

SOMMARIO

■ EDITORIALE

LEGGE DI SEMPLIFICAZIONE E FUNZIONE NOTARILE

di *Giancarlo Laurini*

581

■ GIURISPRUDENZA

OSSERVATORIO

a cura di *Ernesto Briganti*

583

Legittimità

ADEMPIMENTI FISCALI E ACCETTAZIONE TACITA DELL'EREDITA'

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

587

il commento di *Tommaso Romoli*

589

PRINCIPIO DI LIBERTÀ DELLE FORME NELL'ATTO DI RECESSO DAL CONTRATTO

Cassazione, sez. III, 8 gennaio 2005, n. 262

599

il commento di *Nelson Alberto Cimmino*

600

■ TECNICHE CONTRATTUALI

AMMINISTRAZIONE PLURIPERSONALE E MATERIE RISERVATE EX ART. 2475 COD. CIV.

a cura di *Giovanni Rizzi*

606

■ ARGOMENTI

BREVI CONSIDERAZIONI DI DIRITTO COMPARATO PER UNA RILETTURA DELLE NORME
IN TEMA DI AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO

di *Giovanni Aricò*

613

I TRASFERIMENTI IMMOBILIARI IN OCCASIONE DELLA SEPARAZIONE E DEL DIVORZIO

di *Paolo Carbone*

622

A PROPOSITO DI PATTI SUCCESSORI E DONAZIONI CON CLAUSOLA "SI PRAEMORIAM"

di *Daniela Cupini*

639

LA RAPPRESENTANZA NEGOZIALE DELL'ENTE PUBBLICO TERRITORIALE FRA DIRITTO AMMINISTRATIVO E ATTIVITÀ NOTARILE

di *Paolo Divizia*

643

"LEVERAGED BUY-OUT" NELLE OPERAZIONI DI FUSIONE DOPO LA RIFORMA

di *Alberto Morano*

653

SU ALCUNI ASPETTI DELLA INVALIDITÀ DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI

di *Luigi Zampaglione*

665

■ NORMATIVA

DELEGA PER LA RIFORMA DELL'ORDINAMENTO DEL NOTARIATO E DISPOSIZIONI IN MATERIA DI ATTI NOTARILI
Disegno di legge n. 3186-B, approvato dal Senato il 22 novembre 2005

677

LA NUOVA CAUSA DI INDEGNITÀ A SUCCEDERE

Legge 8 luglio 2005, n. 137

679

il commento di *Ernesto Briganti*

680

■ INDICI

INDICE DEGLI AUTORI	681
INDICE CRONOLOGICO	681
INDICE ANALITICO	681

Ordinamento del notariato e atto notarile

Legge di semplificazione e funzione notarile

di GIANCARLO LAURINI

Il 22 novembre il Senato della Repubblica ha approvato in via definitiva la “Legge di semplificazione 2005” che contiene novità di grande rilievo per il notariato: dalla delega al Governo per la riforma dell’ordinamento, ad alcune norme dirette a snellire la forma degli atti notarili con una attenuazione degli effetti per le parti delle relative violazioni (1).

Si tratta di una legge ben costruita, che affonda le sue radici nel movimento culturale formatosi nel Notariato negli anni ‘90 e recepito dal Consiglio Nazionale dell’epoca, di cui faceva parte il Senatore Pastore, che con pazienza e tenacia ha accompagnato il lungo iter del provvedimento, fino alla sua attesa approvazione.

E non a caso, ho parlato di “*movimento culturale*” in quanto, al di là del più ampio e dibattuto problema della riforma generale dell’ordinamento (su cui sono stati versati negli ultimi decenni fiumi di inchiostro e di parole ...), questa legge di semplificazione tocca aspetti della funzione notarile delicati e qualificanti. E lo fa non in maniera scoordinata e capricciosa, ma secondo un unico e ben preciso filo conduttore: *semplificare la struttura dell’atto notarile, affrancandolo da alcuni formalismi potenzialmente e inutilmente dannosi per le parti, elevando al massimo e come contrappeso la responsabilità del notaio, sanzionata con un moderno e più adeguato procedimento disciplinare.*

Il tutto con una evidente e sostanziale valorizzazione della professionalità e della affidabilità del notaio, rese possibili dal salto di qualità fatto dalla Categoria negli ultimi decenni.

E così basta scorrere il testo della legge per trovare inequivocabile conferma di questa scelta politica fatta dal legislatore, che ha saputo cogliere gli spunti migliori di quel movimento culturale che abbiamo sostenuto e sosteniamo con forza a livello nazionale e internazionale, portatore di una visione alta della funzione pubblica e del ruolo che il notaio svolge nella società e nello Stato. Una visione perfettamente in linea con il più moderno orientamento favorevole ad una limitata utilizzazione della sanzione radicale di nullità del negozio, la cui regolamentazione e stabilità è rimessa in maggior misura all’autonomia delle parti, con un intervento sempre meno invasivo del precetto statutale inderogabile.

Con la conseguente necessità di garantire al meglio l’u-

tilizzo da parte dei privati di questa autonomia, con l’intervento equilibratore del notaio, al centro fra cittadino e istituzioni, tra cittadini e ordinamento, laddove siano in gioco l’interesse generale alla conformità alla legge del negozio, prima della sua immissione nel traffico giuridico.

