivo di natura cronologica, rappresentato dalla data e dal tempo della presentazione della nota; nessun rilievo nella soluzione della presente controversia ha invece il richiamo fatto dal ricorrente all'art. 2843 c.c. in quanto la volontà delle parti rileva, ai sensi della disposizione da ultimo richiamata, solo ed esclusivamente in un momento successivo alla costituzione dell'ipoteca, determinando, ad esempio, la postergazione tra ipoteche i cui gradi sono stati già determinati in forza del citato criterio temporale;

– la fattispecie descritta e disciplinata dall'art. 2853 c.c., ricavabile mediante interpretazione esclusivamente letterale che si fermi al dato testuale della norma, si riferisce al caso in cui - in aggiunta alle altre condizioni prescritte dalla norma ora considerata - siano più "persone" a presentare contemporaneamente la richiesta di iscrizione ipotecaria; tale norma si pone, a giudizio di questo Collegio, in via di esemplificazione fattuale del criterio oggettivo e temporale di cui sopra, e non di deroga od eccezione a questo, per cui è dato concludere che, anche nella particolare situazione disciplinata dall'art. 2853 c.c., viene in considerazione unicamente il citato elemento obiettivo (di portata generale) costituito dal tempo della presentazione delle richieste;

– la disposizione dell'art. 2853 c.c., la quale concilia la particolare situazione dalla norma descritta con l'operatività dei principi generali in tema di iscrizione ipotecaria, sancisce, inoltre, l'impossibilità e l'inammissibilità (giuridica), per l'interprete oltre che per il Conservatore, di qualsivoglia deroga ai principi generali (in tal modo riaffermati) vigenti in tema di iscrizione: in altri termini, il parametro del tempo della presentazione della nota alla Conservatoria viene consacrato come criterio esclusivo, anche in combinazione con l'eventuale verificata impossibilità di ricostruire un diverso ordine cronologico nella presentazione delle note; tale ultimo aspetto dell'impossibilità di diversificare cronologicamente le ipoteche (a seguito della contemporanea presentazione delle note), acquista, inoltre, rilievo giuridico tale da divenire principio idoneo ad espandersi nella disciplina di casi simili o analoghi, integrando eventualmente anche il concetto della *eadem ratio* o della stessa materia, giustificante il ricorso all'analogia;

– la norma dell'art. 2853 c.c. si pone quale disposizione esemplificativa avente lo scopo di specificare le concrete modalità attuative dei principi generali vigenti in materia di iscrizione ipotecaria, senza derogare in alcun modo agli stessi; in altri termini, particolare è la situazione concreta disciplinata dalla norma (ed anzi proprio in tale aspetto è dato rilevare la *ratio* giustificativa dell'introduzione, nell'ordinamento giuridico, della previsione normativa in parola), ma non il principio normativo in cui la norma, in ultima istanza, si risolve;

– risulta pienamente ammissibile, con riguardo alla disposizione codicistica in parola, ed in ragione della natura non eccezionale di questa, sia l'interpretazione estensiva (non par dubbio a questo Collegio che si tratti, nello specifico - con riguardo alla situazione che ci occupa, in cui invece di più creditori vi è un unico creditore ipotecario -, di caso simile e, quindi, d'interpretazione estensiva, perché la "materia analoga" presuppone, invece, che si faccia ricorso a discipline d'istituti diversi che possano avere soltanto qualche punto in comune col caso da disciplinare, o nei presupposti legislativi, o negli effetti pratici), che quella analogica;

– ciò che appare determinante, ai fini dell'iscrizione di più ipoteche nello stesso grado (ai sensi dell'art. 2853

c.c., correttamente interpretato in chiave estensiva ed eventualmente anche analogica), è che concorrano per l'iscrizione non necessariamente una pluralità di creditori, ma anche, in alternativa, una pluralità di crediti facenti capo ad uno stesso titolare il quale si presenti contemporaneamente per iscrivere le distinte ipoteche sugli stessi beni, qualora questa sia la volontà sia del datore d'ipoteca, che del creditore da garantirsi ipotecariamente con l'iscrizione: in una siffatta situazione, si verifica l'impossibilità di individuare un ordine cronologico fra le richieste da presentarsi al Conservatore e questo proprio per l'unicità del creditore e del bene ipotecato, oltre che per la contemporaneità della presentazione delle relative richieste di iscrizione ipotecaria, in conformità, tra l'altro, alla concorde volontà espressa degli interessati; si osservi, inoltre, che qualora non si aderisse all'interpretazione accolta da questo Collegio, si creerebbe una ingiustificata disparità di trattamento, in violazione del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., tra la situazione testualmente disciplinata dall'art. 2853 c.c. (ed individuabile mediante interpretazione esclusivamente letterale della norma) e quella simile o analoga oggetto del presente procedimento;

– non pare decisivo, in senso contrario a quanto fino ad ora sostenuto, il rilievo che dei distinti crediti sia titolare un medesimo soggetto ovvero più titolari: infatti, anche in piena sintonia con la natura giuridica e la disciplina dell'ipoteca, questa ha un vincolo di accessorialità rispetto al credito garantito e non già al suo titolare, il quale, tra l'altro, può mutare in qualsiasi momento;

– l'art. 2853 c.c., anche se letto in chiave letterale, non fa altro che disciplinare un'ipotesi particolare al fine di dirimere il contrasto tra più richiedenti recatisi lo stesso giorno e nello stesso momento presso la Conservatoria; fuori da tale caso, in presenza di simile o analoga evenienza, ovverosia nel concorso di tutti i presupposti disciplinati dalla norma, salvo solo il fatto di essere unico il creditore (ed in assenza di diverso accordo tra le parti che stabilisca un ordine nella presentazione delle note, o meglio in presenza di un accordo per la presentazione contemporanea delle stesse), non resta al Conservatore alcun margine di scelta, dovendo questi aderire alla richiesta di iscrizione in pari grado delle differenti ipoteche le cui note sono state presentate contemporaneamente; è proprio la somiglianza o analogia delle situazioni (l'una testualmente descritta dalla norma e l'altra solo in parte differente per la presenza di un solo creditore), rappresentate dalla impossibilità per il Conservatore di ricorrere ad altro criterio diverso da quello oggettivo e temporale costituito dal tempo della presentazione delle note, a giustificare l'estensione della norma o l'interpretazione analogica della stessa così da regolamentare anche la situazione che ci occupa;

– la volontà delle parti, con riguardo alla presentazione congiunta delle note ed al pari grado delle ipoteche, in aggiunta (lo si ripete) agli altri elementi previsti dalla norma, da un lato, integra quella impossibilità di evi-

denziare un differente ordine cronologico nella presentazione delle richieste di iscrizione (in piena sintonia con la fattispecie delineata dall'art. 2853 c.c.), dall'altro esclude ogni pregiudizio per le parti (mentre non è dato rinvenire, nella soluzione interpretativa individuata, alcun deterioramento delle posizioni soggettive di terzi);

– a conferma dell'interpretazione da questo Giudice accolta, si richiama pure il parere espresso da autorevole Dottrina, secondo la quale la citata disposizione si applicherebbe anche nell'ipotesi in cui le due iscrizioni (contro il medesimo debitore o sul medesimo bene) siano chieste dalla medesima persona ma per crediti differenti, potendo in seguito mutare il titolare di uno dei due;

– l'interpretazione seguita da questo Collegio non collide con il consolidato orientamento giurisprudenziale (v. fra le tante, Cass. n. 599 del 1970) secondo il quale "il procedimento di iscrizione ipotecaria è regolato da norme di ordine pubblico, poste a tutela dei terzi e, pertanto, le modalità di iscrizione non possono essere modificate dal richiedente se non sono consentite dalla legge", in quanto la questione che ci occupa si risolve, in ultima analisi, nell'interpretazione dell'art. 2953 c.c. per cui, sia che si opti per l'interpretazione estensiva, che per quella analogica, è comunque garantita la copertura normativa della disciplina proposta per dirimere la presente controversia;

– a conferma della soluzione qui accolta, si segnala la incongruità della interpretazione seguita dal Conservatore, anche alla luce delle conseguenze che da questa potrebbero discendere: se, infatti, si presentassero in Conservatoria due creditori, A e B, il secondo dei quali titolare di due crediti, si dovrebbero iscrivere in pari grado solo il credito di A ed uno solo dei due crediti di

B, il "secondo" dei quali verrebbe iscritto in grado successivo; inoltre, per evitare siffatte distorsioni applicative, il creditore titolare di differenti crediti sarebbe incentivato a presentare le note relative a questi tramite più rappresentanti, così da integrare il requisito - delle diverse "persone" - necessario alla iscrizione in pari grado delle ipoteche;

– non si rinvergono ragioni giuridiche - rilevanti - ostative alla soluzione interpretativa prescelta da questo Collegio;

– può concludersi, pertanto, affermandosi che: 1) tutti i criteri ermeneutici delle leggi sono dettate dall'art. 12 delle preleggi; 2) l'art. 14 delle preleggi non è fonte d'esegesi legislativa, ma norma che disciplina l'applicazione delle leggi penali od eccezionali; 3) la norma del codice civile di cui all'articolo 2853 non costituisce *ius singulare*; 4) tale norma è espressione dei principi generali in materia; 5) la norma suddetta è, di conseguenza, suscettibile in astratto, d'interpretazione sia estensiva che analogica; 6) nella specie, doveva essere fatto oggetto d'interpretazione estensiva o, eventualmente, analogica; 7) l'interpretazione accolta consente di garantire uniformità di disciplina di situazioni simili o analoghe, nel pieno rispetto sia dei criteri normativi vigenti in tema di iscrizione ipotecaria, sia del dettato dell'art. 3 Cost.;

– le spese vengono compensate in ragione della natura della questione;

P.Q.M.

il Collegio accoglie il ricorso ordinando al Conservatore dei Registri Immobiliari di Bologna l'iscrizione, in pari grado, delle tre ipoteche precedentemente iscritte, su richiesta del ricorrente.

IL COMMENTO

di Paolo Silvestro

Una interpretazione troppo restrittiva dell'art. 2853 c.c. in tema di iscrizione ipotecaria può portare ad una "confusione" tra persone e creditori che perda di vista l'unica condizione oggettiva richiesta e cioè che si tratti di più crediti distinti e sullo stesso immobile.

Il caso è il seguente: un Istituto bancario finanzia l'acquisto di vari immobili sul territorio nazionale mediante tre distinti contratti, il creditore unico dei finanziamenti richiede l'esecuzione delle formalità in pari grado, per riservarsi la possibilità di cedere successivamente il suo credito. A fronte di ciò viene richiesta a

tutte le Conservatorie interessate (1) l'iscrizione in pari

Nota:

(1) Conservatorie di Lecce, Napoli 1, Torino 1, Ancona, Pescara, Modena, Verona, Bari, Messina, Grosseto, Montepulciano, Firenze, Reggio Calabria, Genova, Torino 2, Roma, nonché Uffici Tavolari di Monguelfo, Vipiteno, Bolzano. Va osservato che nel sistema tavolare l'art. 2853 c.c. trova il *pendant* nell'art. 29 R.D. 28 marzo 1929, n. 499 (L. tavolare) che prevede nell'art. 103 a fronte di una richiesta in sede di iscrizione il pari grado.

Vedi sul punto Rubino, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milano, 1953, p. 322. Invece Chianale, *L'ipoteca*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di Sacco, 2005, p. 282, da una parte sostiene la con testualità per accordo volontario e dall'altra la esclude quando le presentazioni avvengono da parte di un unico soggetto creditore, in quanto, l'opinione non mi sembra condivisibile peraltro, come ha giustamente rilevato il Tribunale di Bologna, nulla vieta che un unico creditore richieda volontariamente come formalità in pari grado per più crediti.

grado delle tre formalità ipotecarie: la sola Conservatoria di Bologna oppone rifiuto, sostenendo: “nell’eventualità che più richiedenti iscrivano contemporaneamente ipoteche contro lo stesso debitore e/o sugli stessi beni, tali iscrizioni dovranno essere effettuate in pari grado” qualora ricorrano tre condizioni: “1) che vi siano più creditori; 2) che le iscrizioni siano richieste contro gli stessi debitori o su stessi immobili; 3) che le richieste siano contemporanee”. Nella fattispecie secondo il Conservatore non sarebbe rispettata la prima condizione, essendo le tre ipoteche a favore del medesimo creditore. Il Notaio rogante propone ricorso innanzi al Tribunale di Bologna, che ha ritenuto ammissibile l’istanza, disponendo l’iscrizione in pari grado delle tre ipoteche precedentemente iscritte. A fronte di ciò il Conservatore ha provveduto ad annotare a margine delle iscrizioni la “parificazione di grado” delle tre ipoteche, cosicché le stesse sono “ritornate” tutte in pari grado.

Il Collegio Bolognese (2), dà una lettura della norma dell’art. 2853 c.c. che mi sembra peraltro l’unica possibile e sulla quale mi soffermerò brevemente. Il principio generale espresso nel codice civile al primo comma è che: “Il numero d’ordine delle iscrizioni determina il loro grado”. Il secondo comma riguarda una situazione di carattere pratico veramente eccezionale, e cioè quella in cui più “persone” presentino contemporaneamente in uno stesso momento, una nota per iscrizione ipotecaria, avverso la stessa persona sugli stessi immobili. In tale ambito, il lessico “nondimeno”, lascia intendere che quella considerata è una ipotesi limite, il che non osta, ma anzi va a suffragare e presuppone la sua stessa applicazione in una situazione di normalità, a seguito di una volontaria richiesta di parte.

Attualmente il “Modello Unico”, cosiddetto perché con esso telematicamente si trasmette l’atto sia all’Agenzia delle Entrate, sia all’Agenzia del Territorio, consente di eseguire la registrazione in “tempo reale”, ossia al momento dell’invio (3), ma non l’esecuzione delle formalità di iscrizione o trascrizione: infatti la trasmissione dell’atto all’Agenzia del Territorio è solo propeudica, in quanto il titolo con copia della ricevuta, va esibito all’Agenzia del Territorio, per poter effettuare l’iscrizione. La data delle formalità, è, quindi, quella corrispondente al giorno in cui si depositano materialmente titolo e ricevuta.

Pertanto nella fase di invio telematico, attualmente non è possibile segnalare all’Ufficio ricevente la richiesta di “pari grado” e quindi solo nell’esecuzione delle formalità, allorché viene presentato il titolo cartaceo, è possibile richiedere l’iscrizione con lo stesso ruolo generale. Il codice civile nel secondo comma, non fa altro che disciplinare l’ipotesi residuale di un conflitto tra più soggetti. Il legislatore, conseguentemente, solleva di impaccio il Conservatore dei Registri Immobiliari, il quale esegue le formalità di iscrizione in pari grado, in modo che non debba esercitare una valutazione di priorità cronologica. Il Conservatore di Bologna interpreta

la norma restrittivamente, ma è da riscontrare una sua confusione tra persone e creditori, quando invero l’unica condizione richiesta è oggettiva e cioè che si tratti di più crediti distinti e sullo stesso immobile. L’equivoco nel caso di specie, e ammesso che di equivoco si tratti, e che soltanto una lettura “scolastica” della norma potrebbe giustificare è che si debba necessariamente “schierare” tante persone, tutte insieme in un ufficio, nello stesso momento, in proporzione al numero di crediti, e cioè: tante persone, tanti crediti.

Il Tribunale di Bologna rileva come l’interpretazione dell’art. 2853 c.c. debba essere effettuata in via estensiva - analogica, non costituendo la norma stessa *ius singulare*, come si legge nel provvedimento nel quale giustamente si evidenzia che, qualora si disattendesse una concorde volontà espressa dagli interessati, si verrebbe a creare “una ingiustificata disparità di trattamento, in violazione del principio di ragionevolezza di cui all’art. 3 della Costituzione, tra la situazione prevista dalla norma e quella rappresentata nel caso di specie”. (4) Ai fini della parità del grado ipotecario, non mi sembra che la dottrina abbia manifestato perplessità (5), relativamente alla sussistenza di un unico creditore ipotecario per crediti differenti, il quale ai fini della loro gestione, può avere interesse a che la pubblicità ipotecaria venga eseguita con il tecnicismo del pari grado. La rigidità di lettura della presenza contemporanea esclusivamente di più “persone” per l’applicabilità della norma non merita neanche commento.

L’unico requisito per poter ottenere il pari grado è che vi siano più crediti afferenti gli stessi immobili, e che parimenti identico sia il soggetto contro il quale la formalità va eseguita.

Note:

(2) Non risultano precedenti di giurisprudenza onoraria sul caso di specie.

(3) È stato osservato che l’invio telematico delle note di iscrizione ipotecarie potrebbe ridurre la portata del problema, in quanto non vi sarebbe in più il problema dell’accavallamento di richieste. Chianale, *op. cit.*, p. 283. Si deve considerare che il titolo allo stato viene presentato su supporto cartaceo, ed è in sede di presentazione del titolo cartaceo che può presentarsi il problema del pari grado.

(4) Nella motivazione la Corte sottolinea l’origine storica funzionale della disposizione sorta per dirimere il contrasto tra più richiedenti recatisi lo stesso giorno e nello stesso momento presso la Conservatoria.

(5) Sul punto, ampiamente Rubino, *op. cit.*, p. 322; Mariani, *Della ipoteca immobiliare*, Milano 1958, p. 157 - 159; Ravazzoni, in *Trattato di diritto privato*, Torino, p. 102. Quest’ultimo autore (*op. cit.* p. 129) si esprime nel senso di attuazione in via amichevole di una *par condicio* nell’ambito della prelazione ipotecaria. Secondo Chianale, *op. cit.*, non rientrerebbe invece, nel raggio operativo della norma la presentazione contemporanea di più note da parte di un unico soggetto (ma non è in tal senso la norma).

Beni culturali

Circolazione dei beni culturali e riflessi sull'attività notarile

a cura di ADRIANO PISCHETOLA

L'esatta qualificazione del concetto di "bene culturale", il regime delle autorizzazioni per la circolazione di beni culturali in mano pubblica e/o appartenenti a persone giuridiche private non lucrative, varie problematiche relative alla circolazione dei beni culturali in generale inducono a meditare con attenzione sui riflessi che da essi scaturiscono sull'attività notarile, nonché sulla opportunità dell'adozione di specifiche formule da inserire negli atti negoziali.

La definizione di *bene culturale* si desume dal disposto dell'art. 2 comma 2 del Codice dei beni culturali e paesaggistici, approvato con D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, in base al quale 'Sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli artt. 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà (1).

CONCETTO DI BENE CULTURALE

Ai fini di questo contributo e per il taglio specifico che esso assume in riferimento alle problematiche di stretto interesse notarile, nonché per effetto del richiamo agli artt. 10 e 11 del Codice contenuto nel citato art. 2, è intuitivo che la nostra riflessione ha riguardo essenzialmente ai beni immobili, e questi ulteriormente riguardati sotto il profilo della loro appartenenza a soggetti pubblici o persone giuridiche private senza scopo di lucro da un lato o ad altri soggetti privati dall'altro, circostanza quest'ultima che a sua volta implica e nel contempo postula modalità diverse di accertamento della culturalità del singolo bene ('verifica' ex art. 12 nel primo caso - soggetti pubblici e persone giuridiche private senza scopo di lucro - e 'dichiarazione' ex art. 13 nel secondo caso - altri soggetti privati), nonché un regime speciale diverso per la circolazione del bene stesso.

Non restano implicati nell'ambito oggettivo delle presenti note neppure i cd. 'beni paesaggistici' (pur ricompresi con i 'beni culturali' nel più ampio concetto di "patrimonio culturale") (2), e cioè quegli im-

Note:

(1) Sul tema dei beni culturali la bibliografia è amplissima; qui - anche con riferimento agli scopi specifici di questo contributo - sarà sufficiente richiamare la seguente: Tamiozzo, *Il codice dei Beni culturali e del Paesaggio*, Giuffrè 2005; Scarfò, *La commercializzazione dei beni pubblici ed il codice dei beni culturali*, in *Assonotai Campania Notiziario*, n. 1-6/2004, pagg. 8 e ss.; Venditti - *Il codice dei beni culturali e del paesaggio: prime considerazioni*, in *questa Rivista*, 2004, 3, p. 301; Mansi - *La tutela dei beni culturali e del paesaggio*, Cedam, Padova 2004; Cenni - *La circolazione dei beni immobili di interesse storico artistico; (tecniche contrattuali)*, in *questa Rivista*, 1996, 2, p. 151; Melegari - *Demanio storico-artistico: viale del tramonto o promettenti novità?*, in *Vita not.*, 2003, 2-3, p. 1230; Rizzi, *Alienabilità degli immobili "intrinsecamente di interesse culturale"*, in *questa Rivista*, 2004, 1, p. 96; Casu, *Beni culturali*, in *Dizionario enciclopedico del notariato, Aggiornamento*, V, Roma 2002, p. 37; Basetti Sani Vettori-Casu-Celeste-Venditti, *Il commercio giuridico dei beni culturali*, IPSOA, Milano 2001; C.N.N. (estensore Casu) - *Codice dei beni culturali. Prime riflessioni*. (20 aprile 2004), Studio n. 5019, in *BDN Notartel*; C.N.N. (estensori Boggiali-Lomonaco) *Ulteriori riflessioni sul codice dei beni culturali* (3 luglio 2004), Studio n. 5140, in *BDN Notartel* e in *CNN Notizie* del 14 luglio 2004; Casu, *Testo unico in materia di beni culturali e ambientali*, (3 maggio 2000) Studio n. 2749, in *Riv. Not.* 2000, 4, p. 813; C.N.N. (estensore Casu) - *Individuazione dei beni culturali in mano pubblica a proposito del d.l. 2 ottobre 2003 n. 269*, in *Studi e materiali*, 2004, 1, p. 258; C.N.N. (estensore Casu), *Testo unico in materia di beni culturali e ambientali* (3 maggio 2000), in *CNN Strumenti*, voce 0290. - ed in *Studi e materiali*, 6.2, Milano 2001, p. 875; C.N.N. (estensore Casu), *Beni culturali e contrattazioni immobiliari* (23 giugno 1998), Studio n. 2011, in *CNN Strumenti*, voce 0290, ed in *Studi e materiali*, 6.1, Milano 2001, p. 145; C.N.N. (estensore Casu), *Regolamento che disciplina l'alienazione di beni immobili del demanio storico e artistico* (25 ottobre 2000), in *CNN Strumenti*, voce 0290. - ed in *Studi e materiali*, 6.2, Milano 2001, p. 1097; C.N.N. (estensore Casu), *Legge Bassanini-ter e beni culturali*, in *Studi e materiali*, 6.1, Milano 2001, p. 306; Casu, *Beni culturali e sanatoria prevista dall'art. 33 della legge finanziaria 1999*, in *Studi e materiali*, 6.2, Milano 2001, p. 1275; Comitato Regionale Notarile Lombardo, *I vincoli storico ambientali nella contrattazione immobiliare*, Giuffrè, Milano 1992; Caccia - Guiso, *La tutela dei beni culturali e l'intervento del notaio*, in *Atti del XXVIII Congresso Nazionale del Notariato, Stamperia Nazionale*, Roma 1985; C.N.N., *Circ. 18 novembre 1993 - Vincolo di destinazione sulle aree protette da incendi*, in *CNN Strumenti*, voce 0090, p. 3.1.

(2) Un concetto - come è stato notato da Tamiozzo, *op. cit.* pag. 7 - che è completamente innovativo rispetto alla sistematica e alle tecniche definitive cui è ricorso il legislatore nei precedenti testi legislativi in materia di beni culturali (legge 1° giugno 1939 n. 1089 e T.U. approvato con D.Lgs. 29 ottobre 1999 n. 490).

mobili ed aree che costituiscono - come recita il comma 3 art. 2 del Codice - "espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio, e gli altri beni individuati dalla legge o in base alla legge", cioè in altre parole immobili ed aree che concorrono a formare il "paesaggio" italiano. Detti beni sono sottoposti a tutela secondo le disposizioni della Parte Terza del Codice, e sono pertanto sottratti alla normativa sulla circolazione dei beni *culturali* in senso stretto e ai limiti in essa contenuti, riportati nella Parte Seconda.

Pertanto, sono beni culturali nel senso sopra detto:

- a) ai sensi dell'art. 10 comma 1 del Codice "le cose immobili...appartenenti allo Stato, alle regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché ad ogni altro ente o istituto pubblico e a persone giuridiche private senza scopo di lucro" che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico;
- b) ai sensi dell'art. 10 comma 3 lett. a), qualora intervenga la dichiarazione di interesse culturale, "le cose immobili ...che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico *particolarmente importante*" appartenenti a soggetti privati diversi dalle persone giuridiche private senza scopo di lucro;
- c) ai sensi dell'art. 10 comma 3 lett. d) e sempreché intervenga la dichiarazione di interesse culturale, "le cose immobili - e stavolta a chiunque appartenenti - che rivestono un interesse particolarmente importante a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte e della cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose;

con precisazione che tra i beni culturali possono figurare ai sensi dell'art. 10 comma 4 anche i seguenti:

- ville, parchi e giardini che abbiano interesse artistico o storico (lett. f);
- altri spazi aperti urbani di interesse artistico o storico (lett. g);
- siti minerari di interesse storico o etnoantropologico (lett. h);
- tipologie di architettura rurale aventi interesse storico o etnoantropologico quali testimonianze dell'economia rurale tradizionale (lett. l).

Restano comunque fuori dall'ambito applicativo delle norme di cui al Titolo I del Codice (e quindi sia in materia di protezione e conservazione quanto in materia di circolazione) gli immobili culturali appartenenti allo Stato, o ad altri enti pubblici o a persone giuridiche private non lucrative nonché quelli appartenenti ad altri privati che pure presentino interesse storico-artistico, *ma la cui esecuzione non risalga ad oltre cinquant'anni*.

Va peraltro sul punto precisato che, qualora intervenga la 'dichiarazione' di culturalità disciplinata dall'art. 13 - finalizzata ad accertare la sussistenza di un interesse culturale qualificato, notificata al proprietario (soggetto pubblico o privato) e trascritta nei registri immobiliari ai sensi dell'art. 15 del Codice -, essa potrà ben riguardare anche un immobile di vetustà inferiore ai 50 anni, quando abbia a riferimento cose che rivestano particolare importanza per il loro collegamento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte e della cultura in genere ovvero costituisca una testimonianza dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive e religiose. E ciò in quanto il comma 5 art. 10, nell'escludere l'applicazione della normativa di cui al Codice alle opere di autore vivente o alle cose infracinquantennali, non richiama espressamente queste ultime di cui si diceva (3), lasciando così intendere che - almeno per esse - bisogna prescindere dal limite della vetustà.

Ciò potrebbe comportare la eventualità che al proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo della cosa di vetustà non ultracinquantennale (ma comunque avente un particolare interesse a causa del riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte e della cultura in genere) possa essere data comunicazione da parte del Soprintendente dell'avvio del procedimento finalizzato alla dichiarazione di interesse culturale. Il che comporterà l'applicazione da subito e in funzione 'cautelare' (secondo quanto statuisce il quarto comma art. 14 del Codice) delle disposizioni portanti limitazioni alla circolazione dei beni culturali (e pertanto necessità dell'autorizzazione preventiva, obbligo di denuncia, ma non diritto di prelazione spettante allo Stato o ad altri enti pubblici) (4), senza attendere la conclusione del procedimento amministrativo di dichiarazione di culturalità con correlativa notifica e trascrizione nei registri immobiliari.

Note:

(3) Ed infatti l'esclusione (per vetustà infracinquantennale) viene riferita nel comma 5 citato nel testo solo alle cose indicate al comma 1 e al comma 3 lettere a) ed e) dell'art. 10 e non a quelle riportate al comma 3 lettera d) del detto art. 10.

(4) Ciò perché l'art. 14 comma 4 del Codice stabilisce che la comunicazione di avvio del procedimento per la dichiarazione dell'interesse cautelare comporta l'applicazione, in via cautelare, - tra l'altro - delle disposizioni contenute nella Sezione I del Capo III (relativa alle misure di protezione) e nella Sezione I del Capo IV (relativa all'alienazione e altri modi di trasmissione) del Titolo I Parte Seconda del Codice, ma non di quelle contenute nella Sezione II del detto Capo IV, relativa alla prelazione artistica.

Quanto sopra suggerisce l'opportunità di inserire negli atti negoziali aventi ad oggetto la circolazione di beni immobili, sia pure di vetustà infracinquantennale, ma aventi un interesse particolarmente importante per un possibile riferimento con la storia, la dichiarazione di parte attestante che, sino al momento della stipula, essa non abbia ricevuto alcuna comunicazione di avvio di quel procedimento amministrativo, fermo restando che al notaio rogante non potrà essere imputata alcuna responsabilità in ordine alla veridicità della dichiarazione stessa né tanto meno potrà ritenersi sussistente a suo carico alcun onere di verificarne l'attendibilità.

(SEGUE): IMMOBILI APPARTENENTI AD ENTI ED ISTITUZIONI ECCLESIASTICHE

Non è superfluo precisare che tra gli immobili aventi un interesse culturale cd. 'semplice' o intrinseco al bene, così come eventualmente qualificato in riferimento al particolare rilievo storico di cui esso è espressione, rientrano anche quelli appartenenti ad enti ed istituzioni ecclesiastiche; in particolare si suole ripetere che la dizione "persone giuridiche private senza scopo di lucro" - adottata dal legislatore di frequente nel Codice per identificare una serie di soggetti molto ampia cui si applica la medesima disciplina in materia di circolazione e protezione dei beni in mano pubblica - ricomprende anche quegli enti e/o istituzioni (5).

Si deve trattare - come è intuitivo - di enti o corpi morali che abbiano conseguito la personalità giuridica civile secondo le leggi dello Stato, secondo quanto ha disposto la legge 25 marzo 1985 n. 121 che ha approvato e ratificato l'accordo del 18 febbraio 1984 tra Stato italiano e Santa Sede. Come si ricorderà, l'art. 7 secondo comma della legge n. 121/85 ha consentito che, ferma restando la personalità giuridica degli enti ecclesiastici già all'epoca esistenti (tra cui Capitoli, Chiese, Seminari, Confraternite ed altre associazioni, Fondazioni di culto e religione ed Istituti religiosi) la Repubblica italiana, su domanda dell'autorità ecclesiastica o con il suo assenso, continui a riconoscere la personalità giuridica degli enti ecclesiastici aventi sede in Italia, eretti o approvati secondo le norme del diritto canonico, aventi finalità di religione o di culto.

In questo ordine di idee la legge 20 maggio 1985 n. 222 (art. 29) ha previsto altresì la possibilità dell'attribuzione della personalità giuridica civile alle Parrocchie; in verità il Consiglio di Stato ha ritenuto che, per le loro caratteristiche e funzioni peculiari, queste "non possono essere definite persone giuridiche private, così come non sono qualificabili come enti di diritto pubblico" (6). D'altra parte non v'è chi non veda che anche alle Parrocchie possa essere analogicamente esteso il medesimo trattamento normativo stabilito per le persone giuridiche private senza scopo di lucro, avuto riguardo alla finalizzazione 'superindividuale' e non egoistica della loro attività e alle medesime esigenze di tutela, conservazione e protezione dei beni culturali che possano ad esse appartenere.

(SEGUE): I TERRENI ED IL SOTTOSUOLO

Non è peregrina nemmeno la questione se i terreni in superficie, magari privi di qualunque manufatto di rilevanza storico-archeologica e comunque per niente 'modificati' per effetto dell'intervento e dell'opera umana, così come il sottosuolo possano o meno avere rilevanza quali 'beni culturali' ai fini dell'applicazione della relativa disciplina stabilita dal Codice (7).

Va innanzitutto sgomberato il campo - quanto ai terreni in superficie - dal dubbio che i terreni di cui qui si parla (cioè, ripetesi, mai interessati da alcun intervento dell'uomo) possano essere considerati degni di un interesse culturale 'semplice' o intrinseco. Ciò lo si desume dal fatto che il Codice, con la norma richiamata di cui al quinto comma art. 10, ha escluso dal proprio ambito applicativo le cose prodotte dell'opera di autori viventi o eseguite in epoca non superiore al cinquantennio, e nel contempo al primo comma art. 12 ha stabilito che la cd. 'verifica' della culturalità del bene va effettuata solo per le cose 'che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre cinquant'anni'. Il che lascia chiaramente argomentare circa la irrilevanza a questi fini (e cioè ai fini dell'esperimento della verifica per la enucleazione dell'interesse culturale) dei terreni nudi: questi sono sì immobili, ma non rappre-

Note:

(5) Mansi, *La tutela...*, op. cit. p. 55.

(6) Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, parere del 31 gennaio 1989 n. 66/89 in *Dir. eccl.* 1990, II, 100.

(7) Sul punto qualche Soprintendenza regionale infatti ha ritenuto talvolta di non poter escludere che anche semplici terreni possano diventare oggetto di tutela per l'interesse culturale posseduto (così ha ritenuto ad es. la Soprintendenza dell'Emilia Romagna giusta comunicazione in data 18 maggio 2004 prot. 445, adducendo come esemplificazione il caso della 'Riviera del Conero', di cui parte è stata riconosciuta 'Monumento nazionale' con atto avente forza di legge).

sentano una 'cosa' nel senso di entità realizzata o prodotta dall'uomo o con il suo concorso in relazione alla quale i competenti organi ministeriali possano verificare la 'sussistenza dell'interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico' (come richiede il secondo comma art. 12).

Diverso è ovviamente il discorso laddove il terreno, per il collegamento con la storia, con la letteratura, con l'arte o con la cultura in genere, o quale testimonianza dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose, abbia o possa avere un particolare interesse 'qualificato' (8); così come quando il terreno risulti essere ricompreso in un parco (appositamente previsto da una legge statale o regionale) o consista in uno spazio urbano di interesse storico o artistico (nell'ambito di un più ampio e complessivo intervento edilizio). Ma è evidente che in tutte queste ipotesi la eventuale rilevanza culturale del terreno o dell'area dovrà essere 'riconosciuta' con apposita dichiarazione di culturalità secondo le procedure previste dall'art. 13 e ss. del Codice (9) e non potrà desumersi *ex se* dalla natura intrinseca del terreno. Parimenti neppure la presenza di reperti archeologici (secondo quanto affermato in una Nota dell'Ufficio legislativo del Ministero per i Beni e le attività culturali ed ambientali del giugno 2004 trasmessa alla Direzione generale per i beni architettonici e il paesaggio) (10) può essere elemento determinante per l'attribuzione di un interesse culturale intrinseco; ed infatti in tal caso i reperti eventualmente rinvenuti - dei quali lo scopritore deve fare denuncia agli organi competenti ai sensi dell'art. 91 del Codice - sarebbero di proprietà statale e, se non asportabili agevolmente, potrebbero giustificare un procedimento espropriativo *ex art.* 95 del Codice, senza che ciò implichi la necessaria qualificazione 'culturale' del terreno in cui sono situati (11).

In riferimento al sottosuolo (anch'esso per ipotesi mai modificato per effetto dell'attività dell'uomo) vanno ripetute le stesse considerazioni svolte in riferimento ai terreni nudi in superficie, e quindi va ribadita la possibilità che solo per effetto del procedimento dichiarativo della culturalità possa essere accertata la sussistenza del particolare interesse storico.

Ciò non esclude che in zone o aree notoriamente considerate di sicuro interesse storico-artistico, in mancanza di un formale procedimento amministrativo finalizzato alla dichiarazione di culturalità, e se risultino essere dette aree in mano pubblica o di persone giuridiche private senza scopo di lucro, possa essere quanto meno opportuno provocare la 'verifica' *ex art.* 12 del Codice 'su richiesta dei soggetti cui le cose appartengono'.

Tanto più considerando che il Ministero stesso nella Nota sopra ricordata ha affermato che, poiché non si può escludere che rimangono ancora fattispecie di terreni ascrivibili a categorie rilevanti da un punto di vista culturale e non *monitorate*, "sarà onere dell'ente che intende procedere alla vendita dei propri beni chiedere la verifica su quelle aree agricole che...possano considerarsi 'cose', ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 12" (12).

Il che fa propendere - sotto il profilo tecnico-redazionale - per l'opportunità di inserire in atti finalizzati alla circolazione di terreni o aree di proprietà pubblica o di persone giuridiche private non lucrative una dichiarazione di parte circa l'inesistenza di qualsiasi circostanza od opera riconducibile all'azione umana che abbia in qualche modo (direttamente o indirettamente, in tutto o in parte) attribuito al terreno la natura di 'cosa', nel senso di entità alla cui realizzazione o alla cui conformazione abbia appunto contribuito l'uomo.

Note:

(8) Boggiali-Lomonaco nello *Studio CNN* n. 5140 cit. esemplificando citano "l'eremo colle che ha ispirato Leopardi".

(9) Secondo Mansi, *La tutela...* cit. p. 100, il provvedimento amministrativo di 'accertamento' della sussistenza dell'interesse culturale "si limita a riconoscerlo, a dichiararlo pubblicamente, a rivelarlo nella cosa che da quel momento entra a far parte di una categoria tutta particolare; sicché l'atto che accerta e riconosce quell'interesse non ha efficacia costitutiva, ma solamente dichiarativa"; in senso parzialmente diverso invece Casu, nello *Studio CNN* n. 5019, cit. annota come "la notifica...non si limita a far rientrare il bene nella disciplina dei beni culturali, ma addirittura è essa stessa attributiva del requisito della culturalità. In questo modo un bene privo di notifica della dichiarazione della prevista autorità non ha mai assunto la qualifica di bene culturale". Ed in effetti con l'espressione 'la dichiarazione *accerta la sussistenza...dell'interesse*' (contenuta nel Codice art. 13 comma 1) rispetto a quella ("il Ministero *dichiara l'interesse* particolarmente importante delle cose..."), già contenuta nell'art. 6 del T.U. n. 490/99, sembra che il Codice abbia voluto sottolineare la funzione particolarmente qualificante e non solo descrittiva della dichiarazione di culturalità.

(10) Nota n. 12089 prot. del 30 giugno 2004.

(11) Il ministero nella nota sopra riportata precisa anzi che, anche qualora i reperti non siano visibili, è sempre possibile procedere a indagini o prospezioni geologiche ai sensi dell'art. 97 del Codice.

(12) A ciò si aggiunga che il Consiglio di Stato ha ritenuto in una occasione sufficientemente e razionalmente motivato il diniego di autorizzazione storico-ambientale, emanato dalla soprintendenza per i beni culturali e ambientali nei riguardi di interventi edilizi interessanti il sottosuolo del centro storico di una città (nella fattispecie Aosta), in considerazione proprio della peculiarità di quest'ultimo - notoriamente ricco di antiche vestigia e testimonianze d'epoca romana -, statuendo che in tal caso - ai fini del diniego del provvedimento autorizzativo - non era necessario svolgere "puntigliose indagini nella zona prescelta ai fini della relativa conservazione di un equilibrato assetto urbanistico in zona di particolare valore archeologico" cfr. Consiglio Stato, sez. V, 19 agosto 1995, n. 1188 in *Foro amm.* 1995, 1555 (s.m.).

ALIENABILITÀ DEI BENI CULTURALI IN MANO PUBBLICA ED APPARTENENTI A PERSONE GIURIDICHE PRIVATE NON LUCRATIVE; IL REGIME DELL'AUTORIZZAZIONE

Laddove sia consentito, la circolazione dei beni culturali appartenenti allo Stato, ad altri enti pubblici territoriali o non, e ad enti morali privati non lucrativi è regolata da una griglia di disposizioni che occupa i primi articoli (da 53 a 58) del Capo IV Titolo I Parte seconda del Codice.

È una disciplina che si articola essenzialmente in quattro gradualità diverse, e precisamente quelle di:

- A) inalienabilità assoluta;
- B) inalienabilità provvisoria;
- C) alienabilità 'condizionata';
- D) libera alienabilità.

In esse - come avremo modo di vedere - si riassume il regime di circolazione dei beni culturali di proprietà dei soggetti pubblici o dei soggetti collettivi personificati di diritto privato non lucrativi (purché forniti di personalità giuridica).

A) *Regime di inalienabilità assoluta (art. 54 primo comma e secondo comma lett. d).*

È quello afferente alcuni beni culturali appartenenti al demanio dello Stato o di altri enti pubblici territoriali, quali:

- immobili ed aree di interesse archeologico;
- immobili riconosciuti monumenti nazionali con atti aventi forza di legge;
- immobili 'dichiarati' di interesse particolarmente importante - a mezzo quindi della procedura di accertamento della sussistenza dell'interesse culturale ai sensi dell'art. 13 del Codice - 'quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive e religiose', nonché a causa del loro collegamento a fatti della storia (politica o militare), della letteratura, dell'arte o della cultura in genere (13), appartenenti a Stato, regioni ed altri enti pubblici territoriali;

B) *Regime di inalienabilità provvisoria (art. 54 secondo comma lett. a)*

È quello afferente gli immobili appartenenti a soggetti pubblici, territoriali o non, e ad enti morali privati forniti di personalità giuridica non lucrativi che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalgia ad oltre un cinquantennio, fino a quando non sia esperito il procedimento di 'verifica' della culturalità 'intrinseca' del bene ai sensi dell'art. 12 del Codice e - se trattasi di bene demaniale - non sia intervenuta la sdemanializzazione.

Laddove il procedimento di verifica, poi, si concluda negativamente e quindi non si riscontri nell'immobile l'interesse culturale, esso è definitivamente sottratto alle disposizioni di tutela e protezione stabilite dal Codice, pur essendo necessario sempre il successivo sub-procedimento della 'sdemanializzazione' - qualora ritenuta opportuna e possibile da parte dell'ente proprietario - per addivenire ad un regime di libera alienabilità del bene; qualora al contrario in esito a quel procedimento dovesse emergere l'interesse culturale dell'immobile, potranno verificarsi due ulteriori ed alternative situazioni:

- b1) il bene culturale viene ascrivito definitivamente per le sue caratteristiche intrinseche nelle categorie dei beni culturali assolutamente inalienabili (ai sensi della superiore lettera a);
- b2) il bene culturale (demaniale o meno) viene considerato alienabile *sub condicione*, e cioè previa emanazione dell'autorizzazione ministeriale (di cui *infra* sotto la lettera C), che sarà a sua volta per così dire 'qualificata' per i beni culturali demaniali, e non qualificata o 'semplice' per i beni culturali non demaniali.

C) *Regime dell'alienabilità condizionata (artt. 55 e 56)*

È quello afferente appunto - come si diceva - i beni culturali considerati non inalienabili, demaniali o non, di proprietà - di volta in volta - dello Stato o di enti pubblici, territoriali o non, nonché di enti morali privati non lucrativi.

Come si notava, l'autorizzazione all'alienazione di beni culturali demaniali può dirsi 'qualificata', in quanto viene rilasciata a certe condizioni (l'alienazione deve poter assicurare la tutela e la valorizzazione del bene, senza pregiudicarne il pubblico godimento, e nel provvedimento autorizzativo devono essere

Nota:

(13) Quest'ultima fattispecie di inalienabilità assoluta non è espressamente disciplinata dal legislatore del Codice, ma presumibilmente per una 'svista' in cui è incorso, cfr. in tal senso Sciuolo-Fantin, *Statuto e circolazione dei beni culturali degli enti pubblici e morali*, in *Atti del Convegno di Studio 'La disciplina dei Beni Culturali alla luce del nuovo Codice'* tenutosi a Verona il 13 novembre 2004; nonché Tamiozzo, *Il Codice...op. cit.* pag. 241 in Nota (1)

indicate le destinazioni d'uso compatibili con la natura culturale del bene, tali da non arrecare danno alla sua conservazione); mentre quella rilasciata per l'alienazione di altri beni culturali (non demaniali), di proprietà pubblica o privata - fatto salvo il presupposto che dall'alienazione non derivi un danno (14) alla conservazione e al pubblico godimento del bene - non è soggetta a condizioni particolari.

Va qui sottolineato che, in caso di autorizzazione 'qualificata', il Codice stabilisce all'art. 55 primo comma che "Le prescrizioni e le condizioni contenute nel provvedimento di autorizzazione sono riportate nell'atto di alienazione", disposizione questa di particolare importanza per il notaio rogante chiamato a darne pratica attuazione al momento della redazione dell'atto di alienazione e probabilmente a fornire adeguata pubblicità anche nel quadro 'D' della nota di trascrizione (15). Ed infatti solo riportando in atto le disposizioni e le condizioni contenute nel provvedimento autorizzativo (o almeno allegandolo, come anche è stato suggerito) (16) sarà possibile ricostruire esattamente lo 'statuto' di tutela, conservazione e protezione del bene culturale (la cui dismissione è stata autorizzata dall'autorità competente), e al quale anche i successivi aventi causa sub-acquirenti del bene dovranno soggiacere. Non è stato infatti riprodotto nel nuovo Codice l'obbligo - già sancito dal Regolamento n. 283/2000 agli artt. 10 e 11 (17) - di previsione nel contratto dismissivo di una clausola risolutiva espressa e altresì di una clausola penale (impegnativa al versamento di un importo pari al 25% del prezzo di trasferimento, salvo il maggior danno) in caso di eventuale inadempimento da parte dell'acquirente delle prescrizioni stabilite dall'autorizzazione, né tanto meno l'obbligo della necessaria trascrizione nei registri immobiliari del provvedimento autorizzativo, al fine di produrre effetti ed essere vincolante anche nei confronti dei terzi.

La disposizione ricordata non stabilisce espressamente alcuna sanzione in caso di omessa menzione delle prescrizioni e condizioni sopra dette (18); ciò almeno se non si voglia ritenere applicabile - sia pure con tutte le perplessità del caso - la grave sanzione della cd. 'nullità' stabilita dall'art. 164 del Codice per l'ipotesi di mancata osservanza delle condizioni e delle modalità prescritte dal Codice nel Titolo I e tra le quali indubbiamente rientrano quelle di cui qui si discute.

Ma, ad avviso di chi scrive, sembrerebbe questa una sanzione eccessivamente sproporzionata rispetto alla irregolarità derivante dalla omessa menzione, e ciò per un duplice ordine di motivi:

a) si potrebbe sempre pensare in base ai principi generali alla legittimità di un atto integrativo che riporti le prescrizioni e le condizioni omesse nell'atto dismissivo originario, eliminandone così sia pure *ex post* la iniziale irregolarità; al contrario la sanzione della nullità impedirebbe anche di ritenere praticabile questo rimedio, in quanto di regola l'atto nullo non è convalidabile ex art. 1423 c.c.; e ciò in aperto contrasto con il principio generale di *favor* per la conservazione del negozio giuridico;

b) già la disciplina previgente, cui si è accennato, contenuta nell'ormai abrogato Regolamento D.P.R. n. 283/2000, prevedeva che la risoluzione del contratto di alienazione potesse discendere solo dall'inadempimento dell'obbligazione a carico dell'acquirente di osservare le prescrizioni contenute nell'autorizzazione, non già dalla mancata previsione della clausola risolutiva espressa ex art. 1456 c.c. né tanto meno della clausola penale ex art. 1382 c.c.

A ben riflettere, infatti, ciò che il legislatore perseguiva e tuttora persegue è la effettiva tutela e conservazione nonché il godimento del bene culturale in conformità al tenore della prescrizioni impartite nell'autorizzazione. E se si riscontra che ciò sia comunque avvenuto in realtà - a prescindere dalla previsione espressa contenuta nell'atto e salva l'opportunità di un'integrazione successiva, come si diceva - parrebbe almeno ingiustificato potere ottenere per ciò solo una declaratoria di nullità dell'atto di alienazione in cui risulti omessa la menzione di quelle prescrizioni.

Del resto non si può nemmeno pensare che una sanzione così radicale come la nullità possa discendere (anziché da un grave vizio intrinseco dell'atto o dalla violazione di un espresso divieto di legge) solo dal

Note:

(14) Danno che - ai sensi dell'art. 57 quinto comma del Codice - per le alienazioni di beni di proprietà di persone giuridiche private non lucrative non deve essere 'grave', in considerazione del minor 'peso' che dalla culturalità del bene deve scaturire a carico dei soggetti privati rispetto a quelli pubblici.

(15) Sugeriscono questo adempimento Scullo-Fantin, *op. cit.*, p. 14.

(16) Così Bellezza, *Invaldità e sanatorie nella circolazione dei beni culturali*, in Atti del Convegno di Verona, cit., pag. 34.

(17) Si tratta del Decreto del Presidente della Repubblica 7 settembre 2000, n. 283 (in G. U., 13 ottobre, n. 240) - Regolamento recante disciplina delle alienazioni di beni immobili del demanio storico e artistico, ultimo 'precedente' normativo in materia di beni culturali prima del Codice.

(18) Sul punto Vendtti, *Il codice dei beni culturali...*, *op. cit.* p. 308 in nota (13) scrive infatti: "Resta aperta la questione di quale siano ora le conseguenze sul contratto di acquisto dell'inosservanza, da parte dell'acquirente, delle 'prescrizioni' e 'condizioni' dell'autorizzazione che ... vanno riportate nello stesso atto di alienazione".

tipo di comportamento (conforme o meno alle modalità stabilite dell'autorizzazione) tenuto dall'acquirente: ulteriore motivo questo che induce a ritenere la sua inapplicabilità alla fattispecie in esame.

Va precisato che per effetto del D.P.R. 10 giugno 2004 n. 173 (19) (art. 20 lett. m) è ora competente a rilasciare l'autorizzazione alle alienazioni, alle permutate, alle costituzioni di ipoteca e di pegno e ogni altro negozio giuridico che comporta il trasferimento a titolo oneroso di beni culturali appartenenti a soggetti pubblici (o persone giuridiche private senza scopo di lucro), ai sensi degli articoli 55, 56 e 58 del Codice, il Direttore regionale per i beni culturali e paesaggistici (20), e ciò a differenza di quanto stabilito dal Regolamento n. 283/2000 che attribuiva tale facoltà al Soprintendente regionale. D'altra parte a sua volta il Direttore regionale può delegare tale facoltà - ai sensi del comma 6 del detto art. 20 - al titolare della soprintendenza di settore compresa nella direzione regionale.

D) *Libera alienabilità (art. 54 terzo comma - art. 56 quarto comma)*

È prevista per i beni culturali anche demaniali (di regola inalienabili in senso assoluto) o comunque per i beni in mano pubblica prima ancora che sia esperita la verifica ex art. 12 (beni soggetti di regola ad inalienabilità provvisoria), se il trasferimento avviene tra lo Stato, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali, e ciò per l'ovvio motivo che il passaggio da un ente territoriale all'altro "non pregiudica - anzi in molti casi favorisce - la 'naturale' destinazione [del bene] alla 'fruizione della collettività'" (21).