Una centralità che emerge con forza, tra l’altro, da tre delle nuove norme strettamente connesse tra loro e rigidamente ancorate al disegno che le ispira:

– l’estensione dell’articolo 28 L. not. anche alle scritture private autenticate (art. 12, co. 1, lett. a);

– l’obbligo di conservare a raccolta le scritture private autenticate soggette a pubblicità legale (art. 12, co. 1, lett. e) secondo un principio inserito con particolare lungimiranza, seppur come semplice regola comportamentale, nel codice deontologico approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato nel 1994 e che aprì la strada all’odierna riforma;

– la limitazione di tutti i controlli esterni sugli atti notarili alla mera regolarità formale (con una salutare generalizzazione del principio già affermato nella Legge di semplificazione 2000, meglio nota come “legge Bassanini” e più volte rimarcato - già *de iure condito* - sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza).

Tre norme che hanno la loro comune *ratio* nell’affidabilità del controllo di legalità effettuato dal Notaio nella fase genetica nel negozio e che aiuta le parti a realizzare un assetto conforme a legge dei loro interessi (e, quindi, molto più efficace, consapevole e approfondito di quello effettuato *ex post* su un atto già perfezionato); un controllo che, come tale, si estende obbligatoriamente da ora anche alle scritture private autenticate, con lo scopo di dotare tutti gli atti che in qualche modo si giovino dell’intervento del notaio, di quel crisma di legalità voluto dall’ordinamento e certamente perseguito dalle parti indipendentemente dalla forma prescelta, pubblica o privata, dell’atto.

Dovrebbe così rallentare la tendenza, molto forte in alcune zone d’Italia, a utilizzare la scrittura privata al posto dell’atto pubblico (anche quando le parti optereb-

Nota:

(1) Gli articoli della Legge di semplificazione 2005 di interesse notarile citati nel testo si possono leggere in questo fascicolo alla rubrica *Normativa* a pagg. 677-678.

bero se interpellate, per quest'ultimo ...), attesa sia la eguale responsabilità del notaio in relazione all'articolo 28 L. not., sia la provvidenziale introduzione dell'obbligo di conservazione della scrittura privata soggetta a pubblicità e, quindi, la sua sottoposizione al controllo ispettivo biennale.

Si valorizza così la "paternità" notarile dell'atto, la sua emanazione dal pubblico ufficiale/giurista/consulente, che esalta la funzione del notaio "latino", molto diverso dal notaio mero certificatore (il *public notary* degli Stati Uniti), che può appartenere ad una categoria di notai, e si inquadra in un sistema "alternativo" al notariato, nel quale più soggetti giocano un ruolo diverso (e costoso) nella dinamica contrattuale.

In definitiva, quel "*magistrato inter volentes*" che svolge un ruolo assolutamente peculiare nella società e che è tanto più proiettato verso il futuro, quanto si avvicina alla figura del giudice, marcando la sua funzione pubblica a preferenza dell'attività libero professionale, anche

se egli in una originale fusione di pubblico e privato, esercita la funzione stessa in regime di libera professione.

D'altro canto la consulenza finalizzata all'atto rientra inscindibilmente nella pubblica funzione che è esercitata personalmente dal notaio, anche se sembra che il nuovo testo dell'art. 47 L. not. abbia leggermente incrinato il principio antico della "personalità" della prestazione prevista dalla legge del '13, destando qualche allarme in verità superiore e sproporzionato rispetto alla portata dell'innovazione.

In definitiva una legge, quella della semplificazione 2005, che valorizza enormemente la funzione notarile anche di fronte a recenti improvide decisioni dello stesso legislatore, che andando in senso inverso avevano in parte svilito la funzione e l'essenza stessa dell'"autenticità", estendendone la competenza per alcuni atti "minori" a chi (a dir poco ...) non ha sicuramente la funzione pubblica nel proprio D.N.A.

Osservatorio civile

a cura di ERNESTO BRIGANTI

Catasto

■ Cassazione, sez. trib., 12 luglio 2005, n. 14689

Motivazione dell'avviso di classamento

L'obbligo di motivazione dell'avviso di classamento con il quale l'Ufficio tecnico erariale attribuisce la rendita catastale si sostanzia nella delimitazione dell'ambito delle ragioni adducibili dall'Amministrazione nell'eventuale giudizio contenzioso, al fine di consentire al contribuente l'esercizio del diritto di difesa, e deve pertanto intendersi assolto ogni volta che risultino indicati nell'atto i criteri e le fonti della determinazione operata, in particolare quando, come nel caso di specie, si tratta di immobili a destinazione speciale.

Comunione legale

■ Cassazione, sez. I, 18 settembre 2005, n. 18456 - Pres Luccioli - Rel. Spagna Musso - P.M. Ciccolo (conf.) - M. c. C.

Famiglia - Matrimonio - Rapporti patrimoniali tra coniugi - Comunione legale - Oggetto - Beni destinati all'esercizio di impresa - Beni immobili destinati all'esercizio di impresa costituita "post nuptias" - Comunione "de residuo" - Esclusione dalla caduta in comunione per effetto dell'assenso dell'altro coniuge "partecipante" all'atto di acquisto "ex" art. 179, secondo comma, cod. civ. - Inapplicabilità.

Nel regime della comunione legale, i beni, inclusi quelli immobili, che vengano acquistati da uno dei coniugi e destinati all'esercizio, da parte sua, dell'impresa costituita dopo il matrimonio, fanno parte della comunione "de residuo", e quindi se e nei limiti in cui sussistano al momento dello scioglimento di questa. A tali acquisti, che rinvengono la loro compiuta disciplina nell'art. 178 cod. civ., non si applica la previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 179 cod. civ. - la quale consente l'esclusione di immobili e mobili registrati dalla comunione, purché all'atto di acquisto abbia "partecipato" anche il coniuge non acquirente e questi abbia rilasciato una dichiarazione di assenso ai fini dell'esclusione -, giacché detta previsione si riferisce soltanto alle diverse ipotesi contemplate dal primo comma del medesimo art. 179, fra cui è compresa (ai sensi della lettera d) quella dei beni

destinati all'esercizio della professione, non equiparabili ai beni destinati all'esercizio dell'attività imprenditoriale.

Contratti in genere

■ Cassazione, sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128

Riduzione della penale - Esercizio d'ufficio

Il potere concesso al giudice di ridurre la penale si pone come un limite all'autonomia delle parti a tutela di un interesse generale, limite non prefissato ma individuato di volta in volta dal giudice, al ricorrere delle condizioni di legge, con riferimento al principio di equità, dal che consegue che l'esercizio di tale potere del giudice, non subordinato alla richiesta di una parte, può essere esercitato d'ufficio.

Edilizia

■ Consiglio di Stato, sez. IV, 14 settembre 2005, n. 4744

Sottotetto - Uso come vano autonomo - Non costituisce pertinenza dell'abitazione sottostante

In assenza di titolo idoneo, è applicabile la presunzione di comunione ex art. 1117 c.c. nei casi in cui il sottotetto, per le sue caratteristiche strutturali e convenzionali, risulti oggettivamente destinato, sia pure in via potenziale, all'uso comune oppure all'esercizio di un servizio di comune interesse.

Fallimento

■ Tribunale di Venezia, 20 maggio 2005 - Pres. Bertolino - Rel. Caprioli

Successione legittima - Azione di riduzione - Legittimazione del curatore fallimentare - Sussistenza

Va riconosciuta in capo alla curatela fallimentare, in forza del combinato disposto dell'art 42 e 35 legge fallimentare, la legittimazione ad esperire, in luogo del fallito pretermesso, l'azione di riduzione nonché di impugnazione delle disposizioni testamentarie lesive della quota di legittima.

- Tribunale di Napoli, 11 maggio 2005 - Pres. Cristiano - Est. Perrino - M.A. c. Fallimento di s.a.s. Ricamificio di T. G. e di M. A.

Cessione di quota di s.a.s. - Atto notarile - Fallimento successivo del cedente - Sentenza di fallimento - Revoca.

Va revocata la sentenza di fallimento di socio accomandatario di s.a.s., qualora questi abbia cessato in precedenza ceduto con le forme di legge la propria quota, essendo irrilevante - a fronte della certificazione contenuta nell'atto pubblico di cessione - la circostanza che il cessionario sia risultato inesistente.

Notai

- Cassazione, sez. II, 20 luglio 2005, n. 15252 - Pres. Spadone - Rel. Piccialli - P.M. Fuzio (diff.) - C. ed altro c. D'A.

Notariato - Responsabilità professionale - Usucapione decennale - Buona fede - Nozione - Compravendita immobiliare - Titolarità e libertà del bene - Ignoranza da parte dell'acquirente - Colpa grave - Configurabilità - Esclusione - Condizioni - Atto pubblico di trasferimento - Obblighi del notaio rogante - Visure catastali e ipotecarie - Inclusione - Fattispecie.

In tema di usucapione decennale di beni immobili, la buona fede di chi ne acquista la proprietà in forza di titolo astrattamente idoneo è esclusa soltanto quando sia in concreto accertato che l'ignoranza di ledere l'altrui diritto dipenda da colpa grave (art. 1147 cod. civ.); in linea generale, non può affermarsi che versi in colpa grave colui il quale, rivoltosi a un notaio per la redazione di un atto traslativo e non avendolo esonerato dal compiere le cosiddette visure catastali ed ipotecarie, addivenga all'acquisto in considerazione delle garanzie di titolarità del bene e di libertà dello stesso fornite dall'alienante, o apparente tale, e nella ragionevole presunzione che l'ufficiale rogante abbia compiuto le opportune verifiche, atteso che il notaio, pur fornendo una prestazione di mezzi e non di risultato, è tenuto a consentire la realizzazione dello scopo voluto dalle parti con la diligenza media, riferibile alla categoria professionale di appartenenza, curando le adeguate operazioni preparatorie all'atto da compiere, senza ridurre la sua opera alla passiva registrazione delle altrui dichiarazioni. (Nella specie, è stata cassata la sentenza impugnata che, senza compiere alcuna specifica indagine in ordine alla colpa in concreto ascrivibile, aveva escluso la buona fede di coloro i quali avevano posseduto per oltre dieci anni l'immobile acquistato con atto regolarmente trascritto, sulla astratta considerazione che i predetti avrebbero potuto verificare attraverso le visure dei registri immobiliari l'esistenza - al momento del loro acquisto - della trascrizione della domanda giudiziale di accertamento del trasferimento della proprietà del medesimo bene a favore di terzi, che l'avevano in precedenza

comprato dallo stesso dante causa in forza di atto non trascritto).