Non viene altresì richiesta alcuna autorizzazione ministeriale per "atti che comportano alienazione di beni culturali a favore dello Stato, ivi comprese le cessioni in pagamento di obbligazioni tributarie", in analogia a quanto già previsto nel T.U. n. 490/99.

Infine come si diceva, saranno liberamente alienabili quei beni per i quali il procedimento di verifica di culturalità si sia concluso negativamente, salvo, ovviamente, se necessario e possibile, il successivo sub-procedimento della 'sdemanializzazione'.

(SEGUE): EFFETTI DELLA MANCANZA DELL'AUTORIZZAZIONE SUL CONTRATTO CONCLUSO

Di fronte alle grave sanzione civilistica della 'nullità' comminata dall'art. 164 del Codice (in caso di alienazioni, convenzioni ed atti giuridici in genere compiuti senza l'osservanza delle condizioni e modalità prescritte dalla disposizioni del Titolo I Parte Seconda del Codice stesso), nonché a fronte delle non meno gravi sanzioni penali stabilite dall'art. 173 del Codice stesso (22) per chi aliena senza la prescritta autorizzazione, è doveroso qui ricordare che - ferme restando queste ultime a carico della parte alienante - la dottrina maggioritaria si è espressa nel senso di poter qualificare la 'nullità' di cui tratta il legislatore piuttosto come una sorta di inefficacia relativa o inopponibilità (23), dovendosi ritenere che l'atto, pur stipulato in assenza di autorizzazione, produce comunque effetti tra le parti (24) ed al contrario non li produce solo nei confronti dello Stato, in analogia con quanto accade per gli atti traslativi di beni cultu-

Note:

(19) Regolamento di organizzazione del Ministero per i beni e le attività culturali pubblicato nella G. U. 17 luglio 2004, n. 166, S.O.

(20) al medesimo altresì sono state delegate - per effetto dell'art. 1 del Decreto del Direttore Generale Reggente per i beni culturali e paesaggistici del 5 agosto 2004 (G.U. n. 204 del 31 agosto 2004) - le seguenti altre funzioni:

a) dichiarare su proposta delle competenti soprintendenze di settore l'interesse culturale delle cose di proprietà privata, ai sensi dell'art. 13 del codice;
b) verificare la sussistenza dell'interesse culturale nei beni appartenenti a soggetti pubblici e a persone giuridiche private, senza fine di lucro, ai sensi dell'art. 12 del codice;

c) dettare, su proposta delle soprintendenze di settore, prescrizioni di tutela indiretta, ai sensi dell'art. 45 del codice; salvo sempre il potere di avocare a sé la trattazione di specifici affari o di revoca, che continua a spettare al Direttore generale reggente per i beni culturali e paesaggistici (ai sensi dell'art. 2).

(21) Così Tamiozzo, *Il codice...* op. cit. pag. 243

(22) Consistenti nella reclusione fino ad un anno e la multa da euro 1.549,50 ad euro 77.469,00.

(23) Cfr. la risalente opinione, espressa sul punto, da Pescatore, *Nullità ed inefficacia delle alienazioni di cose di interesse artistico avvenute senza denuncia all'autorità amministrativa*, in *Foro it.*, 1948, I, pagg. 32 e ss., il quale però ritiene che dopo la denuncia del trasferimento allo Stato l'atto - prima efficace tra le parti - diventi del tutto inefficace; nonché l'opinione di Alibrandi-Ferri, *I beni culturali e ambientali*, op. cit. p. 420.

(24) Così Casu, *Studio CNN* n. 2749 del 3 maggio 2000 e *Studio CNN* n. 2011 del 23 giugno 1998, *opp. cit.*; conformemente alcune sentenze della Cassazione - citate in nota (46) di detto ultimo studio - che, pur accedendo ad un concetto di *nullità relativa* difficilmente giustificabile sul piano teorico, evidenziano come un contratto posto in essere in ispregio dei divieti o senza l'osservanza delle condizioni e modalità prescritte dalla legge in materia di beni culturali (e quindi - è da ritenersi - anche quello stipulato in assenza di preventiva autorizzazione ministeriale, pur avendo ad oggetto beni culturali in mano pubblica o di persona giuridica privata non lucrativa) produce effetti tra le parti, ma non nei confronti dello Stato; *ex multis*. cfr. in particolare Cass. S.U. 15 maggio 1971 n. 1440, in *Foro it.*, 1971, I, 2829, secondo cui "la nullità [già] prevista dall'art. 61 della legge ... n. 1089/39... è stabilita nel solo interesse dello Stato e non può essere fatta valere nei rapporti tra i soggetti privati. L'acquirente del bene vincolato non perde, quindi, la titolarità del diritto di proprietà, acquistato con la convenzione.."

rali per i quali non sia stata effettuata la denuncia ai fini dell'esercizio del diritto di prelazione da parte dello Stato (o da parte di altro ente pubblico territoriale).

Argomentare in senso contrario significherebbe precludere la possibilità di una sanatoria in tempi successivi alla stipula in forza di un'autorizzazione sia pure postuma, che attribuisca *ex tunc* efficacia al contratto concluso e stavolta 'erga omnes' (25); soluzione questa che invece la giurisprudenza ha sempre ritenuto plausibile e lecita appunto con riferimento a fattispecie analoghe di atti inefficaci per l'originaria mancanza dell'autorizzazione poi sopravvenuta (26).

In ogni caso potrebbe essere senz'altro opportuno la stipula di un atto con funzione ricognitiva o - se si vuole - confermativa del precedente atto dismissivo, nel quale si fa espresso riferimento e richiamo all'autorizzazione postuma ottenuta; e ciò non solo perché una giurisprudenza della Cassazione (27) e una dottrina, sia pure minoritaria (28), hanno sostenuto la teoria della 'nullità assoluta' dell'atto, ma anche per gli eventuali riflessi sulla responsabilità del Notaio ex art. 28 L. not. che qualche autore (29) ha ritenuto di poter ravvisare nella fattispecie.

(SEGUE): L'ALIENAZIONE DEGLI IMMOBILI RIENTRANTI NEI PIANI DI DISMISSIONE DEL PATRIMONIO PUBBLICO STATALE (L. N. 410/2001), DEL PATRIMONIO IMMOBILIARE DEGLI ALTRI ENTI TERRITORIALI (L. N. 289/2002), NONCHÉ DEGLI ALLOGGI DI EDILIZIA RESIDENZIALE PUBBLICA (L. N. 560/93)

A) È legittimo il dubbio se anche l'alienazione di immobili in mano pubblica (e segnatamente statale), individuati nei piani dismissivi ai sensi della legge n. 401/2001, sia soggetta o meno alle norme di cui agli art. 55 e ss. del Codice in ordine alla necessità della preventiva autorizzazione.

Parte della dottrina (30) ha ritenuto che si dovesse fornire risposta positiva, e ciò essenzialmente con riguardo alla formulazione dell'art. 53 del Codice, il quale recita testualmente "I beni del demanio culturale non possono essere alienati, né formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi previsti dal presente codice". Quest'ultimo inciso in particolare - ad avviso della ricordata dottrina - farebbe intendere che, laddove nell'ambito delle disposizioni del Codice non figurino eccezioni di sorta ai meccanismi legali di controllo e protezione dei beni culturali (tanto più se appartenenti a Stato o ad altri enti pubblici territoriali), quei meccanismi (procedimento di verifica della culturalità del bene ex art. 12, nonché eventuale autorizzazione ministeriale, ove l'immobile sia alienabile) non possano essere assolutamente disattesi; e farebbe di conseguenza ritenere non più applicabile alla fattispecie in commento la eccezione sia al regime della preventiva autorizzazione sia della (successiva) prelazione a favore dello Stato o di altri enti pubblici territoriali che era già prevista dall'art. 3 comma 17 del D.L. n. 351/2001 (convertito in legge n. 401/2001). Detta norma, è bene ricordarlo, sancisce che i trasferimenti relativi al patrimonio pubblico immobiliare sia a favore delle cd. società di cartolarizzazione sia a favore dei terzi sub-acquirenti "non sono soggetti alle autorizzazioni previste dal testo unico di cui al decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490"; inoltre è escluso il diritto di prelazione a favore degli enti pubblici territoriali; e le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali e gli altri soggetti pubblici non possono in alcun caso rendersi acquirenti dei detti beni immobili (31).

Ciò darebbe luogo a conseguenze di non lieve momento, e prima di tutto l'inalienabilità del bene sino a completo esperimento del procedimento di verifica.

Ma a parte il riferimento che la norma richiamata fa al T.U. n. 490/99 (che non poteva articolarsi diver-

Note:

(25) Dovendosi ritenere che 'inter partes' sia comunque produttivo di effetti, come detto nel testo.

(26) Cfr. Cass. 30 maggio 1997, n. 4861; Cass. 20 gennaio 1994, n. 464; Cass. 16 novembre 1992, n. 12280; Cass. 24 gennaio 1992, n. 810; Cass. 20 febbraio 1988, n. 1781, in *Vita not.*, 1988, pag. 259; Cass. 1 febbraio 1985, n. 651, in *Giust. civ.*, 1985, I, pag. 1667; Cass. 10 dicembre 1977, n. 5350; Cass. 4 giugno 1976, n. 2027, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 657), citate da Casu nello studio di cui alla precedente nota 24.

(27) Cfr. Cass. 7 aprile 1992 n. 4260 in *Giur. it.* 1994, I,1,1242 secondo cui la nullità dell'alienazione di bene artistico di proprietà di ente ecclesiastico, senza la prescritta autorizzazione ministeriale, è opponibile addirittura anche al terzo acquirente di buona fede.

(28) Cfr. Fuccillo, *La circolazione dei beni culturali d'interesse religioso*, op. cit. 630, il quale sostiene che "le norme delle leggi vincolistiche in materia di beni culturali [siano] vere e proprie norme imperative, la cui violazione non può che causare la nullità radicale dell'atto in violazione delle stesse".

(29) Cfr. Ferrari, *Il controllo dell'attività negoziale e la responsabilità del notaio*, in Comitato Regionale Notarile Lombardo, *I vincoli storico ambientali nella contrattazione immobiliare*, op. cit. pag. 48.

(30) Sciallo-Fantin, *Statuto e circolazione dei beni culturali*, op. cit., pagg. 16-17.

(31) Divieto che peraltro - secondo quanto statuito nel quarto periodo del comma 17° cit. - "non si applica agli enti pubblici territoriali che intendono acquistare beni immobili ad uso non residenziale per destinarli a finalità istituzionali degli enti stessi".

samente dal momento che il D.L. n. 351/2001 è stato emanato prima del Codice), e quindi da considerarsi un richiamo 'mobile' a quella disciplina - in materia di beni culturali - che risulta di volta in volta in vigore, non pare che l'eccezione sopra ricordata possa ritenersi di fatto 'superata' o abrogata dalla nuova disciplina portata dal Codice. Anzi è a ritenere che questa disciplina venga rispettata, pur nell'operatività di quella eccezione. Infatti l'inserimento effettuato dall'Agenzia del Demanio con vari decreti dirigenziali - ai sensi dell'art. 1 del D.L. n. 351 - di determinati immobili nell'ambito dei piani dismissivi contiene già in sé un giudizio di valore (o se si vuole di disvalore) in ordine alla culturalità del bene ad alienarsi e quindi è una sorta di verifica 'anticipata' da parte dello Stato, proprio come quella che si svolgerebbe in applicazione di quanto statuito dall'art. 12. In altre parole, la previsione di dismissione di un determinato immobile in mano pubblica (di cui a vari decreti pubblicati in G.U.) è essa stessa un riconoscimento della sua irrilevanza sul piano culturale, e ciò solo di per sé può essere considerato sufficiente ad escludere il bene dall'ambito applicativo delle disposizioni stabilite dal Codice in materia di tutela e circolazione. Né appare fondato opporre che comunque il bene pubblico così individuato possa rimanere demaniale e richiedere la particolare procedura di sdemanializzazione (ex art. 12 comma 6) per poter essere alienato liberamente, perché è il comma 1 dell'art. 3 del cit. D.L. n. 351 a stabilire che "l'inclusione nei decreti produce il passaggio dei beni al patrimonio disponibile."

Del resto un ulteriore disinteresse verso la culturalità del bene si evince proprio dalla disposizione prima richiamata che impedisce allo Stato, agli altri enti pubblici territoriali o non, di rendersi acquirenti dei beni 'dismessi', ai quali soggetti al contrario, se l'interesse sotto il profilo culturale permanesse o potesse permanere oggettivamente, dovrebbe essere consentito acquistare, magari proprio nell'esercizio del diritto di prelazione artistica (32).

Ed infine va tenuto presente che l'ultimo comma dell'art. 12 del Codice sancisce che "resta fermo quanto disposto dall'art. 27 ... comma 13... del D.L. 30 settembre 2003 n. 269, convertito con modificazioni nella legge 24 novembre 2003 n. 326", il quale comma 13 a sua volta includeva (e tuttora include per effetto della salvezza operata dal codice) nelle procedure di dismissione immobiliare anche i beni immobili culturali liberi 'dal vincolo' e irrilevanti sotto il profilo culturale; ragione ulteriore per ritenere che il legislatore del Codice ha avuto ben presente la normativa pregressa nel suo complesso, e quindi anche - evidentemente - la menzionata norma di esenzione dall'autorizzazione.

Resta invece pienamente operante l'obbligo di effettuare la denuncia del trasferimento ex art. 59 del Codice, in quanto l'esimente citata contenuta nel comma 17° comma 3 D.L. n. 351/2001 riguarda solo l'autorizzazione, ma non gli altri precisi obblighi stabiliti dal Codice (33).

B) La dismissione degli immobili rientranti nel patrimonio degli altri enti territoriali (Regioni, Province e Comuni) è disciplinata dalla legge 289/2002. Segnatamente l'art. 84, se da un lato estende ad essa 'in quanto compatibili' anche le disposizioni richiamate nel comma 17° dell'art. 3 D.L. n. 351/2001 (e quindi anche quella esonerativa dalla procedura di autorizzazione ex artt. 55 e ss. del Codice), dall'altro ribadisce che l'inclusione dei beni tra quelli da dismettere (inclusione stabilita con apposite delibere da adottarsi da parte degli organi competenti degli enti proprietari secondo il proprio ordinamento) "non modifica il regime giuridico, previsto dagli articoli 823 e 829, primo comma, del codice civile, dei beni demaniali trasferiti".

E ciò a differenza di quanto accade - come s'è visto - per gli immobili di proprietà statale la cui individuazione ad opera dei decreti ministeriali determina il relativo passaggio al patrimonio disponibile dello Stato.

Ciò significa che, anche dopo il trasferimento dei detti immobili (di proprietà di enti pubblici territoriali diversi dallo Stato) a favore delle società 'veicolo', essi continuano a rimanere 'demaniali'; il che peraltro nulla aggiunge alla culturalità o meno del bene. Se infatti il bene, ancorché demaniale, non presenta alcun interesse sul piano culturale ed è da ritenere che per questo sia stato inserito nei piani di dismissione, ciò comporterà la esclusione del medesimo dal campo applicativo della normativa di tutela portata dal Codice dei beni culturali, pur meritando sotto ogni altro profilo e per ogni altro consequenziale effetto la qualifica di 'demaniale'.

Note:

(32) Sul punto Casu, *Studio CNN* n. 5019, cit., il quale osserva che "la destinazione del bene ad essere alienato per realizzare cassa a favore dell'erario statale non può essere frustrata consentendosi nel contempo allo Stato, beneficiario economicamente del sistema di dismissione di beni pubblici, di rientrare nella titolarità degli stessi".

(33) In una recente Nota (prot. n. 16126/05 del 19 aprile 2005) emanata dalla Direzione regionale per i beni culturali del Piemonte in relazione ad una fattispecie dismissiva di immobili a terzi da parte di una S.C.I.P., sono stati confermati appunto da un lato l'interpretazione possibilista fornita nel testo del cit. comma 17 e dall'altro l'obbligo della denuncia di cui all'art. 59 del Codice.

Il punto è che in relazione agli immobili *'de quibus'* ricompresi nei piani dismissivi predisposti dagli enti territoriali di cui si parla, il legislatore ha voluto disegnare un'area tutta particolare rispetto al regime ordinario cui sono sottoposti di regola i beni di tutti i soggetti dell'ordinamento, ivi compresi quelli pubblici, in considerazione delle particolari finalità perseguite con i piani stessi e presumendo che gli immobili stessi siano da considerarsi irrilevanti su di un piano culturale per una sorta di verifica implicita o - come si diceva - anticipata con esito negativo dipendente dalla loro inclusione nei piani di dismissione. E quest'area è stata disegnata con riguardo vuoi agli immobili statali quanto agli immobili degli enti in commento, tant'è - come sopra rilevato - che la normativa di cui alla legge n. 289/2002 richiama il comma 17 art. 3 del più volte citato D.L. n. 351/2001 ove è detto che non solo le amministrazioni dello Stato, ma anche gli altri enti pubblici, territoriali e non, non possano rendersi acquirenti degli immobili da dismettere, a conferma della unitarietà del trattamento giuridico degli uni e degli altri immobili e delle comuni ragioni *'di provvista'* ad esso sottostanti ed altresì a conferma della presunzione di disinteresse culturale dei detti immobili, o quanto meno della prevalenza di interessi di natura squisitamente economici e finanziari.

C) Quanto agli alloggi di edilizia residenziale pubblica oggetto di alienazione ex legge n. 560/93 (acquisiti, realizzati o recuperati a totale carico o con concorso o con contributo dello Stato, della regione o di enti pubblici territoriali, o comunque a questi ultimi assimilati (34), secondo quanto dispone la legge stessa all'art. 1 comma 1), invece, sono gli *'scopi'* specifici della relativa normativa che potrebbero indurre a far ritenere come legittima l'esclusione dei medesimi dal campo di applicazione del Codice dei beni culturali. Come è noto infatti, la *'ratio'* della normativa richiamata risiede essenzialmente nella predisposizione di uno strumento tecnico-procedurale che consenta il potenziamento delle risorse finanziarie degli enti interessati all'alienazione da un lato e un più agevole accesso all'abitazione da parte dei ceti sociali meno abbienti dall'altro (35). Il subordinare invece alla procedura dell'autorizzazione ex art 55 e ss. l'alienazione degli immobili, di vetustà ultracinquennale, di proprietà degli enti pubblici operanti nell'ambito dell'edilizia residenziale pubblica significherebbe giustificare un appesantimento della procedura dismissiva che il legislatore, come si è visto, non ha ritenuto congruo nemmeno per gli immobili di proprietà dello Stato, ricompresi nei piani dismissivi ex D.L. n. 351/2001, e che comunque non agevolerebbe il perseguimento delle finalità di cui alla legge n. 560/93. Anche per gli immobili alienati ai sensi di quest'ultima legge, infatti, si può presumere che la loro inclusione nei piani di vendita predisposti dalle regioni - ai sensi del comma 4 art. 1 cit. legge - o comunque attuati dagli enti alienanti abbia la valenza di quell'anticipata verifica di cui s'è detto a proposito degli immobili statali oggetto di dismissione ex D.L. 351/2001.

È vero altresì che - a differenza di questi ultimi - non c'è una norma di espressa esenzione dalla procedura autorizzativa, ma è anche vero che il comma 3 del medesimo art. 1 stabilisce il principio della esclusione dal campo applicativo della legge n. 560 proprio degli immobili soggetti ai vincoli di cui alla legge 1° giugno 1939, n. 1089 e successive modificazioni.

Il che conferma indirettamente la non sovrapposibilità delle due normative (in materia di beni culturali da un lato e di edilizia residenziale pubblica dall'altro), e quindi la presunzione di disinteresse sotto il profilo della culturalità degli immobili da alienare nell'ambito di quest'ultima (36).

A ciò si aggiunga che le esigenze di tutela del patrimonio immobiliare storico-artistico da un lato e quel-

Note:

(34) Ci si vuole qui riferire anche:

- a) ad alloggi di proprietà dell'Amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni;
 - b) agli alloggi trasferiti dall'Azienda di Stato per i servizi telefonici all'Amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni;
 - c) agli alloggi non di servizio di proprietà della società Ferrovie dello Stato S.p.A. costruiti od acquistati fino alla data della trasformazione dell'Ente Ferrovie dello Stato in società per azioni;
 - d) agli alloggi acquisiti dagli Enti di sviluppo ai sensi della legge 21 ottobre 1950, n. 841, e successive modificazioni ed integrazioni, che siano tuttora nella disponibilità degli Enti medesimi;
- e comunque alla fattispecie analiticamente previste nel comma 2 art. 1 della cit. legge n. 560.

(35) Cfr. il comma 14 dell'art. 1 legge n. 560/93 per il quale "Le regioni, su proposta dei competenti IACP e dei loro consorzi comunque denominati e disciplinati con legge regionale, determinano annualmente la quota dei proventi ... da destinare al reinvestimento in edifici ed aree edificabili, per la riqualificazione e l'incremento del patrimonio abitativo pubblico mediante nuove costruzioni, recupero e manutenzione straordinaria di quelle esistenti e programmi integrati, nonché ad opere di urbanizzazione socialmente rilevanti.", inoltre il comma 5 art. 1 della cit. legge n. 560 sancisce che "l'alienazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica è consentita esclusivamente per la realizzazione di programmi finalizzati allo sviluppo di tale settore".

(36) In questo ordine di idee cfr. Scarfò, *La commercializzazione dei beni pubblici ed il codice dei beni culturali*, op. cit. pagg. 8 e ss.: l'A. rileva come *in subjecta materia* "è sicuramente confligente e non pare applicabile tutto il sistema dell'autorizzazione, prelazione e conseguente acquisto da parte dello Stato previsto dal Codice dei beni culturali"

le di tutela del diritto all'abitazione dall'altro, segnatamente a profitto dei soggetti economicamente meno abbienti (ai quali si rivolge di regola la normativa sull'edilizia residenziale pubblica e quindi la stessa legge n. 560/93) sono entrambe di pari rilevanza e rango costituzionale (rispettivamente ex artt. 9 e 47 Cost.), alla stessa stregua (37); e che in caso di loro contrasto, come ha ritenuto la giurisprudenza amministrativa (38), esso deve essere risolto nel senso di dover "verificare l'esistenza di iniziative edilizie ed urbanistiche di rilevante interesse pubblico, quali piani di insediamento e piani di edilizia residenziale pubblica, prima di procedere alla dichiarazione di interesse culturale di una determinata zona".

In conclusione, e da un punto di visto operativo, ci sono fondate ragioni che la stipula di atti di alienazione di immobili individuati nei piani dismissivi pubblici o compresi nell'alveo applicativo della legge n. 560/93, di vetustà ultracinquantennale e sempreché *ictu oculi* non siano assolutamente inalienabili (immobili di interesse archeologico, o riconosciuti monumenti nazionali o già 'dichiarati' di particolare interesse storico con provvedimenti notificati e trascritti o in relazione ai quali risulti almeno l'avvio del procedimento di dichiarazione di interesse), possa avvenire senza richiedere la preventiva autorizzazione ex art. 55 e ss. pur restando essenziale l'osservanza delle norma statuente l'obbligo di denuncia dell'avvenuto trasferimento di cui all'art. 59 del Codice.

Risulta intuitivo che sarà comunque opportuno far risultare nell'atto di alienazione '*per tabulas*' - e se possibile a mezzo apposita certificazione rilasciata dalla Direzione regionale per i beni culturali e paesaggistici (che - come si è visto - è ora l'organo periferico facultato al rilascio delle autorizzazioni ai sensi dell'art. 55 e ss.) o dalla Soprintendenza e da allegare all'atto stesso - la specificità della fattispecie dismissiva, anche mediante richiamo espresso delle ricordate norme di legge esonerative dall'obbligo dell'autorizzazione.

ALCUNE PROBLEMATICHE RELATIVE ALLA CIRCOLAZIONE DEI BENI CULTURALI

Decorrenza del termine per la prelazione.

Si è posto talora il problema se il termine di 60 (sessanta) giorni entro il quale a norma dell'art. 61 del Codice può essere esercitata la prelazione all'acquisto da parte del Ministero o, se del caso, da parte delle Regione o altro ente pubblico territoriale decorra 'dalla data di ricezione delle denuncia prevista dall'art. 59' (come espressamente previsto dal primo comma cit. art. 61 del Codice) o dalla data di comunicazione con cui l'autorità competente dà atto di aver avviato il procedimento amministrativo finalizzato alla valutazione della opportunità o meno di esercitare il diritto di prelazione. Tale perplessità emergerebbe dalla circostanza per cui ai sensi dell'art. 3 del Regolamento di attuazione della legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo (D.M. 13 giugno 1994 n. 495) il termine iniziale per l'avvio di tale procedimento, se a iniziativa di parte, decorre dalla data di ricevimento della domanda o dell'istanza e - ai sensi del comma 1 art. 4 - il responsabile del procedimento dà comunicazione dell'inizio del procedimento stesso ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti.

Ma a parte il fatto che la denuncia di trasferimento effettuata ai sensi dell'art. 59 del Codice è un adempimento dovuto per legge e non integra né una domanda né un'istanza di parte, è proprio l'art. 4 comma 1 - bis del citato Regolamento a statuire che "La comunicazione prevista dal comma 1 [*ndr.* e cioè la detta comunicazione dell'inizio del procedimento] non è dovuta per i procedimenti avviati ad istanza di parte, ed in particolare, per quelli disciplinati dagli articoli ... 59... del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490" (articolo 59 del T.U. che corrisponde all'attuale art. 60 del Codice). E ciò nonostante si segnala una diversa posizione assunta in proposito di recente dal Consiglio di Stato, secondo il quale "Ai sensi della legge 7 agosto 1990 n. 241, l'amministrazione è tenuta a dare avviso di avvio del procedimento di prelazione all'alienante... e all'acquirente" (39).

Ma, come si è visto, sia la norma citata contenuta nel Regolamento sia l'art. 61 del Codice concorrono univocamente nell'escludere tale adempimento e quindi resta confermato che il termine per l'esercizio

Note:

(37) Cfr. Tar Lombardia 10 ottobre 1995 n. 944 in *T.A.R.* 1995, I,4824, secondo cui "L'indipendenza del vincolo storico - artistico rispetto alla concomitante disciplina urbanistica dell'area in cui esso ricade non può tradursi in una costantemente preconstituita prevalenza del valore costituzionale della tutela del paesaggio e del patrimonio storico ed artistico della Nazione (art. 9, comma 2 cost.) rispetto alla previsione, parimenti inserita in una norma di rango costituzionale (art. 47 comma 2 cost.), di istituti che favoriscano, da parte dello Stato, l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione"

(38) Cfr. T.A.R. Marche 16 maggio 1986 n. 153, citato da Boggiali-Lomonaco, in nota n. 11 *Studio* n. 5625/C CNN approvato il 7 marzo 2005, in *CNN Notizie* del 27 aprile 2005 n. 78.

(39) Cfr. sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 21 febbraio 2001 n. 923, in *Foro Amm.* 2001, 590.

della prelazione decorre esclusivamente dalla data di avvenuta notifica della denuncia ovvero dalla data di ricezione della raccomandata con A/R.

Ritrasferimento del bene culturale in caso di pregressa omissione di formalità necessarie

Parimenti, ci si è chiesti 'quid iuris' nell'ipotesi che il notaio rogante s'avveda che nessuna formalità (richiesta di autorizzazione, omessa denuncia per l'esercizio della prelazione artistica) - per dimenticanza o altro - sia stata espletata in relazione ad un precedente atto di provenienza del bene culturale, pur stipulato e regolarmente trascritto.

Evidentemente, se non si sono compiuti i termini della usucapione ordinaria ventennale e se si reputa inapplicabile l'istituto della usucapione decennale per inesistenza sia del requisito dell'acquisto *a non domino* che dell'astratta idoneità del titolo (da considerarsi inefficace almeno nei confronti dello Stato) (40), si può pensare che - prima di stipulare l'atto di ritrasferimento del bene culturale - il notaio rogante richieda che vengano espletati, sia pure tardivamente, gli adempimenti a suo tempo omessi, e quindi provvedere a richiedere l'autorizzazione successiva con effetto sanante dell'atto di provenienza nonché effettuare la denuncia dell'atto stesso (a suo tempo omessa) per consentire che lo Stato - o altro ente pubblico territoriale - eserciti la prelazione nel termine (come statuisce l'art. 61 del Codice) di "180 giorni dal momento in cui il Ministero ha ricevuto la denuncia tardiva o ha comunque acquisito tutti gli elementi costitutivi della stessa ai sensi dell'art. 59 comma 4".

È appena il caso di rilevare come il Codice attuale abbia contribuito a chiarire che il termine entro il quale la prelazione può essere esercitato non è illimitato.

L'art. 61 della legge n. 1089/39, diversamente, dopo aver sancito la nullità di diritto delle alienazioni, delle convenzioni e di tutti gli atti giuridici in genere, compiuti contro i divieti stabiliti dalla legge o senza l'osservanza delle condizioni e modalità da essa prescritte, aveva sancito il principio per cui il Ministero avesse sempre la facoltà di esercitare il diritto di prelazione a norma degli artt. 31 e 32 della legge stessa; così pure analogamente aveva statuito il T.U. n. 490/99 (sia pure - era da intendersi - entro due mesi dalla denuncia o rispettivamente dalla ricezione della stessa). In questo senso si era espressa anche la Corte Costituzionale con una sentenza (41) che a sua volta era stata provocata da un intervento sulla problematica in questione della Corte di Cassazione (42).

Il Codice, al contrario, segna uno spazio temporale ben limitato, come abbiamo visto, e stabilisce che la prelazione può essere esercitata solo alle condizioni sopra dette, non usando più l'avverbio 'sempre' (cfr. art. 164 secondo comma), e volendo chiarire definitivamente che la prelazione da parte dello Stato non può essere esercitata all'infinito.

Tutto ciò suggerisce all'operatore - nella problematica sopra esaminata - una soluzione pratica, che è quella di formulare e trasmettere, sia pure tardivamente, la denuncia a suo tempo omessa e di attendere il decorso dei 180 giorni; alla scadenza di questo termine (senza esercizio della prelazione da parte dello Stato) o anche prima (qualora ricorra una dichiarazione di formale disinteresse all'esercizio della prelazione), sarà possibile stipulare l'atto di ritrasferimento (accedendo alla teoria prevalente della inopponibilità relativa allo Stato dell'atto di provenienza). L'atto a suo tempo stipulato potrà essere così considerato valido ed efficace tra le parti e nei riguardi dei terzi, con esclusione dello Stato che potrà sempre fare a sua volta ricorso ad un'azione d'inopponibilità nei propri confronti.

Autorità competente a ricevere la denuncia di trasferimento.

Competente a ricevere la denuncia di trasferimento - come è noto - è il Soprintendente del luogo ove si trovano i beni, che, ai sensi dell'art. 62 primo comma del Codice, ne dà immediata comunicazione alla regione e agli altri enti pubblici territoriali; ma con l'entrata in vigore del nuovo Regolamento di organizzazione del Ministero per i beni e le attività culturali (di cui al D.P.R. 10 giugno 2004 n. 173) è ora il Direttore regionale ad effettuare tale comunicazione alla regione e agli altri enti pubblici territoriali nel cui ambito si trovano i beni, una volta ricevuta dalla soprintendenza di settore la denuncia di trasferimento (43). Peraltro il Regolamento disciplina solo l'ipotesi della denuncia di trasferimento a titolo oneroso di beni culturali di *proprietà privata*, mentre questi ben potrebbero appartenere ad un ente pub-

Note:

(40) Sul punto si rimanda agli *Studi* del CNN n. 2011 del 23 giugno 1998 e 5019 del 20 aprile 2004, cit.

(41) Cfr. sentenza 20 giugno 1995 n. 269 in *Cons. Stato* 1995, II, 972.

(42) V. ordinanza dell'11 novembre 1993 in *Giust.Civ.*, 1994, I, 609.

(43) E ciò ai sensi della lettera n) art. 20 del cit. D.P.R. n. 173.

blico, territoriale o meno. Se ne deve argomentare che in tal caso sarà il Soprintendente a darne immediata comunicazione direttamente alla regione e agli altri enti pubblici territoriali per l'eventuale esercizio della prelazione.

La pubblicizzazione della condizione sospensiva.

Circa le tecniche con cui nella prassi si ritiene opportuno dare atto del verificarsi della condizione cui è sospensivamente subordinato l'atto di alienazione (e cioè il mancato esercizio del diritto di prelazione), va qui evidenziato che di regola è invalso l'uso dell'atto bilaterale o unilaterale con funzione ed effetti ricognitivi di tale circostanza. Non è infrequente il ricorso anche ad una sorta di mandato (irrevocabile) a favore dell'acquirente, che resta autorizzato a dichiarare - anche per conto dell'alienante - la circostanza dell'avveramento della condizione (appunto il mancato esercizio della prelazione), magari con l'ulteriore accorgimento contrattuale di far eleggere il domicilio delle parti (che deve essere necessariamente indicato nella denuncia di trasferimento ai sensi dell'art. 59 comma 4 lett. e) presso lo studio del notaio rogante, al fine di acquisire con certezza notizia circa l'eventuale accettazione o meno della proposta di alienazione.

Non può non ritenersi al riguardo che l'atto bilaterale o quello in cui l'acquirente intervenga in atto - oltre che in proprio anche - in rappresentanza dell'alienante, sembra prassi più corretta ed opportuna rispetto al mero atto unilaterale, in quanto nel cd. atto ricognitivo bilaterale - a parte ogni questione attinente al regolamento definitivo del corrispettivo e alla consegna del bene che presuppongono ed implicano la bilateralità - converrà dare atto nei pubblici registri immobiliari del verificarsi di una condizione che opera - secondo la terminologia codicistica - 'in danno' dell'alienante, l'unico legittimato ex art. 2668 c.c. a richiedere la cancellazione della condizione sospensiva, mediante annotazione a margine della trascrizione a suo tempo eseguita dell'atto di alienazione. Non sembra invece corretto che si possa richiedere a margine di quella trascrizione l'annotazione del mancato avveramento della condizione sospensiva ex art. 2655 c.c. (44), e ciò non tanto perché questa ipotesi (mancato avveramento della condizione sospensiva) non è espressamente prevista dalla norma codicistica citata in materia pubblicitaria (essendo stato ciò ritenuto comunque possibile dalla Cassazione (45) anche in mancanza di una previsione esplicita), ma in quanto la condizione (cui è sottoposto sospensivamente l'atto di alienazione) è il 'mancato' esercizio del diritto di prelazione (46), del cui 'avveramento' (e non del cui 'mancato' avveramento) si deve dare atto nell'atto di ricognitivo e quindi nella relativa formalità pubblicitaria di annotazione .

Atto di trasferimento doppiamente condizionato.

Potrebbe altresì verificarsi l'ipotesi di dover stipulare un atto con cui si eserciti l'opzione di riscatto di un bene culturale concesso a suo tempo in leasing e che magari detto bene sia - contestualmente al riscatto (anche se logicamente e cronologicamente in un tempo immediatamente successivo) - ritrasferito ad un terzo soggetto acquirente a sua volta, per concederlo di nuovo in leasing, con contemporanee denunce di entrambi gli atti alla locale Soprintendenza ai sensi dell'art. 59 del Codice e comunque con differimento della consegna del bene al momento in cui non sia più pendente il termine per l'esercizio della prelazione artistica.

Il punto è se il termine per l'esercizio di detta prelazione rimanga sempre quello di 60 giorni dalla data di ricezione delle denunce trasmesse contestualmente o se per il secondo atto condizionato tale termine si protragga per ipotesi fino al 120° giorno dall'effettuata denuncia, dovendo attendersi prima il decorso del termine relativo al primo atto (e quindi l'avveramento della condizione sospensiva ad esso relativa) e poi quello relativo al secondo.

Al riguardo, pur essendo in dottrina controverso (47) se anche nell'operazione di esercizio della opzione di riscatto da parte dell'utilizzatore di un bene culturale concesso in leasing spetti il diritto di prelazione al Ministero, o, in subordine, alla regione o ad altro ente pubblico territoriale interessato, è senz'altro prudenziale che anche in tale ipotesi si effettui la denuncia ex art. 59 D.Lgs. n. 42/2004.

Note:

(44) Si esprime però in senso contrario Casu, *Studio* n. 5019, cit., riportando in nota 9 a conferma la sentenza della Cass. 17 dicembre 1991 n. 13589.

(45) Cfr. la sentenza citata nella nota precedente.

(46) Qui dovendosi dare atto che la formulazione del testo di legge (art. 61 quarto comma 'In pendenza del termine prescritto dal comma 1 l'atto di alienazione rimane condizionato sospensivamente all'esercizio della prelazione') non è certo tra le più felici, in quanto sembrerebbe quasi che l'atto produca effetti pieni *ex tunc* solo nel momento in cui sia esercitato il diritto di prelazione; invece è vero l'esatto opposto, nel senso che l'atto produce pieni effetti dal momento in cui sia certo o non più possibile il mancato esercizio di quel diritto.

(47) È per la negativa ad es. Clarizia, *I contratti di finanziamento leasing e factoring*, 1989, Torino, pagg.159 ss..

Circa il secondo atto di ritrasferimento, certamente stipulabile, va precisato che esso non realizza altro che un trasferimento di *aspettativa condizionale* e non certamente del bene culturale in sé, sicché si potrebbe pensare che la denuncia di detto atto - prima che si verifichi la condizione relativa al primo atto o, *rectius*, prima che si abbia la certezza che quella condizione non si sia verificata per inutile decorso del termine o per rinuncia all'esercizio della prelazione - non possa avere l'effetto di far decorrere il termine per l'esercizio della prelazione anche in relazione a detto secondo atto. Se infatti oggetto della denuncia deve essere un atto di trasferimento (sia pure condizionato) del bene e non della sola aspettativa condizionale, si potrebbe ritenere che il termine relativo al secondo atto possa decorrere appunto solo quando venga trasferito (sia pure *sub condicione*) il bene, e non l'aspettativa.

Ma questo è un ragionamento che forse prova troppo.

Se infatti l'autorità competente cui vengano trasmesse le denunce contestuali - sia pure relative ad atti diversi - non ritiene opportuno - in base a proprie valutazioni - esercitare la prelazione artistica ad essa spettante in relazione al medesimo bene, oggetto immediato del primo trasferimento e mediato del secondo, se ne deve argomentare che il termine decorra per entrambi gli atti dal momento della duplice coeva denuncia, in quanto non sarebbe logicamente concepibile che in relazione al medesimo oggetto possano essere espresse valutazioni diverse solo perché riferite di volta in volta al primo o al secondo atto.

Resta ferma ovviamente la facoltà per il Ministero (o da parte di un altro ente pubblico territoriale) di esercitare la prelazione - ove lo ritenga opportuno - indifferentemente in relazione al primo o al secondo trasferimento.

Esercizio della prelazione e trasferimento a favore dell'ente pubblico.

Si potrebbe porre il legittimo quesito se in caso di esercizio della prelazione da parte dello Stato o altro ente pubblico territoriale sia necessario stipulare un atto ricognitivo del trasferimento stesso, anche al fine di assolvere i tributi relativi al trasferimento e renderlo conoscibile da parte dei terzi attraverso la pubblicità immobiliare, ed inoltre se possa ritenersi possibile accollare all'ente prelazionario le spese (per tributi ed onorari notarili) già sostenute dalle parti del contratto originario.

Al riguardo va osservato che:

1) la prelazione artistica si pone su di un piano diverso dalla comune prelazione legale, in quanto l'ente prelazionario non si surroga all'acquirente subentrando nel circuito dello scambio di volontà del contratto originario (come invece appunto accade nelle ipotesi di comune prelazione legale), bensì esercita una propria indipendente potestà d'imperio per il conseguimento di un interesse pubblico, di guisa che il trasferimento si attua (non già attraverso un rapporto negoziale ma) per effetto di una manifestazione di quella potestà (48). Sicché il decreto di esercizio della prelazione è il *titolo* per il trasferimento sia pure con efficacia differita alla data dell'ultima notifica (anzi la comunicazione alle parti interessate ha valore di elemento costitutivo del provvedimento amministrativo e non è semplice strumento conoscitivo), ed è certamente [esso decreto] soggetto agli obblighi fiscali e di pubblicità immobiliare;

2) non è pensabile che gravi alcun obbligo di rimborso (delle spese sostenute per la vendita) a carico dell'ente prelazionario vuoi per il principio della *irrelevanza* per l'ente pubblico della volontà espressa dalle parti contraenti nel contratto originario (chiaramente desumibile all'interno dell'impianto normativo stesso in materia di beni culturali: vedi art. 61 comma 5 che statuisce la non vincolatività delle clausole contrattuali per lo Stato, ivi compresa quindi quella ordinaria del pagamento delle spese a carico della parte acquirente), vuoi per un principio analogo sancito anche dalla giurisprudenza nell'ambito della prelazione agraria riguardo all'inesistenza di un onere a carico del retraente di rimborsare le spese della vendita, esercitando costui un proprio diritto in reazione alla violazione patita (49).

Dal che si argomenta per l'assoluta opportunità di disciplinare questo aspetto tra i paciscenti *ex ante*.

Del resto una conferma di quanto detto si evince anche da quanto affermato in un parere del Consiglio

Note:

(48) così pacificamente la giurisprudenza della Cassazione: cfr. sent. n. 117/85 in *Riv. Not.* 1985, 1170; nonché sent. n. 8079/92, in *Giust. civ. Mass.* 1992, fasc. 7, ove testualmente "La prelazione attribuita alla P.A. dall'art. 31 della l. 1 giugno 1939 n. 1089 con riguardo alle alienazioni fra privati di cose di interesse artistico o storico, comporta l'esercizio di un potere di acquisizione coattiva del bene e si concreta nell'emanazione di un provvedimento amministrativo e nella sua comunicazione all'interessato - che assume il valore di elemento costitutivo della fattispecie e non di uno strumento di conoscenza ..".

(49) Cfr. Cass. n. 6792/87, in *Giust. civ. Mass.* 1987, fasc. 8-9, per cui "In tema di riscatto agrario, il retraente ha l'onere di rimborsare esclusivamente il prezzo e non anche le altre spese sostenute dal retrattato per l'acquisto del fondo, né gli interessi compensativi, né una maggiorazione per svalutazione monetaria,..."

di Stato (50) secondo cui all'ente pubblico non si possono addebitare altri oneri se non quello del pagamento del prezzo, in quanto diversamente si "rischierebbe di rendere eccessivamente oneroso l'acquisto dei beni artistici per lo Stato.."

Le autorizzazioni, e le dichiarazioni di interesse o disinteresse culturale già rilasciate.

Altro legittimo dubbio posto all'attenzione degli operatori all'indomani dell'entrata in vigore del Codice è quello della utilizzabilità di autorizzazioni o dichiarazioni di interesse o al contrario di disinteresse culturale formulate sotto l'imperio delle legge n. 1089/39 e del T.U. n. 490/99. Al riguardo le risposte fornite dai competenti uffici (centrali e periferici) del Ministero ne hanno di regola confermato la permanente validità.

Così ad esempio la Direzione regionale per i beni culturali del Veneto con comunicazione del 10 agosto 2004 prot. 96, indirizzata anche al Consiglio Notarile di Verona, ha confermato che

le autorizzazioni alla cessione dei beni culturali degli enti pubblici, emesse anteriormente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 42/2004, non diversamente da altri provvedimenti emanati nello stesso periodo, sono pienamente valide in base al principio che la legittimità di un provvedimento amministrativo va verificata sulla base delle norme vigenti al momento del suo rilascio"; in senso sostanzialmente analogo si è espressa la Soprintendenza regionale della Toscana che con comunicazione in data 2 luglio 2004 prot. 15990 ha ribadito che "le attestazioni di inesistenza dei requisiti di interesse rilasciate a suo tempo dagli organi a ciò competenti secondo la normativa allora vigente mantengono validità a tutti gli effetti".

Sul punto non si può non concordare con questo orientamento, anche in riguardo a quanto stabilito nell'art. 128 secondo comma del Codice, per il quale "conservano efficacia le notifiche effettuate a norma ... della legge 1 giugno 1939 n. 1089 e... del D.Lgs. n. 490/99".

Ciò sul piano pratico comporta che, qualora l'autorizzazione sia stata rilasciata sotto il vigore dell'abrogato T.U. n. 490/99 ed in conformità a quanto statuito dall'art. 12 del Regolamento n. 283/2000 (anch'esso abrogato), detta autorizzazione debba valere altresì - anche sotto il vigore dell'attuale Codice - quale rinuncia (implicita) al diritto di prelazione spettante al Ministero (o ad altro ente pubblico territoriale). Infatti, l'art. 12 comma 3° del detto Regolamento statuiva che "Il diritto di prelazione [intendi del Ministero] è esercitato nel termine di due mesi dalla data di ricezione della richiesta di autorizzazione ad alienare...". Insomma dal rilascio dell'autorizzazione si doveva presumere la rinuncia implicita al diritto di prelazione, altrimenti il Ministero l'avrebbe negata ed avrebbe acquistato il bene alle proposte condizioni di vendita. Ma l'effetto della rinuncia alla prelazione - ad avviso di chi scrive - continua a permanere anche dopo l'entrata in vigore del Codice (51); sicché - pur in presenza di autorizzazione rilasciata sotto il vigore del regolamento ed allegata ad atto di trasferimento stipulato dopo il 1° maggio 2004 (data appunto di entrata in vigore del Codice) - si deve considerare già compiuto il termine di 60 giorni per l'esercizio della prelazione e pertanto - stante quanto statuito dall'art. 61 comma 4 del Codice - l'atto non più soggetto ad alcuna condizione sospensiva né vietata la consegna del bene (52).

In senso conforme alle superiori conclusioni si è espresso anche l'ufficio legislativo dell'Amministrazione centrale del Ministero per i beni e le attività culturali. Infatti, così come riferisce la Direzione Regionale dell'Emilia - Romagna nella nota prot. n. 3020 in data 10 marzo 2005 inviata ai Consigli Notarili distrettuali di quella Regione, il detto Ufficio ha ritenuto che il nuovo Codice ed il Regolamento di organizzazione del 2004 hanno comportato l'abrogazione dello speciale istituto della prelazione del Ministero riguardo ai beni per i quali è stata già avanzata richiesta di autorizzazione all'alienazione da parte di

Note:

(50) Parere n. 28242/2000 citato da Tamiozzo, *Il codice dei beni culturali*, 2005, p. 279.

(51) L'abrogazione del T.U. n. 490/99 e del Regolamento n. 283/2000 non può aver significato l'annullamento *con effetto retroattivo* di tutti gli atti, procedimenti, notifiche, autorizzazioni ecc... già emanati e/o conclusi sotto l'imperio delle cessate normative. Su questo punto non è ammissibile vi sia alcuna incertezza, in quanto opinare diversamente sarebbe contrario al principio di economia degli atti giuridici e anche all'impianto normativo positivo, non riscontrandosi nulla in tal senso nel vigente Codice per i beni culturali. Anzi all'art. 128 del Codice sono state fatte salve espressamente le notifiche effettuate ai sensi delle previgenti normative in materia di conservazione e tutela di beni culturali.

Il che evidenzia il principio - sotteso alla nuova disciplina - che le situazioni consolidate non possano subire mutazione per effetto del sopravvenire del nuovo Codice e continuano a produrre effetti anche nel vigore di questo.

Tra tali effetti deve ricomprendersi anche la decadenza del Ministero dal diritto di esercitare la prelazione se ciò non ha fatto entro due mesi dalla data di ricezione della richiesta di autorizzazione (correttamente presentata secondo la normativa in allora vigente).

(52) Coerentemente peraltro, si deve ritenere che quel diritto di prelazione possa essere ancora esercitato (alle condizioni stabilite ora dal Codice) se l'ente alienante dismetta il bene ad un prezzo più basso rispetto a quello che era stato comunicato al Ministero, (così come prevedeva l'art. 12 comma 4 D.P.R. n. 283/2000); e ciò nel rispetto delle superiori ragioni di interesse pubblico sottese all'istituto della prelazione artistica.

Regioni, Province, Comuni in caso di alienazione di beni del demanio culturale (ex artt. 12 e 13 dell'abrogato Regolamento n. 283/2000). L'ufficio ha ritenuto di poter fondare il suo convincimento sulla considerazione per cui, "per principio generale le limitazioni alle libertà e all'autonomia negoziale dei soggetti dell'ordinamento - ivi inclusi lo Stato e gli altri enti pubblici territoriali - devono avere espressa base normativa ed essere interpretate in senso restrittivo, con esclusione di ogni ampliamento in via analogica dei limiti e degli obblighi di tali soggetti".

Va peraltro tenuto ben presente che - soprattutto di fronte ad autorizzazioni e/o dichiarazioni di disinteresse culturale molto 'datate' - la richiesta di un riesame dei presupposti di tali provvedimenti e della loro attuale rispondenza alle situazioni di fatto cui ineriscono assume probabilmente il carattere della estrema opportunità, in quanto - e non solo ad avviso di chi scrive - è ben possibile che da parte dell'Amministrazione provenga una successiva e diversa valutazione della culturalità del bene rispetto ad una precedente che la escluda (53) e che quindi l'esistenza dell'interesse culturale (o addirittura l'imposizione di un eventuale vincolo) avvenga rispetto ad un bene in relazione al quale il Ministero possa aver escluso in precedenza qualsiasi rilevanza di interesse artistico (54). Il che pare anche indirettamente confermato da quanto stabilito dal terzo comma dell'art. 128 del Codice "In presenza di elementi di fatto sopravvenuti ovvero precedentemente non conosciuti o non valutati, il Ministero può rinnovare, d'ufficio o a richiesta del proprietario, possessore o detentore interessati, il procedimento di dichiarazione dei beni che sono stati oggetto delle notifiche [ai sensi delle precedenti leggi in vigore], al fine di verificare la perdurante sussistenza dei presupposti per l'assoggettamento dei beni medesimi alle disposizioni di tutela (55)".

Liceità del contratto preliminare in mancanza di autorizzazione

Se l'atto di alienazione avente ad oggetto un bene culturale in mano pubblica o di persona giuridica privata senza scopo di lucro richiede la necessaria autorizzazione a norma degli artt. 55 e ss., pena la grave sanzione d'invalidità comminata dall'art. 164 del Codice, niente esclude che possa essere stipulato un contratto preliminare con efficacia meramente obbligatoria che impegni al trasferimento di quel bene solo al momento in cui sia rilasciato un valido provvedimento autorizzativo. Non è possibile argomentare in contrario dalla espressione usata dal legislatore al comma 3 art. 56, per il quale l'autorizzazione è richiesta per tutti "i negozi giuridici che possono comportare l'alienazione" del bene.