Società

- Cassazione, sez. V, 8 agosto 2005, n. 16729

Società a ristretta base sociale - Legittimità della presunzione di distribuzione ai soci degli utili non contabilizzati

Nella società a ristretta base sociale (ad esempio nella società familiare) è ammissibile la presunzione di distribuzione ai soci degli utili non contabilizzati, senza che ciò rappresenti una violazione del divieto di presunzione di secondo grado.

- Cassazione, sez. V, 8 luglio 2005, n. 14418 - Pres. Paolini - Rel. Schirò - P.M. Sorrentino - Ministero dell'Economia e delle Finanze ed altro c. C. F. ed altro

Di persone - Reddito di partecipazione - Ai fini IRPEF - Natura

Il reddito di partecipazione agli utili del socio di società di persone costituisce, ai fini dell'Irpef, reddito proprio del contribuente, al quale è imputato sulla base di presunzione di effettiva percezione, e non della società (art. 5 del D.P.R. 1986/917). Detto socio, pertanto, ove non abbia dichiarato, per la parte di sua spettanza, il reddito societario nella misura risultante dalla rettifica operata dall'Amministrazione finanziaria a carico della società i fini dell'Ilor, è tenuto al pagamento del supplemento d'imposta.

- Tribunale Ivrea, 1 settembre 2005, n. 329

Di capitali - Strumenti finanziari - Esercizio di "warrant" azionario - Aumento di capitale della società emittente

Nel caso in cui durante il periodo di esercizio di un "warrant" azionario la società emittente esegua un aumento di capitale, che comporti quale effetto indiretto il decremento del valore del titolo di compendio con pregiudizio del titolare del "warrant", questi trova tutela nell'eventuale clausola, prevista dal Regolamento di emissione dei "warrants", di rettifica automatica al ribasso del prezzo di riscatto (c.d. "strike price").

- Cassazione, sez. lav., 7 marzo 2005, n. 4822 - Pres. Mercurio - Rel. Maiorano - Coop. Implaca s.r.l. c. S.

Società cooperative - Cooperative di produzione e lavoro - Organi sociali - Assemblea - Deliberazioni - Diritti soggettivi perfetti dei soci - Conferimento nelle casse della società - Mancata partecipazione del socio alla deliberazione - Effetti - Nullità

Se il socio di una società cooperativa di lavoro non ha partecipato alla deliberazione con la quale i diritti soggettivi perfetti del singolo socio (nella specie diritto al compenso

per lavoro straordinario svolto) sono stati conferiti nelle casse della società, non avendo l'assemblea alcun potere di disporre, con atto unilaterale, di quei diritti, la delibera è nulla per impossibilità dell'oggetto, ai sensi dell'art. 2379 c.c., essendo inidonea a produrre l'effetto di estinguere il credito del socio, o di obbligarlo alla cessione del suo diritto, e la nullità è rilevabile d'ufficio ex art. 1421 c.c.

Successioni

■ Cassazione, sez. V, 8 agosto 2005, n. 16726

Imposta di successione - Interessi dovuti in caso di dilazione del pagamento.

L'art. 38, comma 2, del T.U. sull'imposta di successione, in tema di interessi per il caso di dilazione del pagamento dell'imposta, non si applica per le successioni che si siano aperte anteriormente al 1° gennaio 1991, anche se la concessione della dilazione è posteriore a tale data.

■ Tribunale di Napoli, 15 giugno 2005 - Pres. Sena - Est. Canale - M. C. G. c. P. A. ed altri

Legato - Legato di genere o di specie - Interpretazione della clausola testamentaria.

La clausola testamentaria con la quale il *de cuius* leghe in favore di determinati soggetti una somma di denaro con la specificazione che la stessa è in titoli di Stato, indicandone anche il luogo di deposito, deve intendersi come volta ad istituire un legato di genere e non di specie, con la conseguenza che l'erede è tenuto all'adempimento, sebbene alla morte del testatore i titoli non siano più presso l'originario conto di deposito ed ancorché nel legato non si faccia riferimento ai precisi elementi identificativi dei titoli.

Tributi

■ Cassazione, sez. V, 28 settembre 2005, n. 19011

Agevolazioni fiscali - Acquisto della prima casa - Acquisto di un rustico - Sussistenza

In tema di agevolazioni tributarie i benefici fiscali previsti per l'acquisto della prima casa spettano all'acquirente di immobile in corso di costruzione da destinare ad abitazione non di lusso non essendo previsto dal dettato normativo che il fabbricato sia già idoneo all'uso al momento dell'acquisto.

■ Cassazione, sez. I, 19 settembre 2005, n. 18476

Separazione e divorzio - Assegnazione della casa coniugale - Assegnatario titolare di un mero diritto di godimento dell'immobile - Pagamento dell'ICI - Esonero

In tema di separazione personale l'assegnazione della ca-

sa coniugale esonera l'assegnatario dal pagamento del canone cui sarebbe tenuto nei confronti del proprietario esclusivo o del comproprietario dell'immobile assegnato, dal che consegue che qualora il giudice attribuisca ad uno dei coniugi l'abitazione di proprietà dell'altro la gratuità di tale assegnazione non si estende alle spese correlate al suo uso; grava, invece sul proprietario dell'immobile il pagamento dell'ICI, in quanto l'assegnatario che non sia titolare di diritti reali sull'abitazione familiare, non può essere considerato soggetto passivo d'imposta.