È evidente che in questa tipologia di atti non possono rientrare i contratti preliminari, sia pure suscettibili di esecuzione forzata ex art. 2932 c.c.

Ed infatti la fattispecie complessa (contratto preliminare + esecuzione in forma specifica) avente la potenzialità astratta di realizzare l'alienazione forzosa del bene culturale è - ovviamente - un 'quid' giuridico diverso dai singoli segmenti che la compongono; solo infatti in esito al suo completo perfezionamento si potrebbe verificare il rischio - che il legislatore vuole evitare - della modifica non debitamente autorizzata del soggetto tenuto alla conservazione del bene.

L'espressione lata usata dal legislatore del Codice all'art. 56 ('negozi giuridici che possano comportare l'alienazione dei beni culturali') è probabilmente dovuta al motivo di ricomprendere in questa ampia categoria tutte le fattispecie potenzialmente in grado di condurre al trasferimento del bene culturale, anche se per ipotesi derivante da una procedura esecutiva ma non al contrario quelle aventi efficacia meramente obbligatoria (56), come il contratto preliminare, in quanto in tale ultima ipotesi [e prima che si perfezioni eventualmente la fattispecie complessa di cui si diceva] la titolarità del bene culturale resta

Note:

(53) Cfr. Mansi A., *La tutela dei beni culturali ed ambientali*, op. cit., pag. 86 il quale parla di "possibili eventuali mutamenti degli orientamenti storico-estetici della P.A."

(54) Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. n. 558 del 31 maggio 1990, in *Cons. Stato*, 1990, I, 833 per cui: "il decreto ministeriale che impone su un bene il vincolo ex art. 2 [legge n. 1089/39] non è viziato per contraddittorietà con provvedimento di revoca del vincolo imposto sullo stesso bene a norma degli artt. 1 e 3 circa vent'anni prima."; nonché Consiglio di Stato, VI, 26 settembre 1991 n. 596, in *Cons. Stato* 1991, I, 1368, secondo cui "l'inerzia in precedenza serbata dall'amministrazione non preclude la possibilità di un intervento successivo in dipendenza del mutare dei giudizi di valore nella collettività o di concetti, come quello di ambiente, suscettibile di evoluzione".

(55) È bensì vero d'altra parte che il comma 3 del cit. art. 128 del Codice (laddove prevede la possibilità che il Ministero - d'ufficio o su richiesta del proprietario, possessore o detentore del bene 'culturale' - possa rinnovare il procedimento di dichiarazione di culturalità) si riferisce alla procedura di 'assoggettamento' del bene al vincolo culturale, non ai provvedimenti autorizzativi o di esclusione della natura culturale del bene già emanati. Ciò nonostante, laddove ci si trovi di fronte a provvedimenti di 'disinteresse culturale' - magari molto datati nel tempo - una ri-considerazione di tale disinteresse in base ai canoni estetico-valutativi attuali da parte dell'autorità competente non solo non è inibita, ma forse opportuna, come precisato nel testo.

(56) Così sul punto Casu, *Studio* n. 5019 cit..

saldamente in mano al soggetto che già lo possiede, e non si verificano rischiose modificazioni soggettive nella conservazione del bene.

D'altra parte è da verificare anche se sia ipotizzabile - nel caso concreto - una sentenza che, tenendo luogo del contratto eventualmente concluso, conduca al risultato finale del trasferimento del bene culturale laddove un'autorizzazione non sia stata richiesta ed ottenuta comunque prima dell'emanazione della sentenza stessa, e ciò per l'evidente motivo che non si può *ope iudicis* ottenere quanto sarebbe interdetto alla volontà negoziale dei soggetti dell'ordinamento per esigenze di ordine e di interesse pubblico.

Infine non è da sottovalutare che, secondo il R.D. n. 363/1913 (57) tra le condizioni per l'ottenimento dell'autorizzazione *de qua* figura, oltre alla domanda e alla relazione descrittiva dell'immobile da alienare, proprio il contratto preliminare da cui risultino le condizioni dell'alienazione. In quest'ottica diventa quindi ben possibile apporre al contratto preliminare una condizione sospensiva che consista - come si diceva - nell'ottenimento dell'autorizzazione stessa.

Il vincolo apposto sulla facciata.

L'esistenza di un vincolo apposto solo alla 'facciata' di un fabbricato comporta l'obbligo della denuncia ex art. 59 del Codice dell'atto di alienazione di un immobile o di una porzione immobiliare - questa non vincolata - facente parte del medesimo fabbricato, e comunque in generale la soggezione a tutte le norme dettate dal Codice in materia di circolazione di beni culturali? Trattasi di vincolo 'indiretto'?

Il vincolo della sola 'facciata' del fabbricato è un vincolo diverso dal cd. vincolo 'indiretto', costituito cioè "per avvantaggiare un bene culturale che sta nelle vicinanze" (57) di quello (indirettamente) vincolato, e ciò perché il bene soggetto a quest'ultimo tipo di vincolo non è un bene culturale, a differenza invece della facciata vincolata.

Ciò nonostante, sia il vincolo indiretto che quello della 'facciata' sono previsti essenzialmente per lo stesso fine, che è quello di assicurare la massima conservazione possibile del bene culturale principale (nel vincolo indiretto) o della facciata stessa (nel secondo caso) e non certo di incidere anche sul regime di circolazione; tant'è che gli stessi progetti edilizi per l'esecuzione di opere relative ad immobili con facciata 'vincolata' devono essere rispettosi di questa esigenza conservativa, come ha sostenuto anche il Consiglio di Stato. (58)

Orbene mentre in caso di alienazione del bene 'indirettamente' vincolato non si deve provvedere ad alcuna denuncia (in quanto comunque attraverso lo strumento della trascrizione nei registri immobiliari del provvedimento che istituisce il vincolo previsto dall'art. 47 del Codice, questo continua ad avere la medesima efficacia nei confronti di ogni proprietario, eventualmente successivo al primo), in caso di alienazione dell'immobile o porzione dell'immobile ricompreso nel fabbricato la cui facciata è vincolata, è preferibile ritenere che corra a carico dell'alienante almeno l'obbligo della denuncia del trasferimento, a qualsiasi titolo, della proprietà o della detenzione ex art. 59 del Codice, per consentire all'Autorità preposta alla tutela del vincolo di sapere con certezza a carico di chi si trasferiscono gli obblighi e gli oneri relativi alla conservazione del bene.

È intuitivo al contrario che (in caso di alienazione a titolo oneroso) non sarebbe concepibile l'esercizio del diritto di prelazione artistica della parte di fabbricato portante la facciata vincolata. Ciò contrasterebbe innanzitutto con un razionale principio di conservazione del bene (non potendo quella facciata essere separata e sopravvivere per così dire 'distaccata' rispetto al resto), e d'altra parte non avrebbe senso che lo Stato (o altro ente pubblico territoriale) soggiacesse all'onere dispendioso di acquistare l'intero immobile o l'intera porzione non 'culturale' (cui non è interessato) compresa nel fabbricato con facciata 'vincolata', in quanto forse non esisterebbero nemmeno i presupposti di legge per esercitare la prelazione stessa.

Di tanto si trova conferma anche in una risposta del 20 ottobre 2004 fornita dalla Direzione Generale

Note:

(57) Regolamento tuttora in vigore in quanto l'art. 130 del D.Lgs. n. 42/2004 dispone " Fino all'emanazione dei decreti e dei regolamenti previsti dal presente codice, restano in vigore, in quanto applicabili, le disposizioni dei regolamenti approvati con regio decreto 2 ottobre 1911, n. 1163 e regio decreto 30 gennaio 1913, n. 363, e ogni altra disposizione regolamentare attinente alle norme contenute in questa Parte. "

(58) Così Casu, *Studio* n. 5019 cit.

(59) V. Sent. sez. VI, n. 1313 del 16 dicembre 1980, in *Riv. amm.* 1981, 154, secondo cui: " Il motivo per cui un immobile viene sottoposto a vincolo ai sensi della legge 1 giugno 1939 n. 1089, sulla tutela delle cose di notevole interesse storico ed artistico, può riguardare anche una sola parte, che - come la facciata - formi un tutto inscindibile con l'intero edificio; in tal caso, lo scopo di vincolo espresso nell'atto ha rilevanza soltanto come limite per l'Amministrazione in sede di approvazione dei progetti delle opere a norma dell'art. 18, secondo comma, della stessa legge n. 1089 del 1939."

per i beni architettonici e paesaggistici (ex Servizio III - Roma) Prot. SBA 32882 del Ministero per i Beni e le Attività Culturali (Dipartimento per i Beni Culturali e paesaggistici) (60), secondo cui - a proposito di un immobile in Roma con vincolo gravante esclusivamente sulla porta del fabbricato e acquistato per quota indivisa - "l'esercizio della prelazione di quota parte indivisa di un particolare architettonico - cosa ben diversa dall'acquisto di quota indivisa di immobile vincolato per intero - sia ... inattuabile nel concreto, risultandoinimmaginabile per lo stesso un qualunque fine pubblico che giustifichi l'acquisizione, tramite detto istituto, di quel solo particolare, per di più in quota indivisa".

Diverso è il discorso se, incorporati negli immobili alienati, ne facciano parte portali, affreschi, e simili che abbiano un proprio valore culturale, distinto rispetto all'immobile. In tale ipotesi è opportuno indubbiamente evidenziare, in un prezzo complessivo, quella parte di esso relativa all'alienazione del bene culturale incorporato, e ciò per evitare la determinazione d'ufficio del suo valore economico ex art. 60 secondo comma del Codice.

CLAUSOLE DA INSERIRE IN ATTI NEGOZIALI

Si suggeriscono di seguito alcune formule da inserire, per ragioni di opportunità o per espressa disposizione di legge, negli atti negoziali afferenti immobili culturali, anche in considerazione delle riflessioni elaborate nei paragrafi che precedono.

1. (Ipotesi di alienazione di immobile culturale, sia pure di vetustà infracinquantennale, ma avente - sia pure presuntivamente - un interesse particolarmente importante per un possibile riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte e della cultura in genere, ovvero quale testimonianza dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose, e prima ancora che sia concluso il procedimento amministrativo per la eventuale dichiarazione di culturalità):

La parte alienante/constituente dichiara, che sino alla data odierna non ha ricevuto alcuna comunicazione di avvio del procedimento amministrativo finalizzato alla dichiarazione di culturalità ex art. 13 del D.Lgs. n. 42/2004 (Cd. Codice dei beni culturali e del paesaggio), e che pertanto, nemmeno in via 'cautelare' ai sensi dell'art. 14 comma 4° del detto decreto, si applicano le disposizioni di cui alla sezione I Capo IV Titolo I Parte Seconda del detto Codice.

2. (Ipotesi di alienazione di terreni o di aree, situate in zone notoriamente considerate di sicuro interesse storico-artistico, ancorché in mancanza di un formale procedimento amministrativo finalizzato alla dichiarazione di culturalità, e se risultino essere dette aree in mano pubblica o di persone giuridiche private senza scopo di lucro):

La parte alienante/constituente dichiara di non essere a conoscenza di alcuna circostanza od opera riconducibile all'azione umana che abbia in qualche modo (direttamente o indirettamente, in tutto o in parte) attribuito al terreno la natura di 'cosa', nel senso di entità alla cui realizzazione o alla cui conformazione abbia appunto contribuito l'uomo.

3. (Ipotesi di alienazione di un immobile culturale demaniale e ovviamente non inalienabile: in tal caso l'art. 57 secondo comma del Codice richiede che le prescrizioni e le condizioni contenute nel provvedimento di autorizzazione siano riportate nell'atto di alienazione):

La parte alienante dichiara che con provvedimento emanato, ai sensi dell'art. 20 comma 4 lettera m) D.P.R. n. 173/2004, dalla Direzione Regionale per i beni culturali e paesaggistici di ... in data ... n. prot.... - che si allega al presente atto sotto la lettera ... in copia conforme - è stata autorizzata l'alienazione dell'immobile culturale appartenente al Demanio (dello Stato, della Regione, o di altro ente pubblico territoriale) e che detto provvedimento contiene le seguenti prescrizioni e condizioni, riportate nel presente atto ai sensi per gli effetti dell'art. 57 del D.Lgs. n. 42/2004:

.....

4. (Ipotesi di dismissione di immobili ricompresi nei piani 'dismissivi' pubblici statali di cui alla legge 401/2001):

Nota:

(60) Pubblicata su questa Rivista n. 3/2005, pagg. 338 e 339.

La parte alienante dichiara che l'immobile alienato rientra nei piani 'dismissivi' pubblici disciplinati dalla legge n. 401/2001 [trattandosi di immobile di proprietà statale o della società 'veicolo' cui sia stato già trasferito] e che pertanto non si rende necessario ottenere la specifica autorizzazione ex artt. 55 e 56 D.Lgs. n. 42/2004, stante il disposto dell'art. 3 comma 17 del d.l. n. 351/2001 convertito in legge n. 401/2001 .

5. (Ipotesi di dismissione di immobili ricompresi nei piani 'dismissivi' pubblici di altri enti pubblici territoriali di cui alla legge n. 289/2002):

La parte alienante dichiara che l'immobile alienato rientra nei piani 'dismissivi' pubblici disciplinati dalla legge n. 289/2002 [trattandosi di immobili di proprietà dell'ente pubblico territoriale..... ovvero della società 'veicolo' cui sia stato già trasferito] e che pertanto non si rende necessario ottenere la specifica autorizzazione ex artt. 55 e 56 D.Lgs. n. 42/2004, stante il disposto dell'art. 3 comma 17 del D.L. n. 351/2001 convertito in legge n. 401/2001 richiamato dall'art. 84 comma 5 della legge n. 289/2002.

6. (Ipotesi di alienazione di immobili ricompresi nei piani di edilizia residenziale pubblica ex legge n. 560/93):

La parte alienante dichiara che l'immobile alienato rientra nei piani di vendita predisposti, nell'ambito dell'edilizia residenziale pubblica, per dare attuazione alle peculiari finalità previste dalla legge n. 560/93 e che pertanto non si rende necessario ottenere la specifica autorizzazione ex artt. 55 e 56 D.Lgs. n. 42/2004, stante anche la esclusione degli immobili culturali dall'ambito applicativo della legge n. 560/93, come statuito dal comma 3 art. 1 della legge stessa.

7. (Ipotesi di esercizio della prelazione: l'ente prelazionario è tenuto solo al versamento del prezzo, per cui può essere opportuno inserire nel contratto di trasferimento originario una formula che disciplini a carico di quale contraente gravino definitivamente le imposte, le tasse, gli onorari e diritti notarili comunque pagati per la stipula del contratto).

Le parti per patto espresso convengono che, in caso di esercizio della prelazione artistica ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. n. 42/2004, le imposte, le tasse, gli onorari e i diritti notarili che risulteranno pagati in relazione al presente contratto, rimarranno a carico esclusivo della parte acquirente, con esonero della parte alienante da qualunque obbligo di rimborso al riguardo.

Società di capitali

In tema di azioni senza valore nominale

di PAOLO GUIDA

Con la introduzione della figura delle "azioni senza valore nominale" l'ordinamento ha voluto consentire alla società di dotarsi di uno strumento che può semplificare alcune operazioni societarie, riducendone anche i costi amministrativi. Da un lato, infatti, la mancanza del valore nominale può agevolare le operazioni sul capitale, dall'altro può ridurne i costi, senza l'obbligo di alcuni adempimenti burocratici.

La nuova formulazione dell'art. 2346 c.c., originata dalla riforma del diritto societario, ha introdotto nel nostro ordinamento la figura delle "azioni senza valore nominale".

In precedenza, infatti, nel prevedere che "le azioni non possono emettersi per somme inferiori al loro valore nominale" era vietata una tale possibilità. Viceversa, adesso, il secondo comma della nuova versione dell'articolo stesso statuisce "se determinato nello statuto, il valore nominale di ciascuna azione ..." e poi più concretamente al terzo comma precisa che "in mancanza di indicazione del valore nominale delle azioni le disposizioni ... con riguardo al loro numero in rapporto al totale delle azioni emesse".

Si deve, pertanto, ritenere ammessa e regolata tale nuova figura che ci avvicina agli altri ordinamenti che da tempo avevano adottato questa semplificazione.

Ho precisato "semplificazione" perché di tale effetto essenzialmente si tratta: con la introduzione di questa opportunità, infatti, l'ordinamento ha voluto consentire alla società di dotarsi di uno strumento che può semplificare alcune operazioni societarie, riducendone anche i costi amministrativi.

Da un lato come meglio vedremo in seguito, la mancanza del valore nominale può agevolare le operazioni sul capitale (aumento e riduzione del capitale, raggruppamenti e frazionamenti azionari) dall'altro può ridurne i costi, essendo caducato l'obbligo di alcuni adempimenti burocratici.

Le azioni senza valore nominale "improprie"

La riforma ha, comunque, tenuto presente che da tempo gli altri ordinamenti avevano regolato una fattispecie analoga: in Germania, negli Stati Uniti da più di un secolo, e poi in Francia, in Belgio, in Lussemburgo, in Austria, le azioni senza valore nominale costituiscono da tempo un punto di riferimento per gli operatori. (1)

Deve comunque tenersi conto che il nostro legislatore ha compiuto una scelta parziale con riferimento alla eliminazione del valore nominale: tra le azioni senza valore nominale proprie ed improprie ha optato per quelle "c.d. improprie" poiché in realtà anche nel nostro caso le azioni hanno un loro valore, non fisso e/o predeterminato, ma un valore cosiddetto "contabile", in quanto rappresentano in ogni caso una quota del capitale sociale alla quale può farsi riferimento dividendo il capitale per il numero di azioni emesse (cd. valore nominale inespresso) (2).

Va, poi, segnalato che la scelta circa la indicazione espressa o meno del valore nominale va fatta in maniera totale, nel senso che tutte le azioni, nessuna esclusa, devono avere in maniera analoga valore nominale espresso o inespresso, affinché tutti gli azionisti siano sempre sullo stesso piano.

Ovviamente tale scelta non deve intendersi irreversibile (3), in quanto con una delibera di assemblea straordinaria se ne può mutare il regime, optando per l'altro sistema, ma sempre con riferimento a tutte le azioni.

Note:

(*) Il presente lavoro riproduce essenzialmente, con l'aggiunta di qualche nota, l'intervento alla giornata di studio organizzata a Napoli dalla Scuola Notarile della Fondazione Emanuele Casale di Napoli il 29 aprile 2005, sul tema "Magistrati e Notai a confronto su questioni di diritto commerciale".

(1) S.A. Cerrato, *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna 2004, art. 2439, p. 1477 e ss. in part. si vedano note 8, 11 e 12; D. U. Santosuosso, *La riforma del diritto societario*, Milano 2003, p. 67 e ss., in particolare si veda nota 88.

(2) R. Bocca, in *Il nuovo diritto societario*, op. cit., art. 2346, pag. 222 in part. p. 225, si veda anche nota 43; D. U. Santosuosso, op. cit., p. 66 ss.

(3) S. A. Cerrato, op. cit., p. 1483.

I diritti degli azionisti

Nella vita di una società i diritti degli azionisti, pur spettando a tutti in analogo maniera, sono modulati e quantificati in ragione della partecipazione al capitale, e, a volte, quantificando praticamente la quota di capitale in base al valore delle azioni possedute.

Non sempre il legislatore ne ha tenuto conto in tutte le circostanze in cui tale necessità era sentita ed infatti in più di una occasione non ha fatto riferimento al valore nominale delle azioni, riferendosi piuttosto in generale alle azioni o quote rappresentate.

Tale constatazione aiuta a valutare come l'ordinamento sia pronto a recepire società con azioni senza valore nominale proprio perché anche in generale la normativa è compatibile a tale diverso scenario, senza dover ricorrere a complicate operazioni interpretative di adeguamento.

Possiamo, pertanto, individuare alcune di tali circostanze nelle quali, appunto, per il legislatore costituisce parametro di riferimento non già il valore nominale, pur attribuito, quanto la percentuale delle azioni o la quota di capitale rappresentata.

1) *Dividendi e utili ex art. 2350 c.c.:*

A differenza dei privilegi che sono legati al valore nominale, dividendi e utili vengono rapportati alle azioni, senza riferimento al valore nominale delle stesse.

2) *Diritto di opzione ex art. 2441, primo comma, c.c.:*

Il legislatore lo attribuisce ai titolari delle azioni in proporzione a quelle possedute, senza alcun riferimento al valore nominale.

3) *Denuncia ex art. 2409 c.c.:*

La norma, al fine di consentire le denunce di irregolarità, si riferisce alla quota rappresentativa di una porzione del capitale sociale, senza riferimento al valore nominale delle stesse.

4) *Esito liquidazione ex art. 2492 c.c.:*

Per la liquidazione si fa riferimento alla quota di partecipazione al capitale e non già al valore nominale delle azioni.

Semplificazioni conseguenti alla mancata indicazione del valore nominale

La mancata indicazione del valore nominale delle azioni comporta una serie di semplificazioni nella vita della società, sia sotto il profilo amministrativo, che sotto quello sostanziale. E proprio questa semplificazione costituisce uno dei motivi più rilevanti per una tale scelta operativa.

Possiamo ricordare la complessità delle operazioni contabili che furono affrontate in sede di conversione della valuta, in seguito alla introduzione dell'Euro.

I commercialisti da un lato, sotto il profilo della individuazione delle poste utilizzabili, ed i notai dall'altra, alla ricerca di tecniche redazionali adeguate al meccanismo di conversione, sarebbero stati enormemente facilitati dalla mancanza del valore nominale delle singole azio-

ni, poiché come è facilmente intuibile non sarebbe stata necessaria alcuna rideterminazione autonoma del valore della singola azione, dovendo incidere unicamente sul capitale sociale complessivo.

Ma se la semplificazione di cui sopra si riferisce ad episodi marginali nella vita di una società ritenendo evidentemente straordinaria la ipotesi di conversione della valuta, viceversa anche nella vita ordinaria della società stessa la mancata indicazione del valore nominale delle azioni può ugualmente portare enormi semplificazioni.

a) *Raggruppamento titoli*

In alcune circostanze in vista di particolari operazioni sul capitale (aumento del capitale, fusione, scissione) si rende opportuno procedere ad un raggruppamento dei titoli azionari onde ridurre il numero e semplificarne il valore nominale, impedendo la formazione di resti e agevolando l'esercizio dei diritti amministrativi collegati.

Con il raggruppamento, peraltro, si tenta di ovviare a problemi pratici derivanti dal valore nominale laddove non facilmente divisibile con riferimento alla prospettata operazione sul capitale.

Diversi, invece, possono essere gli obiettivi in caso di mancata indicazione del valore nominale, proprio perché non esisterà mai l'esigenza di evitare gli inconvenienti di cui sopra.

In caso di mancata indicazione del valore nominale, inoltre, il raggruppamento può perseguire di fatto l'obiettivo di innalzare la soglia minima di partecipazione alla società.

Tale meccanismo può essere, poi, utilizzato anche per opinabili, ma certamente stimolanti, ipotesi di sterilizzazione delle minoranze.

Può farsi un esempio dal quale risulta evidente che si può impedire addirittura una circolazione autonoma di partecipazioni di entità inferiore alla unità quale ridefinita dal raggruppamento (4).

Una società che abbia emesso 3.000 azioni, divise in parti uguali fra tre soci, laddove raggruppasse le azioni assegnandone una per ogni 1.000 possedute, determinerebbe di fatto l'impossibilità per i soci di alienare parzialmente la propria partecipazione al capitale sociale, essendo gli stessi in pratica obbligati ad alienarla per intero possedendo un unico titolo.

Tale consolidamento della partecipazione, peraltro, pur essendo di estremo interesse per le conseguenze pratiche sulla circolazione delle azioni, e quindi sull'esercizio dei diritti della minoranza, deve essere valutato con attenzione circa la effettiva legittimità, pur essendo adottato con successo in altri ordinamenti. (5)

Note:

(4) G. Figà-Talamanca, *op. cit.*, p. 114.

(5) È stato ricordato che negli Stati Uniti tali operazioni di raggruppamento vengono effettuate allo scopo di eliminare le minoranze azionarie
(segue)

b) Annullamento titoli

Il meccanismo tradizionale previsto nella ipotesi di azioni con valore nominale prevede che in ogni caso di annullamento di azioni debba conseguire una relativa riduzione del capitale sociale.

Nel caso in oggetto, invece, è possibile annullare azioni senza valore nominale lasciando inalterato il capitale sociale.

L'annullamento infatti, determina due conseguenze (6):

1) incremento della quota di partecipazione corrispondente alle singole azioni rimaste in circolazione;

2) aumento della relativa parità contabile, in quanto il capitale - rimasto invariato - andrà suddiviso per un minor numero di azioni rappresentative dello stesso.

Si possono individuare tre ipotesi di annullamento di azioni:

1. annullamento *azioni proprie*, sia imposto dalla legge, sia liberamente deciso dalla società.

In tale ipotesi non si inciderà né sul capitale né sulle altre poste del netto, ma unicamente sulla riserva azioni proprie in relazione alle azioni annullate (7);

2. annullamento azioni del *socio moroso*;

3. rimborso in seguito al *recesso del socio*;

In queste ultime due ipotesi, dopo l'annullamento, si procederà ad una mera suddivisione del capitale per il minor numero di azioni rimaste.

c) Operazioni sul capitale.

Con riferimento, poi, a quelle operazioni sul capitale che, a causa di una non facile divisibilità del valore nominale delle azioni con l'importo complessivo della stessa, non consente una divisibilità esatta determinando resti e, quindi, obbligando gli amministratori a ricorrere ad artifici quali sorteggi e/o emissioni di azioni di godimento, la mancata indicazione del valore nominale consentirebbe, certamente, una più facile esecuzione.

Operazioni sul capitale: l'aumento del capitale

La mancanza del valore nominale ha una notevole incidenza sulle modalità di alcune operazioni sul capitale, e la dottrina che ha affrontato il caso ha ipotizzato alcune interessanti fattispecie (8).

Partendo da una ipotesi classica di una società per azioni con capitale di 1.000.000,00 di Euro diviso in 100.000 azioni, e, quindi, con una parità contabile di 10,00 Euro, possiamo provare ad immaginare alcuni scenari:

A) Aumento del capitale *mediante emissione* di nuove azioni.

1) Aumento del capitale pari ad Euro 1.000.000,00 con emissione di n. 60.000 azioni.

In tale circostanza dopo l'aumento si procederà a fissare una nuova parità contabile, dividendo il capitale ottenuto di Euro 2.000.000,00 per il numero totale delle azioni pari a 160.000, ottenendo così una parità contabile di Euro 12,50.

2) Aumento del capitale pari ad Euro 1.000.000,00 con emissione di un numero di azioni superiore a 100.000 e, quindi, ad una parità contabile inferiore.

Tale ipotesi è particolarmente interessante giacché potrebbe agevolare l'aumento di capitale, rendendolo più appetibile pur in presenza di perdite, ovvero nei casi in cui le società che fanno ricerca sul mercato del capitale di rischio abbiano i propri titoli quotati al di sotto della parità contabile.

In considerazione del rischio di annacquamento del valore contabile e di limitati approfondimenti sul tema, alcuni dubitano circa la amministrabilità di tale operazione (9).

A tal proposito va segnalato un acceso dibattito, da una parte vi sono coloro (10) che ritengono ancora vigente il *cosiddetto divieto di emissione di azioni sotto la pari* sulla base del combinato disposto dell'art. 2346, quinto comma, c.c., (in nessun caso il valore dei conferimento può essere complessivamente inferiore all'ammontare globale del capitale sociale) e dell'art. 2348, primo comma, c.c., (le azioni devono essere di uguale valore) in virtù del quale la emissione delle azioni non può essere inferiore al loro valore nominale inespreso.

Altra parte della dottrina (11), invece, ritiene scomparso tale divieto previgente, ammettendo la emissione di azioni sotto la parità contabile precedente, al fine di incentivare nuove sottoscrizioni.

Interessante e particolarmente equilibrata è, poi, la tesi (12) in base alla quale il divieto non è stato né rimosso né confermato, ma semplicemente siamo in presenza di *una revisione del concetto*, in quanto la parità contabile deve intendersi con riferimento a *ciascuna singola emissione* senza dover effettuare raffronti con le azioni già in circolazione.

Laddove ci sia una parità contabile delle singole nuove emissioni superiore a quelle preesistenti, avremo una fattispecie analoga ad un aumento di capitale con so-

Note:

(segue nota 5)

rie (*freezeout*), rimborsando unicamente i diritti frazionari risultanti da tale *reverse split*, salva la dimostrazione dello scopo fraudolento dell'operazione. Al riguardo si veda G. Figà-Talamanca, *op. loc. cit.*, p. 115, in part. nota 52.

Per un'analisi più completa, si veda Cary-Eisemberg, *Cases and materials on corporations*, New York 1995, p. 1201.

(6) In arg. G. Figà-Talamanca, *op. cit.*, p. 116 e ss.

(7) In arg. si veda, *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di atti societari*, massima n. 50, pubblicata in *Riv. Not.*, 2005, p. 229 e ss.

(8) S.A. Cerrato, *op. cit.*, in part. p. 1487.

(9) S.A. Cerrato, *op. cit.*, in part. p. 1489.

(10) D. U. Santosuosso, *op. cit.*, p. 66.

(11) V. Santoro, *La Riforma delle Società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino 2004, tomo I, p. 129.

(12) R. Bocca, *op. cit.*, p. 227; Cfr. inoltre *Orientamenti del Consiglio Notarile di Milano in materia di atti societari*, massima n. 36, in *Riv. Not.* 2005, p. 665.

vrapprezzo; nell'ipotesi contraria, cioè di parità contabile inferiore, avremo una ipotesi di emissione azionaria preceduta da una riduzione del capitale nominale.

3) Aumento del capitale pari ad Euro 1.000.000,00 con emissione di un numero variabile di azioni, al fine di utilizzare le risorse ottenute sia ponendole a capitale quanto a riserva sopraprezzo.

In tale ipotesi viene affrontato un caso estremamente interessante in cui si fondono i principi già noti del sopraprezzo con quelli originati delle azioni senza valore nominale.

L'approfondimento di questa fattispecie può, pertanto, portare notevoli sviluppi pratici che semplificano notevolmente il procedimento amministrativo.

B) Aumento del capitale *senza emissione* di nuove azioni.

4) Aumento del capitale sociale di Euro 1.000.000,00 con elevamento della parità contabile.

Un altro modo di aumento del capitale può essere effettuato senza la emissione di nuove azioni, semplicemente mediante l'elevamento della parità contabile.

Tuttavia, tale fattispecie potrà trovare applicazione unicamente nel caso in cui tutti i soci esercitino il diritto di opzione loro spettante, in quanto non può essere ridotto il valore patrimoniale di coloro che non vogliono e/o non possano sottoscrivere.

Parte della dottrina (13) esclude espressamente che tali delibere possano essere adottate a maggioranza, proprio poiché i soci si troverebbero costretti ad eseguire i conferimenti necessari, ovvero ad essere esclusi, in virtù di una delibera assunta soltanto dagli altri soci.

L'aumento della parità contabile, infatti, determina di fatto un aumento del valore nominale di azioni già esistenti con un sovvertimento di maggioranza e di valori patrimoniali di grande danno per coloro che non sottoscrivono l'aumento, ipotesi già analizzata in generale dalla dottrina (14) e non condiviso dalla giurisprudenza. (15)

A conclusione analoghe può giungersi anche nel caso in cui l'aumento di capitale avvenga in *forma gratuita*, poiché le ipotesi di cui sopra possono riprodursi anche in questo secondo caso.

Può comunque aggiungersi che in caso di aumento del capitale in forma gratuita laddove vengano emesse nuove azioni, si verifica un fenomeno simile al *frazionamento* delle azioni.

Si può inoltre constatare come tale mancata emissione delle azioni può trovare interessante applicazione nelle società per azioni unipersonali ove le nuove azioni appaiano del tutto superflue e, pertanto, proprio nelle società unipersonali il procedimento di semplificazione può trovare particolare sintesi.

Il mancato versamento dei decimi

Un delicato problema è rappresentato dalla scarsa normativa relativa al mancato versamento dei decimi, in quanto la disciplina contenuta

dall'art. 2344 c.c. non ha previsto tale nuova ipotesi di azioni senza valore nominale (16).

La legislazione italiana, infatti, ha conservato l'obbligo iniziale del versamento immediato del 25% del valore nominale di ogni azione (art. 2439, I comma, c.c.) laddove l'art. 26 della II Direttiva faceva riferimento al 25% del valore contabile.

Tale discrasia è stata mantenuta anche nell'art. 2344 c.c., creando così difficoltà interpretative e operative per gli amministratori della società.

Operazioni sul capitale: la riduzione del capitale e l'intervento del notaio

A differenza di quanto previsto per l'aumento di capitale, il legislatore in sede di riduzione ha espressamente contemplato la presenza di azioni senza valore nominale.

Oltre, infatti, alle ipotesi tipiche regolate dagli artt. 2445 (già riduzione del capitale per esuberanza) e 2446 (riduzione del capitale per perdite) in generale, il terzo comma dell'art. 2446 prevede che "Nel caso in cui le azioni emesse dalla società siano senza valore nominale lo statuto ... l'assemblea straordinaria ... possono prevedere che la riduzione del capitale ... sia deliberata dal Consiglio di Amministrazione ...".

Si tratta, quindi, di un espresso riconoscimento della fattispecie, soprattutto sotto il profilo pratico, che ha accompagnato il legislatore nella sua volontà di semplificazione.

In presenza di perdite, dunque, lo statuto può attribuire tale facoltà al Consiglio di Amministrazione proprio perché la mancanza del valore nominale rende le operazioni contabili, prima, ed amministrative, poi, talmente semplici da non necessitare un ulteriore coinvolgimento dell'assemblea.

Si tratta di una riduzione cosiddetta "obbligatoria" per cui le operazioni contabili conseguenti possono, ovviamente, essere effettuate dall'Organo Amministrativo (17).

Nonostante tale delega all'Organo Amministrativo, la norma mantiene ferma la competenza notarile per ricevere il relativo verbale in base all'espresso richiamo dell'art. 2436 c.c., opportuno per ribadire la necessità del controllo di legalità da parte del Notaio per una delibera comunque delicata.

Note:

(13) C. A. Busi, *Le novità in materia di aumento e di riduzione del capitale prevista nella riforma*, in *Studi e materiali del Consiglio Nazionale del Notariato*, supplemento a fasc. 1/2004, Milano, p. 475.

(14) G. Maccarone, *Aumento del capitale a pagamento attuato con aumento del valore nominale di azioni già esistenti*, in *Società* 1998, p.1282.

(15) Cass. 22 gennaio 1994, n. 654, in *For. It.*, 1995, I, 257.

(16) V. Santoro, *op. cit.*, pag. 129.

(17) M. Cavanna, *Il nuovo diritto societario*, *op. cit.*, p. 1603 e ss.

Commercio elettronico

La disciplina del commercio elettronico

di MARIA LAURA MATTIA

Nell'ordinamento italiano la disciplina degli aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, già dettata dalla normativa comunitaria è stata introdotta con il D.Lgs n. 70 del 2003. Il decreto si limita al recepimento dell'atto comunitario e non predispone una regolamentazione organica della materia. Alcune regole dettate dal decreto riguardano la disciplina delle attività svolte on line da soggetti che esercitano una professione regolamentata. Circoscrivendo l'indagine alla professione notarile, merita qualche riflessione la circostanza che il testo faccia riferimento alle "attività dei notai, nella misura in cui implicano un nesso diretto e specifico con l'esercizio dei pubblici poteri".

Il decreto legislativo 9 aprile 2003 n. 70 (1) ha introdotto nell'ordinamento italiano la disciplina in materia di commercio elettronico dettata dalla direttiva comunitaria n. 2000/31 (2) relativa, per l'appunto, a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.

Il provvedimento, limitandosi al recepimento dell'atto comunitario, non predispone una regolamentazione organica della materia, bensì, ricalcando la scelta effettuata dal legislatore europeo e ben comprensibile in ambito comunitario, detta i principi minimi indispensabili, lasciando alle normative di settore la disciplina specifica.

La difficoltà di concentrare in un unico provvedimento la disciplina della materia deriva dalla sua eterogeneità. Il commercio elettronico comprende, infatti, un'ampia gamma di servizi forniti in linea (c.d. "servizi della società dell'informazione"), che vanno dallo scambio di dati ed informazioni commerciali alla negoziazione e conclusione di contratti, oltre che al pagamento dei prodotti e dei servizi acquistati, e che, nel caso di vendita di beni immateriali, includono la distribuzione e la consegna dei beni. Elemento comune a questa vasta gamma di attività è, dunque, il mezzo attraverso il quale sono compiute: la rete telematica. Si tratta di un mezzo che per sua natura (prestazione a distanza, spesso transfrontaliera) appare particolarmente esposta al rischio di atti dolosi, sia in ambito civile che penale. La disciplina dettata dal decreto (e prima ancora dalla direttiva), perciò, ha come obiettivo quello di stimolare la fiducia degli utenti, predisponendo adeguati mezzi di tutela e, allo stesso tempo, di incoraggiare gli operatori commerciali nel realizzare investimenti, eliminando così gli ostacoli allo sviluppo di questo settore che è stato considerato dalla Commissione europea di importanza

decisiva per la competitività dell'Europa nei mercati mondiali (3).

Ambito di applicazione

Essenziali ai fini dell'individuazione dell'ambito di applicazione della disciplina dettata dal provvedimento sono le nozioni di "servizi della società dell'informazione" e di "ambito regolamentato".

È il decreto stesso, negli articoli iniziali, a fornire gli strumenti per la sua lettura chiarendo i concetti giuridici fondamentali in esso contenuti. In base alla definizione fornita dall'art. 2 sono servizi della società dell'informazione - "le attività economiche svolte in linea - on line - nonché i servizi definiti dall'art. 1, comma 1, lettera b), della legge 21 giugno 1986, n. 317, e successive modificazioni". Il riferimento è alla legge italiana che, così come modificata dal D.Lgs. n. 427 del 23 novembre 2000, dà attuazione alla direttiva n. 98/34/CE del 22 giugno 1998, testo a cui fa richiamo, con le successive modificazioni, la direttiva attuata dal decreto. In sostanza si tratta di quei servizi prestati, normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica, mediante apparecchiature elettroniche di elaborazione (compresa la compressione digitale) e memorizzazione dati, su richiesta individuale del destinatario di servizi. Tale definizione è integrata nel 18° considerando della direttiva 2000/31/CE che, dopo aver precisato che rien-

Note:

(1) Pubblicato in G.U. n. 87 del 14 aprile 2003 - Supplemento Ordinario n. 61.

(2) Pubblicata in GUCE n. L 178 del 17 luglio 2000.

(3) Cfr. la Comunicazione della Commissione del 16 aprile 1997, dal titolo "Un'iniziativa europea in materia di commercio elettronico" (COM(97)157).

tra senz'altro tra le attività in parola la vendita in linea di merci, fatta esclusione delle attività di consegna delle stesse o di prestazione di servizi non in linea, specifica che "non sempre si tratta di servizi che portano a stipulare contratti in linea ma anche di servizi non remunerati dal loro destinatario, nella misura in cui costituiscono un'attività economica, come l'offerta di informazioni o comunicazioni commerciali in linea o la fornitura di strumenti per la ricerca, l'accesso e il reperimento di dati". Sono, inoltre, servizi della società dell'informazione "la trasmissione di informazioni mediante una rete di comunicazione, la fornitura di accesso a una rete di comunicazione o lo stoccaggio di informazioni fornite da un destinatario di servizi". Sono, infine, compresi nella definizione i servizi trasmessi "da punto a punto", quali i servizi video a richiesta o l'invio di comunicazioni commerciali per posta elettronica.

Non rientrano, invece, tra i servizi in questione l'impiego della posta elettronica o l'utilizzo di altre comunicazioni individuali equivalenti da parte di persone fisiche che operano al di fuori della loro attività commerciale, imprenditoriale o professionale, quand'anche usate per concludere contratti tra tali persone. Ciò implica che resta fuori dal campo di applicazione della direttiva il commercio elettronico *consumer to consumer*.

Nel vasto settore dei servizi della società dell'informazione, così delineato, rientrano nell'ambito regolamentato dal decreto "le disposizioni applicabili ai prestatori di servizi o ai servizi della società dell'informazione, indipendentemente che siano di carattere generale o loro specificatamente destinate" (art. 2 del decreto).

Il campo di applicazione del decreto, infine, è definito in negativo dal secondo comma dell'art. 1, che contempla alcune fattispecie che ne restano escluse. Relativamente alle libere professioni si segnala fin da ora che le disposizioni del decreto non si applicano alle attività dei notai o di altre professioni nella misura in cui implicano un nesso diretto e specifico con l'esercizio dei pubblici poteri (lett. e) ed alla rappresentanza e alla difesa processuali (lett. f).

Tratti essenziali della disciplina: il principio del paese di origine, l'assenza di autorizzazioni preventive e gli obblighi di informazione

Il decreto ha come scopo dichiarato (art. 1, comma 1) quello di promuovere la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione. Tale obiettivo, insieme a quello di eliminare gli ostacoli all'esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori dei suddetti servizi, è perseguito fondamentalmente attraverso due strumenti: il principio del paese d'origine e quello dell'assenza di autorizzazioni preventive.

In base al principio del paese d'origine, l'art. 3 del decreto dispone che i servizi della società dell'informazione forniti da un prestatore stabilito sul territorio italiano devono conformarsi alle disposizioni nazionali applicabili nell'ambito regolamentato, oltre che alle norme

del decreto. I servizi legalmente forniti in Italia, dunque, possono essere liberamente prestati in tutti i paesi della Comunità, anche nel caso in cui le legislazioni nazionali siano differenti. Coerentemente, al secondo comma dell'art. 3, è fatto divieto di limitare, sulla base di disposizioni relative all'ambito regolamentato, la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione provenienti da un prestatore stabilito in un altro Stato membro (4).

L'individuazione dello Stato competente ad esercitare i controlli di liceità sull'attività dei prestatori e la certezza circa la normativa di riferimento hanno il vantaggio di contemperare, come osservato anche in dottrina (5), due diverse esigenze: da un lato quella di evitare che la molteplicità dei controlli o l'eventuale conflitto di leggi abbia l'effetto di scoraggiare l'utilizzo del commercio elettronico da parte delle imprese e dei professionisti; dall'altro quella di prevenire il verificarsi di abusi o peggior di vere e proprie truffe telematiche, in modo da diffondere la fiducia nella generalità degli utenti.

In deroga al principio del paese d'origine, in alcuni casi, tassativamente elencati all'art. 4, lo Stato in cui risiede il destinatario del servizio può senz'altro limitare i servizi della società dell'informazione provenienti da un altro Stato membro. In particolare, tra i settori rimessi al controllo del paese di destinazione il decreto include la validità formale dei contratti che istituiscono o trasferiscono diritti relativi a beni immobili nel caso in cui tali contratti debbano soddisfare requisiti formali imperativi previsti dalla legge dello Stato membro in cui il bene immobile è situato (lett. g). Trova in tal modo conferma la disciplina di diritto internazionale privato (art. 9, comma 6 della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali).

Altre deroghe al principio del paese d'origine sono previste dal successivo art. 5, il quale dispone che, per determinati motivi e a determinate condizioni, possono essere adottati in Italia provvedimenti limitativi della libertà di circolazione di un determinato servizio della società dell'informazione proveniente da un altro Stato

Note:

(4) In questo particolare settore l'applicazione del principio del paese d'origine presenta alcune complicazioni legate al fatto che l'individuazione del luogo di stabilimento del prestatore non è sempre agevole a causa del carattere immateriale delle attività svolte. Il decreto individua il luogo di stabilimento, aderendo alla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, nel luogo in cui il prestatore esercita effettivamente la sua attività economica mediante una stabile organizzazione e per un tempo indeterminato. Dando priorità a criteri di collegamento che indicano un legame sostanziale con l'economia dello Stato l'art. 2, comma 1, lett. c), del decreto puntualizza che "la presenza e l'uso dei mezzi tecnici e delle tecnologie necessarie per prestare un servizio non costituiscono di per sé uno stabilimento del prestatore". Lo scopo della norma è quello di evitare che alcuni operatori tentino di sottrarsi alla regolamentazione del decreto stabilendo le tecnologie necessarie per prestare il servizio *on line* fuori dall'Unione europea.

(5) Vedi M. Santarossa, *La direttiva europea sul commercio elettronico in Contratto e impresa Europa*, 2000, 849, spec. 852.

membro. Detti provvedimenti devono essere necessari per la tutela di interessi costituzionalmente garantiti e possono essere adottati dall'autorità giudiziaria, dagli organi amministrativi o di vigilanza o dalle autorità indipendenti di settore, in riferimento ad un servizio lesivo dei suddetti interessi o che costituisca un rischio, serio e grave, di pregiudizio per gli stessi. I provvedimenti in deroga devono, inoltre, essere proporzionati agli interessi da tutelare e devono essere emanati previo espletamento di una specifica procedura, cui si può derogare solo in caso di urgenza.

Conformemente a quanto disposto nella direttiva comunitaria l'art. 6 del D. Lgs. svincola l'accesso all'attività di prestazione di servizi della società dell'informazione e il suo esercizio da qualunque forma di autorizzazione preventiva. Scopo della norma in parola è quello di attuare pienamente il principio di libertà di stabilimento relativamente ai servizi prestati *on line*. Restano, tuttavia, impregiudicati i requisiti di accesso a particolari tipi di attività previsti dalle varie normative nazionali quando non riguardino specificatamente ed esclusivamente i servizi della società dell'informazione.

L'assenza di autorizzazioni è, d'altra parte, compensata dalla previsione di alcuni obblighi informativi in capo al prestatore di servizi (artt. 7, 8, 9 e 12) che si vengono ad aggiungere a quelli già previsti negli atti di attuazione della normativa comunitaria in materia di contratti a distanza (D. Lgs. 22 maggio 1999, n. 185), oltre che agli obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi. Essi costituiscono un elemento portante della tutela degli utenti (in particolare consumatori) di servizi *on line*.

Accanto ad un obbligo generale di informazione, finalizzato a facilitare l'identificazione ed il reperimento del prestatore di servizi (6), il decreto impone a quest'ultimo di fornire ulteriori informazioni per le comunicazioni commerciali, in particolare se non sollecitate, e per la conclusione di contratti *on line*.

Le comunicazioni commerciali effettuate per via telematica devono contenere, fin dal primo invio, in modo chiaro ed inequivocabile, una speciale informativa diretta ad evidenziare la natura commerciale della comunicazione e la persona fisica o giuridica per conto della quale la comunicazione commerciale è effettuata (7).

L'art. 12 del decreto, che insieme al successivo art. 13 disciplina la conclusione del contratto per via telematica, indica, infine, le informazioni che il prestatore di servizi deve fornire in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile ai fini della conclusione del contratto e prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario del servizio. L'obbligo informativo in questione può essere derogato, mediante diverso accordo delle parti, esclusivamente nei rapporti *business to business*, ma costituisce norma imperativa per i rapporti *business to consumer*.

Va oltre il mero obbligo informativo la lett. c) dell'articolo che prescrive di fornire informazioni sui mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima

di inoltrare l'ordine al prestatore (8). La previsione pre-

Note:

(6) Il prestatore, in aggiunta agli obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi, deve rendere facilmente accessibili, in modo diretto e permanente le informazioni previste dall'art. 7 del decreto, ossia:

- il nome, la denominazione o la ragione sociale;
- il domicilio o la sede legale;
- gli estremi che permettono di contattare rapidamente il prestatore e di comunicare direttamente ed efficacemente con lo stesso, compreso l'indirizzo di posta elettronica;
- il numero di iscrizione al repertorio delle attività economiche, REA, o al registro delle imprese;
- gli elementi di individuazione, nonché gli estremi della competente autorità di vigilanza qualora un'attività sia soggetta a concessione, licenza od autorizzazione;
- il numero di partita IVA o altro numero di identificazione considerato equivalente nello Stato membro, qualora il prestatore eserciti un'attività soggetta a imposta;
- l'indicazione in modo chiaro ed inequivocabile dei prezzi e delle tariffe dei diversi servizi della società dell'informazione forniti, evidenziando se comprendono le imposte, i costi di consegna ed altri elementi aggiuntivi da specificare;
- l'indicazione delle attività consentite al consumatore e al destinatario del servizio e gli estremi del contratto qualora un'attività sia soggetta ad autorizzazione o l'oggetto della prestazione sia fornito sulla base di un contratto di licenza d'uso.

Ulteriori informazioni devono essere fornite dai membri di professioni regolamentate (v. *infra*).

(7) È utile precisare che costituiscono comunicazioni commerciali, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. f) del decreto, "tutte le forme di comunicazione destinate, in modo diretto o indiretto, a promuovere beni, servizi o l'immagine di un'impresa, di un'organizzazione o di un soggetto che esercita un'attività agricola, commerciale, industriale, artigianale o una libera professione". Non sono di per sé comunicazioni commerciali le informazioni che consentono l'accesso diretto all'attività dell'impresa, soggetto o organizzazione (ad es. nomi di dominio o indirizzo di posta elettronica) o le comunicazioni elaborate da terzi in modo autonomo e senza alcun corrispettivo.

(8) Le altre informazioni prescritte dall'art. 12 riguardano:

- le varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto;
- il modo in cui il contratto concluso sarà archiviato e le varie modalità di accesso;
- gli eventuali codici di condotta cui il prestatore aderisce e come accedervi per via telematica;
- le lingue a disposizione per concludere il contratto oltre all'italiano;
- l'indicazione degli strumenti di composizione delle controversie.

A ciò si devono aggiungere le informazioni obbligatorie previste per specifici beni e servizi e le informazioni previste dall'art. 3 del D.Lgs. 22 maggio 1999, n. 185 per i contratti a distanza stipulati con i consumatori. In base alla disposizione appena citata il consumatore deve ricevere in tempo utile, prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza, le seguenti informazioni:

- identità del fornitore e, in caso di contratti che prevedono il pagamento anticipato, l'indirizzo del fornitore;
- caratteristiche essenziali del bene o del servizio;
- prezzo del bene o del servizio comprese le tasse o le imposte;
- spese di consegna;
- modalità del pagamento, della consegna del bene o della prestazione del servizio e di ogni altra forma di esecuzione del contratto;
- esistenza del diritto di recesso o di esclusione dello stesso ai sensi delle disposizioni del decreto;
- modalità e tempi di restituzione o di ritiro del bene in caso di esercizio del diritto di recesso;
- costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza quando è calcolato su una base diversa della tariffa di base;
- durata della validità dell'offerta e del prezzo;
- durata minima del contratto in caso di contratti per la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ad esecuzione continuata o periodica.

suppone, infatti, la predisposizione da parte del prestatore di servizi di meccanismi idonei a tal fine. Essa, come osservato in dottrina, appare opportuna in quanto “la predisposizione di una tutela di fatto (ed *ex ante*) rispetto agli errori nella dichiarazione o nella sua trasmissione potrà sopperire alla pratica inapplicabilità nel commercio elettronico della tradizionale tutela giuridica (ed *ex post*) dell’annullamento che ruota intorno alla riconoscibilità dell’errore (art. 1431 c.c.) (9)”.