■ Cassazione sez. V, 8 settembre 2005, n. 17899

Imposta di registro - Contratto di fideiussione - Principio dell'enunciazione

In virtù del principio dell'enunciazione non vale anche il principio dell'alternatività tra IVA e registro. Se in un atto sono enunciate disposizioni contenute in atti scritti o contratti verbali non registrati e posti in essere fra le stesse parti intervenute nell'atto che contiene la enunciazione, l'imposta si applica anche alle disposizioni enunciate.

■ Cassazione sez. V, 16 agosto 2005, n. 16917

TOSAP - Cavi telefonici che corrono lungo i muri degli edifici privati - Non sono soggetti ad imposta

Non sono soggetti alla tassa di occupazione di spazi e aree pubbliche (TOSAP) i cavi telefonici che corrono lungo i muri di edifici privati.

■ Cassazione sez. V, 16 agosto 2005, n. 16916

ICI - Determinazione della base imponibile degli immobili privi di rendita catastale

La normativa che disciplina la determinazione della base imponibile ICI, per i fabbricati classificabili nel gruppo catastale D, prevede che la stessa sia costituita dal valore riportato nelle scritture contabili, a condizione che il fabbricato stesso risulti distintamente contabilizzato, dovendosi altrimenti applicare il criterio fondato sul valore dei fabbricati similari, già iscritti in catasto con attribuzione di rendita definitiva.

■ Cassazione sez. V, 8 agosto 2005, n. 16700

IRPEF - Plusvalenza da trasferimento delle proprietà di un immobile

I principi relativi alla determinazione del valore di un bene immobile che viene trasferito sono diversi a seconda dell'imposta che si deve applicare: se si discute, infatti, di imposta di registro si volgerà l'attenzione al valore di mercato del bene, mentre ai fini delle imposte dirette, quando si discute di una plusvalenza realizzata nell'ambi-

to di un'impresa, bisogna verificare la differenza tra il prezzo di acquisto e il prezzo di cessione.

■ Cassazione, sez. V, 27 luglio 2005, n. 15770 - Pres. Favara - Rel. Marigliano - P.M. Cafiero - Zanini L. ed altro c. Ministero delle Finanze

Imposta di registro - Compravendita di immobile - Avviso di accertamento del valore - Valutazione automatica - Applicabilità - Immobile privo di rendita catastale al momento della conclusione del contratto - Ininfluenza.

Nel caso di compravendita di immobile l'espressa previsione dell'art. 52, comma 4, D.P.R. n. 131/86 di un obbligo del contribuente di dichiarare nell'atto da assoggettare a registrazione di volersi avvalere dei criteri di valutazione automatica, da un lato, impone una esplicita richiesta di fruizione del beneficio, negando idoneità ad una qualsiasi istanza implicita, e, dall'altro, non consente una manifestazione della volontà in epoca successiva od in sede contenziosa, alla quale osterebbe, in ogni caso, la cadenza degli ulteriori adempimenti previsti dalla norma, per l'ultimo dei quali è fissato un termine di sessanta giorni, espressamente definito perentorio nell'analoga disciplina dettata in materia successoria dall'art. 34, comma 6, D.Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346.

■ Cassazione, sez. V, 12 luglio 2005, n. 14685 - Pres. Paolini - Rel. Ruggiero - P.M. Nardi (conf.) - P. c. Min. Finanze ed altro

Tributi erariali indiretti (riforma tributaria del 1972) - Imposta sulle successioni e donazioni Imposta sulle successioni - Base imponibile - Determinazione del valore venale - Beni immobili o diritti immobiliari - Legato di cosa altrui - Esercizio, da parte dell'erede, della facoltà di pagare il giusto prezzo dell'immobile - Valore del credito - Determinazione sulla base del valore venale dell'immobile in comune commercio.

In tema di imposta sulle successioni, nell'ipotesi di legato di cosa altrui, il legatario, in conseguenza della facoltà esercitata dall'erede di pagare il giusto prezzo dell'immobile oggetto del legato ex art. 651 cod. civ., diviene titolare di un diritto di credito, che va rapportato al bene immobile e che va valutato sulla base del valore venale in comune commercio dell'immobile stesso, in base agli artt. 14 e 18 del d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 546.

■ Cassazione, sez. V, 12 luglio 2005, n. 14672 - Pres. Favara - Rel. Cultrera - P.M. Abbritti - C. L. c. Ministero dell'economia e delle Finanze

Imposta di registro - Trasferimento di immobile entro i quattro anni dalla dichiarazione di abitabilità - Applicabilità dell'agevolazione consistente nella riduzione a metà dell'imposta - Condizioni

La dichiarazione di abitabilità, a mente dell'art. 221 del

T.U. delle leggi sanitarie approvato con R.D. n. 1265 del 27 luglio 1934, applicabile "ratione temporis" essendo stata detta disposizione abrogata successivamente dall'art. 5 comma 1 del D.P.R. n. 425 del 22 aprile 1994 appare chiaramente strumentale alla verifica della condizione di "concreta" abitabilità dell'immobile che ne consenta l'effettivo godimento, di cui si può fare a meno laddove, pur in assenza della prescritta attestazione formale, l'immobile sia effettivamente abitato. La previsione normativa appare, pertanto, chiaramente improntata a concedere il beneficio in relazione ad immobili che siano "effettivamente abitabili", o perché già vissuti, o perché l'autorità amministrativa li ha ritenuti tali. Il rilascio del certificato indicato non si pone perciò quale requisito formale tassativo e tipico, bensì come elemento dimostrativo del requisito suddetto, che ben può essere desunto da altro atto emesso da organo pubblico nell'esercizio della sua funzione, che dia conto in concreto dell'attitudine all'abitazione dell'immobile. Ai fini della concessione dell'agevolazione di cui alla legge n. 408/1949, la dichiarazione di abitabilità di cui all'art. 221 citato ammette equipollenti, sia che si tratti di altri atti provenienti da organi pubblici nell'esercizio delle loro funzioni, sia che si tratti di altri atti che siano comunque idonei a fornire dimostrazione dell'effettiva destinazione ed idoneità dell'immobile all'abitazione.