Il secondo comma dell’art. 12 limita gli obblighi informativi in esso previsti all’ipotesi di contrattazione per adesione, il terzo comma, infine, prevede l’obbligo (sia nell’ipotesi di contrattazione per adesione sia in caso di scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti) di mettere a disposizione del destinatario del servizio le clausole e le condizioni generali del contratto e di renderne possibile la memorizzazione e la riproduzione.

Le regole relative ai contratti

La regola generale in materia di conclusione dei contratti telematici è dettata dall’art. 13, comma 1, il quale rinvia alla disciplina comune prevista dal codice civile (art. 1326 ss.). Differenti letture sono state poi date alla successiva disposizione del comma 2 che impone al prestatore l’obbligo (derogabile dalle parti solo nei contratti diversi da quelli con i consumatori) di accusare, senza ingiustificato ritardo e per via telematica, ricevuta dell’ordine del destinatario contenente un riepilogo delle condizioni generali e particolari applicabili al contratto, le informazioni relative alle caratteristiche essenziali del bene o del servizio e l’indicazione dettagliata del prezzo, dei mezzi di pagamento, del recesso, dei prezzi di consegna e di tributi applicabili. Secondo alcuni, infatti, tale disposizione detterebbe una regola speciale in materia di conclusione del contratto telematico, individuando come momento del suo perfezionamento la comunicazione dell’avvenuta ricezione dell’accettazione (10). In base ad un’altra lettura, invece, la norma non costituirebbe una deroga alla disposizione generale del primo comma, collocandosi l’assolvimento da essa richiesto in una fase successiva a quella della conclusione del contratto. Esso avrebbe la funzione da un lato di formalizzare l’avvenuta “individualizzazione” del rapporto tra prestatore e destinatario e dall’altro di riepilogare a quest’ultimo tutte le informazioni relative al contratto (11).

Il terzo comma dell’art. 13 prevede, infine, una presunzione di ricevimento dell’ordine e della ricevuta ancorata al momento in cui le parti a cui tali atti sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi (12).

Il legislatore italiano ha ritenuto di non dover adottare misure di attuazione del c.d. principio di non discriminazione, nella conclusione del contratto, degli strumenti telematici rispetto a quelli tradizionali, dettato dall’art. 9 della direttiva, trattandosi di un principio già operante nell’ordinamento nazionale in base all’art. 15,

comma 2 della l. 15 marzo 1997, n. 59 (13), e al TUDA emanato con d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445 (14). Ha, invece, riprodotto pedissequamente all’art. 11 del decreto l’elenco delle categorie di contratti per le quali la direttiva comunitaria prevedeva la facoltà degli Stati di escludere la conclusione per via telematica. Si tratta dei contratti che istituiscono o trasferiscono diritti relativi a beni immobili, eccetto quelli in materia di locazione (lett. a)); dei contratti che richiedono per legge gli interventi di organi giurisdizionali, pubblici poteri o professioni che implicano l’esercizio di pubblici poteri (lett. b)); dei contratti di fidejussione o di garanzie prestate da persone che agiscono a fini che esulano dalle loro attività commerciali, imprenditoriali o professionali (lett. c) e, infine, dei contratti disciplinati dal diritto di famiglia o di successione (lett. d)). Il legislatore italiano lasciando intatta la questione relativa alla possibilità di concludere queste categorie di contratti per via elettronica (scelta che il legislatore comunitario aveva demandato agli Stati seppure sotto il controllo della Commissione) ha aggirato l’ostacolo disponendo che il decreto non si applica a queste categorie di contratti.

L’approccio seguito dal decreto, relativamente a questo aspetto, è stato oggetto di forti critiche da parte dei primi commentatori (15). La formula utilizzata (“il presente decreto non si applica”) è stata, infatti, definita “vu-

Note:

(9) Vedi F. Delfini, *Il d. lgs. 70/2003 di attuazione della direttiva comunitaria 2000/31/CE sul commercio elettronico* in *I Contratti* n. 6/2003, 607, spec. 614.

(10) Cfr. F. Sarzana di Sant’Ippolito, *Approvata la direttiva sul commercio elettronico (Commento a Dir. CE 2000/31)*, in *Il Corriere Giuridico*, 2000, 1288, spec. 1293.

(11) Così M. Gorgoni e M. Grisi, *Restano dubbi sulla conclusione del negozio*, in *Guida al diritto* n. 20/2000, 43.

(12) A differenza di quanto previsto nella direttiva, il decreto non prevede la derogabilità di questa presunzione nei contratti conclusi da parti diverse dai consumatori. L’impressione che più che trattarsi di una scelta consapevole del legislatore, che in quanto tale sarebbe degna di approvazione, si tratti di una maldestra trasposizione dell’art. 11 della direttiva è confermata dal quarto comma dell’articolo. Quest’ultimo prevede che le disposizioni, sopra enunciate, dei due commi precedenti non si applicano ai contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti. Se la *ratio* dell’esclusione è facilmente comprensibile in relazione al secondo comma dell’articolo (essendo la negoziazione individualizzata e non essendovi asimmetrie tra le parti in ordine ai mezzi tecnici impiegati per la conclusione del contratto non si rende necessaria l’accusa di ricevuta da parte del prestatore) perplessità, invece, solleva l’esclusione della presunzione di cui al comma 3. Questa esclusione non trova riscontro nel testo della direttiva. Cfr. F. Delfini, *op. cit.*, 616.

(13) L’art. 15, comma 2 della l. n. 59 del 1997 dispone che “gli atti, dati e documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici, sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge”.

(14) Il TUDA è stato modificato dal decreto di recepimento della direttiva comunitaria n. 1999/93 sulle firme elettroniche.

(15) Vedi G. De Nova e F. Delfini, *La direttiva sul commercio elettronico: prime considerazioni*, in *Rivista di diritto privato*, 2000, 693, spec. 700.

ta” e la soluzione adottata è stata ritenuta contraria ad ogni ragionevole previsione, in base alla quale si sarebbe senz’altro escluso che, in sede di recepimento della direttiva, potesse essere fatta eccezione, relativamente ai contratti traslativi o costitutivi di diritti reali immobiliari, al principio di non discriminazione degli strumenti telematici nella conclusione del contratto, ciò nella misura in cui il TUDA prevede la possibilità di autenticazione della firma digitale da parte del notaio (art. 24). Questa disposizione, infatti, rende possibile la stipulazione per via telematica di tutti i contratti di alienazione per i quali è necessaria *ad substantiam* la scrittura privata e, ai fini della trascrizione, la scrittura privata autenticata (cioè la maggior parte delle alienazioni immobiliari, escluse le donazioni, per le quali l’art. 782 c.c. prevede la forma dell’atto pubblico).

Altrettanto irragionevole è stata, inoltre, considerata la menzione, all’art. 11 del decreto, dei contratti disciplinati dal diritto di successione (lett. *d*) a causa del divieto di patti successori stabilito dall’art. 458 c.c. Per quanto riguarda, infine, la categoria di contratti menzionati all’inizio della lettera *d*) - quelli disciplinati dal diritto di famiglia (e dunque per il diritto interno soprattutto le convenzioni patrimoniali tra coniugi, soggette alla forma dell’atto pubblico *ex art.* 162 c.c.) - è stato osservato che la questione circa la possibilità della loro conclusione per via elettronica si pone negli stessi termini di quella relativa all’ammissibilità dell’atto pubblico informatico e alla conclusione per atto pubblico e in via telematica di contratti (16).

Le disposizioni relative alle professioni regolamentate e la rilevanza del decreto per i notai

Uteriori regole sono dettate dal decreto per la disciplina delle attività svolte *on line* da soggetti che esercitano una professione regolamentata.

Rispetto agli altri operatori economici che svolgono attività sul *web*, infatti, i professionisti sono soggetti ad un più ampio obbligo di informazione. Essi, in aggiunta alle altre informazioni generali obbligatorie *ex art.* 7 del decreto, devono comunicare ai destinatari dei servizi prestati per via telematica le informazioni aggiuntive previste dalla lettera *f*), comma 1, dello stesso articolo, e quindi devono rendere noti l’ordine professionale o istituzione analoga a cui sono iscritti insieme al numero di iscrizione, il titolo professionale e lo Stato membro in cui è stato rilasciato, e, infine, le norme professionali e gli eventuali codici di condotta vigenti nello Stato membro di stabilimento e le modalità di consultazione dei medesimi. In particolare, il ruolo rivestito, nella regolamentazione dell’attività *on line* dei professionisti, dai codici di condotta è maggiormente sottolineato dalla direttiva che, oltre ad incoraggiarne l’adozione al pari del decreto, all’art. 8, commi 2 e 3, indica le regole deontologiche sulla comunicazione commerciale, det-

tate da detti codici, come il punto di riferimento per l’elaborazione di iniziative comunitarie in materia.

Particolari obblighi sono previsti in capo al professionista anche per l’attività di comunicazione commerciale. Questa attività, infatti, deve essere esercitata in modo conforme alle regole di deontologia professionale e, in particolare, all’indipendenza, alla dignità, all’onore della professione, al segreto professionale e alla lealtà verso clienti e colleghi (art. 10 del decreto).

L’art. 1, secondo comma, del decreto, di cui si è già detto, esclude dal campo d’applicazione dell’intervento normativo “le attività, dei notai o di altre professioni, nella misura in cui implicano un nesso diretto e specifico con l’esercizio dei pubblici poteri” (lett. *e*). Si rendono, a tal proposito, necessarie alcune precisazioni circa la terminologia usata nel decreto. La formula della deroga è mutuata dalla direttiva, con l’unica differenza che in quest’ultima il riferimento è alle “attività dei notai o di altre professioni equivalenti”. Il legislatore comunitario ha, evidentemente, inteso riservare agli Stati la regolamentazione relativa alla professione notarile e, più precisamente, in riferimento alla funzione di certificazione pubblica ad essa connessa, anche se esercitata tramite figure istituzionali differenti nelle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri. Desta, invece, dubbi interpretativi l’adozione della stessa formulazione, e quindi il riferimento ad altre professioni (senza l’aggettivo “equivalenti”), da parte del legislatore nazionale. Alcuni commentatori hanno letto l’eliminazione dell’aggettivazione come ampliativa dell’oggetto della deroga a tutte le attività, svolte nell’ambito di una qualsiasi professione, se ed in quanto comportino “un nesso diretto e specifico con l’esercizio dei pubblici poteri”, andando dunque oltre l’attività propriamente notarile (17).

Circoscrivendo l’indagine alla professione notarile, merita qualche riflessione la circostanza che il testo della deroga faccia riferimento alle “attività dei notai, nella misura in cui implicano un nesso diretto e specifico con l’esercizio dei pubblici poteri”.

Nell’indagine circa la portata della deroga, espressa nei termini menzionati, ci si imbatte in un problema che è stato già affrontato in sede di interpretazione dell’articolo 45 del Trattato CE: quello della “scindibilità”, al-

Note:

(16) L’ammissibilità dell’atto pubblico informatico, non esclusa espressamente dal TUDA, è controversa. Per maggiore approfondimento, non opportuno in questa sede, si rimanda alla copiosa letteratura in materia di documento elettronico, tra cui: E. Santarcangelo e M. Nastri, *Firme elettroniche e sigilli informatici*, in *Vita notarile*, 2002, 1118; P. Piccoli e G. Zanolini, *Il documento elettronico e la “firma digitale”*, in *Rivista del Notariato*, 2000, 879; M. Miccoli, *Documento e commercio telematico*, Milano, Ipsoa, 1998, spec. 104 ss.; M.C. Andrini, *Dal tabellone al sigillo elettronico*, in *Vita notarile*, 1998, 1787; G. Petrelli, *Documento informatico, contratto in forma elettronica e atto notarile*, in *questa Rivista*, 1997, 567.

(17) Cfr. S. Sica, *Recepita la direttiva sul commercio elettronico*, in *Corriere Giuridico*, n. 9/2003, 1247, spec. 1249.

l'interno della professione notarile, delle attività che partecipano all'esercizio dei pubblici poteri dalle altre. L'articolo appena citato consente di escludere l'applicazione delle disposizioni del Trattato che vietano agli Stati membri restrizioni al diritto di stabilimento (artt. 43 - 48 del Trattato CE) e alla libera circolazione dei servizi (artt. 49 - 55 Trattato CE), relativamente alle attività che, nei singoli Stati membri, "partecipano, sia pure occasionalmente, all'esercizio di pubblici poteri". Anche se, nella sua formulazione testuale, la deroga contenuta nell'articolo 45 del Trattato è diversa da quella in esame, la Corte di giustizia, dandone un'interpretazione restrittiva, ha affermato la necessità di accertare di volta in volta, ai fini di valutare la legittimità della deroga nel caso di specie, se lo svolgimento di una determinata attività implichi effettivamente la partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri (18).

Relativamente alla specifica realtà della professione notarile, in particolare nei Paesi di notariato di tipo latino tra cui l'Italia, la dottrina si è concordemente espressa per l'unitarietà della professione in questione, e ha dunque negato la possibilità di "scindere" le funzioni notarili in attività di consulenza e di certificazione, in quanto l'assistenza preventiva e imparziale delle parti rientra nel servizio reso dal notaio in adempimento di un *munus publicum* (19).

Si ritiene che le conclusioni raggiunte in sede di interpretazione dell'articolo 45 del Trattato possano applicarsi anche al presente caso. La disposizione in analisi, infatti, è inserita nel decreto di recepimento di una direttiva comunitaria adottata al fine di garantire l'applicazione dei principi del Trattato in materia di diritto di stabilimento e libera circolazione dei servizi nel settore particolare, per quanto eterogeneo, dei servizi della società dell'informazione. Nello specifico, la disposizione in parola esclude l'applicazione delle disposizioni del decreto relativamente alle attività che costituiscano esercizio diretto e specifico di pubblici poteri. Questa deroga, tuttavia, non esclude *tout court* la possibilità che l'attività professionale del notaio sia svolta sotto forma di servizio della società dell'informazione, bensì, conformemente alla direttiva, e in armonia con i principi generali dell'ordinamento istituito dal Trattato, ne sottrae la regolamentazione dall'ambito di armonizzazione comunitaria. Tale esclusione è dettata dalla volontà del legislatore europeo di riservare agli Stati l'intervento e il controllo in un settore che, concernendo l'esercizio di una parte dei poteri dello Stato, è fortemente connesso con la sovranità di quest'ultimo (20).

Esclusa dall'ambito di applicazione del decreto l'attività principale del notaio, cioè quella inerente alla funzione pubblica, residua perciò l'attività di consulenza da questi eventualmente svolta al di fuori dell'esercizio dei pubblici poteri, in qualità di esperto di diritto. In questo caso il notaio opera alla stregua di qualunque altro libero professionista, non rientrando dunque la sua attività

nella deroga dell'articolo 1, secondo comma, lett. e) del decreto. Affinché queste condizioni si realizzino, tuttavia, è necessario che il notaio, nell'esercitare l'attività di consulenza legale in via telematica, non "spenda" il proprio titolo professionale.

Si deve, infine, escludere la possibilità di impiego, da parte del notaio, di comunicazioni commerciali. L'articolo 10 del decreto, come già si è detto, condiziona, infatti, l'uso delle comunicazioni commerciali nelle professioni regolamentate al rispetto delle regole di deontologia professionale. Relativamente alla professione notarile le comunicazioni commerciali, così come definite dal decreto (art. 2, comma 1, lett. f)), e cioè le comunicazioni destinate, in modo diretto o indiretto, a promuovere beni, servizi o l'immagine di un soggetto che esercita una libera professione, non sono consentite dalla legislazione notarile, nonché contrarie ai principi di deontologia (21).

Note:

(18) Corte di giustizia, sentenza 21 giugno 1974, causa 2/74, *Reyners c. Stato belga*, in *Raccolta*, 691.

(19) In tal senso per tutti vedi A. Barone, *L'attività notarile nello spazio giuridico europeo*, in *Relazioni al XL Congresso Nazionale del Notariato (Bari 26 - 29 ottobre 2003)*. Il *Notaio tra regole nazionali ed europee*, Milano, 2003, 269, spec. 295 e ss.

Argomentazioni a sostegno dell'inscindibilità della professione notarile, almeno nei Paesi di notariato latino, sono rintracciabili nella stessa sentenza *Reyners*. In questa pronuncia, infatti, la Corte di giustizia, nel limitare la deroga dell'art. 45 alle attività che costituiscono una partecipazione diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri, statuisce che "l'estensione della deroga ad un'intera professione è possibile soltanto nell'ipotesi in cui le attività rispondenti a tali caratteristiche vi si trovano connesse in tal guisa che la concessione della libertà di stabilimento avrebbe l'effetto di imporre, allo Stato membro interessato, l'obbligo di consentire l'esercizio, sia pure occasionale, di funzioni che rientrano nei pubblici poteri". Ad ulteriore conferma l'Autore cita anche la "Risoluzione sulla situazione e l'organizzazione del notariato nei dodici (all'epoca) Stati membri della Comunità" adottata dal Parlamento il 18 gennaio 1994.

(20) In tal senso F. J. García Más, *Panorama général du commerce électronique. L'utilité de la garantie notariale comme élément de développement*, in *L'Europe du droit*, Conférence des Notariats de l'Union européenne (CNUE), Bruxelles, 2002, 319, spec. 335.

(21) La norma di riferimento è l'art. 14, primo comma, del R. D. 14 luglio 1937 n. 1666, in base al quale "fermo restando il disposto dell'art. 147 della legge 16 febbraio 1913, n. 89, è vietato al notaio di fare concorrenza ai colleghi servendosi dell'opera di procuratori di clienti, di richiami, di pubblicità o di qualunque altro mezzo non confacente al decoro ed al prestigio della classe notarile". La pubblicità non è, dunque, vietata di per sé, è bensì vietata quando diventa mezzo di concorrenza. Sono perciò leciti solo i messaggi informativi che essendo effettuati da tutti i notai ed allo stesso modo non producono questo effetto. È il caso delle informazioni imposte per legge a tutti i notai al fine di soddisfare un interesse pubblico a ricevere dette informazioni. L'interesse pubblico il cui soddisfacimento è stato preso in considerazione dalla legge (fondamentalmente quello sull'esistenza ed ubicazione del notaio) può, tuttavia, essere attuato in modi da questa non previsti in quanto non prevedibili all'epoca della sua promulgazione. A parte il caso dell'inserimento del nome nell'elenco abbonati, ormai pacifico, è prospettabile la predisposizione di un sito Internet, ciò a condizione che in tal sede siano indicate le sole generalità, qualifica ed indirizzo del notaio. In tal modo il contenuto del messaggio sarà uguale per tutti e quindi non produttivo di concorrenza. Non sono, invece, consentite, allo stato attuale della nor-

(segue)

Cenni sulla disciplina della responsabilità dei provider e sulle norme di applicazione

Gli articoli del decreto da 14 a 17 traspongono la sezione IV della direttiva, relativa alla responsabilità dei prestatori intermediari, la cui disciplina è differenziata a seconda che si tratti di un'attività di semplice trasporto, di memorizzazione temporanea o di memorizzazione permanente delle informazioni.

Meritano, infine, un rapido cenno le disposizioni di chiusura del decreto, nelle quali sono dettate le norme volte a favorire l'effettiva attuazione della disciplina in esso contenuta.

Nello specifico, l'art. 18 incoraggia l'elaborazione, da parte di associazioni ed organizzazioni imprenditoriali, professionali o di consumatori, di codici di condotta che garantiscano, in particolare, la protezione dei minori e la salvaguardia della dignità umana.

Di particolare interesse è, poi, la disposizione dell'art. 19 la quale, sulla base del presupposto che il ricorso agli organi di giurisdizione ordinaria spesso risulta inadeguato alle esigenze del commercio elettronico (in molti casi prestatore e destinatario risiedono in due Stati diversi), prevede la possibilità di adire, per la risoluzione di eventuali controversie, organi di composizione stragiudiziale operanti anche per via telematica.

L'art. 20 predispose un sistema di cooperazione tra gli Stati membri e di condivisione di informazioni tra Pubbliche Amministrazioni, destinatari e prestatori di servizi. Un ruolo centrale in questo sistema è stato assegnato al Ministero delle attività produttive.

L'art. 21, infine, dispone l'applicazione, salvo che il fatto non costituisca reato, di una sanzione amministrativa pecuniaria per la violazione degli obblighi previsti dagli artt. 7, 8, 9, 10 e 12 del decreto.

Nota:

(segue nota 21)

mativa, comunicazioni relative alle qualità professionali e, a maggior ragione, personali del notaio o a caratteristiche dello studio in quanto tali informazioni produrrebbero messaggi informativi differenti e dunque concorrenza (si veda in tal senso e per maggior approfondimento CNN, Osservatorio Deontologia, *Notaio e pubblicità*, in *Materiali di deontologia notarile 1998/2001*, 8).

La lettura della disposizione del R. D. n. 1666 del 1937 sopra prospettata trova conferma nei Principi di deontologia professionale dei notai approvati dal Consiglio Nazionale del Notariato con deliberazioni n. 1/1625 del 25 marzo 2004 e n. 4/1628 del 15 aprile 2004 (in G.U. n. 110 del 12 maggio 2004, Supplemento ordinario n. 91).

Il punto 18, che apre la sezione dedicata alla pubblicità (sezione II, capo III, titolo I), enuncia il principio generale in materia prevedendo che "è ammessa la pubblicità esclusivamente informativa, intendendosi per tale la diffusione di informazioni che riguardino il singolo notaio, la cui conoscenza risponda all'interesse pubblico". Tra le specificazioni del suddetto principio si segnala il divieto di "inserire nella carta intestata e nella modulistica di ufficio, anche con strumenti informatici, indicazioni diverse da quelle inerenti all'esercizio professionale e titoli diversi da quelli legalmente riconosciuti nel campo giuridico, indicazioni sulla organizzazione dello studio, sulla attività svolta o su qualità personali che riguardino campi o materie facenti parte del normale bagaglio scientifico e culturale del notaio" (19, lett. b)) e il divieto di "fare annunci sulla stampa o con altri mezzi di comunicazione di massa e porre in essere altre forme indifferenziate di sollecitazione alla clientela" (19, lett. d)). Al punto 21, infine si prevede la possibilità per il notaio di utilizzare la rete Internet esclusivamente "per fornire al pubblico le sole informazioni la cui conoscenza corrisponda all'interesse del medesimo".

Assemblea

La tutela dei soci di minoranza nella riforma del diritto societario: la “voice”

di ALESSANDRA PANELLI

Il tema della “voice” riguarda in maniera trasversale sia la società per azioni, sia la società a responsabilità limitata, rappresentando uno degli aspetti in cui l’obiettivo del legislatore riformista (differenziare maggiormente tra loro queste due società) si è realizzato in modo forse più compiuto.

Il legislatore della riforma societaria voleva evitare che la società a responsabilità limitata continuasse ad essere semplicemente una piccola società per azioni; cosa che peraltro non voleva neppure il legislatore del ‘42, come chiaramente messo in luce dalla relazione del Guardasigilli (nonostante quanto poi concretamente avvenuto nella prassi).

La riforma segna, appunto, una netta distinzione tra società per azioni e società a responsabilità limitata; ed è proprio in materia di tutela dei soci di minoranza che questa distinzione appare in maniera più marcata: ciò si realizza per effetto di una visione del socio (di minoranza) di società per azioni quale mero investitore.

È noto che uno dei tratti caratterizzanti il modello organizzativo della società per azioni è la circostanza che il socio di minoranza, insoddisfatto della gestione della società, dovrebbe avere una facile possibilità di cedere le proprie azioni ed uscire così dalla compagine. Non è una tutela che si realizza, quindi, in chiave giudiziaria, né in chiave assembleare, ma è una tutela che si concretizza attraverso il disinvestimento, cosa che ovviamente non è possibile nella società di persone, ove è necessario modificare il contratto sociale ogni qualvolta varia la persona del socio.

Nella nuova disciplina della società per azioni, infatti, il socio sembra essere considerato non già come una parte del contratto associativo, come un soggetto che è interessato a partecipare alla vita della società, ma soltanto come un semplice investitore: un soggetto, cioè, che, investendo capitali, aspetta dei ritorni, una remunerazione (in denaro o di altro tipo) ed è quindi unicamente interessato al rendimento del proprio investimento finanziario.

Al contrario, nella società a responsabilità limitata il socio è visto soprattutto come una partecipante alla vita sociale, un soggetto che, insieme ad altri, ha stipulato un contratto associativo e, in quanto tale, ha effettiva-

mente interesse a svolgere in comune e a gestire insieme agli altri l’attività economica prescelta quale oggetto sociale. Ne è dimostrazione, ad esempio, oltre la conferma del fatto che di regola l’amministratore è un socio (art. 2475 c.c.), anche la circostanza che lo statuto può attribuire direttamente ad uno o più soci particolari diritti riguardanti l’amministrazione (art. 2468 c.c.).

Nella società per azioni, invece, il socio è un soggetto che ha effettuato un investimento e che, quindi, è interessato prima di tutto alla remunerazione di questo. Ciò non di meno, non è - né può essere - totalmente estraneo all’amministrazione dell’impresa: pur non partecipando attivamente e direttamente, ha poteri sull’organizzazione che condizionano, in vario modo, la gestione, o meglio la sua regolarità.

Il principale strumento di interferenza del socio nella gestione della società è rappresentato dal diritto di partecipare alle discussioni assembleari e di votare in assemblea, ovviamente sulle materie riservate alla competenza assembleare.

E, pertanto, il tema della *voice* deve necessariamente partire dalle competenze dell’assemblea, dipendendo, prima di tutto, dal rapporto fra assemblea ed amministratori, dall’equilibrio di poteri tra i diversi organi della società.

L’assemblea, anche dopo la riforma, ha competenze sull’organizzazione: sulla struttura della società, sull’assetto statutario, sulle regole che determinano il funzionamento della stessa, sulla nomina e revoca degli amministratori e sull’azione di responsabilità nei loro confronti, oltre che sulla nomina dei sindaci. Il che poi significa che l’assemblea, ancor oggi, è l’organo che detta le regole dell’organizzazione e nomina i soggetti che sono chiamati ad applicarle nella gestione della società.

Tuttavia occorre sottolineare che, con la riforma, l’ambito delle competenze assembleari è stato notevolmente ristretto.

Nel vecchio art. 2364 c.c. esisteva, infatti, una disposizione molto importante che consentiva in modo ampio di rimettere all'assemblea tutte le materie attinenti la gestione, su iniziativa degli amministratori o per previsione statutaria. Il che apriva la strada all'intervento dell'assemblea sugli oggetti della gestione, e, quindi, sull'iniziativa economica, consentendo di costruire la famosa tesi secondo cui l'assemblea era l'organo sovrano della società, non soltanto perché nomina e revoca gli amministratori, ma anche e soprattutto perché può compiere atti di gestione in luogo degli amministratori stessi. Si diceva che l'assemblea "può far quel che vuole", e per questo è organo sovrano.

Va anche detto, ad onor del vero, che questo aspetto era a volte strumentalizzato dagli stessi amministratori che tendevano a rimettere all'assemblea le operazioni rischiose, nella convinzione che l'approvazione assembleare in qualche modo li esimesse dalla responsabilità per atti di *mala gestio*, perlomeno verso la società (ad esempio l'approvazione del bilancio falso).

Nella nuova formulazione dell'art. 2364 c.c., questa possibilità non è stata riprodotta, ed è rimasta solo una limitata competenza "sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti" (art. 2364, primo comma, n. 5, c.c.).

Mi sembra, quindi, che vada rimeditata la stessa teoria che vedeva nell'assemblea l'organo sovrano. Di certo non è più data la possibilità all'assemblea di decidere tutto, sostituendosi agli amministratori. Anzi, va posto in luce che oggi l'assemblea non può decidere neppure in merito a quegli atti che riguardano un altro aspetto di rilievo che attiene sempre alla gestione, rappresentato dalle decisioni in ordine alla struttura finanziaria della società.

Ciò vale in primo luogo per la decisione di emissione di obbligazioni, che, ai sensi del nuovo art. 2410 c.c., ora è, salvo diversa disposizione dello statuto, rimessa alla competenza degli amministratori. E lo stesso dicasi con riferimento alla decisione di costituzione di patrimoni destinati che, secondo il disposto dell'art. 2447-ter, ultimo comma, c.c., è considerato atto degli amministratori e non dell'assemblea, alla stregua di un normale atto di gestione, nonostante che si tratti di un istituto finalizzato alla ricerca di nuovi capitali di rischio e di credito. Il che ben lascia intendere come il legislatore rimetta all'esclusiva competenza degli amministratori non solo gli aspetti di gestione generale, ma anche quelli relativi agli assetti finanziari puri della società.

La tendenza è certamente quella di separare il più possibile le competenze degli amministratori da quelle dell'assemblea, e questo significa anche rafforzare il potere dei primi, e la loro autonomia nei confronti dell'assemblea.

Ciò non di meno è altresì chiaro che questa separazione in qualche modo comprime la tutela del singolo socio,

dal momento che tutto quanto non è deciso in assemblea, per essere attribuito alla competenza degli amministratori, viene sottratto al potere di controllo del socio.

Naturalmente occorre verificare se questo arretramento è controbilanciato da qualche miglioramento. Il timore, tuttavia, è che non via sia alcuna misura di bilanciamento.

Peraltro va anche detto che, per una parte della dottrina, la nuova distribuzione delle competenze tra amministratori e assemblea sembra poter essere letta alla luce di un nuovo principio generale, costruito appunto sulla considerazione che il socio nella società per azioni è un mero investitore.

Se, infatti, il socio è un investitore puro e non anche una parte del contratto di società, ne consegue che gli spazi della sua tutela si restringono a quelle sole situazioni nelle quali il grado di rischio dell'investimento viene in qualche modo alterato.

A tale principio di carattere generale, secondo alcuni, dovrebbe essere uniformata l'interpretazione dell'intera riforma. E di ciò sarebbe un esempio la norma contenuta nell'art. 2361 c.c. che sanziona l'atto con cui il patrimonio sociale viene integralmente destinato ad altra attività, proprio in considerazione della conseguente alterazione del grado di rischio dell'investimento che i soci sarebbero costretti, loro malgrado, a subire.

Dalla riforma sembra emergere, quindi, un sistema in cui il socio è considerato un mero investitore, può ottenere tutela solo in assemblea e, peraltro, limitatamente alle decisioni che comportano un peggioramento del grado di rischio del proprio investimento.

A non diversa logica va ricondotta, del resto, la scelta di mantenere ferma la competenza dell'assemblea per ogni decisione avente riguardo alla remunerazione dell'investimento del socio, prima fra tutte quelle in tema di distribuzione degli utili. Se una tale precisazione sino ad oggi poteva apparire ovvia, con la riforma non lo è più, dal momento che, a norma del combinato disposto dell'art. 2364-bis c.c. e dell'art. 2409-terdecies c.c., nelle società per azioni che adotteranno il sistema dualistico, l'approvazione del bilancio spetta al consiglio di sorveglianza e non all'assemblea che, tuttavia, resta pur sempre l'organo deputato a deliberare la distribuzione degli utili. E ciò conferma che ogni qualvolta si tratti di decidere delle condizioni di rischio, della remunerazione dell'investimento e, più in generale, delle vicende che interessano il patrimonio del socio, questi deve poter interloquire sul punto e, quindi, occorre che sia l'assemblea l'organo competente ad assumere la decisione. Stesso discorso, peraltro, vale per la riduzione del capitale, ove è sempre l'assemblea a dover decidere delle relative operazioni.

Ciò posto, è opportuno verificare se a questa riduzione delle competenze assembleari corrisponda o meno un ampliamento dei poteri riconosciuti al socio per reagire avverso le irregolarità di funzionamento dell'organizza-

zione. A mio avviso, l'ampliamento dei poteri del socio è solo sulla carta, non essendo migliorata, in concreto, la sua posizione complessiva.

I lavori assembleari, com'è noto, sono regolati da procedure, in parte previste direttamente dalla legge e talvolta integrate da regole adottate dalla stessa assemblea.

Ciò non di meno, una delle pecche del vecchio sistema, secondo alcuni, era rappresentata dal fatto che non di rado ci si trovava di fronte a vere e proprie strumentalizzazioni da parte di piccoli azionisti che, magari, titolari di un infimo investimento rispetto al capitale sociale, avevano interesse a boicottare l'attività sociale per tentare di indurre il socio di maggioranza ad acquistare a prezzi significativi la propria partecipazione sociale. Del resto, la giurisprudenza venutasi a creare in argomento, a partire dagli anni '80, è nota a tutti e ha fatto scuola.

Una prima esigenza, dunque, che la riforma non poteva non affrontare era proprio quella di eliminare il fenomeno dei disturbatori di assemblea, o - per usare un termine forte - dei "ricattatori" di assemblea.

Ma ciò, dovendo pur sempre tener conto anche della necessità di garantire un protezione al socio effettivamente leso da una delibera assembleare adottata dalla maggioranza.

Per altro verso, il legislatore della riforma voleva garantire pure l'opposta esigenza di certezza e stabilità delle delibere assembleari; specie in considerazione del fatto che la soluzione giudiziaria di una controversia può aversi anche dopo molti anni, con una situazione di instabilità inammissibile per un ordinamento che deve garantire certezza ed efficacia alle proprie decisioni.

C'era, quindi, un'obiettivo esigenza di ristrutturare il sistema, contemperando la necessità di garantire un'effettiva tutela delle ragioni dei soci, da un lato, e quella di assicurare stabilità alle decisioni della società, dall'altro. Contrapposizione - questa tra tutela del socio e stabilità delle decisioni della società - che può essere tradotta, se si vuole, nel conflitto tra maggioranza e minoranza, o meglio tra la tutela della minoranza in rapporto alla forza della maggioranza.

La riforma, al riguardo, ha, in estrema sintesi, introdotto una nuova disciplina dei vizi delle delibere assembleari, una diversa configurazione dei rimedi contro i vizi stessi ed anche una differente strutturazione del procedimento di gravi irregolarità nella gestione stabilito dall'art. 2409 c.c..

È noto che, nel vecchio sistema, i vizi delle delibere assembleari erano sostanzialmente due: annullamento e nullità. Entrambi potevano essere fatti valere in via giudiziaria, seppure in base a presupposti e con procedimenti diversi.

Ed è altresì noto che la giurisprudenza aveva elaborato anche la teoria del vizio di inesistenza delle delibere assembleari. Con la riforma il problema non è affatto risolto, dal momento che, se da un lato si può dire che il codice continua a non prevedere la categoria dell'inesi-

stenza delle deliberazioni assembleari, dall'altro è pur vero che tra le nuove cause di nullità sono state adesso introdotte due ipotesi sinora considerate cause di inesistenza. Insomma, la questione è aperta e ricorda quella... del bicchiere mezzo pieno o mezzo vuoto.

Resta confermato, invece, che l'annullabilità è il vizio di carattere generale delle deliberazioni assembleari, mentre la nullità è un vizio previsto per poche e tassative cause specifiche. In virtù dell'art. 2377 c.c., infatti, l'annullabilità continua ad essere il rimedio invocabile ogni qualvolta la delibera assembleare sia stata adottata in violazione della legge o dello statuto.

Benché formalmente poco sia cambiato sul punto, le novità sono numerose e rilevanti, essendosi modificata la filosofia di fondo dei rimedi contro le deliberazioni assembleari viziate.

La più importante innovazione del legislatore riformista è rappresentata dall'adozione del principio della rilevanza dei soli vizi "determinanti". In questo senso si è giustamente osservato come la patologia delle delibere assembleari abbia rilievo solo se riguarda il procedimento deliberativo determinante, e cioè solo quando esiste un nesso di causalità tra vizio e delibera e perciò stesso il vizio è in grado di produrre un'alterazione della delibera; se questo nesso di causalità non c'è, il vizio non è determinante e, quindi, è inutile eliminarlo attraverso un'impugnativa della deliberazione.

E che il nesso di causalità sia stato enfatizzato è dimostrato, in negativo, dalla disposizione di cui all'art. 2377, comma quarto, c.c., ove sono previste una serie di casi in cui, pur in presenza di un vizio di violazione della legge o dello statuto, la delibera non è annullabile se non nei casi in cui il vizio stesso risulti, per l'appunto, determinante ai fini dell'assunzione della decisione o della costituzione dell'assemblea. È questo, ad esempio, il caso della partecipazione all'assemblea di persone non legittimate che, pur se conteggiate ai fini della determinazione del quorum costitutivo e pur se partecipanti alla discussione e poi al voto, non inficiano la deliberazione se non nel caso limite in cui la loro partecipazione o il loro voto risulti determinante.

Peraltro, la legge nulla dice per l'ipotesi opposta, ossia per la mancata partecipazione di un soggetto che, pur se legittimato, non viene ammesso a partecipare ai lavori assembleari. Situazione che, forse, è ancora più grave della precedente in termini di violazione dei diritti dei singoli soci, ma che tuttavia non è espressamente presa in considerazione dalla riforma.

Secondo parte della dottrina l'esclusione del legittimato deve essere trattata allo stesso modo della partecipazione del non legittimato. Il che, in positivo, significa che l'esclusione dal partecipare all'assemblea di un socio legittimato diviene rilevante solo se si tratta di una "esclusione determinante". D'altronde, se è vero che in assoluto solo i vizi determinanti sono rilevanti, è altresì vero che la medesima soluzione dovrebbe valere sia in positivo sia in negativo, e cioè sia per la partecipazione

del non legittimato sia per la non partecipazione del legittimato.

La conseguenza è rilevante, dal momento che la non partecipazione di un legittimato finisce per comportare l'annullamento soltanto se è determinante, ossia soltanto se ad essere escluso illegittimamente dall'assemblea è il socio di "maggioranza", o meglio un socio che avrebbe potuto determinare in senso opposto la formazione della maggioranza assembleare. Viceversa, se a restare escluso è un socio di "minoranza", incapace di modificare con la sua partecipazione l'esito della decisione assembleare, il vizio sarebbe irrilevante.

In termini di politica legislativa si realizza così una tutela rafforzata della maggioranza, ed uno svilimento della tutela della minoranza. Sempre che, naturalmente, la ricordata interpretazione della rilevanza del vizio sia esatta e condivisibile.

Non diverso discorso, del resto, può essere fatto anche per i vizi conseguenti all'invalidità di singoli voti o al loro errato conteggio, di cui all'art. 2377, quarto comma, numero 2, c.c..

Peraltro, se ciò è vero, va anche detto che parrebbe destinata a venir meno tutta quella giurisprudenza che, nei casi di impugnativa per annullamento di voti determinanti, riteneva addirittura di poter sostituire la delibera assembleare annullata.

La riforma conferma, quindi, che l'annullabilità è il rimedio generale, mentre la nullità è il rimedio speciale previsto per singole cause specifiche. Alle precedenti ipotesi di impossibilità o illiceità dell'oggetto (o a contenuto illecito) si aggiungono ora la mancata convocazione dell'assemblea e la mancanza del verbale; vizi che secondo la vecchia impostazione giurisprudenziale erano causa di inesistenza della delibera assembleare.

Sul piano della legittimazione all'impugnazione, poi, si registrano altre novità. Per quanto concerne la legittimazione all'impugnazione delle delibere annullabili si conferma la legittimazione degli amministratori e dei sindaci, oltre ovviamente a quella dei soci assenti e dissenzienti, e vi si aggiunge espressamente la legittimazione dei soci astenuti, confermando in sostanza un'impostazione giurisprudenziale ormai abbastanza univoca.

Tuttavia, s'introduce un'importante limitazione al potere di impugnativa dei soci, consentendo l'impugnazione soltanto ai soci che hanno un certo quorum di capitale: il cinque per cento nelle società non aperte al pubblico e l'uno per mille nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, ovviamente sempre nel rispetto del termine di decadenza di novanta giorni.

Rilevato, per inciso, che non si tratta di percentuali di capitale basse, occorre sottolineare che ai soci che non hanno potere di impugnativa è concessa la possibilità di agire per il risarcimento dei danni.

Viceversa, in tema di impugnazione per nullità, la riforma conferma la regola della legittimazione in capo a chiunque vi abbia interesse (anche terzi non soci) e introduce, in luogo della prescrizione ordinaria, un termi-

ne breve per l'impugnazione di tre anni dall'adozione della delibera o dalla sua iscrizione nel Registro delle Imprese. L'unica eccezione è rappresentata dall'impugnativa delle deliberazioni che modificano l'oggetto sociale, prevedendo attività illecite o impossibili, che possono essere impugunate senza limiti di tempo (art. 2379, primo comma, ultima parte, c.c.).

Al di là di queste due differenze, mi sembra che, proprio sotto il profilo processuale, il sistema delle impugnative dei due vizi sia conforme. E infatti, al di là della causa, lo strumento è il medesimo, trattandosi sempre di impugnativa da effettuarsi con atto di citazione, sia pur col nuovo rito processuale societario.

Se l'azione è unica, ciò che cambia, forse, è soltanto la *causa petendi*, in relazione al vizio lamentato: annullabilità o nullità. Il vizio è diverso (la delibera è nulla o annullabile), ma il *petitum* (eliminare una delibera annullata o nulla) è lo stesso.

Questo avvicinamento tra le due azioni è ancora più evidente nella fase successiva, perché l'impugnativa, che rappresenta l'inizio della causa, può cessare per effetto di una "sanatoria" (oltre al decorso del tempo).

Tutto il nuovo sistema delle impugnative è, infatti, volto ad una valorizzazione dei rimedi di sanatoria finalizzati ad eliminare il contenzioso. Ed anche il tal caso la considerazione di politica legislativa che sorregge l'impostazione non è difficile da comprendere: il legislatore vuole così contenere la proliferazione delle cause o - visto dall'altra parte - limitare il potere dei soci di minoranza che impugnano le deliberazioni assembleari solo per finalità strumentali.

Per quanto concerne il decorso del tempo, ho già sottolineato che le delibere annullabili dopo novanta giorni acquistano una stabilità definitiva, non essendo più impugnabili e che le delibere nulle debbono essere impugunate entro tre anni. Peraltro, benché il tema del decorso del tempo assuma rilievo sul piano della procedibilità dell'azione, credo che esso abbia valenza anche per ciò che concerne l'interesse ad agire, posto che è difficile immaginare l'interesse ad ottenere una declaratoria di nullità di una delibera assembleare dopo che siano trascorsi tre anni dalla sua assunzione.

Per quanto attiene più propriamente alle forme di sanatoria connesse all'eliminazione del vizio di nullità (che è un dato di fatto di cui non si può discutere, essendo previsto dalla legge, benché faccia rabbrivire da un punto di vista civilistico l'idea di un negozio nullo sanabile), ovvero all'eliminazione della delibera nulla, occorre prendere atto del disposto dell'art. 2377, settimo comma, c.c. che prevede che l'annullamento della delibera non può aver luogo se la delibera impugnata è sostituita da una nuova decisione non viziata.

Non v'è dubbio, infatti, che se è possibile sostituire la delibera impugnata, si elimina il vizio e così si rende inutile la prosecuzione del giudizio che si chiude per improcedibilità o per carenza di interesse. Resta, semmai, solo un problema di spese e forse di risarcimento

dei danni (peraltro dubitabile in ipotesi di carenza di interesse). Per inciso, c'è anche da notare che il legislatore sembra particolarmente interessato a questa ipotesi di sanatoria successiva, tanto che, nel sistema della società a responsabilità limitata, l'art. 2479-ter c.c. prevede addirittura che il tribunale, qualora ne ravvisi l'opportunità (e lo richieda la società o il socio impugnante), ha facoltà di assegnare un termine, non superiore a sei mesi, per l'assunzione di una nuova decisione idonea ad eliminare la causa di invalidità.

Un discorso a parte deve essere fatto per la "sanatoria" delle deliberazioni assembleari (nulle o annullabili) che approvano un bilancio falso.

È noto che già dal febbraio del 2003 è entrata in vigore la riforma dei reati societari e che, con essa, si è introdotta, se non una vera e propria depenalizzazione del reato di falso in bilancio, certamente un sostanziale ammorbidimento dello stesso: attraverso un'onda lunga, ne arrivano adesso gli effetti anche sulle regole per la relativa impugnazione della delibera assembleare viziata.

La riforma affronta la questione sancendo la semplice regola secondo cui l'impugnativa non è più possibile dopo che è stato approvato il bilancio successivo (art. 2434-bis c.c.); e, quindi, applica, pure in tal caso, il principio secondo cui il vizio deve essere determinante, ritenendo che la valenza del vizio si esaurisce con l'approvazione del bilancio successivo.

Nulla vieta, beninteso, di impugnare la delibera assembleare che approva il bilancio dell'esercizio successivo, sempre che ovviamente questo non abbia eliminato il vizio precedente. Una cosa è certa, però: non si può più incidere sull'eventuale distribuzione di utili effettuata sulla base del bilancio falso dell'anno precedente.

Il che poi significa che, anche sul piano civilistico, si segue quella tendenza penalistica a contingentare, a ridurre la rilevanza del falso in bilancio.

Un altro aspetto importante della riforma riguarda la possibilità che il socio può richiedere, in luogo dell'impugnativa, il risarcimento del danno. E ciò rientra nella prospettiva complessiva del legislatore riformista che vede il socio quale mero investitore interessato alla tutela del suo investimento, piuttosto che alla tutela del corretto svolgimento del rapporto associativo di cui è formalmente parte.

Non può quindi stupire se venga riconosciuto ai soci che non hanno una percentuale di capitale significativa la possibilità di agire per il risarcimento del danno (rimedio che, nel silenzio della legge, sembra sommarsi all'impugnazione per chi ne sia invece legittimato, ma è questione dubbia).

Ed infatti, considerato che l'impugnativa è sicuramente uno strumento forte che finisce per incidere direttamente sull'organizzazione, il legislatore ha ritenuto che tutto sommato il piccolo azionista, il famoso disturbatore, sia un soggetto che ha un interesse marginale alla regolarità degli atti che non giustifica il riconoscimento

di una tutela tale da poter addirittura eliminare una delibera assembleare. Un piccolo socio che magari ha un investimento di pochi euro non può avere un potere tale da incidere sulla vita della società e, quindi, è privato di tale azione e può unicamente ottenere il risarcimento dei danni.

Ecco che si ribadisce l'idea che il piccolo azionista viene tutelato in quanto investitore, con la conseguenza che, se risulta danneggiato dal fatto che la società non ha rispettato certe regole nei suoi confronti, ha soltanto diritto ad ottenere dalla società stessa il risarcimento dei danni subiti. Il riconoscimento del diritto del risarcimento del danno non significa, tuttavia, che la relativa azione sia di semplice esperimento, stante l'indubbia difficoltà a provare sia la sussistenza del nesso casuale, sia l'entità, il *quantum* del danno patito, che forse tra i due è il problema maggiore.

Certamente, il piccolo azionista che agisce in giudizio, in presenza di una delibera annullabile, proporrà una domanda indeterminata nel *quantum*. In teoria, la quantificazione del danno può essere posta in relazione tanto al suo investimento quanto all'andamento della società (com'è certamente nel caso del socio imprenditore).

Tuttavia, tenuto conto dei complessivi obiettivi perseguiti dalla riforma, credo sia corretto ancorarsi di nuovo all'idea di fondo che il socio partecipa alla società per fare un investimento e basta. Il che si traduce nel fatto che il danno non può essere dato dal mancato guadagno, dall'utile non distribuito per effetto di un bilancio magari falso (peraltro difficile se non impossibile da dimostrare), ma tutt'al più deve essere quantificato nel pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione, in applicazione del (probabile) principio generale ricavabile dall'art. 2497 c.c. in tema di direzione e coordinamento delle società.

Peraltro, quest'ultima norma impone un approfondimento dal momento che prevede che anche il socio che eserciti attività di direzione e coordinamento può essere ritenuto responsabile accanto alla società, qualora vi sia una violazione a lui imputabile dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. Il che, poi, significa che i legittimati passivi nella causa di risarcimento del danno potranno essere due, la società e il socio di controllo: forse è questa l'effettiva remora alla concreta adozione di delibere viziate.

Ovviamente, nella società a responsabilità limitata il discorso è diverso, dal momento che il socio non è solo un investitore, ma un partecipante alla vita sociale che ha il pieno interesse alla regolarità delle decisioni sociali. Ciò produce conseguenze diverse non soltanto sul piano della legittimazione ad agire per l'impugnazione della decisione viziata (che, infatti, è riconosciuta a ciascun socio, quale che sia la sua percentuale di capitale), ma anche sul piano del risarcimento del danno che il socio può eventualmente pretendere.

Tutto ciò ha un ulteriore riscontro nella nuova disciplina dell'art. 2409 c.c..

È noto quanto fosse efficace tale norma, posta a presidio delle ragioni delle minoranze: il procedimento consentiva ai soci titolari di almeno un decimo del capitale sociale di denunciare al tribunale il fondato sospetto di gravi irregolarità compiute dagli amministratori e dai sindaci. Ed è altresì noto come il tribunale in camera di consiglio, quindi in modo molto veloce e rapido alla presenza del pubblico ministero, poteva adottare gli opportuni provvedimenti per eliminare le gravi irregolarità denunciate ed addirittura arrivare al provvedimento massimo della revoca degli amministratori e dei sindaci e della nomina di un amministratore giudiziario. Uno strumento, il 2409, così efficace da riuscire ad incidere addirittura sul comando della società.

Nel nuovo sistema delineato dalla riforma in tema di *voice*, sicuramente l'art. 2409 c.c. conserva un suo ruolo, anche se in misura molto ridotta.

Diciamo subito che l'art. 2409 c.c. nelle società quotate, a seguito dell'entrata in vigore del Testo Unico dell'intermediazione finanziaria del 1998, aveva già in qualche modo subito un certo ridimensionamento, dovuto al fatto che in tali società i *quorum* richiesti per la legittimazione sono pur sempre troppo alti, finendo per identificare il socio di minoranza, titolare di un tale diritto di denuncia, con, in realtà, il socio di maggioranza, in grado di controllare la società.

A mio avviso, con la riforma del 2003, l'art. 2409 c.c. è stato tuttavia quasi eliminato dal sistema, come accaduto per il falso in bilancio. E ciò in quanto nel nuovo art. 2409 c.c. ci sono delle modifiche che incidono non solo sul procedimento, ma addirittura sull'identificazione del concetto di grave irregolarità, al punto che, probabilmente, alcuni comportamenti che prima erano ritenuti gravi irregolarità - tali da consentire l'adozione del rimedio massimo della revoca degli amministratori e dei sindaci - oggi non lo sono più.

Forse il mantenere una doppia contabilità, o anche l'approvare un bilancio falso forse oggi non rappresentano più quelle irregolarità che legittimavano nel passato l'adozione dei provvedimenti giudiziari di cui all'art. 2409 c.c..

Il punto centrale è che nella nuova versione dell'art. 2409 c.c. le gravi irregolarità sono solamente quelle che sono compiute dagli amministratori in violazione dei loro doveri nella gestione della società, soprattutto, sono solo quelle che possano arrecare danno alla società e che, quindi, abbiano una qualche rilevanza economica per la stessa.

Altra considerazione altrettanto rilevante è che è stata sostanzialmente eliminata dalla procedura (e quindi da quello che era lo scenario che vedeva gli avvocati in camera di consiglio dibattere fra amministratori e soci di minoranza) la presenza del pubblico ministero.

È noto che chi non aveva il decimo del capitale sociale poteva recarsi dal pubblico ministero, presentare un

esposto e dare così impulso indiretto alla procedura. Ebbene, nel nuovo art. 2409 c.c. questa possibilità non c'è più. La legittimazione del pubblico ministero ad avviare la procedura è rimasta soltanto per le società aperte. Il che può avere una rilevanza di carattere generale.

Secondo parte della dottrina, il pubblico ministero agiva a tutela di un interesse pubblico, del rispetto di certe regole. Oggi questi non agisce più, quindi aumenta il rischio che quelle regole vengano violate.

Scrittura privata autenticata

Atto pubblico, scrittura privata autenticata e titolo esecutivo

di GAETANO PETRELLI

La recente legge 14 maggio 2005, n. 80, ha incluso tra i titoli esecutivi stragiudiziali anche la scrittura privata autenticata, estendendo nel contempo l'efficacia esecutiva anche agli atti portanti obblighi di consegna o rilascio. Da ciò una serie di problemi operativi e di implicazioni sistematiche, la cui ricostruzione è indispensabile al fine di orientare il comportamento del notaio sia nella fase di formazione del titolo esecutivo, sia nella successiva fase della spedizione in forma esecutiva; e che consentono altresì di rivedere gli orientamenti tradizionali circa il momento temporale di rilevanza dei requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità del credito.

L'art. 2, comma 3, lett. e), del D.L. 14 marzo 2005 n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005 n. 80, ha modificato - con effetto dal 1° gennaio 2006 (art. 2, comma 3-*quater*, come modificato dall'art. 8, comma 1, del D.L. 30 giugno 2005 n. 115, convertito in legge n. 168 del 17 agosto 2005) - alcune disposizioni del codice di procedura civile in materia di processo di esecuzione, ed in particolare gli artt. 474 e 476 c.p.c. in tema di titolo esecutivo. Le modifiche apportate riguardano l'estensione della qualità di titolo esecutivo alle scritture private autenticate, finora pacificamente esclusa (1); l'espressa previsione dell'efficacia esecutiva degli atti ricevuti da notaio e delle scritture private autenticate, quanto all'esecuzione forzata per consegna o rilascio; l'aumento della sanzione pecuniaria a carico del pubblico ufficiale che spedisce più di una copia in forma esecutiva senza l'osservanza del procedimento disciplinato dall'art. 476 c.p.c. Altre modifiche riguardano l'intervento nel processo di esecuzione e la distribuzione del ricavato (artt. 499 e 510 c.p.c.), strettamente connesse, come si vedrà, alla rilevanza del titolo esecutivo.

In conseguenza di tali modifiche, una serie di convinzioni e principi consolidati, relativi alla materia dei titoli esecutivi stragiudiziali, vengono messi in discussione, e sorgono numerosi problemi operativi, già nella fase della formazione del titolo esecutivo. Ci si chiede, infatti, quale sia la *ratio* dell'estensione dell'efficacia esecutiva alle scritture private autenticate, e se ciò si ponga in linea di continuità con l'ordinamento previgente, o se viceversa ne risulti in qualche modo alterato il quadro complessivo, e la natura stessa del titolo esecutivo. In ogni caso, occorre poi verificare in che misura le problematiche tradizionalmente emergenti dall'analisi dottri-

nale e giurisprudenziale (segnatamente, quelle che attingono al requisito della "certezza" del diritto per il quale si procede, e della sua rilevanza all'atto della spedizione del titolo in forma esecutiva) risentano del nuovo quadro normativo. Ed occorre, inoltre, interrogarsi sulla ragione pratica, e sul significato sistematico dell'estensione dell'efficacia esecutiva di alcuni titoli stragiudiziali (atti ricevuti da notaio o altro pubblico ufficiale autorizzato; scritture private autenticate) per quanto concerne l'esecuzione (in forma specifica) per consegna e rilascio. Per altro verso, il riferimento in via esclusiva alla scrittura privata "autenticata" solleva il delicato interrogativo circa l'equipollenza, a tale documento, della scrittura privata le cui firme siano giudizialmente accertate.

Sotto il profilo operativo, non poche sono le incertezze che nascono dall'attribuzione di esecutività alla scrittura privata autenticata. Ci si chiede: tale efficacia esecutiva compete alle sole scritture autenticate conservate nella raccolta degli atti del notaio autenticante, o anche a quelle che siano rilasciate in originale alle parti? E, in quest'ultimo caso, *quid iuris* nel caso in cui la scrittura sia autenticata in più originali? E per quanto concerne la spedizione in forma esecutiva, è quest'ultima necessaria (e consentita), o piuttosto il titolo esecutivo

Nota:

(1) Per l'esclusione dell'efficacia esecutiva delle scritture private autenticate, Caccavale-Trimarchi, *Appunti sul titolo esecutivo notarile*, in *Studi in tema di mutui ipotecari*, Milano 2001, p. 133; Boero, *La legge notarile commentata*, Torino 1993, II, p. 414; Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli 1957, p. 21; Chioyenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1923, p. 250; Cass. 5 marzo 1982 n. 1380, in *Foro it.*, 1983, I, c. 176; Trib. Vercelli 25 giugno 1958, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 395.

rappresentato dalla scrittura privata autenticata è “contrassegnato” in altro modo? E, nel primo caso, la spedizione in forma esecutiva avviene mediante il rilascio di una copia conforme, ovvero riguarda direttamente l'originale della scrittura privata? Ed in qual modo si può assicurare il rispetto della disposizione dell'art. 476 c.p.c.? Senza parlare delle questioni di diritto transitorio, in quanto occorrerà verificare se le scritture private autentiche in data anteriore all'entrata in vigore della nuova normativa siano munite di efficacia esecutiva o meno.

Esistono, peraltro, due recenti disegni di legge che tentano di risolvere, in parte, alcuni dei problemi sopra posti. Il disegno di legge n. S-3439, approvato dal Senato ed attualmente all'esame della Camera dei deputati con il n. C-5960, affronta in modo identico le questioni in esame, modificando nuovamente le disposizioni sul processo esecutivo per la parte che interessa. In particolare, viene esclusa l'efficacia esecutiva delle scritture private autentiche relativamente all'esecuzione forzata per consegna e rilascio (che quindi potrebbe avvenire solo sulla base di un titolo giudiziale, ovvero di un atto pubblico); inoltre, si prevede che “il precetto deve contenere trascrizione integrale, ai sensi dell'articolo 480, secondo comma, delle scritture private autentiche”.

Si tenterà, nel prosieguo, di rispondere alle questioni come sopra sollevate, tenendo conto del quadro sistematico complessivo nel quale si inquadra la disciplina dei titoli esecutivi stragiudiziali, e delle modifiche legislative ancora *in itinere*; non senza sottolineare, sin d'ora, che il quadro normativo risultante dalle modifiche apportate con la legge n. 80/2005, ma anche quello che deriverebbe dall'approvazione dei disegni di legge sopra citati, presenta vistose incongruenze ed appare per diversi aspetti inidoneo a risolvere alcune delle incertezze interpretative sopra evidenziate.

La nozione generale di titolo esecutivo ed il problema del fondamento unitario dell'efficacia esecutiva

In via preliminare, occorre sottoporre ad analisi la nozione generale di “titolo esecutivo”, al fine di verificare se, sotto tale etichetta, sia individuabile un unico istituto giuridico, caratterizzato da un fondamento e da una disciplina unitari (come ha tentato di dimostrare autorevole dottrina, sia pure in una stagione ormai lontana degli studi processualistici); ovvero se - fermi restando determinati profili comuni di regolamentazione - vi sia una irriducibile diversità tra le diverse categorie di titoli esecutivi, giudiziali e stragiudiziali.

Occorre premettere, a tale esame, che l'attuale disciplina del titolo esecutivo è il risultato di progressive stratificazioni, e di un'evoluzione storica che conosceva, in origine, solo il titolo esecutivo di formazione giudiziale, come l'unico che - in quanto assistito dalla forza coercitiva dello Stato - era in grado di determinare l'assoggettamento dei beni del debitore all'azione esecutiva promossa da un privato. In tale ottica, solo un atto prove-

niente da una pubblica autorità poteva avere la “forza” necessaria per sacrificare il diritto di proprietà, la cui sacralità ed inviolabilità erano ben più pregnanti rispetto ai tempi successivi (2). Per certi aspetti, quindi, l'estensione dell'efficacia esecutiva agli atti “ricevuti” da notaio si poneva in linea di continuità con tale principio, essendo il notaio un pubblico ufficiale, delegatario di pubblici poteri; non bisogna, anzi, dimenticare che - come accurate indagini storiche hanno dimostrato - l'origine dell'efficacia esecutiva degli atti notarili nasce da una “finzione” di equivalenza della *confessio* effettuata dalla parte dinanzi al notaio (*iudex chartolaris*) alla confessione, e quindi all'accertamento operato in giudizio (*confessus pro iudicato habetur*) (3). A ben vedere, in quest'ottica si muove ancora il Regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 (che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati) (4), il cui art. 4 equipara alle decisioni giudiziarie, ed a taluni atti amministrativi, solo gli “atti pubblici”, caratterizzati da una autenticità che “riguardi la firma e il contenuto” e che “sia stata attestata da un'autorità pubblica o da altra autorità a ciò autorizzata dallo Stato membro di origine” (5).

È chiaro che, muovendosi in un contesto normativo come quello sopra delineato, la scrittura privata, ancorché autenticata da notaio o altro pubblico ufficiale, non avrebbe alcuna possibilità di essere annoverata tra i titoli esecutivi, difettando in essa l'autenticità riguardo al “contenuto”, ma soprattutto la provenienza da una pubblica autorità: è incontestato il fatto che la paternità della scrittura privata rimanga sempre in capo al soggetto privato autore del documento e della sottoscrizione, nonostante di quest'ultima sia accertata in modo autentico la provenienza (6), nonostante - come è or-

Note:

(2) Vaccarella, *Titolo esecutivo, processo, opposizioni*, cit., p. 15 ss.

(3) Vaccarella, *Titolo esecutivo, processo, opposizioni*, Torino 1993, p. 10 ss.; Mazzarella, *Contributo allo studio del titolo esecutivo*, Milano 1965, p. 70, nota 112.

(4) Su tale strumento comunitario, cfr. Lombardini, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati alla luce del Regolamento (CE) n. 805 del 2004*, in *Studium iuris*, 2005, p. 3; Brunelli, *Il nuovo regolamento CE n. 805/2004 sul titolo esecutivo europeo*, Studio 04.10.08.31/UE in data 8 ottobre 2004, della Commissione affari europei e internazionali del Consiglio Nazionale del Notariato.

(5) La soluzione adottata dal Regolamento CE n. 805/2004 - in ordine all'esclusione dell'efficacia esecutiva dei titoli che non provengano da una pubblica autorità - non è nuova, in quanto si rinviene sia nell'art. 50 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 (riprodotto nell'art. 50 della Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988), sia nell'art. 57 del Regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000. Cfr. anche la fondamentale Corte Giustizia CE 17 giugno 1999, Causa C-260/97 (c.d. sentenza Unibank), in *questa Rivista*, 2000, p. 217.

(6) È pacifico che l'autenticazione delle sottoscrizioni non modifichi la natura della scrittura privata, che rimane tale, con la sola aggiunta dell'efficacia probatoria privilegiata inerente alla provenienza del documento: cfr. per tutti Marmocchi, *Scrittura privata*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma 1992, p. 6; Cass. 12 gennaio 1978 n. 135, in *Giur. it.*, Mass. 1978, n. 32.

mai pacifico - l'autenticazione delle sottoscrizioni apposte a scritture private comporti l'obbligo del notaio di controllare la legalità delle stesse, ai sensi dell'art. 28 della legge 16 febbraio 1913, n. 89 (7).

Ma il contesto normativo, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, non è più, da tempo, quello sopra descritto. Già con il codice di commercio del 1882, infatti, era stata attribuita efficacia esecutiva alle *cambiali e titoli di credito equiparati*; la novità - accolta in un primo tempo dalla dottrina con veementi critiche, in quanto sconvolgeva il quadro sistematico sopra tracciato (8) - era motivata dall'evidente intento di agevolare i commerci, e quindi di istituire uno strumento di facile utilizzo (quale può essere, per l'appunto, la cambiale) al fine di assicurare al creditore il pronto soddisfacimento del proprio credito. La novità è stata riproposta sia nelle disposizioni legislative in tema di cambiale (art. 63 r.d. 14 dicembre 1933, n. 1669) e di assegni (art. 55 r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736), sia, successivamente, nel codice di procedura civile del 1940, il cui art. 474, al n. 2, contempla espressamente "le cambiali, nonché gli altri titoli di credito e gli atti ai quali la legge attribuisce espressamente la stessa efficacia".

Si poneva, pertanto, alla dottrina il problema di giustificare il fondamento unitario dell'esecutività di titoli così eterogenei, essendo evidente la profonda differenza - sotto il profilo della "certezza" del diritto soggettivo per il quale si agisce esecutivamente - tra una sentenza passata in giudicato ed una cambiale di cui non è accertata neanche l'autenticità della sottoscrizione. Del resto, tale eterogeneità era, a ben vedere, già presente anche in rapporto agli altri titoli esecutivi: basti pensare al differente livello di certezza esistente in una sentenza passata in giudicato, rispetto ad una sentenza non definitiva e quindi suscettibile di riforma o annullamento, ma tuttavia provvisoriamente esecutiva; o rispetto ad un atto pubblico notarile, che certamente richiede per la sua formazione - a pena di nullità ai sensi degli artt. 47 e 58 l. not. - un'approfondita indagine della volontà delle parti ad opera del notaio (oltre, ovviamente, al controllo di legalità *ex art. 28 l. not.*) (9), ma che altrettanto ovviamente non è immune da contestazioni in ordine alla validità o all'efficacia del negozio in esso contenuto (posto che numerose cause di invalidità o inefficacia sfuggono, per loro natura, al controllo del notaio, o possono sfuggire per negligenza o imperizia di quest'ultimo). Senza parlare del valore relativo che la suddetta certezza comunque assume, anche rispetto ad una sentenza passata in giudicato, suscettibile di impugnazioni "straordinarie" (artt. 395 ss., 404 ss. c.p.c.), ed in genere rispetto a qualsiasi "titolo" esecutivo, che può ben rivelarsi inefficace per circostanze successive alla sua formazione (in conseguenza, ad esempio, del pagamento effettuato dal debitore).

Inutilmente, si è detto, la dottrina ha tentato di rinvenire il bandolo della matassa. Così, taluno ha individuato il comune fondamento di tutti i titoli esecutivi

nel "documento", formato con le modalità prescritte dalla legge, attribuendo ad esso valore di "prova legale" (10): al che altri ha avuto buon gioco nel ribattere che il titolo esecutivo non costituisce, in realtà, prova del diritto soggettivo (che, come si è visto, potrebbe essere venuto meno anche successivamente alla spedizione in forma esecutiva), ciò che è naturale conseguenza del principio di autonomia dell'azione rispetto al diritto medesimo (11); e che vi sono titoli esecutivi (massime quelli stragiudiziali) che non contengono l'accertamento definitivo ed incontestabile del credito, la cui inesistenza può essere fatta valere con l'opposizione all'esecuzione. Altri ha ravvisato il minimo comun denominatore nell'"atto giuridico" contenuto nel documento, espressivo di una "volontà sanzionatoria dello Stato" (12); a parte però l'ambiguità di questo concetto, gli oppositori della tesi hanno avuto buon gioco nel rilevare l'impossibilità di accomunare sotto questo profilo realtà eterogenee come la sentenza, l'atto notarile e la cambiale. Altri ancora ha identificato l'elemento comune a tutti i titoli esecutivi nella presenza di un "accertamento" (13): senza considerare che, in realtà, ravvisare un accertamento nel negozio giuridico di assunzione dell'obbligazione, o nel negozio cambiario, appare una forzatura se non una finzione interpretativa; più in generale, il contenuto dei titoli esecutivi giudiziali e di quelli stragiudiziali non sembra riducibile ad unità, ed ogni tentativo in tal senso è destinato ad infrangersi contro la profonda differenza di disciplina di tali diverse

Note:

(7) Cfr. per tutti Petrelli, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, in *Riv. not.*, 1994, p. 1423 ss.

(8) Cfr. una ricostruzione del dibattito in Vaccarella, *Titolo esecutivo, processo, opposizioni*, cit., p. 18 ss.

(9) La giurisprudenza ammette peraltro, ai fini dell'efficacia esecutiva, la possibilità che "il contenuto dell'atto notarile sia determinato *per relationem*, non potendosi dubitare che il contenuto di un negozio possa essere determinato mediante il rinvio ad una fonte esterna, quando, come nel caso, di questa sia certa l'esistenza (e, trattandosi di negozi formali, sia accertabile con mezzi di prova diversi dalla prova testimoniale) e quando il contenuto del negozio sia completamente voluto al momento del suo perfezionamento e la forma negoziale richiesta copra il contenuto effettivo della volizione: condizioni, in presenza delle quali il contenuto del negozio deve ritenersi specifico e completo, poiché la *relatio* è sufficiente ad esaurirne il contenuto": Cass. 5 marzo 1982 n. 1380, in *Foro it.*, 1983, I, c. 176. Tale conclusione - valevole, ovviamente, ai fini dell'efficacia esecutiva dell'atto pubblico - consentirebbe di ritenere integrato il requisito formale della natura pubblica dell'atto anche se parte del contenuto negoziale è riportato in un allegato al documento pubblico.

(10) Carnelutti, *Titolo esecutivo*, in *Studi di diritto processuale*, IV, Padova 1939, p. 115 ss.; Id., *Titolo esecutivo e scienza del processo*, ibidem, p. 129 ss.

(11) Sul principio di autonomia dell'azione, cfr. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 21 ss.; Orestano, *Azione*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, p. 196 ss.

(12) Liebman, *La sentenza come titolo esecutivo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, p. 117 ss.; Id., *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Roma 1931, p. 124 ss., 145 ss.

(13) Mandrioli, *L'azione esecutiva*, Milano 1955, p. 369 ss.

realtà. Altri ancora ha parlato del titolo esecutivo come documento di legittimazione (14).

La verità appare, invero, più semplice: i titoli esecutivi disciplinati dall'art. 474 c.p.c. e dalle altre disposizioni del codice di procedura civile, nonché dalla legislazione speciale, sono entità assolutamente eterogenee, e non riconducibili ad un fondamento unitario. Basti considerare che:

– la *sentenza passata in giudicato* rappresenta il livello massimo di certezza che l'ordinamento giuridico può attribuire al diritto soggettivo che con essa viene accertato o costituito, o rispetto al cui adempimento viene pronunciata la condanna;

– al contrario, la *sentenza non definitiva* è suscettibile di provocare una "esecuzione ingiusta", nella misura in cui il provvedimento venga successivamente riformato o annullato (con possibile necessità, in tal caso, del debitore, divenuto creditore di un obbligo di restituzione, di attivare una nuova esecuzione forzata in senso inverso);
– l'*atto pubblico notarile*, grazie all'indagine della volontà operata dal notaio ai sensi dell'art. 47 l. not. (idonea a prevenire problemi di incapacità, vizi della volontà, divergenze tra volontà e dichiarazione), ed al controllo di legalità posto in essere a norma dell'art. 28 l. not. (che impedisce il ricevimento di atti nulli), assicura un elevato grado di certezza alla dichiarazione negoziale in esso documentata, comunque, per ovvie ragioni, inferiore a quello di qualsiasi sentenza;

– nella *cambiale*, nell'*assegno* e negli *altri titoli di credito* a cui la legge attribuisce efficacia esecutiva, allorché ricorrano i requisiti di forma prescritti dalla legge, l'elemento della "certezza" consiste - oltre che nella sicurezza dell'inadempimento del debitore, rivelata dal possesso del titolo da parte del creditore (15) - nell'astrattezza dell'obbligazione cartolare, e quindi nell'inopponibilità al portatore del titolo delle eccezioni relative ai rapporti sottostanti, diversi dal rapporto intercorrente tra emittente (o, comunque, obbligato) e portatore medesimo; alcune eccezioni sono peraltro opponibili, e soprattutto non si ha alcuna certezza che la sottoscrizione apposta al titolo sia quella del soggetto che ivi figura come obbligato al pagamento (16);

– la *scrittura privata autenticata*, da parte sua, ha l'intrinseca certezza della provenienza da colui che ne risulta autore (art. 2702 c.c.), ed inoltre il controllo di legalità operato dal notaio assicura circa l'inesistenza di cause di nullità; per altro verso, tuttavia, l'assenza di un'indagine obbligatoria della volontà della parte, per l'inapplicabilità all'atto di autenticazione dell'art. 47 l. not. (17), comporta la possibile sussistenza di vizi della volontà, o di divergenze tra volontà e dichiarazione, che sotto tale profilo attribuiscono alla scrittura privata autenticata un valore, in termini di certezza, inferiore non solo all'atto pubblico ma addirittura alla cambiale.

Un panorama, insomma, estremamente variegato. A fronte del quale, non può che condividersi la conclusione secondo la quale l'individuazione di un fondamento

comune ai diversi titoli esecutivi appare una chimera, impossibile da raggiungere (18); e che *alla locuzione "titolo esecutivo" sono ricollegate, in realtà, una pluralità di discipline* (19). Il minimo comun denominatore di tutte le fattispecie esaminate è rappresentato soltanto da "un certo grado di certezza in ordine al sorgere del credito" (20), ossia un *fumus boni iuris*, più o meno accentuato, del diritto del creditore procedente (o del creditore intervenuto nell'esecuzione), a fronte del quale il legislatore, discrezionalmente (21), attribuisce ad esso creditore una posizione di "preminenza" (un "vantaggio processuale") (22) rispetto al debitore, consentendogli di attivare l'esecuzione forzata sui beni di quest'ultimo.

Note:

(14) Massari, *Titolo esecutivo*, in *Novissimo dig. it.*, XIX, Torino 1973, p. 377; Satta, *L'esecuzione forzata*, Torino 1952, p. 27; nonché gli altri autori citati in Mandrioli, *L'azione esecutiva*, cit., p. 336.

(15) Per tale giustificazione, Mandrioli, *L'azione esecutiva*, cit., p. 382, nota 144.

(16) In altri ordinamenti (come, ad esempio, quello spagnolo), presupposto dall'efficacia esecutiva della cambiale è il riconoscimento davanti all'autorità giudiziaria dell'autenticità della firma dell'obbligato cambiario: cfr. Cass. 10 marzo 1993 n. 2894, in *Foro it.*, 1994, I, c. 149.

(17) Petrelli, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, cit., p. 1426 ss., ove si chiarisce comunque che il notaio autenticante, in base al contratto d'opera professionale ed all'obbligo di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c., deve informare le parti di tutte le conseguenze che possono derivare dall'atto (tra le quali conseguenze vi è, ora, l'efficacia esecutiva). Trattandosi, peraltro, di obbligo professionale e non funzionale, le parti possono dispensare il notaio da tale dovere di chiarimento e informazione.

(18) Mazzarella, *Contributo allo studio del titolo esecutivo*, cit., p. 73 ss., 78 ss. (che richiama a conferma della diversità dei titoli esecutivi "la loro diversa reattività rispetto all'opposizione del debitore"); Grasso, *Titolo esecutivo*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano 1992, p. 686; Proto Pisani, *Appunti sull'esecuzione forzata*, in *Foro it.*, 1994, V, c. 305 ss. ("è inutile cercare di individuare sul piano della «natura» un qualcosa che unifichi i vari titoli esecutivi ... il legislatore nell'art. 474, secondo comma (e nelle molte disposizioni che a questo rinviano) ha individuato di volta in volta il punto di equilibrio tra le esigenze perennemente in contrasto di rapidità per il creditore e di certezza per il debitore ... quanto al requisito della certezza, non è possibile dire nulla più che i provvedimenti, atti o documenti costituenti titolo esecutivo offrono una «certa qual certezza» di grado notevolmente diverso in ordine all'esistenza dei fatti costitutivi dei crediti liquidi ed esigibili da essi rappresentati"); Bonsignori, *L'esecuzione forzata*, Torino 1996, p. 57 ss.

(19) Vaccarella, *Diffusione e controllo dei titoli esecutivi non giudiziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 66.

(20) In tal senso, Vaccarella, *Diffusione e controllo dei titoli esecutivi non giudiziali*, cit., p. 52, per il quale "è tale "certezza" che razionalmente giustifica la possibilità di aggredire *tout court* il debitore e contestualmente soddisfa l'esigenza di economia dell'ordinamento"; rilevando che i titoli esecutivi stragiudiziali rispondono alla logica dei "procedimenti sommari determinati", caratterizzati da una dichiarazione *lato sensu* confessoria, su cui viene fondato il procedimento esecutivo.

(21) Vaccarella, *Diffusione e controllo dei titoli esecutivi non giudiziali*, cit., p. 53, il quale, sulla base della estrema vaghezza e genericità del criterio della "certezza", rileva che da ciò "discende la quasi totale insindacabilità delle scelte che il legislatore ha operato ed opererà", e quindi "la sostanziale impossibilità di un serio controllo delle scelte legislative in tema di titoli esecutivi stragiudiziali".

(22) Riconduce il concetto di titolo esecutivo al "vantaggio processuale", Mazzarella, *Contributo allo studio del titolo esecutivo*, cit., p. 127 ss.

Non si tratta, però, di una preminenza “assoluta”, posto che il debitore ha a sua disposizione - come nell’analoga fattispecie del procedimento monitorio - lo strumento dell’opposizione all’esecuzione, con il quale può paralizzare l’azione esecutiva ingiusta, o comunque fondata su un titolo esecutivo che non rispecchi, per i motivi più svariati, il diritto soggettivo che si pretende di attuare coattivamente. A ben vedere, *l’opposizione all’esecuzione rappresenta la vera “camera di compensazione” delle differenze riscontrate tra i diversi titoli esecutivi*. Perché, è evidente, le eccezioni opponibili dal debitore in sede di opposizione saranno tanto più numerose, tanto più suscettibili di essere accolte quanto minore sarà il grado di “certezza” del titolo esecutivo: il debitore cambiario potrà, ad esempio, immediatamente disconoscere la sottoscrizione apposta sul titolo (art. 64 l. cambiaria; art. 56 l. assegni), cosa che non potrà fare colui che si è obbligato a mezzo di un atto pubblico o di una scrittura privata autenticata (essendo necessaria, in quel caso, la querela di falso); laddove il debitore la cui obbligazione sia stata accertata con sentenza passata in giudicato potrà, tendenzialmente, far valere solo cause estintive dell’obbligazione successive al passaggio in giudicato, e poco più. Ecco, quindi, che il sistema acquista una sua intrinseca razionalità, che giustifica l’eterogeneità delle previsioni contenute nell’art. 474 c.p.c., per non parlare delle altre che contemplano ulteriori fattispecie di titoli esecutivi, giudiziali o stragiudiziali (23); e che consente di ritenere probabilmente infondata l’affermazione della eccezionalità dei titoli esecutivi stragiudiziali (24).

Si è, così, raggiunta una prima conclusione: *l’attribuzione di efficacia esecutiva alle scritture private autenticate non può essere tacciata di irragionevolezza rispetto al quadro normativo preesistente, che già conosceva un coacervo eterogeneo di titoli esecutivi*. Il che non toglie, peraltro, che possa trattarsi di una *scelta inopportuna*, per diverse ragioni. In primo luogo, pur con le innegabili differenze sopra rilevate tra l’ordinamento italiano e quello comunitario, l’espressa presa di posizione del Regolamento CE n. 805/2004 ad esclusivo favore del documento “atto pubblico”, facente prova “della firma e del contenuto”, pone il problema dell’opportunità di una scelta normativa che, in ambito nazionale, estende anche alla scrittura privata autenticata l’efficacia esecutiva: con la conseguenza che un determinato soggetto, il cui credito risulti da una scrittura autenticata in Italia, potrà agire esecutivamente nel territorio della Repubblica, ma non potrà avvalersi di tale titolo al fine di agire esecutivamente negli altri Stati dell’Unione europea (a meno che la legislazione interna di questi ultimi non contempli l’efficacia esecutiva anche di tale atto); questa, in tempi di “globalizzazione”, non appare sicuramente una scelta appropriata. In secondo luogo, non può tacersi il *pericolo della sottoscrizione, senza eccessiva ponderazione, di una scrittura privata*, la cui autenticazione non implica (inderogabilmente) l’indagine della volontà del sottoscrittore ad opera del notaio; ponderazio-

ne che si ritiene invece assicurata nel caso di sottoscrizione di cambiali e assegni, il cui formalismo viene dalla dottrina - ma anche nella comune coscienza collettiva - associato alla “gravità” dell’impegno assunto con la sottoscrizione medesima (25). Al di fuori del fenomeno cartolare, *ogni qualvolta il legislatore ha inteso assicurare la ponderazione della volontà della parte ha richiesto la forma dell’atto pubblico*: si pensi al caso della donazione, ed a quello delle convenzioni matrimoniali (26).

Probabilmente il legislatore ha inteso, con la modifica di cui si discorre, ampliare il novero dei titoli esecutivi a fronte delle nuove disposizioni che limitano la facoltà di intervento, nel processo di esecuzione, ai soli creditori muniti di titolo esecutivo (nuovo art. 499 c.p.c., come modificato dalla legge n. 80/2005); consentendo sì l’intervento dei creditori

Note:

(23) Rileva Proto Pisani, *Appunti sull’esecuzione forzata*, cit., p. 305 ss., che la diversa origine del titolo e il suo diverso grado di certezza, se è priva di significato per l’ufficio esecutivo che deve sempre dare corso al procedimento, incide e notevolmente in ordine ai limiti entro i quali è possibile attaccare il titolo esecutivo (in via di opposizione all’esecuzione ex art. 615 c.p.c. o di impugnazione in senso tecnico) e chiedere (al giudice dell’esecuzione o dell’impugnazione in senso tecnico) la sospensione dell’esecuzione. Quest’ultimo argomento acquista un’importanza determinante a seguito della modifica all’art. 615, apportata con la legge n. 80/2005, posto che ora la norma precisa espressamente che, già in sede di opposizione al precetto, “il giudice, concorrendo gravi motivi, sospende su istanza di parte l’efficacia esecutiva del titolo”.

(24) Corte Cost. 28 aprile 2004 n. 133, in *Giur. cost.*, 2004, p. 1297.

(25) Cfr. soprattutto Bracco, *Forma e volontà nella dichiarazione cambiaria*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, c. 372 ss., 466 ss., che chiarisce come l’imposizione di una formula per la dichiarazione cambiaria, con l’utilizzo di parole sacramentali e l’imposizione della massima rigidità, sia diretta a provocare una “manifestazione di volontà seria e ferma”, nel contempo “percepibile in maniera non equivoca, tale che agevolmente dà certezza del fatto giuridico e delle relative circostanze di tempo e di luogo”; con la precisazione che “una funzione specifica ulteriore della forma cambiaria è quella, di provocare la riflessione del dichiarante proprio sulla natura della dichiarazione che egli va rendendo secondo la forma cambiaria”; e che “a costituire un intento giuridicamente rilevante basta, qui, l’apprezzamento di ciò che nella coscienza collettiva è pur diffuso, l’apprezzamento, cioè, della funzione economico-sociale che nella vita dei traffici ha quel documento della dichiarazione che è la cambiale”. Tutto ciò ha uno scopo ulteriore, quello di generare una presunzione legale: “là dove c’è la forma sia presunto che la dichiarazione di volontà è stata resa in vista della natura dell’atto e considerando il valore della formula”. Ciò giustifica l’irrelevanza delle divergenze tra volontà e dichiarazione, dei vizi della volontà, dell’incapacità naturale del dichiarante: in una parola, l’inopponibilità delle eccezioni al portatore del titolo cambiario, sancita dall’art. 21 della legge cambiaria. Nel medesimo ordine di idee, Mazzarella, *Contributo allo studio del titolo esecutivo*, cit., p. 76 (“il debitore che accetta la disciplina cambiaria sa di aprire il proprio rapporto a terzi, sa di esporsi all’azione “da creditore” di soggetti diversi dall’originario creditore”); Castoro, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, Milano 1998, p. 21 (“l’esecuzione della cambiale, anche conosciuta come esecuzione parata, si giustifica nel fatto che l’emittente, formando e sottoscrivendo il titolo cambiario, sa ed accetta preventivamente di assoggettarsi agli atti esecutivi, in caso di inadempimento”).

(26) Massari, *Titolo esecutivo*, cit., p. 384-385, ravvisa il fondamento dell’efficacia esecutiva dei titoli stragiudiziali nel fatto che “il debitore si sottomette preventivamente a quella che potrà essere l’attività esecutiva del creditore”; e, relativamente allo specifico caso dell’atto pubblico, ritiene che l’efficacia di titolo esecutivo “deriva dall’averle le parti stesse optato per la forma dell’atto pubblico”.

che, pur non muniti di titolo esecutivo, al momento del pignoramento avevano eseguito un sequestro sui beni pignorati ovvero avevano un diritto di prelazione risultante da pubblici registri o un diritto di pegno; ma impedendo che, in sede di riparto, a questi ultimi venga immediatamente distribuito l'importo ad essi dovuto, che viene accantonato in attesa della formazione, a loro favore, di un titolo esecutivo (art. 510 c.p.c.). Si tratta, quindi, ancora una volta di una scelta di opportunità, che su tale piano non può probabilmente condividersi, ma a fronte della quale non sono comunque prospettabili vizi di incostituzionalità o comunque di illegittimità della nuova normativa.

La scrittura privata autenticata come titolo esecutivo: fondamento giuridico della scelta legislativa

Il nuovo art. 474 c.p.c. attribuisce, quindi, valore di titolo esecutivo alla scrittura privata autenticata. Ciò, deve ritenersi, in considerazione sia della verifica dell'autenticità della sottoscrizione ad opera del notaio o altro pubblico ufficiale autenticante (che attribuisce certezza in ordine alla provenienza del documento dal debitore, tant'è vero che tale titolo è idoneo a consentire l'iscrizione dell'ipoteca, ai sensi dell'art. 2835 c.c.), sia del controllo di legalità che sul contenuto della scrittura il notaio è tenuto ad effettuare (27), sia infine del controllo della legittimazione e dei poteri di rappresentanza, anch'essi posti a carico del notaio autenticante. In altri termini, il legislatore ha ritenuto sussistere un sufficiente grado di "certezza", in ordine all'obbligazione nascente dal titolo, in dipendenza dell'*attendibilità che l'intervento del pubblico ufficiale attribuisce alla scrittura, quanto alla validità, all'efficacia ed all'imputabilità del negozio giuridico* in essa contenuto, e quindi alle obbligazioni da essa derivanti; tenendo conto anche dell'obbligo professionale di informazione e chiarimento, di cui si è già detto, la cui presenza è stata, evidentemente, ritenuta sufficiente dal legislatore al fine di "responsabilizzare" il soggetto che con la scrittura privata assume un obbligo.

Come si è già detto, le ragioni di tale "valutazione legale tipica" - che presuppone che il notaio autenticante, nell'ambito del proprio dovere di chiarimento, evidenzi alle parti il valore di titolo esecutivo che la scrittura privata assume in conseguenza dell'autenticazione - non possono condividersi, data la *derogabilità dell'obbligo professionale di informazione* (28), e quindi la concreta possibilità che non sia effettuata una scrupolosa indagine della volontà al fine di prevenire possibili vizi della volontà e divergenze tra volontà e dichiarazione, e di assicurare univocità e chiarezza al contenuto del negozio giuridico (29), in modo da attribuirgli quei requisiti di certezza richiesti ai fini dell'esecutività (30). Nel caso della scrittura privata autenticata, quindi, in teoria qualsiasi dichiarazione negoziale, purché non affetta da nullità (secondo la prevalente interpretazione dell'art.

28 l. not.), può superare il filtro del controllo di legalità da parte del pubblico ufficiale autenticante.

Si consideri, inoltre, che una delle ragioni che giustifica la qualificazione dell'atto pubblico notarile come titolo esecutivo è tradizionalmente rinvenuta nella *pubblica fede* che deriva da tale documento (pubblica fede da non confondersi con l'efficacia probatoria privilegiata, ex art. 2699 c.c.): si è affermato che "l'esecutività si giustifica con la pubblica fede che il notaio o l'ufficiale attribuisce all'atto, secondo l'espressione dell'art. 2699 c.c. La pubblica fede è data dall'assunzione della volontà delle parti nell'atto, ed è quella che consente all'atto notarile la qualificazione di titolo esecutivo" (31); grazie al pregnante intervento notarile definito dagli artt. 47 e 28 l.n., sorge "la pubblica fede nella validità, e conseguentemente nella efficacia dell'atto" (32). Che è poi ciò che richiede il Regolamento (CE) n. 805/2004, il cui art. 4 richiede che l'autenticità "riguardi la firma e il contenuto". Nulla di tutto ciò nella scrittura privata autenticata, che non attribuisce in alcun modo pubblica fede, e la cui efficacia probatoria privilegiata è circoscritta alla provenienza da colui che ne risulta autore (art. 2702 c.c.).

Anche nel caso della *cambiale* e dell'*assegno*, la particolare "certezza" che assume l'obbligazione cartolare è sta-

Note:

(27) Ricollega la *ratio* della nuova previsione al controllo notarile di legalità sulla scrittura privata autenticata, Fausti, *Copia esecutiva e scrittura privata autenticata*, in *Fedemotizie*, 2005, 4, p. 131.

(28) Petrelli, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, loc. ult. cit. La derogabilità convenzionale dell'obbligo professionale di informazione non può comunque essere intesa in termini assoluti, essendovi notevoli dubbi sulla praticabilità della deroga, e delle correlative clausole di esonero da responsabilità, ove il soggetto che assume l'obbligo rivesta la qualità di consumatore (art. 1469-bis, comma 3, n. 2, e art. 1469-quinquies, comma 2, n. 2, c.c.).

(29) Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli 1960, p. 266-267, chiarisce che l'atto negoziale, per avere efficacia di titolo esecutivo, deve essere "così chiaro e semplice, che se ne possa desumere, sebbene non accertata, la volontà concreta della legge"; ciò ricollegandosi alla funzione del titolo esecutivo, che "rappresenta una semplificazione imposta dall'interesse generale alla rapidità delle esecuzioni, in quanto che esso dispensa dalla necessità di una nuova cognizione del giudice, diretta ad accertare l'esistenza attuale dell'azione esecutiva".

(30) Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 275, individua la ragione dell'esecutività dell'atto pubblico notarile "nella particolare certezza che presenta in questi casi il credito; così che vi è ragione di ritenere che la sentenza corrisponderebbe al tenore dell'atto pubblico". Id., *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 250.

(31) Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Vallardi, Milano 1965, p. 84; Id., *Il titolo esecutivo*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, p. 182. In questo senso da ultimo Cass. sez. III, 19 luglio 2005, n. 15219, *inedita*.

(32) Pugliatti, *La trascrizione*, I. *La pubblicità in generale*, Milano 1957, p. 239. In tal senso, con specifico riferimento all'atto pubblico notarile, Mariconda, *Atto pubblico*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma 1988, p. 5 ss. (che pone alla radice della pubblica fede, oltre al controllo di legalità, "la certificazione della imputazione della volontà negoziale e del suo contenuto"; precisando poi ulteriormente che "l'efficacia di prova privilegiata dell'atto pubblico, unitamente con le sue caratteristiche di certezza, legittimità e liceità costituiscono il fondamento" dell'efficacia esecutiva ex art. 474 c.p.c.); Tondo, *Aspetti formali del mutuo fondiario*, in *Studi e materiali*, II, Milano 1992, p. 8.

ta ritenuta, dal legislatore, requisito fondante l'attribuzione del valore esecutivo. Ciò deriva, innanzitutto, dal regime di inopponibilità delle eccezioni fondate sui rapporti con il traente o con i portatori precedenti (art. 21 legge cambiaria; art. 25 legge assegni), che a sua volta trova la propria ragione giustificatrice nel formalismo cambiario e nel ruolo da questo esercitato ai fini della responsabilizzazione del sottoscrittore del titolo (33). L'inopponibilità di tali eccezioni realizza, se non una "pubblica fede" in senso tecnico, la tutela della buona fede del terzo prenditore del titolo (34), e rende il credito incorporato in detto titolo *incontestabile*, e quindi certo al fine di fondarvi l'azione esecutiva (35); tenendo anche conto che il possesso del titolo in capo al creditore costituisce, di per sé, prova dell'inadempimento del debitore (36). Discende poi, anche, dalla normale *sincerità* dei suddetti titoli di credito, posto che gli stessi sono equiparati all'atto pubblico quanto alla sanzione penale per i delitti di falso (art. 491 c.p.).

La scrittura privata, ancorché autenticata, non presenta invece nessuna di tali caratteristiche: non è prescritta a pena di nullità della stessa l'indagine della volontà del notaio, e non vi è alcun regime di inopponibilità delle eccezioni, il che rende molto più probabile la "caducazione" del titolo in conseguenza di vizi della volontà, o divergenze tra volontà e dichiarazione. Inoltre, poiché l'autentica delle sottoscrizioni, non ha l'effetto di modificare la natura della scrittura privata, l'eventuale successiva alterazione del suo contenuto è sanzionata con le più lievi sanzioni penali previste dall'art. 485 c.p.

La scelta legislativa di equiparare, *quoad executionem*, la scrittura privata autenticata all'atto pubblico non appare quindi *condivisibile sul piano dell'opportunità*. Trascurando le ragioni sopra esposte, il legislatore ha considerato l'attività di informazione contrattualmente dovuta da parte del soggetto autenticante (e che "di fatto", in base all'*id quod plerumque accidit*, si realizza), unitamente a quel minimo di "solennità" che l'intervento del medesimo pubblico ufficiale comporta, un adeguato "contrappeso" dell'attribuzione, alla scrittura autenticata, del valore di titolo esecutivo.

Tale motivazione dell'intervento legislativo consente, allora, di rispondere ad una prima domanda, circa l'*eventuale equipollenza, alla scrittura privata autenticata, di quella le cui sottoscrizioni siano state giudizialmente accertate*. La risposta non può che essere negativa, oltre che in base alla lettera della legge (laddove il legislatore ha voluto equiparare l'accertamento giudiziale delle sottoscrizioni all'autentica l'ha fatto espressamente: cfr. gli artt. 2657 e 2835, comma 1, c.c.), in funzione del fatto che - anche ad ammettersi la rilevabilità d'ufficio, da parte del giudice, dell'eventuale nullità dell'atto giuridico contenuto nella scrittura privata - rimarrebbero comunque i possibili vizi di annullabilità, o difetti di legittimazione o di rappresentanza che il giudice non potrebbe certo prevenire o risolvere, e che invece il pubblico ufficiale autenticante normalmente rileva; con la

conseguente disomogeneità, sotto il profilo della "certezza", della scrittura con firme autenticate rispetto a quella le cui firme siano giudizialmente accertate. Soprattutto, difetterebbe, nella scrittura privata con firme non autenticate, la possibilità di ottenere "chiarimenti" dal pubblico ufficiale autenticante in ordine all'efficacia esecutiva del titolo, e di venire quindi "responsabilizzato" prima della sottoscrizione. La non riconducibilità delle due fattispecie ad un paradigma unitario impedisce, quindi, di applicare non solo analogicamente, ma neppure estensivamente, l'art. 474 c.p.c. alla *scrittura privata le cui sottoscrizioni siano giudizialmente accertate, alla quale non può quindi essere riconosciuta efficacia di titolo esecutivo*.

Non solo. Se si ravvisa la *ratio* della nuova previsione normativa nell'esistenza di un adeguato livello di "certezza" non solo in ordine all'imputabilità della dichiarazione negoziale, ma anche alla sua validità ed efficacia, oltre che nella "responsabilizzazione" dell'obbligato grazie al dovere di chiarimento facente carico al notaio, deve ritenersi che *non si possa attribuire efficacia esecutiva - a meno di gravi incongruenze sistematiche - alla scrittura privata autenticata ad opera di soggetti ai quali non compete alcun dovere di controllo della legalità dell'atto ivi contenuto e della legittimazione del sottoscrittore, e che non hanno alcun dovere di chiarimento in ordine al contenuto della scrittura*. Ove sussistessero, quindi, fattispecie eccezionali caratterizzate dall'assenza di tali obblighi in capo a pubblici ufficiali autenticanti diversi dal notaio, l'efficacia esecutiva delle scritture private così autenticate dovrebbe, coerentemente, escludersi, in quanto si tratterebbe di realtà non riconducibile al paradigma "scrittura privata autenticata", quale regolato dall'art. 2702 del codice civile.

Nessun ruolo può avere invece, ai fini dell'efficacia esecutiva, la circostanza che la scrittura privata autenticata sia conservata, o meno, negli atti del notaio autenticante. Tale conservazione, che può essere richiesta dalle parti ai sensi dell'art. 72, comma 3, della legge notarile, riguarda un profilo (la custodia del documento originale) che non ha nulla a che fare con la *ratio* che sta alla base dell'attribuzione del valore di titolo esecutivo.

La spedizione in forma esecutiva delle scritture private autenticate

L'art. 475, comma 1, c.p.c. dispone che "le sentenze e gli altri provvedimenti dell'autorità giudiziaria e gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico

Note:

(33) Bracco, *Forma e volontà nella dichiarazione cambiaria*, cit., c. 372 ss., 466 ss.

(34) Sul rapporto tra la tutela della buona fede e la pubblica fede, nel fenomeno dei titoli di credito, cfr. Pugliatti, *La trascrizione, I. La pubblicità in generale*, cit., p. 240.

(35) Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, III, cit., p. 73 ss.; Id., *Il titolo esecutivo*, cit., p. 183.

(36) Mandrioli, *L'azione esecutiva*, cit., p. 382, nota 144.

ufficiale, per valere come titolo per l'esecuzione forzata, debbono essere muniti della formula esecutiva, salvo che la legge disponga altrimenti". La spedizione in forma esecutiva è richiesta, quindi, solo per i provvedimenti giudiziari e per gli atti "ricevuti" da notaio o altro pubblico ufficiale, mentre non è richiesta per gli altri titoli esecutivi che non abbiano tali caratteristiche (segnatamente, gli atti amministrativi ai quali la legge attribuisce tale efficacia, ed i titoli di credito).

La *funzione della spedizione in forma esecutiva* è estremamente importante: tale funzione non risiede nella solenne formula esecutiva richiesta dall'art. 475, comma 3, c.p.c. (alla quale la dottrina concordemente riconosce valenza di "residuo storico", privo ormai di ogni effettivo significato (37)), ma piuttosto nell'*esigenza di "contrassegnare" il documento* al quale si attribuisce la funzione di attivare l'esecuzione forzata, e che - secondo un'incisiva metafora - "incorpora" l'azione esecutiva (38), alla stessa stregua del titolo di credito che incorpora il diritto di credito. La *cartolarità*, che il documento "titolo esecutivo" viene così ad assumere, esige che esso sia caratterizzato dalla *unicità* e dalla *riconoscibilità come titolo esecutivo* (unicità che è il riflesso del divieto di svolgimento contemporaneo di più processi esecutivi nei confronti del medesimo debitore (39)), e dalla sua *spedizione alla sola parte che è titolare dell'azione esecutiva* (40); ciò può avvenire - *rispetto agli atti di cui può essere rilasciata una pluralità di copie - solo se una soltanto di esse è contrassegnata dalla formula esecutiva* (41).

Il problema non si pone, invece, per i *titoli di credito*, che sono caratterizzati dalla "unicità" dell'originale del titolo, il quale deve essere consegnato all'ufficiale giudiziario affinché si possa procedere nell'azione esecutiva (arg. ex art. 480 c.p.c.). La giurisprudenza ha correttamente escluso la qualifica di titolo esecutivo della copia della cambiale, anche se autenticata da notaio (42). La cambiale e l'assegno, quindi, non devono essere spediti in forma esecutiva (43), e non devono essere preventivamente notificati al debitore (44): la legge richiede invece che del titolo di credito sia effettuata trascrizione nel precetto (art. 63, comma 3, del r.d. 14 dicembre 1933, n. 1669, c.d. legge cambiaria; art. 55, comma 3, del r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736, in tema di assegni). La spedizione del titolo in forma esecutiva ha quindi "l'ufficio di contrassegnare la copia rappresentativa della azione esecutiva" (45), ed è proprio tale funzione che giustifica una serie di conseguenze di disciplina. L'art. 476 c.p.c. dispone, infatti, che la copia esecutiva non può essere spedita a chiunque, ma solo alla parte che ha (o avrà) l'azione esecutiva, a cui favore cioè è stato pronunciato il provvedimento giudiziale, o stipulata l'obbligazione. Stabilisce poi che non può spedirsi più di una copia esecutiva alla stessa parte "senza giusto moti-

(38) Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 267; Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, I, Milano 1964, p. 182.

(39) Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, III, Milano 1964, p. 65.

(40) Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 242 (il quale sottolinea che "l'azione esecutiva è strettamente legata al titolo esecutivo e al documento che lo consacra: il possesso del documento è condizione indispensabile per chiedere atti esecutivi, come per eseguirli"); Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 185 ("l'azione esecutiva è condizionata non solo all'esistenza del documento, ma anche al possesso del documento stesso da parte del creditore: in guisa che il possesso del documento è condizione necessaria e sufficiente insieme per procedere all'esecuzione forzata. Condizione necessaria: tanto che, se il documento andasse smarrito o fosse distrutto, non basterebbe provare che il titolo esisteva, per potere promuovere l'esecuzione, ma occorrerebbe che il creditore si procurasse un nuovo documento"); Massari, *Titolo esecutivo*, cit., p. 386.