■ Cassazione, sez. V, 30 maggio 2005, n. 11458

Atti di trasferimento di beni immobili - Adempimento di obbligazioni assunte in sede di separazione personale - Esenzione da imposta - Sussistenza

È esente da qualsiasi tipo di imposta il trasferimento di un bene immobile in adempimento degli obblighi contenuti nei patti della separazione. Non può, quindi, essere richiamata la presunzione di liberalità che avrebbe comportato l'applicazione della tassazione prevista per i contratti a titolo gratuito, in quanto in relazione a questi atti non sussiste un "animus donandi", ma la volontà di definire i rapporti patrimoniali.

Vendita

■ Cassazione, sez. II, 31 agosto 2005, n. 17562

Preliminare di vendita - Risoluzione - Diritto al ristoro per gli esborsi finalizzati al suo adempimento

Tra i pregiudizi patrimoniali, suscettibili di risarcimento, subiti dalla parte non adempiente per effetto della risoluzione del contratto conseguente ad inadempimento della controparte, rientrano anche le spese affrontate in vista del proprio adempimento e, specificamente, nelle ipotesi di preliminare di vendita che preveda il trasferimento di una cosa determinata, gli esborsi diretti alla realizzazione di quest'ultima o comunque finalizzati a renderla conforme all'oggetto delle pattuizioni.

Successioni

Adempimenti fiscali e accettazione tacita dell'eredità

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

Pres. Pontorieri - Rel. Bognanni - P.M. Russo - D. S. ed altri c. D. S. M. ed altri

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

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

(omissis)

Motivi della decisione

1) Col primo motivo le ricorrenti deducono violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1483 e 1485 c.c., nonché omessa, insufficiente e/o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, con riferimento all'art. 360, nn. 3 e 5 c.p.c., in quanto la corte di appello non ha considerato che non doveva ammettere l'intervento adesivo di C., il quale semmai è portatore solo di un interesse di fatto, ma non giuridico, all'esito della controversia in un senso piuttosto che in un altro. Infatti, anche allorché questo fosse stato sfavorevole alla parte adjuvata, egli non avrebbe potuto subire alcuna conseguenza pregiudizievole in caso di evizione, dal momento che in un separato giudizio i resistenti avrebbero dovuto provare che esistevano ragioni sufficienti per fare respingere la domanda delle ricorrenti.

Il motivo è infondato.

Infatti la corte di appello ha messo in evidenza esattamente che l'intervento adesivo dipendente spiegato da C. era regolare, in quanto egli è portatore di un interesse giuridico affinché il giudizio si definisse in modo positivo per i convenuti adjuvati. Invero da un eventuale esito negativo per loro del processo, l'interventore avrebbe potuto subire un pregiudizio, in particolare per la garanzia per evizione, che gli adjuvati avrebbero potuto subire. Tanto basta perciò per ritenere legittimo l'intervento effettuato, anche se dipendente, dacché a nulla rileva che, se non chiamato, egli

non sia tenuto alla garanzia ove in un successivo giudizio dimostri che vi erano ragioni per respingere la domanda.

Orbene questa Corte osserva che tale assunto è perfettamente in linea con quanto essa, con costante giurisprudenza, ha al riguardo statuito, e cioè che "l'interesse richiesto per la legittimazione all'intervento adesivo dipendente nel processo in corso fra altri soggetti (art. 105, secondo comma, cod. proc. civ.), deve essere non di mero fatto, ma giuridico, nel senso che tra adjuvante e adjuvato deve sussistere un vero e proprio rapporto giuridico sostanziale, tal che la posizione soggettiva del primo in questo rapporto possa essere - anche solo in via indiretta o riflessa - pregiudicata dal disconoscimento delle ragioni che il secondo sostiene contro il suo avversario in causa" (Cfr. sent. 1111 del 24 gennaio 2003; sent. 6760 del 26 luglio 1996).

Su tale punto perciò la sentenza impugnata risulta motivata in modo adeguato, oltre che giuridicamente e logicamente corretto.

2) Col secondo motivo le ricorrenti denunciano violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2909 c.c., nonché omessa, insufficiente e/o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, il relazione all'art. 360, nn. 3 e 5 c.p.c., giacché la corte territoriale non ha considerato che mai l'eccezione di usucapione del bene era venuta meno nel contesto complessivo dell'impugnazione della sentenza del pretore di Gragnano nel giudizio promosso da F. V. contro A. D. S.. Giustamente in sede di appello allora il tribunale di Napoli

aveva escluso l'esistenza di un contratto di comodato con la convenuta, e quindi non aveva assunto alcuna decisione relativamente al motivo subordinato inerente al dedotto usucapione. Pertanto, essendosi così determinata una mancata delibazione sul secondo motivo, ancorché condizionato al rigetto del primo, non poteva formarsi il giudicato interno sul punto.