(41) Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 268, chiarisce che, data questa funzione del titolo esecutivo, si comprende che "in tutti i casi di titoli di cui possano aversi più copie (sentenze, atti notarili) la legge abbia trovato necessario impedire che per una sola azione esecutiva possano aversi più titoli rappresentativi, al che ha provveduto disponendo che del titolo sia rilasciata una copia contrassegnata in modo particolare, al fine che a questa copia, e a questa sola, sia assegnata la funzione di rappresentare l'azione esecutiva". Nel medesimo senso, Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, III, cit., p. 26; Massari, *Titolo esecutivo*, cit., p. 386.

Anche nel caso in cui i debitori siano più di uno, di un medesimo contratto non può rilasciarsi al creditore più di una copia esecutiva: C.N.N., *Rilascio di copia esecutiva da parte del notaio*, in *Studi su argomenti di interesse notarile*, X, Roma 1979, p. 36 ss. *Contra*, Giuliani, *Sul rilascio di copia esecutiva*, in *Riv. not.*, 1960, p. 151.

Quanto sopra affermato non esclude, comunque, la possibilità, una volta rilasciata la copia esecutiva, che della stessa - che rappresenta un vero e proprio "originale" (Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 261) - possano essere rilasciate delle copie (che come tali sono identificate, e che quindi non pregiudicano l'unicità dell'azione esecutiva, ma che possono essere utilizzate ad esempio per le notificazioni): cfr. sul punto Casu, *In tema di rilascio di copia autentica di titolo esecutivo stragiudiziale*, in *Studi e Materiali*, I, Milano 1986, p. 202; Trib. Trani 5 giugno 1984, Trib. Trani 26 ottobre 1984, App. Bari 16 luglio 1984, in *Riv. not.*, 1985, p. 952.

Alla "copia autentica del titolo esecutivo", di cui il presidente del tribunale può autorizzare il deposito in luogo dell'originale, parla l'art. 488, comma 2, richiamato dall'art. 492, comma 8, c.p.c.

L'art. 111 del d.p.r. 15 dicembre 1959 n. 1229 stabilisce che "l'ufficiale giudiziario, quando deve provvedere alla notificazione di atti pubblici rilasciati in copia dal notaio ... è autorizzato a fare le altre copie che deve consegnare alle parti"; su tale disposizione, cfr. Cass. 17 dicembre 1993 n. 12516, in *Foro it.*, 1995, I, c. 940.

(42) Cass. 18 luglio 1980 n. 4696, in *Foro it.*, 1980, I, c. 2720; Vaccarella, *Titolo esecutivo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma 1994, p. 5. *Contra*, Trib. Genova 22 luglio 1964, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1964, II, p. 627.

(43) Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 270 ("la spedizione in forma esecutiva non è richiesta per la cambiale ... e si comprende; perché la cambiale essendo essa stessa un titolo di credito, spedito in unico documento, a cui è per legge inerente tanto il diritto letterale di credito quanto l'azione esecutiva, non ha bisogno d'alcun ulteriore contrassegno"); Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, III, cit., p. 29; Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, III, cit., p. 94 ("se l'atto, cui la legge attribuisce efficacia di titolo, è formato direttamente dalla parte (cambiale), la spedizione non è neppure pensabile, perché essa è, per così dire, già fatta fin dall'origine, con la consegna del titolo alla controparte, e in più il titolo ha in se stesso la legge della propria circolazione"); Pavone La Rosa, *La cambiale*, Milano 1982, p. 696; Pieri-Tridico, *La cambiale*, Torino 1999, p. 848.

(44) Pavone La Rosa, *La cambiale*, cit., p. 696; Cass. 28 aprile 1990 n. 3593, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Esecuzione in genere*, n. 22.

(45) Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 269.

Note:

(37) Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 268 ss.; Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 187.

vo” (quest’ultimo viene prevalentemente ravvisato nella perdita del titolo esecutivo per causa non imputabile al creditore, come nei casi di distruzione o smarrimento del titolo (46)); richiedendo un provvedimento dell’autorità giudiziaria che autorizzi la spedizione di ulteriori copie dopo aver valutato la sussistenza del giusto motivo; e sanzionando il pubblico ufficiale che contravvenga alle suddette disposizioni (la sanzione per la violazione è stata, tra l’altro, aumentata con la legge n. 80/2005, che, modificando l’ultimo comma dell’art. 476 c.p.c., prevede ora una sanzione pecuniaria da euro 1.000 a 5.000). Giudizio di autorizzazione, questo, che è stato giustamente paragonato al procedimento di ammortamento della cambiale e degli altri titoli di credito (47).

Questo il panorama normativo in cui si inserisce l’attribuzione di efficacia esecutiva alla scrittura privata autenticata. *La legge n. 80/2005 non ha modificato l’art. 475 c.p.c., e di conseguenza la spedizione in forma esecutiva è espressamente richiesta soltanto - per ciò che attiene ai titoli stragiudiziali - per gli atti “ricevuti” da notaio o altro pubblico ufficiale.* La formulazione della disposizione è identica a quella dell’art. 474, n. 3, c.p.c., che nel menzionare gli atti “ricevuti” da notaio si riferisce, evidentemente, agli atti pubblici. Sembrerebbe, quindi, che - in assenza di previsione di legge - la spedizione in forma esecutiva non sia richiesta per la scrittura privata autenticata. In quest’ottica sembrano muoversi anche le più recenti iniziative legislative, che - nell’ambito delle ulteriori modifiche alla disciplina in commento, ancora *in itinere* - prevedono che il precetto debba “contenere trascrizione integrale, ai sensi dell’articolo 480, secondo comma, delle scritture private autenticate di cui al numero 2) del secondo comma” (evidentemente ritenendo tale trascrizione sostitutiva della spedizione in forma esecutiva). Senonché, una conclusione del genere non pare accoglibile, in quanto darebbe luogo ad insolubili problemi in fase applicativa.

Occorre, in primo luogo, tener conto che *la scrittura privata può essere autenticata in più originali* (cfr., per un’espressa previsione in tal senso, l’art. 11, comma 3, del d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131; nonché l’art. 13, comma 2, del d.m. 27 novembre 2001, recante approvazione della tariffa notarile). In tal caso, evidentemente, *viene a mancare il presupposto della “unicità” del documento*, che giustifica in altri casi - segnatamente, per i titoli di credito, ma anche per alcuni atti amministrativi e giudiziari - l’esclusione della spedizione in forma esecutiva. Ognuno vede come sarebbe assurdo consentire al creditore, in possesso di più originali della scrittura privata, di potersene servire per iniziare più azioni esecutive, quando ciò è precluso con riferimento a tutti gli altri titoli esecutivi. Identico problema si porrebbe, peraltro, nel caso di scrittura privata depositata negli atti del notaio autenticante, e della quale il medesimo notaio può rilasciare un numero illimitato di copie, ciascuna delle quali avente la stessa efficacia probatoria dell’originale,

ai sensi dell’art. 2715 del codice civile. Non sembra, invece, che eventuali copie della scrittura privata rilasciata in originale possano aver valore di titolo esecutivo, stante la ridotta efficacia probatoria ad esse riconosciuta dall’art. 2717 del codice civile.

Analizzando separatamente le questioni, il problema della *scrittura privata depositata negli atti del notaio autenticante* si presta ad essere risolto, senza inconvenienti, mediante la *spedizione in forma esecutiva di una copia conforme all’originale*, al pari di ciò che è finora avvenuto per l’atto pubblico (48). Si può, cioè, interpretare l’espressione “atti ricevuti da notaio”, contenuta nel primo comma dell’art. 475 c.p.c., come riferita anche agli atti “ricevuti in deposito dal notaio”, e quindi comprensiva delle scritture depositate conservate nella raccolta dei suddetti atti notarili. Interpretazione evolutiva, certo, del disposto normativo, alla luce delle recenti disposizioni legislative, ma necessitata proprio da tale nuovo contesto, perché altrimenti il sistema risulterebbe affetto da una contraddizione insanabile. Anche l’art. 474, n. 3, c.p.c., dovrebbe essere reinterpretato alla luce di tale ricostruzione lessicale: così da ricomprendere tra gli “atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli” anche le scritture private autenticate conservate a raccolta; limitando così il significato dell’altra espressione (“scritture private autenticate”), introdotta con la legge n. 80/2005, con esclusivo riferimento a quelle scritture il cui originale è rilasciato alla parte a seguito dell’autenticazione (e dell’eventuale registrazione: art. 72, comma 3, della legge notarile; art. 66, comma 1, del d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131) (49). Cosicché, ulteriormente, il recente disegno

Note:

(46) Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, III, cit., p. 30 ss. (che correttamente esclude il pagamento dai giusti motivi che legittimano una nuova spedizione in forma esecutiva); Massari, *Titolo esecutivo*, cit., p. 388. Nel senso, invece, che occorra tener conto delle concrete esigenze della parte, Grasso, *Titolo esecutivo*, cit., p. 697.

(47) Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 269-270 (“poiché chi paga a un creditore munito di titolo esecutivo ha diritto di ritirare la copia esecutiva, o quanto meno può e suole farlo, così la mancanza della copia esecutiva nelle mani del creditore fa presumere il pagamento, ed è giusto che l’azione esecutiva non sia restituita al creditore senza il contraddittorio del debitore”); Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 242; Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, III, cit., p. 31.

(48) Fausti, *Copia esecutiva e scrittura privata autenticata*, cit., p. 132; Massari, *Titolo esecutivo*, cit., p. 387 (il quale evidenzia come, in ogni caso in cui “gli originali debbono essere conservati in cancelleria o in archivio, la spedizione avviene su copia autenticata dal cancelliere o notaio o pubblico ufficiale”).

(49) La questione della previa registrazione della scrittura privata autenticata, rilasciata in originale, deve essere peraltro risolta alla luce di quanto statuito da Corte Cost. 6 dicembre 2002 n. 522, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1650, ed in *Corr. giur.*, 2003, p. 313, secondo la quale è incostituzionale l’art. 66 d.p.r. 26 aprile 1986 n. 131, nella parte in cui non prevede che la disposizione di cui al 1° comma - a tenore del quale i pubblici ufficiali possono rilasciare originali, copie ed estratti degli atti soggetti a registrazione in termine fisso da loro formati o autenticati solo dopo che

(segue)

di legge che richiede, nel precetto, la “trascrizione integrale, ai sensi dell’articolo 480, secondo comma, delle scritture private autenticate di cui al numero 2) del secondo comma”, si riferirebbe esclusivamente alle scritture private rilasciate in originale.

Rimarrebbe peraltro irrisolto il problema della *spedizione in forma esecutiva allorché l’autenticazione della scrittura privata abbia ad oggetto più originali, tutti rilasciati alle parti*. Come si risolve, in questo caso, il problema della “unicità” del titolo esecutivo? Diverse sarebbero le soluzioni teoricamente possibili. Si potrebbe, in primo luogo, precludere al notaio e ai pubblici ufficiali a ciò autorizzati l’autenticazione in più originali, laddove la scrittura privata porti obbligazioni di somme di denaro (ovvero obblighi di consegna o rilascio): ma tale divieto non trova alcun fondamento normativo, mentre al contrario la facoltà di autenticazione in più originali trova espresso riconoscimento legislativo, oltre a rinvenire il proprio fondamento nell’autonomia privata dei soggetti, che possono avere l’esigenza di formare più originali della medesima scrittura, forniti di identica efficacia probatoria. Si potrebbe richiedere il deposito di uno degli originali negli atti del notaio autenticante, in modo da consentire di apporre la formula esecutiva sulla copia conforme di tale originale; ma anche in questo caso manca l’aggancio normativo per poter sostenere che tale deposito è obbligatorio, e necessario al fine di far valere l’efficacia esecutiva del titolo. Si potrebbe infine immaginare di “*contrassegnare*” uno soltanto degli originali, quale titolo esecutivo, con la relativa spedizione in forma esecutiva. Tra le varie soluzioni, questa sembra quella meritevole di maggior attenzione (50). L’art. 475, comma 3, c.c., dispone che la formula esecutiva è apposta “*sull’originale o sulla copia*”, e che tale apposizione avviene “*da parte del cancelliere o notaio o altro pubblico ufficiale*”. Così prevedendo, la legge evidentemente non si riferisce a qualsiasi cancelliere o notaio o pubblico ufficiale, ma solamente al cancelliere dell’ufficio giudiziario nel quale è stato formato il provvedimento, e soltanto al notaio o pubblico ufficiale che ha ricevuto o autenticato l’atto. Se si accetta questa interpretazione, è rimesso quindi al pubblico ufficiale autenticante il controllo relativamente alla “unicità” del titolo esecutivo così formato: con la conseguenza che il notaio autenticante, una volta apposta la formula esecutiva su uno degli originali, non potrà spedire altri originali in forma esecutiva, se non previa l’autorizzazione disciplinata dall’art. 476 c.p.c. Si potrebbe obiettare che, in mancanza di deposito nei suoi atti, il notaio non può annotare a margine dell’originale a raccolta l’avvenuta spedizione in forma esecutiva, con conseguente impossibilità per altri eventuali soggetti - conservatore dell’archivio notarile, coadiutore, notaio depositario o delegato ecc. - di assicurare il rispetto dell’art. 476 c.p.c.: al che si può obiettare che il problema, certamente grave, si pone da sempre anche rispetto agli atti pubblici, in quanto non è prevista alcuna annotazione obbligatoria del rilascio della copia ese-

cutiva sull’originale (51). Rimane, invece, il problema derivante dalla formulazione dell’art. 475, comma 1, c.c., che richiede (e consente) la spedizione in forma esecutiva unicamente per gli atti “ricevuti” da notaio, formula nella quale è ben difficile ricomprendere le scritture private autenticate e rilasciate in originale. Per tale motivo, appare urgente una modifica dell’art. 475, comma 1, c.p.c., che preveda la spedizione in forma esecutiva, oltre che per gli atti “ricevuti”, anche per quelli “autenticati” da notaio o altro pubblico ufficiale. In mancanza di tale intervento normativo, non rimarrebbe che un’interpretazione “correttiva” della suddetta disposizione, che si renderebbe indispensabile al fine di assicurare coerenza al sistema.

L’efficacia esecutiva in Italia delle scritture private autenticate all’estero, e l’efficacia esecutiva all’estero delle scritture private autenticate in Italia

La questione dell’efficacia esecutiva degli atti (stragiudiziali) provenienti dall’estero è disciplinata, in via generale, dall’art. 68 della legge 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del diritto internazionale privato: a norma del quale la previsione dell’articolo 67 (che disciplina l’esecuzione forzata di sentenze e provvedimenti stranieri) si applica anche rispetto all’attuazione e all’esecuzione forzata in Italia di atti pubblici ricevuti in uno Stato estero e ivi muniti di forza esecutiva. Dal coordinamento con l’art. 67 si desume che l’atto pubblico ricevuto all’estero costituisce titolo esecutivo anche in Italia, nella misura in cui l’efficacia esecutiva sia ad esso attribuita dall’ordinamento di origine, e che a tal fine chiunque vi abbia interesse può chiedere alla corte

Note:

(segue nota 49)

gli stessi sono stati registrati - non si applica al rilascio dell’originale o della copia del titolo esecutivo, che debba essere utilizzato per procedere all’esecuzione forzata. Ciò comporta che sia la copia, sia l’originale della scrittura privata autenticata (ovviamente, quando l’autentica sia effettuata su più originali) possono essere spediti in forma esecutiva prima della registrazione.

(50) Per la spedizione in forma esecutiva dell’originale, anziché della copia, allorché si tratti di scritture private (come avviene, del resto, per le cambiali), Chioyenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 282. Nel medesimo senso Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, III, cit., p. 29 (“la spedizione ha luogo sull’originale, quando quest’ultimo può esser senz’altro consegnato alla parte”); Massari, *Titolo esecutivo*, cit., p. 387 (“eccezionalmente la spedizione è fatta con l’apposizione della formula esecutiva direttamente sull’originale, quando questo può essere consegnato alla parte”).

(51) Nel senso che tale annotazione non sia consentita, Falzone-Alibrandi, *Dizionario enciclopedico del notariato*, I, Roma 1973, p. 826. Propendono per ritenere possibile l’annotazione del rilascio della copia esecutiva, a margine dell’originale dell’atto pubblico notarile, in assenza di un obbligo in tal senso ex art. 59 della legge notarile, Boero, *La legge notarile commentata*, I, Torino 1993, p. 366 ss.; Di Fabio, *Manuale di notariato*, Milano 1981, p. 203-204.

L’annotazione era invece obbligatoria ai sensi dell’art. 557 del codice di procedura civile abrogato.

d'appello del luogo di attuazione l'accertamento del valore di titolo esecutivo (c.d. delibazione). Ciò, però, riguarda i soli atti pubblici, e non le scritture private autenticate.

In modo corrispondente la questione era regolata dall'art. 804 c.p.c., norma abrogata a far data dal 31 dicembre 1996 dalla legge 31 maggio 1995, n. 218: sotto la rubrica "atti pubblici ricevuti all'estero", la disposizione stabiliva che l'efficacia esecutiva in Italia degli "atti contrattuali ricevuti da pubblico ufficiale in paese estero" era dichiarata con sentenza della corte d'appello del luogo in cui l'atto doveva eseguirsi, "previo accertamento che l'atto ha forza esecutiva nel paese estero nel quale è stato ricevuto e che non contiene disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano". Anche questa disposizione riconosceva, quindi, efficacia esecutiva ai soli atti pubblici. La giurisprudenza aveva a tal fine ritenuto che dovessero ricorrere, ai fini dell'efficacia esecutiva in Italia, i presupposti sulla base dei quali è costruita la nozione di atto pubblico in base alla legge italiana; e più precisamente si richiedeva, a norma dell'art. 47 l.n., che il notaio straniero avesse "svolto la necessaria indagine circa la volontà delle parti, assumendo la direzione complessiva della redazione dell'atto" (52).

Parimenti, si riferiscono ai soli atti pubblici le fonti convenzionali e gli strumenti comunitari che disciplinano l'efficacia esecutiva degli atti ricevuti in uno Stato diverso da quello in cui l'esecuzione forzata ha luogo. L'art. 50 della *Convenzione di Bruxelles* del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni (per la quale gli atti "autentici" - *rectius* pubblici (53) - ricevuti ed aventi efficacia esecutiva in uno Stato contraente possono essere dichiarati esecutivi anche negli altri Stati contraenti, purché l'atto abbia i requisiti richiesti per la sua autenticità nello Stato di origine) (54). Dello stesso tenore è l'art. 50 della *Convenzione di Lugano* del 16 settembre 1988.

Allo stesso modo dispone l'art. 57 del *Regolamento CE n. 44/2001 del 22 dicembre 2000* ("Gli atti pubblici formati ed aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro sono, su istanza di parte, dichiarati esecutivi in un altro Stato membro conformemente alla procedura contemplata dall'articolo 38 e seguenti. Il giudice al quale l'istanza è proposta ai sensi dell'art. 43 o dell'art. 44 rigetta o revoca la dichiarazione di esecutività solo se l'esecuzione dell'atto pubblico è manifestamente contraria all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto. L'atto prodotto deve presentare tutte le condizioni di autenticità previste nello Stato di origine") (55).

Infine, l'art. 3 del *Regolamento CE n. 805/2004 del 21 aprile 2004* qualifica come "credito non contestato" quello che il debitore abbia "espressamente riconosciuto in un atto pubblico"; l'art. 4 definisce come atto pubblico "qualsiasi documento che sia stato formalmente redatto o registrato come atto pubblico e la cui autenticità: i) riguardi la firma e il contenuto e ii) sia stata attestata da un'autorità pubblica o da altra autorità a ciò autorizzata dallo Stato membro di origine". Il successivo

art. 25, intitolato agli "atti pubblici", stabilisce che gli "atti pubblici aventi ad oggetto crediti ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, dotati di efficacia esecutiva in uno Stato membro, su richiesta presentata all'autorità designata dallo Stato membro di origine, sono certificati come titoli esecutivi europei, utilizzando il modello riportato nell'allegato III". Precisa poi che "un atto pubblico certificato come titolo esecutivo europeo nello Stato membro di origine è eseguito negli altri Stati membri senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi alla sua esecutività".

Ne consegue che, in base a tutte le suddette fonti normative, le scritture private autenticate all'estero non costituiscono titolo esecutivo, ai fini dell'esecuzione forzata in Italia; e che, parallelamente, la scrittura privata autenticata in Italia non costituisce titolo esecutivo ai fini dell'esecuzione forzata all'estero, a meno che ciò sia consentito dalla legge interna dello Stato in cui l'esecuzione ha luogo (circostanza, questa, estremamente improbabile, alla luce dell'attuale orientamento sul punto in diritto comparato (56)).

L'atto notarile e l'esecuzione per consegna o rilascio

La legge n. 80/2005, nel modificare l'art. 474 c.p.c., ha introdotto un nuovo secondo comma, ai sensi del quale "l'esecuzione forzata per consegna o rilascio non può aver luogo che in virtù dei titoli esecutivi di cui ai numeri 1) e 3) del secondo comma" (quindi solo in base a sentenze ed altri provvedimenti giudiziari, nonché atti pubblici e scritture private autenticate). Se l'esclusione dell'idoneità, quale titolo esecutivo, delle cambiali e degli altri titoli di credito appare evidente (detti titoli possono incorporare unicamente l'obbligazione di pagamento di una somma di dena-

Note:

(52) Cass. 5 marzo 1982 n. 1380, in *Foro it.*, 1983, I, c. 173, ed in *Foro pad.*, 1982, I, c. 131.

(53) Brunelli, *Il nuovo regolamento CE n. 805/2004 sul titolo esecutivo europeo*, cit., nota 3, evidenzia come "l'espressione "atti autentici" non è tecnicamente corretta secondo il significato che assume in diritto italiano, traendo fonte esclusivamente da una traduzione letterale impropria del testo francese "acte authentique", che vuole significare piuttosto "atto pubblico".

(54) Cfr. anche la Relazione Jenard-Möller all'art. 50 della *Convenzione di Lugano* del 16 settembre 1988, laddove, a proposito dell'efficacia esecutiva degli atti pubblici, si precisa che le condizioni che un atto pubblico deve soddisfare per essere considerato tale ai sensi dell'art. 50 sono le seguenti: "l'autenticità dell'atto deve essere stata attestata da un'autorità pubblica; l'autenticità deve riguardare il contenuto dell'atto e non solo, ad esempio, la firma; l'atto deve essere di per sé esecutivo nello Stato nel quale esso è stato stipulato".

(55) Cfr., sull'art. 57 del *Regolamento n. 44/2001*, Pasqualis, *Commento all'art. 57 del Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio ("Bruxelles I")*, in *Studi e materiali*, 2003, 2, p. 667.

(56) Sull'efficacia probatoria degli atti notarili esteri in diritto internazionale privato ed in diritto comparato, cfr. Biscottini, *Diritto amministrativo internazionale*, I, Padova 1964, p. 193 ss.; Droz, *L'activité notariale internationale*, in *Recueil des cours*, 1999, p. 117 ss.

ro), l'inserimento tra i titoli esecutivi dell'atto pubblico e della scrittura privata autenticata costituisce una rilevante novità rispetto al passato. In precedenza, infatti, i titoli di formazione notarile erano idonei a fondare esclusivamente l'azione esecutiva "relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in essi contenute". Si escludeva invece, per ragioni diverse, l'efficacia esecutiva quando erano coinvolte obbligazioni di fare, di non fare, di consegnare, nonché per l'azione di rilascio.

Quanto alle *obbligazioni di fare e di non fare*, a norma dell'art. 612 c.p.c. l'unico titolo idoneo a fondare la relativa esecuzione in forma specifica (disciplinata, sul piano sostanziale, dagli artt. 2931, 2933 c.c.) è rappresentato dalla sentenza di condanna (alla quale la dottrina equipara alcuni provvedimenti, sempre di natura giurisdizionale). Tale limitazione trae il proprio fondamento, secondo una diffusa interpretazione, da ragioni di ordine "garantistico", riassumibili nella necessità di un provvedimento giudiziale al fine di accertare la coercibilità, e la fungibilità, dell'obbligazione di cui si chiede l'esecuzione in forma specifica (57); nell'opportunità di evitare un pregiudizio irreparabile, che potrebbe aver luogo eseguendo specificamente una delle suddette obbligazioni (58); nonché nel fine di assicurare - per il tramite del contraddittorio nel processo - un'adeguata tutela al debitore a garanzia della sua libertà personale, che quando sono in gioco obblighi di fare o di non fare potrebbe essere altrimenti indebitamente coartata (59). Esigenza, questa, alla quale risponde, secondo una diffusa opinione, il principio di tipicità dell'esecuzione in forma specifica, che sarebbe diretto a tutela della libertà ed autonomia del soggetto, e che rischierebbe di essere pregiudicato dall'ammissione di titoli esecutivi di fonte privatistica (60). Altri ancora fa leva sulla necessità di assicurare congruenza tra il contenuto del titolo esecutivo e le modalità dell'esecuzione specifica, che solo l'organo giudiziale potrebbe assicurare con un proprio provvedimento (61).

Relativamente all'*esecuzione specifica degli obblighi di non fare*, gioca poi ulteriormente, oltre alle ragioni sopra evidenziate, la previsione dell'art. 2933 c.c.: se, in linea generale, il comma 1 prevede la possibile distruzione, a spese dell'obbligato, di ciò che è stato fatto in violazione dell'obbligazione di non fare, il secondo comma dispone che non può essere ordinata la distruzione della cosa se ciò risulta di pregiudizio all'economia nazionale (da cui l'esigenza di un controllo giudiziale anche a tal fine).

Ricorrono, insomma, ragioni di ordine pubblico, che precludono all'autonomia privata la creazione di titoli esecutivi a fronte di obbligazioni di fare e di non fare; ragioni che anche la recente riforma ha tenuto presenti, visto che nessuna innovazione è stata apportata sul punto.

Diversa è la questione dell'*esecuzione in forma specifica degli obblighi di consegna e rilascio* (art. 2930 c.c.; artt. 605 ss. c.p.c.), in relazione ai quali si era aperta un'accesa di-

scussione in ordine all'idoneità non tanto degli atti pubblici notarili (in relazione ai quali l'inequivoca formula restrittiva dell'art. 474, n. 3, c.c., non lasciava spazio a dubbi), quanto piuttosto del verbale di conciliazione giudiziale, a cui dottrina e giurisprudenza assolutamente prevalenti riconoscono natura negoziale (62). La ragione tradizionalmente addotta a sostegno dell'inedoneità dei titoli negoziali a fondare l'esecuzione in forma specifica degli obblighi di consegna e rilascio veniva ravvisata nella natura di ordine pubblico delle norme in tema di possesso, e nell'esigenza di riservare quindi all'autorità giudiziaria ogni esecuzione coattiva che, diversamente, potrebbe pregiudicare il pacifico godimento dei beni, stante anche l'irrinunciabilità e l'indisponibilità delle azioni possessorie (63). A ciò si ribatteva, peraltro, che tale preteso principio di ordine pubblico in realtà è inesistente, poiché si riconosce comunemente che l'autonomia privata potrebbe intervenire anche sulla materia, mediante rinunzie, transazioni o compromessi in arbitri, aventi ad oggetto proprio le azioni possessorie (64); e che, essendo normalmente coercibile l'obbligo di consegna o rilascio, non vi è bisogno di un espresso accertamento giurisdizionale su tale coercibilità (65). Non è mancato, poi, chi ha fatto rilevare che solo per un retaggio di carattere storico, oggi divenuto privo di significato, l'atto pubblico era idoneo a consentire unicamente l'espropriazione forzata e non anche l'esecuzione per consegna o rilascio (66). Tale ultimo punto di vista è stato ora accolto dal legislatore, che ha, per l'appunto, espressamente contemplato l'efficacia esecutiva degli atti pubblici e delle scritture private autentiche ai fini dell'esecuzione forzata per consegna o rilascio. Si tratta, ora, di circoscrivere esattamente la portata di tale efficacia esecutiva.

L'art. 2930 c.c. consente l'esecuzione forzata dei suddetti obblighi se hanno ad oggetto la *consegna di "una cosa*

Note:

(57) In tal senso, Cass. 13 gennaio 1997 n. 258, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Esecuzione di obblighi di fare*, n. 1; Cass. 14 dicembre 1994 n. 10713, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Esecuzione di obblighi di fare*, n. 2.

(58) Cass. 13 ottobre 1954 n. 3637, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, c. 345.

(59) Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 20, Torino 1998, p. 351.

(60) Cfr. sulla questione, con accenti critici, Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 324 ss.

(61) Borré, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli 1966, p. 241.

(62) Cfr., tra le altre, Cass. 12 giugno 1990 n. 5687, in *Foro it.*, 1991, I, c. 522 (ed ivi nota di richiami).

(63) Montesano, *Rassegna di giurisprudenza in tema di diritto processuale civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, II, p. 195; Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, III, cit., p. 14.

(64) Mandrioli, *Esecuzione per consegna o rilascio*, in *Digesto discipline privatistiche*, sez. civ., VII, Torino 1991, p. 622.

(65) Mandrioli, *Esecuzione per consegna o rilascio*, cit., p. 622.

(66) Proto Pisani, *Appunti sull'esecuzione forzata*, cit., p. 305 ss.

determinata, mobile o immobile” (67). Da ciò deriva una prima limitazione, posta in evidenza dalla dottrina che ha escluso l'eseguibilità in forma specifica dell'obbligo di consegna di un *genus* (68). Mentre è pacificamente ricompresa nella tutela l'obbligazione di consegnare una *massa di cose*, già individuate e determinate (comprese, pertanto, le universalità di beni) (69).

Può trattarsi sia di un *obbligo connesso ad un diritto assoluto*, come quelli scaturenti dall'esercizio di azioni possessorie o petitorie, che hanno quindi alla base situazioni giuridiche reali come la proprietà, i diritti reali di godimento, il possesso; sia di *obbligazioni di consegna o rilascio scaturenti da un contratto*, a fronte di diritti relativi (diritti di credito, o diritti personale di godimento) (70). Quest'ultimo è il caso che più frequentemente verrà in considerazione a proposito degli atti notarili. A mero livello esemplificativo, si possono immaginare obblighi di consegna discendenti da contratti di compravendita (aventi ad oggetto beni immobili, o beni mobili, o anche universalità di beni come l'azienda), da contratti di locazione, o di affitto, comodato, deposito (71). *Detti obblighi di consegna possono essere espressamente previsti dal contratto, o comunque desumersi con certezza dal contesto complessivo dell'atto*; può trattarsi anche degli eventuali *obblighi di restituzione* (si pensi all'obbligazione di restituzione dell'azienda prevista in un contratto di affitto della medesima), purché si tratti di obbligazione comunque scaturente dal contratto. Può trattarsi, ovviamente, anche di *atto unilaterale di riconoscimento del debito di consegna o rilascio*, coerentemente con quanto comunemente ammesso a proposito delle obbligazioni di somme di denaro (72).

Invece, *se l'obbligazione deriva dalla legge, il titolo negoziale non può valere ai fini esecutivi*. Ciò vale anche nel caso in cui *disposizioni specifiche prevedano una speciale procedura per il rilascio, improntate a specifiche esigenze di tutela di interessi oggetto di particolare protezione*, come può esserlo l'interesse del conduttore, o dell'affittuario coltivatore diretto: si pensi al procedimento di convalida di sfratto per finita locazione, *ex artt. 657 ss. c.p.c.: appare fortemente dubbio che il contratto di locazione o di affitto possa integrare il titolo esecutivo necessario ai fini del rilascio dell'abitazione da parte del conduttore*.

Più in generale, ci si deve interrogare in ordine al funzionamento del titolo esecutivo negoziale in tutti i casi di contratti sinallagmatici, in cui sia prevista un'obbligazione di riconsegna a fronte di un inadempimento del debitore, che potrebbe però non essere imputabile al debitore medesimo (ma essere, ad esempio, legittimo in quanto seguente ad eccezione di inadempimento, o per altre giuste ragioni). La dottrina ha evidenziato che *l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di consegna o rilascio prescinde dall'imputabilità dell'inadempimento* (73), dovendo evidentemente essere opposta l'eventuale non imputabilità in sede di opposizione all'esecuzione.

Si può quindi immaginare che numerosi contratti - che per

prassi finora costante non erano stipulati in forma autentica in quanto non necessitanti di tale veste per non essere soggetti a pubblicità legale - potranno essere in futuro rivestiti della forma notarile proprio al fine di assicurare un titolo esecutivo ai fini della consegna o del rilascio. Ovviamente, al fine di realizzare le finalità perseguite dalle parti, la tecnica redazionale dei suddetti contratti dovrà essere il più possibile puntuale, evidenziando espressamente gli obblighi di consegna, riconsegna, restituzione, al fine di fondare sul titolo contrattuale l'azione esecutiva.

Il titolo negoziale, in forma notarile, dovrà poi diligentemente prevedere il *termine della consegna o del rilascio*: tale previsione comporterà, ai sensi dell'art. 605, comma 2, c.p.c., che il precetto dovrà far riferimento a detto termine.

Il medesimo titolo dovrà poi indicare - oltre alla descrizione della "cosa determinata" da consegnare o rilasciare (74) - il creditore ed il debitore dell'obbligo di consegna. Sul punto, occorre sviluppare alcune considerazioni.

La giurisprudenza ritiene, in relazione alla sentenza di condanna, che l'ordine di rilascio di un immobile ivi contenuto "spiega efficacia nei confronti non solo del destinatario della relativa statuizione, ma anche di chiunque si trovi a detenere il bene nel momento in cui la sentenza stessa venga coattivamente eseguita, non potendo l'ordine *de quo* venir contrastato in forza di un eventuale titolo giustificativo della disponibilità del bene in contestazione diverso da quello preso in esame

Note:

(67) In relazione al requisito della determinazione, secondo Cass. 18 ottobre 1974 n. 2931, in *Foro it.*, Rep. 1974, voce *Esecuzione per consegna e rilascio*, n. 1, il titolo esecutivo può anche non individuare esattamente il bene da consegnare, purché questo sia determinabile in base agli elementi in esso indicati.

Tra i beni mobili, cui fa cenno l'art. 2930 c.c., non può essere compreso il denaro, posto che le obbligazioni pecuniarie possono essere realizzate coattivamente, a tutela della *par condicio creditorum*, solo per mezzo dell'espropriazione forzata: Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 363 ss.

(68) Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 364 (ed ivi riferimenti); Mandrioli, *Esecuzione per consegna o rilascio*, cit., p. 619.

(69) Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 367; Mandrioli, *Esecuzione per consegna o rilascio*, cit., p. 620.

(70) Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 356 ss.; Mandrioli, *Esecuzione per consegna o rilascio*, cit., p. 619.

(71) Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 361 ss.

(72) Cass. 13 novembre 1965 n. 2372, in *Riv. not.*, 1966, p. 229.

(73) Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 367.

(74) A norma dell'art. 605, 1° comma, c.p.c., nella procedura di esecuzione per il rilascio di beni immobili, il precetto deve contenere, oltre le indicazioni di cui all'art. 480 c.p.c., anche la descrizione sommaria dei beni stessi; tuttavia, ove nel precetto sia omessa la descrizione del bene, ma essa sia contenuta nel titolo esecutivo, non è necessario, in relazione alla finalità della legge, che la descrizione sia ripetuta due volte, essendo sufficiente che sia ben identificato il bene in ordine al quale si deve procedere all'esecuzione: Cass. 26 aprile 1982 n. 2579, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Esecuzione per consegna*, n. 5.

dalla pronuncia giurisdizionale" (75). Questa tesi è stata contestata, probabilmente a ragione, da un'attenta dottrina, che ha ribadito la normale efficacia del titolo esecutivo nei soli confronti dei soggetti che dal titolo medesimo risultano creditore e debitore (76). Essa sembra peraltro fondarsi sul principio dell'opponibilità del giudicato all'avente causa dal convenuto che abbia acquistato successivamente alla proposizione dell'azione giudiziale (art. 111 c.p.c.), principio certamente non estensibile ai titoli esecutivi di natura negoziale. In ciò si ravvisa, quindi, un'importante differenza tra titoli giudiziali e stragiudiziali, a proposito delle obbligazioni di consegna o rilascio: nel secondo caso, *la perdita del possesso o della detenzione da parte del debitore rende quindi inutilizzabile l'atto notarile quale titolo esecutivo* (salvo fondare le azioni risarcitorie del caso). Si consideri, inoltre, che se la cosa da consegnare è alienata dal debitore anteriormente, o durante l'esecuzione forzata, quest'ultima diviene impossibile, nella misura in cui il rapporto giuridico, alla cui tutela l'esecuzione in forma specifica è diretta, non sia opponibile all'alienante (cosicché, ad esempio, se l'esecuzione forzata tende all'attuazione coattiva dell'obbligo di consegna in capo al locatore, l'alienazione da parte di quest'ultimo pregiudica il diritto del conduttore ogni qualvolta la locazione non sia opponibile all'acquirente, ai sensi degli artt. 1599 e 2643 c.c.) (77).

In ogni caso, perché possa scattare la nuova previsione dell'art. 474, comma 2, c.p.c., è necessario che l'obbligazione di consegna o rilascio abbia ad oggetto una cosa già esistente. Nella misura in cui si tratti di un oggetto non ancora esistente *in rerum natura*, perché lo stesso dovrà venire ad esistenza in futuro, l'esecuzione in forma specifica non è evidentemente possibile fin quando il bene non sia venuto ad esistenza (78). Ciò vale anche nell'ipotesi in cui la cosa debba essere realizzata dal soggetto obbligato (si pensi alla *compravendita di edificio da costruire*, in cui vi è un'obbligazione di fare in capo al venditore, preliminare e prodromica rispetto all'obbligazione di consegna dell'*opus perfectum*). In tal caso l'atto notarile non potrà fondare, quale titolo esecutivo, l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di fare, ma solo - una volta venuto ad esistenza il bene - l'obbligo di consegnare (79).

Piuttosto, può farsi un'osservazione in ordine al fondamento giuridico della nuova previsione. Se è vero che il pacifico godimento dei beni rappresenta un'importante esigenza di ordine pubblico, *appare inopportuna la previsione, quale titolo esecutivo per la consegna o il rilascio, della scrittura privata autenticata* accanto all'atto pubblico, in quanto solo quest'ultimo è in grado di assicurare - attraverso l'obbligatoria indagine della volontà ad opera del notaio, ex art. 47 della legge notarile - la ponderazione della volontà del soggetto obbligato, e quindi una sua adeguata tutela. Il legislatore non si è posto, in un primo momento, il problema, che però sembra alla base del recente *revirement* contenuto nel disegno di legge attualmente all'esame del Parlamento: nella nuova pre-

visione dell'art. 474, comma 1, c.p.c., l'esecutività delle scritture private è prevista nel n. 2, anziché nel n. 3 del medesimo primo comma; e di conseguenza il comma 2, che disciplina l'esecuzione degli obblighi di consegna o rilascio, nel rinviare ai nn. 1 e 3 non contempla più le scritture private autenticate.

I requisiti di certezza, liquidità, esigibilità e gli obblighi del notaio nella fase della spedizione del titolo esecutivo

L'art. 474, comma 1, c.p.c. dispone che l'esecuzione forzata non può aver luogo che in virtù di un titolo esecutivo "per un diritto certo, liquido ed esigibile". L'interpretazione tradizionale di questa disposizione è nel senso che i requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità debbano afferire al titolo esecutivo (80); occorre verificare se ciò risponde al vero o meno, e se eventualmente le modifiche apportate al processo esecutivo con la legge n. 80/2005 non siano tali da necessitare una rimediazione della questione, consentendo di giungere a conclusioni diverse da quelle raggiunte in passato.

A tal fine occorre rilevare che la recente riforma ha modificato gli artt. 499 e 510 c.p.c., che *consentono ora solo ai creditori muniti di titolo esecutivo di intervenire all'esecuzione, e di partecipare immediatamente alla distribuzione del ricavato*. I creditori ipotecari, sequestratari e pignorati possono intervenire, ma non possono promuovere atti del procedimento esecutivo, e le somme ad essi dovute non vengono loro distribuite, ma sono invece accantonate in attesa che il titolo esecutivo venga da essi conseguito. Correlativamente, la riforma ha modificato gli

Note:

(75) Cass. 4 marzo 2003 n. 3183, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Possesso*, n. 32; Cass. 25 novembre 2002 n. 16566, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Esecuzione di obblighi di fare*, n. 2; Cass. 22 novembre 2000 n. 15083, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Esecuzione in genere*, n. 38; Cass. 7 luglio 1999 n. 7026, in *Giur. it.*, 2000, p. 470; Cass. 2 aprile 1997 n. 2869, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2119.

Per il rilievo che il titolo esecutivo di rilascio (nella specie, decreto di trasferimento di immobile espropriato ex art. 586 c.p.c.) ha efficacia soltanto nei confronti del suo destinatario, e non anche nei confronti del terzo che vanta un diritto autonomo sul bene da rilasciare, Pret. Milano 21 settembre 1989, in *Foro it.*, 1990, I, c. 3530.

Il detentore del bene, non nominativamente indicato nel titolo, quale unico soggetto che può soddisfare la pretesa esecutiva, e quindi quale soggetto passivo dell'esecuzione, è legittimato alla proposizione della opposizione all'esecuzione: Cass. 14 dicembre 1985 n. 6330, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1033, con nota di Sassani.

(76) Mandrioli, *Esecuzione per consegna o rilascio*, cit., p. 624 ss.; Id., *In tema di rapporti tra estensione soggettiva del giudicato ed estensione soggettiva del titolo esecutivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 448 ss.; Bonsignori, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 301 ss.

(77) Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 368.

(78) Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 368.

(79) Castoro, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, cit., p. 686.

(80) Massari, *Titolo esecutivo*, cit., p. 378; Satta, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 47; Id., *Commentario al codice di procedura civile*, III, cit., p. 85 ss.; Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 279 ss.

artt. 525 e 563 c.p.c., eliminando ogni riferimento, per l'esecuzione immobiliare, alla possibilità di intervenire all'esecuzione per un credito sottoposto a termine o condizione. Quest'ultima modifica - motivata dal fatto che i presupposti dell'intervento sono ora regolati in via unitaria, per qualsiasi tipo di espropriazione, dall'art. 499 c.p.c. - non preclude evidentemente l'intervento dei creditori a termine o sotto condizione, in possesso di un titolo esecutivo: sarebbe assurdo ipotizzare una tale conseguenza, e precludere un intervento che è consentito anche ai creditori privilegiati privi di titolo esecutivo, anche perché, prima del momento della distribuzione del ricavato, il termine potrebbe essere scaduto e la condizione verificata. D'altra parte, ammettere un intervento solo tardivo significherebbe pregiudicare potenzialmente il creditore a termine o sotto condizione, stante la previsione dell'art. 565 c.p.c. che prevede la postergazione dei creditori tardivamente intervenuti nella distribuzione del ricavato. Sembra, quindi, doversi accogliere un'interpretazione delle nuove disposizioni che ammetta l'intervento immediato dei creditori a termine o sotto condizione, muniti di titolo esecutivo.

Se quanto sopra corrisponde al vero, ne deriva che il requisito dell'esigibilità del credito non deve sussistere affinché il titolo abbia efficacia esecutiva, ma solo al fine di consentire la partecipazione alla distribuzione del ricavato. Il che consente, d'altra parte, di ritenere che il titolo è esecutivo pur in assenza del requisito dell'esigibilità.

Analoghe riflessioni potrebbero effettuarsi in relazione al requisito della liquidità (81), che potrebbe mancare in alcuni casi temporaneamente: si pensi ad alcune ipotesi di titoli esecutivi complessi, in cui il requisito della liquidità è integrato solo a seguito del completamento della fattispecie (come nel caso della sentenza di condanna generica al risarcimento dei danni, che deve essere seguita da un successivo provvedimento che liquidi i danni medesimi). In questi casi, sembrerebbe iniquo precludere al creditore, munito del primo "spezzone" di titolo esecutivo, l'intervento nel processo esecutivo al fine di promuoverne gli atti. Anche la liquidità del credito, quindi, sembra costituire un requisito richiesto non ai fini del pignoramento o dell'intervento, ma unicamente per la distribuzione del ricavato.

Ora, posto che l'art. 474, comma 1, c.p.c., accomuna i tre requisiti della certezza, della liquidità e dell'esigibilità, si potrebbe forse ipotizzare che tutti i detti requisiti debbano sussistere solo nel momento in cui si deve procedere alla distribuzione del ricavato, e non già nel momento in cui inizia l'esecuzione. Si tratta di questione nuova, che si pone solo a seguito delle profonde innovazioni recate dalla modifica degli artt. 499 e 510 c.p.c.; la soluzione proposta, tuttavia, trova un addentellato letterale già nel primo comma dell'art. 474 c.p.c., che riferisce i requisiti suddetti al "diritto" affinché possa procedersi ad esecuzione forzata, non già al titolo esecutivo. In fondo, non esiste quindi nessuna disposizione dalla quale possa espressamente desumersi che i tre requisiti suddetti deb-

bano esistere sin dall'inizio, e non sussiste alcuna apprezzabile ragione per sacrificare il diritto all'intervento, ed in genere all'esperimento dell'azione esecutiva, in assenza dei suddetti requisiti del credito; mentre appare ragionevole subordinare la distribuzione del ricavato alla sopravvenuta esigibilità e liquidità, accantonando nel frattempo le somme dovute, in applicazione analogica dell'art. 117, comma 2, l. fall. (82).

Nell'ipotesi, invece, in cui si ritenesse che - anche a seguito delle recenti modifiche legislative - il titolo esecutivo debba riguardare un credito caratterizzato da tutti e tre i requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità sin dal momento dell'inizio dell'esecuzione o dell'intervento nel processo di esecuzione, si potrebbe porre una diversa questione: devono, i suddetti requisiti, sussistere già nel momento in cui il titolo è spedito in forma esecutiva? In altri termini, il notaio o altro pubblico ufficiale che, a norma dell'art. 475, comma 3, c.c., appone la formula esecutiva deve preoccuparsi di verificare la sussistenza di tali requisiti, o deve invece preoccuparsi della sola "esecutività in astratto" del titolo? Sul punto è dato riscontrare, in dottrina e giurisprudenza, orientamenti contrastanti.

Secondo una tesi minoritaria, il titolo dovrebbe essere esecutivo "in concreto" nel momento in cui si appone la formula esecutiva (83). La tesi non è fondata su alcuno specifico dato normativo, se si eccettua la citata disposizione dell'art. 474, comma 1, c.p.c., che però come si è visto non si esprime assolutamente nel suddetto senso. Chi si esprime nel senso suindicato ritiene, quindi, che il cancelliere non possa rilasciare copia esecutiva della sentenza se non si è prima accertato della sua esecutività (84); e che il notaio non possa rilasciare co-

Note:

(81) Si ritiene pacificamente che il requisito della liquidità sia soddisfatto, allorché sia possibile determinare l'ammontare dell'obbligazione (come, ad esempio, quella degli interessi) mediante un semplice calcolo aritmetico, da effettuarsi sulla base degli elementi risultanti dal titolo esecutivo: Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 256; Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, III, cit., p. 12; Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, III, cit., p. 88; Cass. 28 gennaio 1989 n. 541, in *Foro it.*, Rep. 1989, voce *Lavoro e previdenza*, n. 189; Cass. 9 ottobre 1975 n. 3206, in *Giust. civ.*, 1975, I, p. 1798.

(82) Così Bonsignori, *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, Milano 1962, p. 351 ss.

(83) In tal senso espressamente Castoro, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, cit., p. 42 (secondo il quale "nella pendenza del termine per l'adempimento, ad esempio, l'atto ricevuto da notaio non può essere spedito in forma esecutiva"); Falzone-Alibrandi, *Dizionario enciclopedico del notariato*, I, cit., p. 825 ("il notaio, prima di rilasciare la copia in forma esecutiva, deve controllare che il titolo posseda i requisiti sostanziali di cui all'art. 474 c.p.c. e cioè che l'atto pubblico ... comporti un diritto certo, liquido ed esigibile").

(84) Con riferimento agli obblighi del cancelliere in relazione all'accertamento dell'esecutività della sentenza, cfr. Mariani, *Sul rilascio, da parte del cancelliere, di copia in forma esecutiva di sentenza non ancora eseguibile*, in *Foro it.*, 1959, I, c. 1353; Tedeschi, *Sulla legittimità, o non, del rilascio, da parte del cancelliere, di copia in forma esecutiva di una sentenza non munita della clausola di provvisoria esecuzione*, in *Giur. it.*, 1951, IV, c. 148; Pret. Legnano 19 ottobre 1982, in *Foro it.*, 1984, I, c. 3041; Cass. 19 luglio 1949 n. 1853, in *Giur. it.*, 1950, I, I, c. 754, ed in *Foro it.*, 1950, I, c. 566.

pia esecutiva del contratto di apertura di credito (85), o del contratto condizionato di mutuo fondiario (86), in quanto difetterebbe in questi casi il requisito della certezza, oltre a quello della liquidità del credito.

Secondo l'orientamento prevalente, l'esecutività deve sussistere "in concreto" solo nel momento in cui l'azione esecutiva è proposta (87), e quindi nel momento della spedizione in forma esecutiva sarebbe sufficiente la "esecutività in astratto" del titolo. Si fa leva, oltre che sugli argomenti sopra esposti, anche sul disposto dell'art. 153 disp. att. c.p.c., che a proposito degli obblighi del cancelliere che rilascia copia esecutiva della sentenza, richiede a quest'ultimo unicamente di verificare che "la sentenza o il provvedimento del giudice è formalmente perfetto"; a contrario, se ne desume che il cancelliere non debba verificare l'esecutività in concreto del provvedimento (88). Questa era anche l'opinione del Guardasigilli, che nel paragrafo 44 della relazione al codice di procedura civile ha precisato che "il cancelliere deve rilasciare la copia in forma esecutiva della sentenza, in base ad un esame puramente formale della completezza del provvedimento, senza sindacarne l'efficacia sostanziale, poiché una tale indagine darebbe causa a insuperabili incertezze", aggiungendo che si è voluto "lasciare alla parte la responsabilità di affermare la efficacia sostanziale del provvedimento, giacché contro la esecuzione iniziata senza un titolo valido, è facile il rimedio della opposizione". Appare evidente che la medesima conclusione deve valere per il notaio, in relazione agli atti pubblici (ed ora alle scritture private autenticate) (89): è stato incisivamente rilevato che, sostenendosi il contrario, "nessun notaio potrebbe allora essere autorizzato a spedire un atto in forma esecutiva (es. in caso di mancato pagamento annuale degli interessi di un mutuo ipotecario con clausola di decadenza dal beneficio del termine), perché la parte dovrebbe dimostrargli (prova negativa) che tali interessi non le furono regolarmente corrisposti. Invece il notaio essendo

Note:

(85) In tal senso, Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, III, cit., p. 84; Massari, *Titolo esecutivo*, cit., p. 380; Trib. Mantova 22 settembre 2004, in *Riv. not.*, 2005, p. 347; Trib. Napoli 2 febbraio 2002, in *Dir. fall.*, 2002, II, p. 758, con nota di Di Gravio; Trib. Pescara 11 marzo 1981, in *Foro nap.*, 1981, I, p. 139. Questi autori e queste sentenze, a rigore, non prendono in considerazione il profilo del rilascio, da parte del notaio, della copia esecutiva, ma unicamente il problema del valore, nel processo di esecuzione, del contratto di apertura di credito, non ritenendosi sufficiente il rinvio "ad altra documentazione non omogenea", come gli estratti dei libri contabili della banca.