La censura rimane assorbita dal terzo e quarto motivo, che di qui a poco saranno esaminati.

3) Col terzo motivo le ricorrenti lamentano violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1158 e 1159 c.c., oltre che omessa, insufficiente e/o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, relativamente all'art. 360, nn. 3 e 5 c.p.c., posto che la corte territoriale non ha considerato che comunque esse avevano fatto esplicito riferimento alla invocata usucapione, per la quale avevano chiesto la prova per testimoni, che erroneamente il giudice del primo grado non aveva ammessa. Esse infatti intendevano dimostrare che A. D. S. aveva posseduto per circa quarant'anni il terreno. Anche quando poi ella in un primo tempo si fosse qualificata come amministratrice di C. per i fitti del fondo, successivamente aveva comunque posseduto il medesimo "*animo domini*". Pertanto ne era ormai maturata l'usucapione, che aveva fatto acquistare a lei la proprietà del bene. Inoltre, anche a volere per ipotesi ritenere che A. non fosse divenuta in tal modo proprietaria, non v'ha dubbio che le figlie avevano acquistato nel mese di agosto 1971 in buona fede, e quindi per loro ben si era determinato il rapporto col fondo come possesso, utile "*ad usucapendum*". Pertanto, atteso che l'atto di citazione risale al mese di novembre 1991, già a quella data era maturato il tempo necessario per la maturazione dell'usucapione a loro favore in modo autonomo rispetto alla madre.

Tali doglianze erano state prospettate in maniera complessiva e unitaria al giudice del riesame, ma la corte di appello inopinatamente le ha disattese.

Il motivo è privo di pregio.

Orbene la corte territoriale ha messo in risalto che in virtù del giudicato esterno formatosi sulla pronuncia del pretore, e di quello interno relativamente alla sentenza del tribunale, la questione inerente l'usucapione del bene da parte di A. D. S. non poteva più essere sollevata, atteso che la pronuncia fa stato tra le parti e i loro aventi causa. Esattamente quindi era stata esclusa l'ammissione della prova per testimoni sia per tali ragioni, sia perché essa era contraria al contenuto di documenti oltre alle affermazioni ribadite dalla stessa A. D. S., la quale aveva riscosso i canoni del fitto proprio come amministratrice di C., senza mai avere provato l'interversione del possesso.

Peraltro le ricorrenti hanno omesso di indicare dettagliatamente gli articoli di prova e indicare i testimoni, sui quali avevano chiesto l'ammissione della prova dedotta. Conseguentemente sul punto il ricorso è privo

del necessario carattere di autosufficienza, e quindi il motivo di doglianza risulta inammissibile.

Quanto poi alla posizione delle figlie, la questione dell'usucapione da parte loro appare nuova, in quanto non sollevata nei precedenti gradi.

4) Col quarto ed ultimo motivo le ricorrenti deducono violazione e/o falsa applicazione degli artt. 459 e 476 c.c., nonché omessa, insufficiente e/o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, relativamente all'art. 360, nn. 3 e 5 c.p.c., in quanto la corte di merito non ha considerato che ormai J. T. junior era decaduto dal diritto di accettare l'eredità, come pure i suoi antenati, per i quali del resto i resistenti non avevano fornito prova alcuna in ordine all'accettazione anche tacita di essa nel tempo. Peraltro gli unici atti idonei a dimostrare l'accettazione di eredità sono quelli a contenuto negoziale, dispositivo. Pertanto nessun valido trasferimento della proprietà del terreno poteva mai essere effettuato da parte di C. a favore dei coniugi D. S. C..

La censura è infondata.

Infatti la corte di appello ha esattamente rilevato che il cedente il bene di che trattasi era intervenuto nel giudizio promosso da V. contro A. D. S. dinanzi al pretore di Gragnano per fare valere i diritti propri, e sanare una situazione di irregolarità che si era precedentemente verificata. Già di per sé tale comportamento denotava la volontà di essere erede del padre defunto, e comunque costituiva un atto incompatibile con la volontà di non accettare l'eredità.

Del resto, come è noto, non occorre necessariamente un atto negoziale per denotare la volontà di accettazione dell'eredità da parte del chiamato.

La giurisprudenza al riguardo insegna che "l'accettazione tacita di eredità, che si ha quando il chiamato all'eredità compie un atto che presuppone la sua volontà di accettare e che non avrebbe diritto di compiere se non nella qualità di erede, può essere desunta anche dal comportamento del chiamato, che abbia posto in essere una serie di atti incompatibili con la volontà di rinunciare o siano concludenti e significativi della volontà di accettare; pertanto l'accettazione tacita dell'eredità può essere desunta dal comportamento complessivo del chiamato all'eredità che ponga in essere non solo atti di natura meramente fiscale, come la denuncia di successione di per sé sola inidonea a comprovare l'accettazione tacita, ma anche atti che siano al contempo fiscali e civili, come la voltura catastale che rileva non solo dal punto di vista tributario ma anche sotto il profilo civile per l'accertamento, legale o semplicemente materiale, della proprietà immobiliare e dei relativi passaggi" (v. sent. 7075 del 7 luglio 1999; sent. 2663 del 22 marzo 1999).