Si occupano, invece, del problema del rilascio della copia esecutiva, concludendo in senso negativo, Circ. Min. Giustizia 20 gennaio 2005, prot. n. 179, in *Riv. not.*, 2005, p. 428; Fabiani, *Puo' il notaio rilasciare copia esecutiva di un contratto di apertura di credito?*, in *Studi e materiali*, 6.2, Milano 2001, p. 821, ed in *Studi in tema di mutui ipotecari*, Milano 2001, p. 195; Falzone-Alibrandi, *Dizionario enciclopedico del notariato*, I, cit., p. 826. Nel senso, invece, dell'ammissibilità del rilascio di copia esecutiva, cfr. Fausti, *Copia esecutiva e scrittura privata autenticata*, cit., p. 132 (che richiama, sia pure in senso dubitativo, l'art. 41, comma 1, t.u.b., ed il riferimento ivi contenuto al "titolo contrattuale esecutivo" a proposito dei "crediti fondiari", tra i quali certamente rientrano quelli di apertura di credito); Lops, *Rilascio di copia esecutiva (artt. 474-475 c.p.c.) di un*

contratto di apertura di credito garantito ipotecariamente, in *Studi e Materiali*, II, Milano 1990, p. 283.

L'argomentazione addotta, per negare qualità di titolo esecutivo al contratto di apertura di credito bancario, consiste nel fatto che il contratto di apertura di credito bancario non può considerarsi titolo esecutivo perché il debito nasce non con la messa a disposizione della somma, ma con la sua diretta utilizzazione da parte del debitore.

(86) Trib. Roma 28 luglio 1998, in *Dir. fall.*, 1999, II, p. 150, con nota di Di Gravio, *Il contratto condizionato di mutuo non è titolo esecutivo*; Cass. 18 gennaio 1983 n. 477, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1493; Cass. 19 luglio 1979 n. 4293, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1981, II, p. 5, con nota di Moglie, *Le quietanze non aventi forma di atto pubblico non sono titoli esecutivi*.

Si è sostenuto, in queste sentenze, che il contratto condizionato di mutuo non documenta l'esistenza attuale di obbligazioni di somme di denaro, e quindi di un credito dotato del requisito della certezza, ancorché consenta l'erogazione di acconti con il sistema dei versamenti rateali, e che quindi riguardi debiti pecuniari meramente eventuali e futuri; mentre l'atto notarile, per avere qualità di titolo esecutivo, dovrebbe contenere "l'indicazione degli elementi strutturali essenziali dell'obbligazione ... elementi tra i quali sono anzitutto quelli attinenti all'esistenza di una determinata e certa obbligazione tra due soggetti"; mentre "venendo ad esistenza l'obbligazione restitutiva del promissario-mutuuario soltanto in dipendenza di un evento incerto, quale il versamento in soluzione unica o rateale, di tutta o di una parte della somma promessa, è da escludere che l'atto notarile documentasse, in relazione alla predetta obbligazione restitutiva, la esistenza di un diritto di credito, nell'istituto finanziario, dotato del requisito della certezza".

(87) Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli 1957, p. 13 (secondo il quale i requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità "debbono esistere non al momento della formazione del titolo esecutivo, ma all'inizio del processo di esecuzione: proposizione la quale può forse esprimersi con maggior correttezza teorica col dire che i fatti impeditivi o estintivi di quei tre attributi debbono essere rilevati e provati dal debitore in sede di opposizione"); Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 187; Massari, *Titolo esecutivo*, cit., p. 378 ss. ("dal contesto del titolo debbono poter essere desunti gli elementi sufficienti per decidere intorno al concorso attuale o futuro dei requisiti ... certezza, liquidità ed esigibilità non è necessario che siano in atto allorché viene formato il titolo esecutivo, ma è sufficiente che lo siano quando si dà inizio al processo di esecuzione"); Montesano, *Nullità della spedizione in forma esecutiva e distinzione tra opposizioni di merito e opposizioni di forma nell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, II, p. 236; Grasso, *Titolo esecutivo*, cit., p. 692; Bonsignori, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 63; Cass. 22 febbraio 1971 n. 477, in *Foro it.*, 1971, I, c. 1258.

Per l'ammissibilità di sentenze condizionali quali titoli esecutivi (nella misura in cui l'accertamento dell'avvenuto avveramento della condizione non richieda accertamenti complessi, ma possa essere agevolmente effettuato in sede esecutiva), cfr. Cass. 17 maggio 1994 n. 4818, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Sentenza civile*, n. 57; Cass. 22 dicembre 1986 n. 7841, in *Foro it.*, Rep. 1986, voce *Esecuzione in genere*, n. 10; Cass. 27 novembre 1979 n. 6239, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 922.

Per l'affermazione secondo la quale certezza, liquidità ed esigibilità si riferiscono al diritto risultante dal titolo esecutivo, e debbono pertanto sussistere al momento in cui s'inizia l'esecuzione, e non al momento in cui si forma il titolo, Patané, *L'atto pubblico notarile con clausola risolutiva espressa quale titolo esecutivo*, in *Giur. it.*, 1962, I, 2, c. 413.

(88) D'Onofrio, *Riflessioni sulla legittimità o meno del rilascio in forma esecutiva di sentenza non ancora eseguibile*, in *Giur. it.*, 1951, IV, c. 155; Giuliotti, *Se il Cancelliere possa e debba rilasciare in forma esecutiva la sentenza non munita dal magistrato della clausola di provvisoria esecuzione*, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, c. 753; Cass. 1 aprile 1958 n. 1132, in *Foro it.*, 1958, I, c. 1214, con nota adesiva di Giuliotti, *Titolo esecutivo e formula esecutiva*.

(89) Per l'equiparazione, sotto il profilo in esame, del notaio al cancelliere, Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, III, cit., p. 22-23. L'art. 153, comma 2, disp. att. c.p.c., a proposito della copia esecutiva rilasciata dal notaio, richiede unicamente l'apposizione del sigillo, e non fa alcun cenno al riscontro della "perfezione formale" del titolo, probabilmente perché tale controllo è operato dal pubblico ufficiale già al momento del ricevimento dell'atto.

l'atto formalmente perfetto lo deve spedire in forma esecutiva, salvo alla parte avversa di opporsi se avesse pagato gli interessi" (90).

Sembra, peraltro, che dottrina e giurisprudenza abbiano ommesso di considerare un argomento decisivo, ai fini della soluzione del problema che ci occupa, che deriva dalla considerazione della *specifica funzione assolta dalla spedizione in forma esecutiva*. Detta spedizione non serve assolutamente ad attestare la "esecutività in concreto" del titolo, che deve essere verificata dall'organo esecutivo (ufficiale giudiziario, giudice dell'esecuzione) nel momento rilevante (sia quest'ultimo dato dall'esperimento dell'azione esecutiva o dalla partecipazione alla distribuzione del ricavato, secondo le due possibili tesi sopra esposte) (91). Ne costituisce riprova il fatto che la carenza della formula esecutiva non legittima l'opposizione all'esecuzione, ma soltanto un'opposizione agli atti esecutivi (92). Oltretutto, *al notaio ed al cancelliere difetterebbero i mezzi per accertare se, effettivamente, tale esecutività in concreto sussiste*: basti pensare ai vari casi di azione esecutiva apparente (pagamento del debito effettuato dopo la formazione del titolo, o addirittura dopo la sua spedizione in forma esecutiva; titolo esecutivo lasciato erroneamente nelle mani del creditore dopo la fine del processo esecutivo; simulazione del negozio giuridico, o nullità dello stesso non rilevabile dal pubblico ufficiale; titolo esecutivo giudiziale che viene meno successivamente per riforma o cassazione; stipula, nei limiti in cui se ne ammette la validità, di un *pactum de non exsequendo*, ecc.). Strumenti che sono invece forniti dal contraddittorio nell'ambito del processo esecutivo, che consente, tra l'altro, di accertare l'eventuale sussistenza di cause estintive del credito successive alla formazione del titolo. Già l'organo esecutivo deve svolgere un minimo di attività di cognizione per verificare l'esistenza del titolo esecutivo; ma, soprattutto, è rimessa al debitore la decisione di provocare un accertamento giudiziale su questo punto, mediante l'opposizione all'esecuzione (93).

La funzione della spedizione in forma esecutiva è invece, in via esclusiva, quella di realizzare la "unicità" del titolo esecutivo, di contrassegnare cioè in modo inequivocabile il "documento" che incorpora l'azione esecutiva, in base alle regole contenute negli artt. 475 e 476 c.p.c., in modo che non si possano avere indebite moltiplicazioni dell'azione esecutiva medesima; a tal fine, è assolutamente irrilevante il momento in cui il titolo è contrassegnato come "unico" con la spedizione in forma esecutiva, come è irrilevante la circostanza che, al momento della spedizione, fosse già possibile esperire l'azione esecutiva per il verificarsi di tutti i suoi presupposti. Ciò è stato, del resto, da tempo segnalato da autorevolissima dottrina, la quale ha avuto modo di precisare che "la formula esecutiva in Italia serve prevalentemente per attestare (in specie agli occhi degli organi esecutivi inferiori) la idoneità generica o potenziale d'un titolo ad essere titolo esecutivo, non l'idoneità attualmente conseguita in concreto" (94);

e che "la spedizione in forma esecutiva, come non accerta l'attuale efficacia del titolo esecutivo, così non constata la inesistenza dei fatti impeditivi ed estintivi dell'azione esecutiva" (95), rappresentando piuttosto "la sola *legittimazione formale* all'esercizio dell'azione esecutiva, che trova un limite nella propria "giustizia" sempre verificabile tramite l'opposizione di merito" (96). Se è così, come non sembra dubbio, emerge chiaramente che il notaio, ed ogni altro pubblico ufficiale legittimato alla spedizione in forma esecutiva a norma dell'art. 475 c.p.c., debba unicamente - oltre ad assicurare la conformità della copia esecutiva all'originale (97) - preoccuparsi di verificare la "esecutività in astratto" del titolo (ac-

Note:

(90) Giuliotti, *Titolo esecutivo e formula esecutiva*, loc. ult. cit. Più in generale, se è vero - come è stato rilevato - che perché sussistano i requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità, "se le condizioni (sospensive) esistono, devono essersi verificate; se esistono termini, devono essere scaduti; se v'è obbligo di controprestazioni, devono essere prestate o offerte; se deve essere compiuto un atto, deve preventivamente essere compiuto" (Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 184), ammettere che il controllo di tali requisiti debba sussistere all'atto della spedizione in forma esecutiva significherebbe che non solo nei casi di contratto condizionato di mutuo o di apertura di credito, ma nella stragrande maggioranza degli atti notarili la spedizione in copia esecutiva non potrebbe essere fatta se non dopo aver accertato scadenza di termini, verificarsi di condizioni ecc., in assoluto contrasto con la prassi che vede il notaio rilasciare la copia esecutiva non appena effettuata l'iscrizione dell'ipoteca a garanzia del finanziamento (quasi sempre, tra l'altro, le banche subordinano l'effettiva erogazione del finanziamento alla consegna, da parte del notaio, della copia esecutiva, oltre che della nota di iscrizione ipotecaria).

(91) In tal senso, chiaramente, Caccavale-Trimarchi, *Appunti sul titolo esecutivo notarile*, cit., p. 146 ss.; Roveda, *Il contratto di mutuo tra consenso e realtà*, in *Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Milano 1999, p. 426 ss.; Vellani, *Titolo esecutivo e controllo preliminare del giudice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, p. 577 ss.; Cass. 5 luglio 1990 n. 7074, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Esecuzione in genere*, n. 13: "nel sistema indicato dall'art. 475 c.p.c., la spedizione del titolo in forma esecutiva non comporta l'accertamento dell'efficacia del titolo esecutivo, né dell'inesistenza di fatti impeditivi o estintivi dell'azione esecutiva, ma una verifica formale per il debitore dell'esistenza dello stesso titolo esecutivo". Per il carattere meramente estrinseco e formale del controllo del pubblico ufficiale, finalizzato alla spedizione in forma esecutiva, cfr. anche Pret. Monza 13 maggio 1989, in *Foro it.*, 1990, I, c. 732, con nota di Brilli.

(92) Cass. 26 ottobre 1992 n. 11618, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Esecuzione in genere*, n. 43; Cass. 6 aprile 1990 n. 2899, in *Arch. civ.*, 1990, p. 781; Cass. 5 luglio 1990 n. 7074, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Esecuzione in genere*, n. 13.

(93) Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 243.

(94) Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 260.

(95) Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, III, cit., p. 22.

(96) Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 230.

(97) Non appare condivisibile l'affermazione di Cass. 16 febbraio 1998 n. 1625, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2667, con nota di Pastorelli, secondo la quale "la copia della sentenza rilasciata dal cancelliere in forma esecutiva deve contenere, oltre all'attestazione di conformità all'originale, la sottoscrizione del cancelliere e il sigillo della cancelleria, mentre non sono prescritte l'indicazione della data e del luogo di rilascio, delle generalità e della qualifica del rilasciante, né la sottoscrizione dei fogli intermedi, né l'apposizione di timbri di congiunzione degli stessi (nella specie, la copia in forma esecutiva della sentenza era priva di timbri di congiunzione nei fogli intermedi nonché della firma del cancelliere su detti fogli)".

certando, ad esempio, che l'atto contenga obbligazioni di somme di denaro, ovvero obbligazioni di consegna o rilascio; ed assicurandosi che la spedizione avvenga a favore della persona indicata nel titolo come creditore (98)); rifiutando quindi la spedizione solo quando non sussistano tali presupposti, e rilasciando al contrario la copia esecutiva in ogni altro caso.

Quanto sopra si giustifica anche in considerazione del fatto che un titolo esecutivo può essere "complesso", e può essere quindi rappresentato da più atti, successivi nel tempo e formati con l'intervento di autorità diverse (99): non vi sarebbe alcuna ragione perché l'apposizione della formula esecutiva su uno di essi debba essere subordinata alla formazione dell'ulteriore atto richiesto. Si pensi al caso in cui un primo contratto, in forma notarile, preveda un'obbligazione con oggetto determinabile, e la successiva determinazione avvenga con atto di un altro notaio, o con provvedimento del giudice. O al caso in cui un successivo atto sia richiesto al fine di accertare l'avveramento di una condizione sospensiva, ovvero al fine di individuare uno dei soggetti del rapporto obbligatorio. Si pensi ancora all'ipotesi di cessione del credito, nella quale pure sembra ricorrere una fattispecie di titolo esecutivo complesso, costituito sia dall'atto costitutivo dell'obbligazione che da quello, successivo, che ne modifica uno dei termini soggettivi di riferimento.

Deve quindi ritenersi che anche il requisito della certezza (100), come quelli della liquidità e dell'esigibilità, non debba necessariamente sussistere nel momento in cui il titolo esecutivo è formato, né in quello in cui è effettuata la spedizione in forma esecutiva.

Ciò significa, per concludere, che il notaio, che abbia ricevuto o autenticato un atto contenente obbligazioni di somme di denaro od obbligazioni di consegna o rilascio, può rilasciarne copia esecutiva (o effettuare la spedizione in forma esecutiva dell'originale, come sopra evidenziato) anche se si tratti di obbligazione solo determinabile e non ancora determinata (si pensi all'ipotesi del contratto di apertura di credito bancario), o di obbligazione sottoposta a condizione sospensiva (vedi, per l'appunto, il caso del contratto condizionato di mutuo), o addirittura nel caso di fattispecie contrattuale "in formazione" (sempre il caso del contratto condizionato di mutuo, allorché la determinazione di alcuni elementi essenziali del negozio sia rimessa alla volontà delle parti, da perfezionarsi con il successivo atto di erogazione e quietanza), e a fortiori nel caso di obbligazione determinata nella sua esistenza e nel suo contenuto, ma non ancora esigibile (caso del credito non ancora scaduto). Anche nell'ipotesi in cui sia possibile una successiva sostituzione soggettiva (come nel contratto per persona da nominare), la spedizione in forma esecutiva potrà essere effettuata (diversamente ragionando, del resto, non si potrebbe spedire mai in forma esecutiva un titolo, laddove il credito sia cedibile a terzi).

Ovviamente, quanto sopra non implica che il titolo

esecutivo così formato sia sufficiente ai fini dell'esperimento dell'azione esecutiva, o comunque ai fini della partecipazione alla distribuzione del ricavato. Da un lato, assume valore sistematico determinante la previsione (art. 474, comma 1, n. 3, c.p.c.), che attribuisce agli atti notarili la valenza di titolo esecutivo "relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in essi contenute"; con ciò richiedendo che l'obbligazione - di cui si predica l'esigenza di certezza, liquidità ed esigibilità - sia "contenuta" nell'atto, completa dei propri elementi identificativi. Circostanza che si verifica, come attenta dottrina ha evidenziato, sia nell'ipotesi in cui l'atto costituisca il fatto genetico (fonte dell'obbligazione), sia allorché assuma la funzione di atto ricognitivo (101). Nel primo caso, è necessario soltanto che il titolo possa effettivamente qualificarsi come "fonte" dell'obbligazione, sia pur suscettibile di completarsi con atto successivo (102).

Nelle fattispecie "in corso di formazione", come sopra

Note:

(98) Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, III, cit., p. 95; Massari, *Titolo esecutivo*, cit., p. 387.

(99) Caccavale-Trimarchi, *Appunti sul titolo esecutivo notarile*, cit., p. 139 ss.; Castoro, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, cit., p. 12 ss.; Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 185 (il quale esclude che occorra la contestualità, e quindi che "occorra che accertamento e suoi requisiti risultino da un unico documento"); Cass. 19 luglio 1979 n. 4293, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1981, II, p. 5 (ove si chiarisce che "il principio normativo della specialità dei titoli esecutivi ... non è di ostacolo all'ammissibilità di titoli esecutivi complessi, caratterizzati da ciò che non sono costituiti da un solo atto, ma da una pluralità di atti coesenziali per l'esistenza ed efficacia del titolo medesimo"; e si precisa che - oltre in casi specificamente previsti dalla legge - "il fenomeno si manifesta anche in altre ipotesi, in cui il titolo non è idoneo da solo a documentare, in relazione al diritto che esso racchiude, i requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità richiesti dalla norma, perché questi non sussistevano (in tutto o in parte) al tempo di formazione dello stesso (titolo) e si sono realizzati successivamente, venendo documentati in atto separato". Ciò che succede anche quando i negozi giuridici "consacrati in atto pubblico, non contengono una liquidazione in cifra, risultante, invece, da atto successivo"; Trib. Salerno 28 novembre 1958 n. 1298, in *Dir. e giur.*, 1960, p. 58 (secondo cui, quando l'atto è sottoposto ad una condizione, "la utilizzazione dell'atto, come titolo esecutivo, non appare possibile, se la esigibilità, la liquidità e la certezza non siano dapprima accertate da un altro atto o provvedimento, della stessa indole e rivestito della stessa forma prescritta per i titoli, del quale risulti la destinazione specifica ad integrare quello precedente").

(100) Su tale requisito, cfr. Cass. 25 febbraio 1983 n. 1455, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Esecuzione in genere*, n. 8 ("requisito essenziale dei titoli esecutivi, giudiziali e stragiudiziali, menzionati dall'art. 474 c.p.c. è la certezza del diritto risultante dal titolo stesso, intesa nel senso che la situazione giuridica accertata in favore di un soggetto deve emergere esattamente e compiutamente, nel suo contenuto e nei suoi limiti dal relativo provvedimento giurisdizionale o atto negoziale, di guisa che ne risulti determinato e delimitato anche il contenuto del titolo; in difetto di tale intrinseco requisito, il titolo esecutivo non può essere riconosciuto come tale, né può attingere aliunde siffatta certezza"). Sulle varie ricostruzioni dottrinali del concetto di "certezza" del titolo esecutivo, Vaccarella, *Titolo esecutivo, processo, opposizioni*, cit., p. 143 ss.

(101) Caccavale-Trimarchi, *Appunti sul titolo esecutivo notarile*, cit., p. 137 ss.

(102) Caccavale-Trimarchi, *Appunti sul titolo esecutivo notarile*, cit., p. 139.

individuato, eccettuato il caso della scadenza del termine, che è verificabile senza dubbi allorché si tratti di termine *certus an et quando*, il titolo dovrà essere quindi integrato da un successivo atto determinativo, che identifichi con precisione e determini quantitativamente il credito, o che dia atto del verificarsi della condizione sospensiva o comunque del perfezionamento della fattispecie; che dia atto, in una parola, del sopravvenire dei requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità, senza i quali non si potrà procedere all'esecuzione forzata. Ovvio, altresì, che questo successivo atto dovrà rivestire la forma prevista dall'art. 474 c.p.c.: dovrà quindi trattarsi di un atto pubblico, una scrittura privata autenticata, una sentenza o un altro degli atti e provvedimenti previsti dalla legge (103). In difetto, il giudice dell'esecuzione dovrà rilevare *ex officio* l'inesistenza o l'ineidoneità del titolo esecutivo (104), ed il debitore potrà eccepire la mancanza dei requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità con l'opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi (105).

Pertanto, per riferirsi ad un caso che ha sollevato, anche di recente, discussioni, il contratto di *apertura di credito bancario* potrà certamente - se contenuto in un atto pubblico o in una scrittura privata autenticata - dar luogo a *spedizione in forma esecutiva sin dal momento del suo perfezionamento*: non sembra possibile dubitare che esso contratto costituisca, "in astratto", la fonte dell'obbligazione, anche se quest'ultima sorgerà non per effetto della mera "messa a disposizione" della somma, ma solo allorché, in adempimento del contratto, tale somma verrà effettivamente consegnata e scatterà l'obbligo di restituzione. Sussiste sempre, quindi, il requisito della "esecutività in astratto", richiesto ai fini della spedizione in forma esecutiva. *Ai fini, invece, della "esecutività in concreto"* - e quindi, a seconda della tesi che si accolga, ai fini della proposizione dell'azione esecutiva o della partecipazione alla distribuzione del ricavato - *occorrerà un successivo atto autentico, o un provvedimento giudiziale, che "integrino" il titolo, mediante accertamento dell'ammontare del credito della banca, in corrispondenza all'effettivo utilizzo da parte del soggetto accreditato.*

Parimenti, il contratto condizionato di *mutuo fondiario* è sempre astrattamente idoneo ad integrare il titolo esecutivo, costituendo la fonte dell'obbligazione del mutuatario di restituire la somma ricevuta, ed il relativo atto notarile è senz'altro idoneo alla spedizione in forma esecutiva. *Ai fini, invece, dell'esecutività "in concreto"*, esso dovrà essere integrato da un atto di erogazione e quietanza, in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata, che integri i requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità del credito (106). Non richiede, invece, forma autentica l'accertamento di circostanze estranee alla nascita del *vinculum iuris*, come ad esempio l'inadempimento del debitore, poiché è pacificamente il debitore a dover provare di aver adempiuto all'obbligazione (prova che può essere fornita in sede di opposizione all'esecuzione) (107); di conseguenza, un contratto notarile di finan-

ziamento costituisce titolo esecutivo idoneo anche in relazione alle obbligazioni scaturenti da clausola penale, o da clausola risolutiva espressa, salva l'esigenza che

Note:

(103) Massari, *Titolo esecutivo*, cit., p. 379 ("all'infuori dei casi in cui l'integrazione è verificabile *prima facie* - scadenza del debito ad una data certa, indicata in cambiale o in altro negozio; liquidazione degli interessi secondo un tasso previsto, e simili - comunemente si ritiene che il verificarsi successivo e tempestivo della certezza liquidità ed esigibilità debba essere accertato da altro atto o provvedimento della stessa indole e forma del titolo esecutivo da integrare, con l'espressa indicazione della destinazione specifica ad integrare appunto tale titolo"), e p. 380; Bonsignori, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 102; Trib. Cassino 14 marzo 2000, in *Giur. merito*, 2001, p. 662, con nota di Russillo, *Titolo esecutivo stragiudiziale e dichiarazione aggiunta* (che ha correttamente statuito che una dichiarazione scritta, non in forma di atto pubblico, non è idonea a integrare le risultanze di un atto pubblico notarile di finanziamento ai fini dell'efficacia esecutiva); Cass. 19 luglio 1979 n. 4293, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1981, II, p. 7 ("ai fini dell'esistenza di un valido titolo complesso si richiede che l'atto integrativo abbia la stessa natura e rivesta la stessa forma di quello principale (un atto notarile negoziale può essere integrato solo con un atto della stessa indole); debba anch'esso essere anteriore all'inizio dell'esecuzione, che costituisce il riferimento temporale ultimo per il completamento del titolo; debba essere destinato in modo specifico ed espresso a questa funzione e documentare, in concreto, il verificarsi dei requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità del diritto enunciato nel titolo"); Cass. 27 novembre 1979 n. 6228, in *Foro it.*, 1979, c. 3060 (che ha escluso che possa essere fatto valere come titolo esecutivo la dichiarazione di proroga del termine, che non abbia la stessa forma (pubblica) dell'atto costitutivo del debito).

Altri ha escluso che il verificarsi della condizione sospensiva debba essere accertato con sentenza o atto pubblico, al fine di garantire efficacia esecutiva al titolo condizionato, salvo l'onere della prova a carico del creditore, e salva la facoltà dell'organo esecutivo di rifiutare l'atto esecutivo se ha ragione di dubitare che la condizione si sia verificata: Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, III, cit., p. 13; Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, III, cit., p. 85; Massari, *Titolo esecutivo*, cit., p. 381; Chioyenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 281; Chioyenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 257 ss.

Vaccarella, *Diffusione e controllo dei titoli esecutivi stragiudiziali*, cit., p. 58, ritiene che la certezza solo relativa assicurata dai titoli esecutivi stragiudiziali non giustifichi il rigoroso atteggiamento giurisprudenziale che richiede che la piena prova dell'atto pubblico investa sia il sorgere del credito che il suo ammontare.

(104) Cfr., tra le più recenti, Trib. Napoli 19 febbraio 2003, in *Nuovo dir.*, 2004, I, p. 641; Cass. 29 novembre 2004 n. 22430, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Esecuzione in genere*, n. 49; Cass. 9 luglio 2001 n. 9293, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Esecuzione in genere*, n. 27; Cass. 16 febbraio 2000 n. 1728, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Esecuzione per obbligazioni pecuniarie*, n. 61; Cass. 7 febbraio 2000 n. 1337, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Titoli di credito*, n. 26; Cass. 10 settembre 1996 n. 8215, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2610. Nel senso, invece, che il difetto di liquidità del titolo esecutivo non può essere rilevato d'ufficio dal giudice, Cass. 7 marzo 2002 n. 3316, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Sentenza civile*, n. 18. Per l'accertamento d'ufficio, ad opera del giudice dell'esecutività della cambiale (che non richiede, come già visto, spedizione in forma esecutiva), Cass. 10 marzo 1993 n. 2894, in *Foro it.*, 1994, I, c. 149.

(105) Massari, *Titolo esecutivo*, cit., p. 379.

(106) Caccavale-Trimarchi, *Appunti sul titolo esecutivo notarile*, cit., p. 139 ss.; Cass. 19 luglio 1979 n. 4293, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1981, II, p. 8-9.

(107) Cass. 11 giugno 1969 n. 2069, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, c. 1855, ha chiarito che il creditore, tramite il titolo esecutivo, debba dimostrare solo l'esistenza del *vinculum iuris* e l'attualità del suo credito, spettando al debitore far valere, con l'opposizione all'esecuzione, l'inesistenza dell'inadempimento colpevole.

l'obbligazione sia esigibile nel momento in cui l'azione esecutiva è promossa (108).

Le scritture private autenticate anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 80/2005

Quid iuris per le scritture private autenticate in data anteriore all'entrata in vigore della modifica dell'art. 474 c.p.c.? Può affermarsi che le stesse sono munite di efficacia esecutiva, ai sensi della nuova disposizione? Si tratta di questione di diritto intertemporale, che occorre esaminare con estrema attenzione, posto che i principi elaborati da dottrina e giurisprudenza nella materia del diritto processuale civile sono, per alcuni profili, non sufficientemente chiari, e comunque non si prestano agevolmente ad essere adattati alla fattispecie *de qua*.

Principio generale, comunemente riconosciuto, è quello dell'applicazione immediata della nuova disciplina agli atti processuali posti in essere successivamente alla sua entrata in vigore; mentre gli atti anteriormente compiuti rimangono soggetti alla vecchia disciplina, in applicazione del principio *tempus regit actum* (109).

Si discute, invece, se la nuova legge sia applicabile anche agli atti posti in essere sotto l'impero della legge anteriore, quante volte detti atti siano idonei a produrre effetti anche per il futuro. Sul punto sono rinvenibili tre posizioni diverse. Secondo la prima di esse, gli effetti ricorrelabili agli atti processuali sono esclusivamente quelli previsti dalla legge vigente al momento del loro perfezionamento, in assenza di una norma di diritto intertemporale che autorizzi una diversa conclusione (110). Si fa anche valere, a sostegno di questa tesi, il fondamentale principio di affidamento, che preclude la possibilità di ritenere che gli effetti dell'atto processuale già formato al momento dell'entrata in vigore della nuova disposizione siano da quest'ultima regolati, "quantomeno nei casi in cui la retroattività della disciplina verrebbe a comprimere la tutela della parte, senza limitarsi a modificare la mera tecnica del processo" (111).

Altra tesi, per certi aspetti opposta a quella surriportata, distingue tra effetti istantanei ed effetti permanenti degli atti processuali, ritenendo che - mentre i primi sarebbero disciplinati dalla vecchia legge - i secondi troverebbero invece la loro regolamentazione nella nuova disciplina, giusto il principio dell'applicazione immediata (112).

Un terzo orientamento distingue ulteriormente, nell'ambito degli effetti che si producono successivamente all'entrata in vigore della nuova legge: lo *ius superveniens* si applicherebbe agli *effetti giuridici sopravvenuti* alla data della sua entrata in vigore, ancorché conseguenti ad un fatto passato, solo *quando essi debbano essere presi in considerazione in se stessi, prescindendosi totalmente dal collegamento eziologico con il fatto che li ha generati*; fermo restando che, in ogni caso, non può essere modificata in senso negativo la disciplina giuridica del fatto generatore (e quindi senza pregiudizio per l'esistenza e

la validità degli atti già compiuti), e che la nuova disciplina deve ritenersi comunque inapplicabile se attraverso di essa si disconoscano gli effetti già scaturiti dal progresso fatto generatore o si tolga efficacia alle conseguenze attuali o future di esso (113). In altri termini, solo quando l'effetto, che si produce successivamente, abbia una sua "vita autonoma" rispetto al fatto che lo ha generato, la nuova disciplina troverebbe applicazione. Se si accoglie, come sembra plausibile, quest'ultimo orientamento, occorre fare un'ulteriore precisazione. La dottrina e la giurisprudenza, a proposito degli effetti successivi di atti posti in essere nel vigore della vecchia disciplina, ha preso in considerazione soprattutto le fattispecie di *ius superveniens* con effetti estintivi o modificativi di situazioni giuridiche pregresse, mentre è stata per lo più trascurata l'ipotesi di *ius superveniens* con effetti costitutivi (che dia luogo, cioè, ad *effetti nuovi*, non previsti dalla previgente normativa). Riguardo a quest'ultima eventualità, si è parlato di "qualificazione di un inte-

Note:

(108) Patané, *L'atto pubblico notarile con clausola risolutiva espressa quale titolo esecutivo*, in *Giur. it.*, 1962, I, 2, c. 413; Guarino, *Efficacia esecutiva dell'atto notarile*, in *Dir. e giur.*, 1960, p. 55 ss.; Cass. 11 giugno 1969 n. 2069, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, c. 1855. *Contra*, Cinque, *Dell'atto notarile di mutuo con interessi*, in *Dir. e giur.*, 1959, p. 787; App. Palermo 17 febbraio 1961, in *Foro it.*, 1961, I, c. 1245; App. Catania 17 febbraio 1961, in *Giur. it.*, 1962, I, 2, c. 412.

(109) Cfr., tra gli altri, Capponi, *L'applicazione nel tempo del diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 442 ss.; Fazzalari, *Efficacia della legge processuale nel tempo*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 890 ss.; Cass. 12 maggio 2000 n. 6099, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1927, con nota di Gatti, *Riflessioni in merito a retroattività della legge processuale civile ed atti già perfetti nella vigenza della normativa anteriore: principio del "triplo" binario?*; Cass. 6 giugno 2000, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Giudizio abbreviato*, n. 57; Cass. 3 giugno 1992, in *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Misure cautelari personali*, n. 247; Cass. 26 maggio 1992, in *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Misure cautelari personali*, n. 249; Cass. 17 maggio 1985 n. 3015, in *Giur. agr. it.*, 1985, p. 431.

(110) Capponi, *L'applicazione nel tempo del diritto processuale civile*, cit., p. 495 ss.

(111) Cass. 12 maggio 2000 n. 6099, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1927; Corte Cost. 16 aprile 1998 n. 111, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1725; Corte Cost. 23 novembre 1994 n. 397, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1440.

(112) Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli 1991, p. 404 ss.; Cass. 3 giugno 1992, in *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Misure cautelari personali*, n. 247; Cass. 26 maggio 1992, in *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Misure cautelari personali*, n. 249. Nello stesso senso, al di fuori dell'ambito processuale, App. Milano 12 giugno 1998, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Trasporto*, n. 53; Cass. 3 aprile 1987 n. 3231, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1226. Sulla distinzione tra effetti istantanei ed effetti permanenti della fattispecie, ai fini del diritto intertemporale, Capponi, *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1355 ss.

(113) Cass. 28 settembre 2002 n. 14073, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Professioni intellettuali*, n. 233; Cass. 18 luglio 2002 n. 10436, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Contratto in genere*, n. 329; Cass. 3 marzo 2000 n. 2433, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Legge*, n. 77; Cass. 5 maggio 1999 n. 4462, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1966; Cass. 28 aprile 1998 n. 4327, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Matrimonio*, n. 163; Cass. 27 febbraio 1998 n. 2171, in *Giur. it.*, 1998, p. 1560; Cass. 26 giugno 1991 n. *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 182; Cass. 27 febbraio 1987 n. 2118, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 184; Cass. 31 marzo 1983 n. 2351, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Previdenza sociale*, n. 324.

resse fino ad allora inqualificato”, e si è ritenuto che la nuova disciplina possa trovare applicazione nei limiti in cui il nuovo effetto non realizzi “anche quel tratto dell’interesse durevole che si situa nel periodo anteriore alla sua entrata in vigore” (114). Il che può essere più chiaramente espresso affermando che *la nuova disciplina non può applicarsi quante volte ciò determinerebbe un pregiudizio di interessi che abbiano acquisito giuridica rilevanza anteriormente all’entrata in vigore della nuova legge.*

Si tratta, ora, di fare applicazione dei concetti sopra espressi alla fattispecie in esame (*scritture private autenticate in data anteriore all’entrata in vigore della nuova disciplina*). Innanzitutto, è necessario un chiarimento in ordine al momento in cui l’effetto in questione (*attribuzione di efficacia esecutiva*) si produce, in linea generale, riguardo alle scritture private autenticate (come, del resto, agli atti pubblici). Essenziale appare il ruolo che si intende assegnare alla spedizione in forma esecutiva. Secondo un’opinione minoritaria, tale spedizione sarebbe requisito costitutivo della fattispecie “titolo esecutivo”, cosicché in mancanza difetterebbe il diritto a procedere ad esecuzione forzata (115). Secondo l’interpretazione più accreditata, invece, *l’esecutività è una qualità intrinseca del titolo, che lo stesso possiede sin dal momento della sua formazione, sicché nulla aggiunge, sotto questo profilo, la spedizione in forma esecutiva* (alla quale può attribuirsi, semmai, un ruolo “condizionante” l’esperienza dell’azione esecutiva, e quindi attinente al profilo della eseguibilità in concreto) (116). Ciò significa che - poiché la vecchia legge non prevedeva l’efficacia esecutiva delle scritture private autenticate - tale “effetto” sussisterebbe solo ove fosse ipotizzabile una applicazione della nuova disciplina al fatto anteriormente compiuto. Cosa, questa, che come si è visto è possibile, nella misura in cui l’effetto abbia natura non istantanea, e non sia caratterizzato da uno stretto “collegamento eziologico” con la fattispecie; ed inoltre a condizione che ciò non pregiudichi situazioni giuridiche pregresse, e non leda l’affidamento posto in ordine alla configurazione giuridica della fattispecie. Sotto entrambi questi profili, la nuova disciplina non sembra, in realtà, applicabile.

Quanto al primo aspetto, *l’efficacia esecutiva appare strettamente connessa al “documento” che incorpora il credito e quindi l’azione esecutiva*: l’attributo di “esecutività” attiene, oltre che al profilo dell’efficacia, anche a quello della “qualificazione del fatto”, che non può che essere effettuata in base alle norme vigenti al tempo della formazione dell’atto. Si ha, in altri termini, quel “nesso eziologico” tra causa ed effetto che determina, secondo l’orientamento giurisprudenziale assolutamente prevalente, l’attrazione degli effetti dell’atto alla vecchia disciplina, in applicazione del principio *tempus regit actum*.

Sotto il secondo profilo, l’attribuzione di efficacia esecutiva a scritture private autenticate in passato potrebbe determinare una *grave lesione dell’affidamento posto dal debitore sulla portata del titolo che ha sottoscritto*. Pur non essendo ravvisabile, a livello di “fattispecie”, una

differenza tra le scritture private autenticate dopo l’entrata in vigore della nuova disciplina, rispetto a quelle autenticate successivamente (117), *non ricorre*, invece, per i vecchi titoli l’altro importante elemento, sopra segnalato, rappresentato dall’attività di chiarimento ed informazione ad opera del notaio in ordine all’efficacia esecutiva del documento che era stato sottoscritto: più in generale, può dirsi che il debitore, nel momento in cui ha sottoscritto la scrittura privata, non intendeva in alcun modo con ciò assoggettare il proprio patrimonio all’esecuzione forzata ad opera del creditore. Ipotizzare una tale conseguenza significherebbe incidere negativamente nella di lui sfera giuridica, il che ben difficilmente potrebbe essere ritenuto conforme non solo alle norme di diritto intertemporale, ma anche ai principi costituzionali (118).

In conclusione, secondo l’interpretazione che appare più plausibile *alle scritture autenticate in data anteriore all’entrata in vigore della nuova disciplina non può essere attribuita la qualifica di titolo esecutivo; di conseguenza, il notaio non potrà effettuare la spedizione in forma esecutiva.*

Note:

(114) Caponi, *La nozione di retroattività della legge*, cit., p. 1360.

(115) Grasso, *Titolo esecutivo*, cit., p. 695.

(116) Massari, *Titolo esecutivo*, cit., p. 387; Satta, *Commento al codice di procedura civile*, III, cit., p. 92 ss.; Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 187; Chioyenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 268.

(117) In entrambi i casi si riscontra sia il controllo notarile dell’identità e della legittimazione del sottoscrittore, sia il controllo di legalità ex art. 28 della legge notarile, e può ravvisarsi anche l’elemento della “solenità” rappresentato dall’intervento del pubblico ufficiale all’atto dell’apposizione delle sottoscrizioni.

(118) Si veda, sul punto, Auletta, *La (ribadita) costituzionalizzazione del principio tempus regit actum in diritto processuale*, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 18.

Non può sottacersi il fatto che, in passato, il legislatore italiano ha seguito una strada opposta: l’art. 24 del r.d. 30 novembre 1865 n. 2600, disposizioni transitorie del codice di procedura civile del 1865, attribuiva qualifica di titolo esecutivo anche alle scritture private autenticate in precedenza: tale argomento non può peraltro essere utilizzato nel caso di specie, posto che - secondo un uniforme orientamento dottrinale e giurisprudenziale - le norme transitorie sarebbero norme eccezionali, non estensibili analogicamente. Per la natura eccezionale delle norme transitorie, Cass. 21 dicembre 1999 n. 14348, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Professioni intellettuali*, n. 87; App. Roma 8 giugno 1994, in *Nuovo dir.*, 1994, p. 901; Cons. Stato 8 novembre 1982 n. 779, in *Riv. giur. ed.*, 1982, I, p. 1117. Per la qualificazione delle norme transitorie in senso stretto come “norme a fattispecie esclusiva”, non estensibili analogicamente (anche in conseguenza dell’assenza di lacune in senso tecnico, posto che la mancanza di specifiche disposizioni determina l’attivazione dei principi generali del diritto intertemporale, Rescigno, *Disposizioni transitorie*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, p. 224 ss.

Sotto il profilo assiologico, occorre verificare se incidano, sulla soluzione della questione in esame, le nuove disposizioni (novellati artt. 499 e 510 c.p.c.) che precludono l’intervento nell’esecuzione, e la distribuzione del ricavato, ai creditori non muniti di titolo esecutivo: se si ritiene, come sembra, che l’estensione dell’efficacia esecutiva alle scritture private autenticate sia stata pensata come “contrappeso” della stretta prevista dal legislatore, si potrebbe ipotizzare che tale “vantaggio” debba essere assicurato anche ai soggetti il cui credito risulti da scritture private autenticate in passato. Non sembra, tuttavia, che ciò sia possibile, alla luce della ricostruzione, come sopra effettuata, dei principi di diritto intertemporale e di diritto costituzionale, che precludono la retroattività della legge in pregiudizio del soggetto debitore.

Demanio

Opere edilizie abusive su aree vincolate e di proprietà pubblica: le nullità negoziali (*)

di GIAMPIERO PETTERUTI

Il tema dei manufatti realizzati su suoli pubblici e su suoli soggetti a vincoli chiama in causa un intricato complesso di regole, espresse da disposizioni non perfettamente coordinate. D'altra parte, specialmente nel settore urbanistico-edilizio, la recente tumultuosa produzione normativa non si segnala per precisione di linguaggio. Più delicato che altrove risulta quindi il ruolo dell'interprete, chiamato ad un compito di ricostruzione delle regole fondato sui criteri sistematici, piuttosto che su insoddisfacenti dati puntuali.

Si pensi alla questione della rilevanza negoziale dei vincoli dopo l'ennesima modifica dell'art. 32 legge 47/85, la quale ha vanificato il rinvio che l'art. 2 comma 58 della legge 662/96 fa al suo terzo comma. Ma, come si vedrà, questioni di analoga portata si incrociano a proposito della rilevanza degli usi civici nel "terzo condono" (D.L. n. 269/2003), del recupero delle nullità dopo la menzionata legge 662/97 e delle tipologie di diritti che è possibile negoziare relativamente alle aree patrimoniali degli enti pubblici territoriali occupate da opere abusive. E difficoltà interpretative derivano anche da richiami e rinvii che continuano a sussistere nella loro contorta dimensione morfologica a dispetto dell'emanazione di un testo unico il quale, col sistema della doppia elencazione delle disposizioni abrogate e di quelle che restano in vita, ha creato ulteriori zone d'ombra, in cui si collocano le disposizioni non richiamate né nel primo né nel secondo degli elenchi e di cui si deve tentare per altra via di stabilire la sorte. Zone d'ombra provengono pure da un lessico mutevole, di contingenza, non sistematico, che non illumina il cammino del giurista, a causa del quale termini muniti di una specifica valenza semantica in alcuni contesti, risultano utilizzati in altri ambiti con valore sicuramente diverso e, anzi che divenire polivalenti, divengono portatori di problematicità. Così, il sintagma *concessione edilizia*, appropriatamente utilizzato dalla legge 47/85 in contrapposizione alla *licenza edilizia* nella rappresentazione dei titoli edilizi tempo per tempo previsti dalla legge, in altre disposizioni posteriori alla legge "Bucalossi" (legge 10/77, che sostituì il termine *licenza* con *concessione*) perde tale valenza di individuazione cronologicamente contestualizzata del titolo edilizio, per virare verso la più ampia portata di termine identificativo di tutti i titoli

edilizi primari. E ci si riferisce, partitamene, all'ambito da assegnare alla regola espressa dall'art. 2 comma 58 della legge 662/97 - da tutti ritenuta la disposizione a regime sulla negoziazione dei beni abusivi - allorché impiega il menzionato sintagma in rapporto ai fabbricati costruiti in sua assenza ("fabbricati costruiti senza *concessione edilizia*") e cui non sembra soddisfacente attribuire la valenza di regola riguardante solo i fabbricati realizzati dopo la menzionata legge "Bucalossi".

Ma ci può riferire, con altrettanto imbarazzo interpretativo, proprio al concetto di "fabbricati costruiti" per evidenziare la problematicità d' inquadramento dei fabbricati originariamente assentiti ma sottoposti, successivamente alla loro ultimazione, ad interventi che ne mutino radicalmente la fisionomia.

Pur con queste premesse problematiche, giova, come sempre, per meglio districarsi, qualche indicazione di carattere generale, nell'ottica del tema del Convegno: invalidità, sanzioni, rimedi.

Innanzitutto, può farsi un accenno alla distinzione tra le varie nullità, generali e speciali, in relazione al sistema di riferimento.

Riguardo alla costruzione eseguita da terzi su suolo facente parte del demanio o del patrimonio indisponibile dello Stato, il sistema di riferimento, connotando i detti suoli come beni *extra commercium*, (1) mette in campo

Note:

(*) Testo della Relazione presentata al Convegno Organizzato dal Comitato Notarile Pontino (Gaeta 28-29 maggio 2004).

(1) Per le differenze tra il regime dei beni del demanio necessario, del demanio accidentale e del patrimonio indisponibile, cfr. Marzo, *Limiti oggettivi: l'incomerciabilità della cosa*, in *La vendita, I - La formazione del contratto. Oggetto ed effetti in generale*, a cura di M. Bin, Padova, 1994, pag. 60 e ss.

la (tradizionale) nullità del contratto indotta dall'oggetto illecito, o secondo alcuni impossibile (2), e comunque da un oggetto che, non avendo i requisiti previsti dall'art. 1346 c.c., chiama direttamente in causa l'art. 1418 secondo comma c.c. (3).

Nullità insanabile, non suscettibile di recupero alcuno, nemmeno nei ristretti limiti assegnati alla conferma della donazione (4).

Quindi, allorché ci si trovi di fronte all'*edificio eseguito senza titolo su bene pubblico non disponibile*, il limite è netto e non aggirabile e si può parlare di negoziabilità solo nell'ambito consentito in rapporto alla c.d. regolarizzazione del bene.

Per contro, nel campo strettamente urbanistico-edilizio e dopo le varie normative sul condono, i canoni classici dell'invalidità si stemperano, perché la nullità non è più, o non è più soltanto, indice di massimo *dis-valore* ma è impiegata come strumento indiretto per scoraggiare, non il negozio, ma la condotta illecita che lo precede nella realizzazione del manufatto.

È chiaro che in questo secondo campo non si tratta di oggetti in linea di principio illeciti o impossibili, tant'è che essi, pur totalmente privi di titoli edilizi, non vengono totalmente espunti dal commercio giuridico e sono invece validamente ipotecabili (e perciò) validamente espropriabili, validamente trasferibili *mortis causa* (5), validamente sottoponibili a servitù.

Ed allora la ragione stessa della nullità si fa meno netta, tanto che si parla di aggiuntivi requisiti di validità dell'atto, di impossibilità relativa (6) del bene abusivo, di nullità per deficienza di contenuto (allorché manchi la dichiarazione degli estremi dell'esistente titolo edilizio o dell'antiorità all'1.9.1967) (7), dovendosi poi spiegare che natura abbia la conferma del negozio nullo, quando ammessa, e come si atteggi la valutazione comparativa degli interessi in gioco.

Quindi, nel tema in esame, vengono in rilievo i due fronti della nullità tradizionale (normalmente) insanabile e della nullità speciale, la quale ultima ammette rimedi eccedenti l'alveo classico della conferma del negozio nullo e chiama proprio ad esaminare se il modello dell'*atto nullo ma confermabile* possa essere suscettibile di applicazione al di fuori dei casi espressamente previsti, almeno nel quadro del micro-sistema di riferimento.

Le opere eseguite senza titolo su suoli pubblici

Tornando ora alle costruzioni eseguite senza titolo su suolo pubblico occorre chiedersi come si atteggi il manufatto rispetto alla tripartizione *demanio - patrimonio indisponibile - patrimonio disponibile*. Qui non emergono, a quanto pare, significative difficoltà.

Pur segnalandosi che la stabile e definitiva imputazione all'Ente pubblico della titolarità del nuovo edificio non segue il normale percorso (come si argomenta dalla disciplina degli sconfinamenti, ove si prevede un'acquisizione gratuita a favore dello Stato soltanto all'esito di una complessa procedura, adombrandosi una diversa

condizione del bene *medio tempore*), deve dirsi che non esiste un limbo della proprietà del manufatto, in cui essa si collocherebbe fino alla decisione dell'Ente di ritenere l'opera, e quindi deve affermarsi che la condizione giuridica del fabbricato è strettamente collegata alla condizione giuridica del suolo. Dal che deriva che la negoziazione è di norma impedita ed è possibile solo in relazione alla c.d. regolarizzazione del bene (mediante la concessione di un diritto sul suolo), "regolarizzazione" che riannoda diritto reale sul suolo e sull'edificio in capo all'autore della costruzione e per la quale si deve ritenere applicabile lo statuto di circolazione degli edifici, considerando il manufatto come oggetto, unitamente all'area, del complessivo oggetto della cessione (8).

Note:

(2) La rilevanza della *demanialità* è ricostruita dalla dottrina a volte come causa dell'*illiceità* dell'oggetto (Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1977, p. 132) ed altre come causa della sua *impossibilità* (Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 2002, p. 124).

La dottrina moderna (Roppo, *Il Contratto*, in *Tratt. di diritto privato Iudica-Zatti*, Milano, 2001, p. 345) mette in evidenza che il dubbio è sdrammatizzato dall'identità di conseguenze.

(3) In tema di contratti (ma anche in tema di negozi unilaterali patrimoniali tra vivi, ex art. 1324 c.c.), vale quanto disposto dall'art. 1418 c.c.. Il primo comma di detto articolo stabilisce la regola della nullità virtuale per contrasto con norme imperative, in dipendenza della quale l'assenza di una espressa sanzione di nullità non consente di ritenere che il legislatore abbia inteso escluderla. Quando la norma sia imperfetta (classificandosi tale quella priva di una espressa comminatoria di sanzioni, contrapposta sia alla norma perfetta - perché accompagnata da quella espressa previsione - che a quella più che perfetta - perché protetta da diverse tipologie di sanzioni, rivolte sia all'atto che ai soggetti) occorre però individuare il grado di imperatività e l'eventuale presenza della diversa disposizione cui fa cenno lo stesso art. 1418 1° comma c.c.. Ampi riferimenti in Bugani, *La nullità del contratto*, Padova, 1990 pp. 5, 38 ss., 61 ss.; cfr. Galgano, *Il Negozio Giuridico*, in *Tratt. Dir. Civ. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 1988, p. 232 e 2002, p. 268, che precisa doversi indagare se la esclusione della nullità sia desumibile dalla ragione del divieto; v. ivi i criteri per distinguere norma imperativa da norma imperativa (pur essendo imperative, talune norme non comportano nullità del negozio: si citano, in proposito, le norme penali - che attengono alle condotte e non agli atti - e le norme fiscali - la cui tutela opera sul piano patrimoniale e non negoziale).

Il secondo comma del medesimo articolo prevede, invece, la nullità per mancanza dei requisiti del contratto, senza l'eccezione della "diversa disposizione di legge" (Galgano, *Il Negozio*, cit. 2002, p. 274).

(4) Per i limiti della confermabilità della donazione nulla, cfr. Tamponi, *Sanatoria della donazione invalida*, in *La donazione*, a cura di G. Bonilini, Vol. 2, Torino, 2001, p. 1093.

(5) Si segnala una tendenza legislativa a cercare di "aggredire" anche il campo dei trasferimenti *mortis causa*, nel tentativo di scoraggiare al massimo gli illeciti edilizi, la qual tendenza ha trovato il momento di massima emersione nel comma 49 dell'art. 32 comma D.L. 269/2003 (49. All'articolo 46 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, comma 1, dopo le parole: "atti tra vivi" sono inserite le seguenti: ", nonché *mortis causa*"), poi soppresso dalla legge di conversione.

(6) Donisi, *Abusivismo edilizio e nullità negoziale*, Napoli, 1986, p. 98.

(7) Donisi, *Abusivismo*, cit. p. 99.

(8) Ritenere che l'acquisto a favore del *dominus soli* si verifichi solo allorché, con la decisione di ritenerlo, venga definitivamente meno la possibilità di rimozione dell'edificio realizzato senza titolo, porrebbe il problema di spiegare a chi appartenga, *medio tempore*, la proprietà del manufatto.

E si può passare, ora, alle disposizioni che si occupano di edifici eseguiti senza titolo su suolo pubblico, presenti sia nel T.U. edilizia (art. 35 D.Lgs. 380/2001), sia nella legislazione speciale (art. 32 legge 47/85 novellato; art. 5-bis legge 212 del 2003, di conversione del D.L. 143/2003 (9); D.L. 269/2003 (conv. in legge 326/2003, modificato con legge 350/2003 e poi con D.L. 82/2004), disposizioni da cui emerge, innanzi tutto, una gerarchia delle irregolarità che vede sul gradino più basso il c.d. sconfinamento e su quelli successivi i vari fenomeni di abusivismo edilizio.

Lo sconfinamento su aree statali, con opera assentita

Dello sconfinamento si occupa, con disciplina non a regime, la legge 212/2003, la quale, per lo sconfinamento in occasione dell'esecuzione di opere per le quali esista un titolo edilizio ordinario o in sanatoria, dà all'occupatore di aree statali la possibilità di rendere definitiva l'occupazione, acquistando la proprietà, situazione il cui dato quantitativo concreto espone oltre cinquemila domande. La legge in parola non distingue tra aree demaniali e patrimoniali dello Stato e prevede l'alienazione della porzione di area interessata dallo "sconfinamento" attuato con opere eseguite sui fondi attigui di altrui proprietà. Per dar corso alla detta alienazione devono ricorrere alcune condizioni (10), delle quali la più importante, ai fini che qui interessano, è che deve trattarsi di opera realizzata in forza di licenze o concessioni edilizie o altri titoli legittimanti tali opere.

Note:

(9) *Alienazione di aree appartenenti al patrimonio e al demanio dello Stato (1).*

1. Le porzioni di aree appartenenti al patrimonio e al demanio dello Stato, escluso il demanio marittimo, che alla data di entrata in vigore del presente decreto risultino interessate dallo sconfinamento di opere eseguite entro il 31 dicembre 2002 su fondi attigui di proprietà altrui, in forza di licenze o concessioni edilizie o altri titoli legittimanti tali opere, e comunque sia quelle divenute area di pertinenza, sia quelle interne a strumenti urbanistici vigenti, sono alienate a cura della filiale dell'Agenzia del demanio territorialmente competente mediante vendita diretta in favore del soggetto legittimato che ne faccia richiesta. L'estensione dell'area di cui si chiede l'alienazione oltre a quella oggetto di sconfinamento per l'esecuzione dei manufatti assentiti potrà comprendere, alle medesime condizioni, una superficie di pertinenza entro e non oltre tre metri dai confini dell'opera. Il presente articolo non si applica, comunque, alle aree sottoposte a tutela ai sensi del testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, di cui al D.Lgs. 29 ottobre 1999 n. 490, e successive modificazioni.

2. La domanda di acquisto delle aree di cui al comma 1 deve essere presentata, a pena di decadenza, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto alla filiale dell'Agenzia del demanio territorialmente competente, corredata dalla seguente documentazione concernente:

- a) la titolarità dell'opera la cui realizzazione ha determinato lo sconfinamento;
- b) il frazionamento catastale;
- c) la licenza o la concessione edilizia o altro titolo legittimante l'opera.

3. Alla domanda di acquisto deve essere altresì allegata, a pena di inammissibilità della stessa, una ricevuta comprovante il versamento all'erario per intero della somma, a titolo di pagamento del prezzo dell'area, determinata secondo i parametri fissati nella tabella A allegata al presente decreto.

4. Le procedure di vendita sono perfezionate entro otto mesi dalla data

di scadenza del termine di cui al comma 2, previa regolarizzazione da parte dell'acquirente dei pagamenti pregressi attinenti all'occupazione dell'area, il cui valore è determinato applicando i parametri della tabella A allegata al presente decreto nella misura di un terzo dei valori ivi fissati, per anno di occupazione, per un periodo comunque non superiore alla prescrizione quinquennale. I pagamenti pregressi per l'occupazione sono dovuti al momento dell'ottenimento del titolo legittimante l'opera. Si intendono decadute le richieste e le azioni precedenti dell'Amministrazione finanziaria del demanio.

5. Decorsi i termini di cui al comma 2 senza che il soggetto legittimato abbia provveduto alla presentazione della domanda di acquisto di cui al medesimo comma, la filiale dell'Agenzia del demanio territorialmente competente notifica all'interessato formale invito all'acquisto.

6. L'adesione all'invito di cui al comma 5 è esercitata dal soggetto legittimato entro il termine di novanta giorni dal ricevimento dello stesso con la produzione della documentazione di cui al comma 2 e la corresponsione dell'importo determinato secondo i parametri fissati nella tabella A allegata al presente decreto, maggiorato di una percentuale pari al 15 per cento. Decorso inutilmente il suddetto termine, la porzione dell'opera insistente sulle aree di proprietà dello Stato è da questo acquisita a titolo gratuito.

(10) L'opera deve essere stata eseguita entro il 31 dicembre 2002 (mentre la sanatoria urbanistica è ammessa dal D.L. 269/2003 per le opere ultimate entro il 31 marzo 2003); non occorre la buona fede; l'area da cedere è quella oggetto di sconfinamento, ossia quella occupata con i manufatti assentiti; ad essa può aggiungersi una superficie di pertinenza entro e non oltre tre metri dai confini dell'opera; la regola è diversa da quella stabilita da D.L. 269/2003 per le aree di titolarità di enti pubblici territoriali, che prevede la disponibilità dell'area occupata e delle pertinenze con un massimo di tre volte l'area occupata.

L'alienazione avviene mediante vendita diretta al soggetto legittimato che ne faccia richiesta.

Il termine per la presentazione delle domande è ormai scaduto, ma la materia è meritevole di esame sia per le procedure ancora in corso - che andranno a completarsi entro il prossimo 7 ottobre 2004 (otto mesi successivi alla scadenza del termine) - sia in rapporto alla notifica prevista dal comma 5 dell'art. 5-bis, e cioè la notifica di un formale invito all'acquisto, (Il Sole 24-Ore del 4 febbraio 2004, p. 31), a seguito di che, mancando l'adesione dell'interessato (con prezzo maggiorato del 15%), si completa la fattispecie acquisitiva a favore dello Stato, a titolo gratuito.

Secondo l'Agenzia del Demanio, il conteggio dei termini va fatto a partire dall'entrata in vigore della legge di conversione, evidentemente per far sì che i 180 giorni siano effettivamente a disposizione. Sempre secondo l'Agenzia del Demanio il termine per la presentazione delle domande sarebbe scaduto il 7 febbraio 2004 (verosimilmente, seguendo le normali regole di computo dei termini, deve ritenersi che la data di scadenza sia l'8 febbraio 2004; i 180 giorni dal 12 agosto 2003 sono infatti scaduti l'8 febbraio 2004, anche se va tenuto presente che l'8 febbraio 2004 è caduto di domenica) (www.agenziademanio.com, Regolarizzazioni, sezione *Come, dove e quando si presenta la domanda*, pagina web visualizzata il 4 febbraio 2004: "la domanda deve essere presentata, a pena di decadenza, entro il 7 febbraio 2004").

La posizione è ribadita dal Protocollo d'intesa con il Consiglio Nazionale del Notariato, datato 28 aprile 2004, nel quale, a proposito del termine entro cui dovranno essere perfezionate le procedure di vendita - scadente 8 mesi dopo quello di presentazione delle domande - si indica la data del 7 ottobre 2004).

La domanda deve essere corredata di documentazione concernente la titolarità dell'opera, il frazionamento catastale, la licenza o concessione. Alla domanda deve essere allegata al ricevuta del versamento all'erario del prezzo dell'area tramite modello F23 con codice tributo 849T;

Secondo le istruzioni impartite dall'Agenzia del Demanio, va allegata anche l'attestazione della zona territoriale omogenea in cui ricade il bene, e cioè il certificato di destinazione urbanistica o la dichiarazione di un professionista abilitato. Tale attestazione serve per verificare la congruità del versamento, poiché l'importo da versare è stabilito per zone territoriali omogenee, oltre che per classi di abitanti del rispettivo Comune.

La vendita avviene *previa regolarizzazione della pregressa occupazione per un periodo massimo di un quinquennio*, versando gli importi calcolati nella misura di un terzo di quelli indicati nella tabella allegata.

Nulla si dice riguardo alla conformità dell'opera al titolo abilitativo e nulla è stabilito, al riguardo, circa l'istruttoria della pratica; pertanto pare che anche l'opera realizzata in difformità faccia nascere il diritto all'acquisto dell'area occupata.

Inoltre, non è testualmente previsto che per le costruzioni iniziate anteriormente al 1° settembre 1967 sia sufficiente la dichiarazione sostitutiva in tal senso.

Non tutte le aree demaniali consentono l'alienazione in parola. Infatti non deve trattarsi di aree sottoposte a tutela ai sensi del testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, di cui al D.Lgs. 29 ottobre 1999 n. 490, e successive modificazioni (ora Codice dei Beni Culturali - D.Lgs. n. 42 del 22 gennaio 2004) e non deve trattarsi di aree del Demanio Marittimo.

Quel che pare importante sottolineare è che, in base alla eccezionale disciplina di sanatoria degli sconfinamenti, il c.d. soggetto legittimato ha un vero e proprio diritto all'acquisto (11).

Ma altra particolarità è data dall'assoluta irrilevanza della regolarizzazione urbanistica. Eppure di regolarizzazione urbanistica vi sarebbe bisogno anche in questa materia, poiché, ipotizzandosi una costruzione assentita su suolo privato ma parzialmente eseguita su suolo pubblico, si presuppone in modo implicito una dimensione urbanistica del manufatto affetta da vizi, ai sensi dell'art. 32 T.U. Edilizia nella parte che qualifica variazione essenziale - sia pur richiedendo un'aggiuntiva disciplina regionale - la modifica della localizzazione sull'area di pertinenza.

Come detto, la cessione dell'area è impedita solo allorché essa faccia parte del demanio marittimo o delle zone sottoposte alla tutela dei beni culturali, mentre la presenza di altri vincoli c.d. "maggiori" (vincoli idrogeologici, a tutela delle falde acquifere, parchi istituiti prima dell'esecuzione dell'opera) non incide sull'alienazione, pur precludendo la sanatoria dell'opera (ai sensi dell'art. 32 D.L. 269/2003) allorché essa non sia conforme alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici.

Ovviamente, non è escluso che l'immobile sia già stato oggetto di sanatoria, costituendo essa proprio uno di quegli altri titoli legittimanti l'opera cui si riferisce l'art. 5-bis, ed infatti lo schema di contratto di vendita pubblicato dall'Agenzia del Demanio sul proprio sito internet fa riferimento anche a tale fattispecie, ma, alla luce di quanto sopra evidenziato circa la localizzazione dell'opera, la sanatoria già ottenuta non può riguardare anche tale specifico vizio.

Quanto alle tecniche di redazione dei contratti, va tenuto presente l'oggetto dell'alienazione. Pertanto, ritenendo che essa riguardi sia il suolo, sia il soprastante manufatto, occorrono le normali dichiarazioni relative agli estremi del titolo edilizio.

Avendo presente che la parziale difformità emergente dalla diversa localizzazione dell'opera non incide sulla commerciabilità, non verrà in rilievo nessuna comminatoria di nullità.

In ogni caso, non trattandosi di edifici di proprietà delle amministrazioni comunali, né di fabbricati di proprietà di enti di assistenza e previdenza, nessun rilievo può attribuirsi alla deroga prevista dalla legge 662/96, art. 2 comma 59 (12) in base alla quale deroga la nullità non è applicabile e la sanatoria del bene è possibile anche dopo il suo trasferimento (art. 2 comma 59 che si ritiene sopravvissuto al T.U. Edilizia in quanto non abrogato dal suo art. 136, benché non rientrante tra le norme che il successivo art. 137 T.U. Edilizia ha testualmente dichiarato che restano in vigore). Né rilievo può avere l'estensione della citata deroga, portata dall'art. 7, comma 2 legge 136/99, a tutti i trasferimenti di alloggi di proprietà pubblica, disposti da leggi nazionali o regionali (13), perché qui è in questione l'edificio (anche diverso dall'alloggio) costruito solo in parte su suolo pubblico. Poiché tra i presupposti dell'alienazione dell'area vi è proprio il titolo edilizio regolare, una corretta tecnica redazionale porta in ogni caso ad esplicitarne gli estremi.

Ove si volesse accedere ad una diversa impostazione della complessa materia, si dovrebbe far riferimento ai principi che informano l'istituto dell'accessione invertita, per sostenere l'esclusione del manufatto dall'oggetto della cessione e limitare la portata del trasferimento al nudo suolo.

In tale ipotesi occorrerebbe, però, l'allegazione del certificato di destinazione urbanistica (C.D.U.), ai sensi dell'art. 30 T.U. Edilizia.

Si segnala che lo schema di contratto proposto dall'Agenzia del Demanio recepisce entrambe le indicazioni e contiene sia la dichiarazione degli estremi del titolo edilizio, sia l'allegazione del C.D.U. .

In riferimento alla irregolarità edilizia documentata dalla richiesta di acquisto della parte occupata con lo sconfinamento, un delicato profilo presenta l'apprensione della notizia da parte della P.A., in relazione all'obbligo di denuncia della notizia di reato perseguibile d'ufficio (art. 332 c.p.p.).

Infine, vi è il problema del limite concettuale dello sconfinamento.

Note:

(11) Per l'analogia materia dell'accessione invertita ex art. 938 c.c., cfr. Paradiso, *L'accessione al suolo*, in *Commentario Cod. civ. diretto da Schlesinger*, Milano, 1994, p. 276.

(12) «59. Le disposizioni di cui ai commi quinto e sesto dell'articolo 40 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, si applicano anche ai trasferimenti previsti dalla legge 24 dicembre 1993, n. 560, nonché ai trasferimenti di immobili di proprietà di enti di assistenza e previdenza e delle amministrazioni comunali.»

(13) Il detto comma 59 richiama l'art. 40 legge 47/85, il quale, com'è noto, si riferisce agli edifici iniziati prima del 17 marzo 1985, per cui l'ininfluenza della dichiarazione degli estremi e l'ininfluenza della stessa sussistenza del titolo edilizio si potrebbero ritenere limitate agli edifici anteriori a detta data. Considerando, invece, che il menzionato comma 59 abbia rinviato all'art. 40 legge 47/85 solo per recepire lo speciale sistema derogatorio, si può ritenere influente l'epoca della costruzione.

Giacché questa specifica disciplina non fornisce appositi indici, occorre attingere al bagaglio di preziose elaborazioni in materia di accessione invertita di stampo codicistico (art. 938 c.c.), la cui interpretazione ha messo in evidenza che deve trattarsi di occupazione mediante un edificio prevalentemente posto sul suolo proprio e che solo in parte minore insista su suolo altrui, che deve trattarsi di parte non separabile dall'unico edificio, che il manufatto può essere anche un'opera minore (come terrapieno di diga, vasca irrigatoria, traliccio di teleferica) (14).

Quindi, non ricorre la figura dello "sconfinamento" allorché, in occasione della costruzione di un complesso di edifici (ad es., un c.d. supercondominio), uno di essi venga posizionato interamente sul suolo statale.

Costruzione abusiva su aree dello Stato e di enti pubblici territoriali. Il divieto di alienazione quinquennale ex art. 32 comma 19-bis D.L. 269/2003 ed il relativo regime dell'invalidità.

Passiamo ora alle opere oggetto di sanatoria edilizia eseguite su aree di proprietà dello Stato o di Enti territoriali.

Qui il mantenimento dell'opera e l'attribuzione di un diritto sul suolo sono strettamente dipendenti dalla sanatoria urbanistico-edilizia.

Riguardo al regime di validità/invalidità degli atti, rilevano:

- il regime della cessione di un diritto sul suolo;
- la commerciabilità anteriormente e posteriormente alla sanatoria.

Il primo punto mette subito allo scoperto la ferita aperta dai rapporti conflittuali tra legislazione nazionale e regionale.

Senza entrare nel vivo della questione, può dirsi che in questa materia, diversamente da quella disciplinata dalla legge 212/2003, l'occupazione assume rilievo in stretto collegamento con la sanatoria. Per cui, se di sanatoria non si parli perché impedita dalla normativa statale o regionale, non vi è spazio per affrontare le specifiche problematiche della concessione di un diritto sul suolo pubblico. Ove la sanatoria sia possibile, alla stregua delle regole poste dalle leggi statali e regionali, essa, per le opere eseguite su aree pubbliche, è subordinata al rilascio della disponibilità a concedere un diritto sul suolo.

La disciplina è data dall'art. 32 commi da 14 a 23 D.L. 269/2003 (come modificato dalla legge 326/2003 di conversione e dalla legge 350/2003) e dall'art. 32 legge 47/85, come modificato dall'art. 32 D.L. 269/2003 comma 43.

Diversamente dalla legge 212/2003, qui non è configurabile un diritto soggettivo all'acquisto, come si argomenta dal comma 27 dell'art. 32 D.L. 269/2003, il quale dichiara non suscettibili di sanatoria le opere allorché non sia data la disponibilità di concessione onerosa dell'area di proprietà dello Stato o di Enti pubblici territoriali.

Riferendoci alle aree di titolarità dello Stato, va detto che

l'art. 32 comma 14 del D.L. 269/2003 distingue tra beni del patrimonio disponibile, beni del patrimonio indisponibile e beni demaniali.

Soltanto per i beni del patrimonio disponibile dello Stato è prevista la cessione a titolo oneroso della proprietà dell'area su cui insista l'opera da sanare, cui si accompagna l'inalienabilità quinquennale (comma 19-bis dell'art. 32 D.L. 269/2003).

Per contro, per i beni demaniali e indisponibili dello Stato, in conformità alle regole correnti, si parla di diritto al mantenimento dell'opera, da intendersi come concessione di diritto di superficie (15), e per durata massima di venti anni (16).

Va ora esaminato più in particolare il regime dell'inalienabilità quinquennale.

Essa è stabilita in relazione alla cessione della proprietà dell'area facente parte del patrimonio disponibile dello Stato e decorre dalla data di perfezionamento delle procedure di vendita.

Il testo normativo è laconico e la disciplina va perciò ricavata dalle regole generali le quali, tenendo conto della *ratio legis*, portano ad affermare, per sintesi:

- che, essendo l'alienazione concetto che individua gli speciali atti di disposizione comportanti acquisto derivativo, anche costitutivo, l'inalienabilità non paralizza la rinuncia adiacitiva (che è atto di disposizione ma non di alienazione);
- che l'inalienabilità non porta con sé l'inespropriabilità e l'indivisibilità;
- che, quando non emergano appositi indici contrari anche all'espropriabilità, è ammissibile l'esecuzione forzata, così come è ammissibile la costituzione di ipoteca (17); si può ammettere, pertanto, oltre alla costituzione

Note:

(14) Paradiso, *L'accessione al suolo*, cit., p. 265.

(15) Pur con tutte le riserve che la dottrina fa riguardo ad una piena assimilazione del diritto su aree pubbliche, rispetto al diritto di superficie su suoli di proprietà privata: cfr Gallo-Natucci, *Beni, proprietà e diritti reali*, in *Tratt. Dir. Priv. diretto da Bessone*, Torino, 2001, p. 18. Per l'inquadramento nella *proprietà temporanea*, Alpa, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1994, p. 576.

(16) La richiesta di cessione del diritto su aree statali deve essere presentata entro il 31 luglio 2004 (art. 32 comma 15 D.L. 269/2003, modificato dal D.L. n. 82 del 31 marzo 2004). La disponibilità a concedere o trasferire il diritto sul suolo è espressa dall'Agenzia del Demanio entro il 31 dicembre 2004 (art. 32 comma 16 D.L. 269/2003).

Sia la vendita dell'area facente parte del patrimonio disponibile, sia il rilascio del provvedimento di riconoscimento del diritto al mantenimento dell'opera su aree demaniali o indisponibili, devono poi avvenire entro il 31 dicembre 2006, previa presentazione del titolo abilitativo in sanatoria (provvedimento espresso o silenzio assenso).

Quindi, il completamento della sanatoria deve precedere l'attribuzione del diritto sul suolo.

Per le aree statali non sono stabiliti criteri dimensionali e non vale il parametro di tre volte la parte coperta dettato per le aree di enti pubblici territoriali.

(17) Cfr. Raiti, *Costituzione di ipoteca su alloggi in aree Peep*, in *Studi e materiali per il Consiglio Nazionale del Notariato*, Milano, 1986, vol. 1, p. 362; Petteruti, *Sulla ipotocabilità di alloggi ceduti ai sensi della legge 560 del 1993*, in *Vita Notarile* n. 1/1995, p. 527 e ss.

di ipoteca legale, pure quella giudiziale e quella volontaria;

– che, trattandosi di limite posto dalla legge, esso riguarda anche i successori *mortis causa*.

Causa l'espresso dato letterale, l'inalienabilità in questione sembra riguardare *le opere e non l'area* da esse occupata trasferita all'occupante con la procedura di vendita.

Se ciò è vero, diventa ammissibile il trasferimento immediato dell'area, senza attendere i cinque anni, purché sia espressamente escluso dal trasferimento il soprastante manufatto. Conseguentemente, sarebbe possibile l'immediata rivendita dell'area in questione con il mantenimento in capo al venditore della proprietà superficaria dell'edificio che vi insista, la quale proprietà superficaria potrebbe essere validamente riservata anche a termine, stabilendone una durata appena superiore ai cinque anni.

Resta da esaminare il regime dei *negozi a contenuto obbligatorio* non comportanti alienazione, e che, pertanto, non sono colpiti direttamente nel divieto.

Qui sembra possibile utilizzare la distinzione giurisprudenziale tra "effetto reale vietato anche se condizionato o sottoposto a termine" e "promessa di conclusione dell'atto consentita, se programmando trasferimento dopo il venir meno del divieto" (18) per ritenere legittima la stipulazione di un contratto preliminare la cui efficacia sia subordinata al venir meno del divieto di alienazione.

Passando ai *beni demaniali statali*, dopo le modifiche introdotte dalla legge 326 di conversione del D.L. 269/2003 è stabilito che non deve trattarsi di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale, né di terreni gravati da diritti di uso civico.

Sia per le aree demaniali, sia per quelle del patrimonio indisponibile, ove sia data la disponibilità, il *diritto al mantenimento è dato per una durata massima di anni venti* (19) ed il provvedimento di riconoscimento è rilasciato dall'Agenzia del Demanio entro il 31 dicembre 2006.

Per le *aree degli Enti pubblici territoriali*, nell'art. 32 legge 47/85 riformato si parla, invece, di sola *concessione onerosa dell'uso del suolo*, espressamente qualificato come *diritto di superficie*, per *durata massima di sessanta anni*, senza distinguere tra beni demaniali, indisponibili e disponibili.

Poiché la concessione di un diritto sul suolo è strettamente legata alla sanatoria edilizia, la domanda di sanatoria edilizia deve precedere la richiesta della disponibilità a concedere il diritto sul suolo (20).

A proposito dei beni del patrimonio *disponibile*, già in passato si era posta la questione della possibilità, da parte dell'Ente pubblico, di cedere la proprietà, al posto di concedere il diritto di superficie. La materia, prima del D.L. 269/2003, era regolata dal vecchio art. 32 legge 47/85, che pure prevedeva, in ogni caso, la concessione onerosa di diritto di superficie per durata massima di sessanta anni. Riguardo ai detti beni del *patrimonio disponibile* l'opinione preferibile riteneva che la regola

della concessione di diritto di superficie non fosse inderogabile, posto che, trattandosi di beni soggetti al normale statuto della proprietà privata, la regola della piena alienabilità non avrebbe subito nessuna influenza dalla specifica normativa del condono (21). Soprattutto il D.L. 269/2003 si tratta di coordinare sistematicamente le dette norme riguardanti da un lato le aree dello Stato e dall'altro quelle degli Enti pubblici territoriali.

Secondo una dottrina (22) quel che il legislatore ha espresso per le aree statali disponibili non è altro che il portato dei principi generali, applicabili anche alle aree degli Enti pubblici territoriali, per cui le aree disponibili possono essere oggetto anche di alienazione totale. La soluzione appare in linea di massima condivisibile. Qui, però, mancando un'apposita previsione, non può valere il contrappeso dell'inalienabilità quinquennale stabilita per le aree del patrimonio disponibile dello Stato dal comma 19-bis dell'art. 32 D.L. 269/2003, non estensibile a casi diversi da quelli previsti dalla legge, in quanto

Note:

(18) Cass. 19 settembre 1978 n. 4194; Cass. 13 agosto 1990 n. 8254.

(19) Invece, la denuncia in catasto del fabbricato deve essere presentata entro il 30 settembre 2004.

In ogni caso, ove l'area sia sottoposta a vincoli, la cessione in proprietà o il riconoscimento del diritto al mantenimento sono subordinati al parere favorevole dell'autorità preposta alla tutela del vincolo.

Ovviamente deve trattarsi di vincoli che non impediscano del tutto la sanatoria ai sensi dell'art. 32 comma 26 D.L. 269/2003 e quindi deve trattarsi di vincoli diversi da quelli a tutela degli interessi idrogeologici e delle falde acquifere, dei beni ambientali e paesistici, nonché dei parchi e delle aree protette nazionali, regionali e provinciali qualora istituiti prima dell'esecuzione delle opere in assenza o in difformità del titolo abilitativo.

Nella materia in esame, ulteriori problemi sono originati dalla mancanza di una agevole individuazione dei soggetti legittimati alla sanatoria.

Se nei casi di sconfinamento disciplinati dalla legge 212/2003 l'individuazione del soggetto legittimato avviene in stretto collegamento al diritto reale sul fondo attiguo, qui manca l'elemento obiettivo che sgombera il campo dalla incertezze.

Non sono da escludere, quindi, inconciliabili richieste avanzate da parte di più soggetti, ciascuno dei quali assuma di avere l'esclusiva legittimazione a sanare e quindi ad acquistare il diritto di proprietà o il diritto al mantenimento dell'opera.

Mentre nella sanatoria su suoli privati queste problematiche non nascono, poiché vale il normale principio di accessione e non c'è dubbio che la proprietà dell'opera sanata, da chiunque venga avanzata la domanda di sanatoria, spetti al proprietario del suolo, qui può ipotizzarsi anche il caso patologico della concessione del diritto al mantenimento dell'opera a favore di chi l'abbia sanata senza averla eseguita.

(20) La domanda di sanatoria deve essere presentata entro il 31 luglio 2004; la disponibilità a concedere il diritto sul suolo viene espressa dall'Ente territoriale entro 180 giorni dalla richiesta.

Come accennato, in questo caso, il diritto sul suolo può essere concesso per una dimensione fino a tre volte quella della parte coperta (art. 32 legge 47/85 vecchia e nuova versione).

(21) Casu, *Abuso Edilizio su area dello Stato o di Ente locale*, studio 1888 del 24 febbraio 1998, in *Condono Edilizio, Circolari, studi e riflessioni del Notariato*, Milano, 1999, p. 366.

(22) Pischetola, *Nuovo condono edilizio: commercializzazione di opere edilizie abusive su aree vincolate e di proprietà pubblica ed intervento notarile*, in *Riv. Not.* n. 2/2004, p. 398.

limitativa dell'autonomia negoziale. Di conseguenza, la decisione di alienare la piena proprietà all'occupatore richiede una adeguata motivazione, sia in quanto derogatoria delle regole di individuazione del contraente (che tutelano l'imparzialità e l'interesse della P.A. e privilegiano il pubblico incanto, piuttosto che la licitazione o la trattativa privata) sia perché comportante una sostanziale rinuncia a quell'acquisto dell'opera allo scadere della concessione in superficie che costituisce un bilanciamento del sacrificio comportato dalla legittimazione dell'occupazione arbitraria.

Quanto al rapporto tra il completamento della sanatoria e l'attribuzione del diritto sul suolo, si sottolinea che il comma 5 dell'art. 32 legge 47/85 riformato prevede, al primo inciso, il rilascio della concessione o autorizzazione in sanatoria subordinatamente alla disponibilità dell'Ente a concedere onerosamente il diritto al mantenimento, mentre l'ultimo inciso disciplina l'atto di disponibilità, regolato con convenzione di cessione di diritto di superficie, stabilito dall'Ente proprietario non oltre sei mesi dal versamento dell'importo dovuto.

Considerato che il silenzio assenso matura entro un anno (o, in alcuni casi, entro due anni), l'atto di disponibilità - che deve essere posto in essere nel menzionato termine di sei mesi dal versamento dell'importo dovuto - potrebbe venire ad esistenza anche prima del completamento della sanatoria ed andrebbe allora posto in essere nel rispetto delle regole di commerciabilità stabilite per le sanatoria *in itinere*.

Particolare interesse desta la possibilità di negoziare il bene anteriormente al completamento della sanatoria e all'acquisto del diritto sul suolo.

Poiché la fattispecie è quella della sanatoria di opera costruita su area dello Stato o di Enti pubblici territoriali, è del tutto esclusa la *piena* commerciabilità del bene anteriormente all'acquisto del diritto sul suolo, allorché si tratti di aree demaniali. Secondo

una parte della dottrina (23), sarebbe però possibile negoziare il bene con la vendita di cosa altrui mentre altra dottrina (24) ritiene che l'introduzione del divieto di alienazione quinquennale per le aree disponibili avrebbe comunque risolto negativamente la questione della commerciabilità anteriore all'acquisizione del diritto sull'area occupata, perché quello che vale dopo la vendita deve valere anche prima di essa; a maggior ragione il criterio di incommerciabilità varrebbe per le aree demaniali e indisponibili.

Avendo presente che l'oggetto del contratto deve avere gli stessi requisiti di *possibilità* e *liceità* stabiliti per tutti i contratti, a prescindere dall'efficacia reale immediata o differita, pare preferibile escludere la commerciabilità anteriore alla "legittimazione" poiché, trattandosi di beni demaniali (25), è impedita anche l'alienazione con effetti reali differiti.

La nuova disciplina dei vincoli: incidenza sulla commerciabilità del bene abusivo sanabile; inapplicabilità alle domande già presentate ai sensi delle leggi n. 47/85 e n. 724/94

Passando alla negoziazione dei beni oggetto di sanatoria in presenza di vincoli, nel terzo condono, si ricorda che, come già accennato, taluni vincoli possono impedire totalmente la sanatoria (secondo lo schema riportato in calce alla pagina).

Note:

(23) Casu, *Terzo condono edilizio*, cit.

(24) Pischetola, cit.

(25) Per le aree del patrimonio indisponibile la questione assume fisionomia analoga, ritenendosi che essi siano assimilabili ai beni demaniali (Gallo-Natucci, cit., p. 18), almeno nei casi in cui non formino oggetto di disposizione da parte dell'Ente che ne sia titolare.

| | | | |
|------------------------|---|---|--|
| In presenza di vincoli | Vincoli maggiori: - idrogeologici, - falde acquifere, - beni ambientali e paesistici, - parchi e aree protette istituiti prima delle opere. | Sanatoria <i>ammissibile</i> ove l'opera sia costruita in assenza o difformità di titolo abilitativo ma sia conforme alle norme urbanistiche ed alle prescrizioni degli strumenti urbanistici. | Subordinata al parere favorevole dell'autorità preposta al vincolo. Allorché si tratti di violazioni dimensionali fino al 2% il parere non è richiesto. |
| | Vincoli minori. | Sanatoria <i>non ammissibile</i> ove l'opera sia costruita in assenza o difformità di titolo abilitativo e non sia conforme alle norme urbanistiche ed alle prescrizioni degli strumenti urbanistici. | Subordinata al parere favorevole dell'autorità preposta al vincolo. Allorché si tratti di violazioni dimensionali fino al 2% il parere non è richiesto. |

Nel caso di vincoli *idrogeologici*, a tutela delle falde acquifere, a tutela di beni ambientali e paesistici, a tutela di parchi e aree protette istituiti prima delle opere, la conformità delle opere alle norme urbanistiche ed alle prescrizioni degli strumenti urbanistici le rende invece “condonabili”, subordinatamente al parere favorevole dell'autorità preposta al vincolo (26).

Però, ai fini della c.d. commerciabilità rilevano, come sempre, le tipologie di abuso.

Solo in presenza di abuso totale (costruzione senza titolo o in totale difformità) assumono rilievo anche i vincoli, ovviamente per il solo periodo della sanatoria *in itinere* (27).

Quindi, ove si tratti di *abusi minori*, la presenza di vincoli non incide sul regime dei requisiti negoziali e non occorre inserire l'attestazione della richiesta di parere per reggere la validità del negozio.

Poiché in caso di abuso maggiore la presenza di vincoli condiziona la commerciabilità anteriormente al rilascio del titolo in sanatoria, a causa della previsione del comma 58 art. 2 legge 662/96, va visto quale sia la regola applicabile dopo la novellazione dell'art. 32 legge 47/85.

La vecchia formulazione dell'art. 32 prevedeva il silenzio assenso ed il silenzio rifiuto, e precisamente

– il *silenzio assenso* dopo 120 giorni (28) per le opere ricadenti in zona a vincolo ambientale e consistenti in ampliamenti o modifiche non comportanti aumenti di superficie o volume e dopo 180 giorni dalla richiesta negli altri casi;

– il *silenzio rifiuto* per le opere in zone soggette a vincoli maggiori.

La nuova formulazione dell'art. 32 prevede sempre il silenzio rifiuto.

Pur trattandosi di modifica dell'art. 32 legge 47/85, e quindi di norma che disciplina ogni opera eseguita in zona sottoposta a vincoli, per le domande di condono pregresse e non ancora definite il comma 43-bis dell'art. 32 D.L. 269/2003 prevede l'irretroattività dell'innovazione, dichiarandola inapplicabile alle domande già presentate ai sensi della legge 47/85 e della legge 724/94.

Tuttavia, va messo in evidenza che il nuovo art. 32 legge 47/85 ha un testo che continua a far riferimento alla legge 724/94, a quanto pare a causa di un difettoso coordinamento delle modifiche introdotte con la legge di conversione. Ed a difettoso coordinamento sembra da ascrivere il perdurante riferimento, nell'art. 32 legge 47/85 riformato, a terreni gravati da diritti di uso civico, quando è la stessa normativa sul terzo condono ad escludere del tutto la sanatoria in presenza di diritti di uso civico (comma 27 lettera g).

Per converso, nessuna modifica è stata apportata dal terzo condono alla legge 662/96, che detta le regole per la negoziazione dei beni oggetto di sanatoria.

Premesso che l'interpretazione più accreditata vuole che la menzionata legge 662/96 sia quella che regola in

generale la validità negoziale, si può riprendere il discorso introduttivo e fare una precisazione: se si ha presente la sistematica introdotta dalla legge n. 47/85 e l'evoluzione terminologica a partire dalla legge urbanistica, passando dalla legge ponte, per giungere poi alla legge Bucalossi ed infine al T.U. Edilizia, si nota come la nomenclatura dei titoli edilizi sia partita dalla licenza edilizia per passare prima alla concessione edilizia e poi al permesso di costruire.

Nello stesso tempo, la legge 47/85, almeno con riguardo all'evoluzione maturata fino alla sua entrata in vigore, ha ben distinto tra licenza e concessione, rispettando il dato storico e non portando alle estreme conseguenze la sostituzione terminologica imposta dalla legge Bucalossi della parola *licenza* con *concessione*. Da ciò, potrebbe ricavarsi che la valenza della legge 662/96 sia limitata alle sole costruzioni eseguite dopo l'entrata in vigore della legge 10/77, così introducendosi una distinzione tra costruzioni eseguite in base a *licenza* e costruzioni eseguite in base a *concessione* e facendo valere solo per le seconde l'aggiuntivo requisito dell'attestazione della richiesta di parere. Ma per la verità non si riuscirebbe a spiegare perché, pur dovendosi applicare tutte le regole della legge 662/96 anche ai vecchi condoni, con la sola eccezione testuale delle menzioni relative ai versamenti dei contributi concessori, dovrebbe poi farsi distinzione tra fabbricati *post* o *ante* Legge Bucalossi.

Pur con questa riserva, sembra preferibile aderire alla prevalente interpretazione, sottolineando che l'art. 2 comma 58 della legge 662/96, nello stabilire i requisiti di validità degli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali, continua a riferirsi ai vincoli di cui al terzo comma dell'art. 32 della legge 47/85.

Poiché il nuovo testo del terzo comma dell'art. 32 non riguarda più le diverse tipologie di vincolo, il rinvio operato dal menzionato comma 58 sembrerebbe ora privato di contenuto, come sopra accennato, con conseguente possibilità di sostenere l'avvenuta abolizione dell'obbligo di inserire in atto l'attestazione della richiesta di parere.

Non apparendo questo un effetto chiaramente e lucidamente voluto dal legislatore del terzo condono, è preferibile ritenere che si tratti dell'ennesimo difetto di coordinamento e che detta attestazione sia ancora richiesta a pena di nullità.

Incerto è, però, se essa occorra anche per i vincoli diversi da quelli contenuti nel pre-vigente terzo comma dell'art. 32.

Note:

(26) Il parere non occorre, però, quando si tratti di violazioni riguardanti l'altezza, i distacchi, la cubatura o la superficie che non eccedano il 2 per cento delle misure prescritte.

(27) Sopravvenuto il titolo edilizio in sanatoria, la sua sola menzione regge la validità dell'atto.

(28) Senza espressa indicazione normativa del *dies a quo* ma da intendersi dalla *richiesta*, come testualmente previsto per il termine di 180 giorni.

Una parte della dottrina, occupandosi di tale problema, ha sostenuto che, poiché il comma 58 dell'art. 2 legge 662/96 si riferisce ai tipi di vincolo e non al terzo comma (29), è rimasto invariato il contenuto della regola di validità riguardante i beni in corso di sanatoria.

Secondo altri Autori, invece, il riferimento ai vincoli di cui al terzo comma art. 32 legge 47/85 andrebbe letto ora come riferimento a tutti i vincoli che condizionano la sanatoria, e quindi anche ai vincoli minori (30).

Sembra preferibile la prima impostazione, anche tenendo conto di un dato letterale che una volta tanto torna utile e persuasivo invocare e che consiste nell'inalterato riferimento che il comma 58 fa ai vincoli "di cui all'art. 32 terzo comma della legge 28 febbraio 1985 n. 47 introdotto dal comma 44 dello stesso art. 2 Legge 662/96".

Quanto all'epoca dell'imposizione del vincolo, vale quanto evidenziato da dottrina e giurisprudenza (31) circa la rilevanza dei vincoli esistenti al momento dell'espressione del parere e non al momento della commissione dell'abuso, con l'eccezione dei vincoli a parco, che influiscono solo se imposti prima dell'abuso (32).

Infine, posto che il termine per l'emissione del parere è fissato in 180 giorni, va sottolineato che l'indicazione in atto di una richiesta anteriore di oltre sei mesi non determina vizi.

Infatti, l'inutile decorso del tempo determina il silenzio-rifiuto, che equivale soltanto a mancanza di provvedimento.

Il sistema delle nullità urbanistico-edilizie e l'ambito della conferma dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 38 del 2004

Come è noto, l'art. 2 comma 58 della legge 662/96 (33), nel comminare nuove nullità riguardanti i fabbricati in corso di sanatoria o sanati per silenzio assenso, non ha fornito indicazioni riguardo alla eventuale confermabilità.

Altrettanto dicasi della normativa sulla riduzione dell'oblazione per abuso di necessità (legge 724/94).

Spettando all'interprete fornire risposta a tale problema, è subito prevalsa la soluzione negativa, in stretta osservanza del canone classico dell'insanabilità della nullità allorché non vi sia una espressa previsione.

Qui, nel tentativo di individuare un diverso profilo della validità/invalidità negoziale nel campo edilizio-urbanistico, occorre partire dal modello positivo del negozio confermabile.

In proposito, tale modello evidenzia come la nullità sia ricorrenemente considerata rimediabile dal legislatore allorché sia sì causata da assenza di requisiti di validità consistenti in dichiarazioni di parte (relativamente agli estremi di titoli edilizi o di domande - e documenti accessori - dirette ad ottenere titoli edilizi in sanatoria), ma la mancanza del requisito sia dipendente dalla mera omissione della dichiarazione e non dalla sua impossibilità (per inesistenza del dato da dichiarare).

In altre parole, il sistema delle nullità urbanistico-edilizie,

prevedendo che la validità del negozio sia retta da dichiarazioni dei menzionati estremi, esprime anche un favore per la recuperabilità del negozio affetto dalla patologia più grave, allorché la mancanza della dichiarazione non sia dipesa dall'insussistenza dell'elemento da dichiarare. Tale metodologia appare nel sistema sin dalla legge n. 47/85 e si perpetua in vari provvedimenti successivi che al quel modello si ispirano o che espressamente richiamano.

Proprio perché tale forma di "sanatoria" mediante postuma dichiarazione dell'elemento mancante (anche ad opera di una sola parte) non è una vera e propria costante, occorre stabilire se e come nei casi non espressamente previsti sia consentito farne applicazione superando l'ostacolo frapposto dall'art. 1423 c.c. (applicabile ai contratti ed estensibile agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale, in forza dell'art. 1324 c.c.).

L'occasione per tale superamento, e per la delimitazione di un quadro per micro-sistemi, è offerta dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 38/2004 (34), la quale - nell'esaminare la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Potenza riguardo all'art. 18 legge 47/85, nella parte in cui non prevede, per gli atti cui non sia stato allegato valido certificato di destinazione urbanistica, la conferma mediante atto redatto

Note:

(29) Studio del CNN del 21 ottobre 2003 n. 4673/a, *Il terzo condono edilizio: considerazioni generali*.

(30) Pischetola, *op. cit.*; Rizzi, in *Immobili & Proprietà* n. 11/2003, p. 632, in *Immobili & Proprietà-Speciale Condono Edilizio*, Milano, 2003, p. 31 e in *Testo unico, nuovo condono edilizio e attività negoziale*, Quaderni di Notariato, n. 11, Milano, 2004, p. 139.

(31) Cons. Stato 22 luglio 1999 n. 20.

(32) Casu, *Abuso edilizio su bene vincolato. Momento di creazione del vincolo* - Approvato dalla Commissione Studi del Consiglio Nazionale del Notariato il 10 novembre 1999, in *Studi e Materiali*, Milano, 2001.

(33) 58. Gli atti di cui al secondo comma dell'articolo 40 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, aventi per oggetto fabbricati o porzioni di fabbricati costruiti senza concessione edilizia sono nulli e non possono essere rogati se da essi non risultino gli estremi della domanda di condono con gli estremi del versamento, in una o più rate, dell'intera somma dovuta a titolo di oblazione e di contributo concessorio nonché, per i fabbricati assoggettati ai vincoli di cui all'articolo 32, terzo comma, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, introdotto dal comma 44 del presente articolo, l'attestazione dell'avvenuta richiesta alle autorità competenti dell'espressione del parere di cui alla citata disposizione. Verificatosi il silenzio assenso disciplinato dall'articolo 39, comma 4, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, nei predetti atti devono essere indicati, a pena di nullità, i seguenti elementi costitutivi dello stesso: data della domanda, estremi del versamento di tutte le somme dovute, dichiarazione dell'autorità preposta alla tutela dei vincoli nei casi di cui al periodo precedente, dichiarazione di parte che il comune non ha provveduto ad emettere provvedimento di sanatoria nei termini stabiliti nell'articolo 39, comma 4, della citata legge n. 724 del 1994. Nei successivi atti negoziali è consentito fare riferimento agli estremi di un precedente atto pubblico che riporti i dati sopracitati. Le norme del presente comma concernenti il contributo concessorio non trovano applicazione per le domande di sanatoria presentate entro il 30 giugno 1987.

(34) *Foro it.* 2003, I, 979; *Giust. civ.* 2004, I, 1139.

nella stessa forma del precedente e cui sia allegato un certificato valido contenente le prescrizioni urbanistiche relativamente alla data dell'atto da confermare - ha enucleato le diverse logiche che informano i due sistemi della circolazione dei terreni e dei fabbricati.

In tale sede, la Corte ha respinto la questione di illegittimità costituzionale asserendo da un lato che l'attività prescritta (di allegazione del certificato di destinazione urbanistica) riveste il ruolo di passaggio imprescindibile ai fini dell'attività di verifica complessiva degli atti riguardanti un determinato comprensorio, e dall'altro che le misure predisposte dalla legge per il trasferimento dei terreni e degli edifici non sono comparabili, in quanto ispirate ad un diverso sistema di accertamento e di contrasto dell'abusivismo.

Proprio utilizzando l'apporto ricostruttivo della Corte nell'individuazione di matrici comuni che informano il complessivo sistema di accertamento e contrasto dell'abusivismo edilizio, può colorarsi in modo nuovo il sistema della *nullità confermabile*.

Più precisamente, può ritenersi che, ove la confermabi-

lità dipenda dalla mera omissione della dichiarazione (pur essendo essa astrattamente possibile, sussistendo già al momento della redazione dell'atto il dato da dichiarare) sarebbe *irragionevole* una previsione che si potesse in contrasto con il generale principio di confermabilità e, come tale, essa sarebbe suscettibile di dichiarazione di incostituzionalità.

Allo stesso modo, ove indici normativi non consentano di affermare con sicurezza che la conferma sia prevista, ma allo stesso modo non depongano per l'esclusione di un richiamo, anche indiretto, delle regole che la disciplinano, sarebbe senz'altro da privilegiare l'interpretazione estensiva di tale regola di recupero del negozio nullo, in quanto giustificata dall'omogeneità delle fattispecie e dal principio di logicità e ragionevolezza.

In definitiva, pare possibile delineare, per questa via, un micro-sistema nell'ambito del quale le speciali nullità che lo connotano si considerino costantemente ed armonicamente bilanciate da un unico *principio di confermabilità*, applicabile anche ove non testualmente stabilito o richiamato.

CD-ROM

Notariato

Raccolta delle annate

L'autorevolezza dei contenuti della Rivista di riferimento per i Notai italiani con tutti i vantaggi di una banca dati:

- indici di classificazione ipertestuali
- ricerche per estremi e a testo libero
- consultazione più veloce ed efficace di tutta la documentazione
- gestione personalizzata dei documenti grazie alla funzionalità di archiviazione, stampa, memorizzazione e annotazione.

La raccolta completa di tutti i numeri della prestigiosa rivista Ipsoa "Notariato" interamente dedicata al "mondo notarile". I fascicoli della rivista sono riportati integralmente rispettando la tradizionale suddivisione in sezioni.

CONTENUTO

Editoriale: un osservatorio privilegiato sulle tematiche d'attualità giuridica

Giurisprudenza: le sentenze della Corte di Cassazione e le principali pronunce della Corte Costituzionale e dei giudici di merito, compresa la volontaria giurisdizione, tutte massimali e arricchite da approfonditi e accurati commenti redatti dai più qualificati giuristi

Tecniche contrattuali: clausole e modelli contrattuali commentati relativi a nuove leggi o a nuove esigenze emerse nella pratica professionale

Argomenti: approfondimenti d'Autore su temi di particolare rilevanza

Normativa: i testi commentati dei provvedimenti legislativi

Documenti: prassi amministrativa e documenti del Consiglio Nazionale del Notariato

Prezzo Abbonamento:

€ 315,00 + IVA 20%

Canone annuo di aggiornamento:

€ 130,00 + IVA 20%

Speciale sconto 50% per gli abbonati alla rivista Notariato: soli € 157,50 + IVA 20% anziché € 315,00 + IVA 20%

Per informazioni

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **www.ipsoa.it**