Per quanto poi attiene agli antenati del cedente C. la stessa corte ha evidenziato che dalla sentenza impugnata di primo grado risulta che il bene era stato trasferito regolarmente da padre in figlio con le successioni ereditarie, per le quali erano semmai le attuali ricorrenti a do-

vere dimostrare che mai accettazione, espressa o tacita, ci fosse stata. Peraltro la ricerca della volontà di accettare l'eredità attraverso l'accertamento e l'interpretazione degli atti compiuti dal chiamato si risolve in un'indagine di fatto non suscettibile di censura in sede di legittimità purché il risultato sia congruamente motivato, senza errori di logica o di diritto (Cfr. Cass. 7701906 385622; conf. 7805225 394987; conf. 8805688 460226).

Anche su tale punto dunque la sentenza impugnata risulta motivata in modo adeguato, oltre che giuridicamente e logicamente corretto.

Ne deriva che il ricorso va rigettato, con le conseguenti statuizioni di legge relativamente alle spese del giudizio, che si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso, e condanna le ricorrenti in solido al rimborso delle spese in favore dei controricorrenti, e che liquida in complessivi euro cento/00 per esborsi, ed euro duemilacinquecento/00 per onorari, oltre agli accessori di legge.

IL COMMENTO

di Tommaso Romoli

Nella pratica esiste l'opinione secondo cui la voltura catastale della dichiarazione di successione sarebbe un atto in grado di determinare acquisto dell'eredità. Per valutarne la fondatezza occorre riflettere sull'accettazione tacita e comprendere il valore degli adempimenti fiscali consistenti nella dichiarazione di successione, nella sua voltura catastale e nella trascrizione del certificato di successione.

Le difficoltà nell'individuazione delle fattispecie di tacita accettazione dell'eredità di cui all'art. 476 c.c. investono sia la definizione dei corrispondenti requisiti, in particolare dell'elemento volontaristico, sia il concreto riconoscimento di un atto che presuppone necessariamente la volontà di accettare l'eredità e che il chiamato "non avrebbe il diritto di fare se non nella qualità di erede".

Si discute se l'atto determini accettazione tacita in quanto dallo stesso possa desumersi una siffatta volontà del chiamato, ovvero se l'acquisto ereditario vada ricollegato al contenuto dell'atto, che sarebbe oggetto di una valutazione tipica, a prescindere dall'esistenza di una volontà rivolta a realizzare l'acquisto dell'eredità.

Al rilievo della volontà del chiamato si collega la disputa se l'espressa dichiarazione - contestuale o precedente al compimento dell'atto - di non volere accettare l'eredità sia preclusiva rispetto alla sua tacita accettazione.

Oltre all'approfondimento teorico, è indispensabile un'accurata indagine diretta ad accertare se l'atto preso in considerazione presenti quelle caratteristiche - di presupporre necessariamente la volontà del chiamato di accettare e di non poter essere compiuto se non in qualità di erede - tali da comportare acquisto dell'eredità ex art. 476 c.c..

La pronuncia in commento fornisce lo spunto per interrogarsi sulla rilevanza del complesso procedimento fiscale e pubblicitario successivo all'apertura della successione, con la nascita dell'obbligo di presentazione della dichiarazione di successione, della sua voltura catastale e della trascrizione del certificato di successione.

La controversia e la valutazione dei giudici del merito

La vicenda in esame si presenta estremamente articolata. Si tratta del conflitto in ordine alla titolarità di un appezzamento di terreno, che è stato oggetto di distinti atti di disposizione da parte di due soggetti, ciascuno dei quali pretendeva di esserne proprietario.

Dopo la donazione effettuata in favore delle proprie figlie da chi sostiene di avere acquistato per usucapione, il bene viene alienato a titolo di vendita dall'altro soggetto, avente causa da colui nei cui confronti la donante avanza la suddetta pretesa.

Dante e aventi causa dell'atto di donazione citano in giudizio gli acquirenti dell'atto di vendita, per sentire dichiarare dal Tribunale di Torre Annunziata la proprietà del bene in capo alle donatarie e la condanna dei convenuti al risarcimento del danno.

Questi ultimi eccepiscono di essere aventi causa dal legittimo proprietario, cui il bene era pervenuto da un genitore per successione *mortis causa*, e di conseguenza chiedono il rigetto della domanda attorea.

Si registra altresì l'intervento adesivo del dante causa dei convenuti, volto a sorreggerne le argomentazioni.

Il giudizio di primo grado si chiude con il rigetto delle domande attoree, la dichiarazione di nullità dell'atto di donazione e la riconosciuta regolarità della vendita.

Il Tribunale riscontra che non è mai maturata l'usucapione in favore della donante, non avendo essa mai avuto il possesso del fondo, essendosi limitata ad ammi-

nistrarlo per conto dei vari proprietari che nel tempo si sono succeduti.

Si stabilisce che, difettando il diritto di proprietà in testa alla loro dante causa, nessun efficace trasferimento è potuto avvenire in favore delle donatarie, il cui titolo è pertanto destinato a cadere.

L'avvenuta usucapione viene esclusa facendo riferimento a una precedente pronuncia del Tribunale di Napoli, che ha statuito in merito e che non può essere disattesa, per essere sul punto passata in giudicato.

La sentenza di primo grado è impugnata dinanzi alla Corte d'appello di Napoli, che conferma che la donante non è divenuta proprietaria del bene, non essendo mai maturata l'usucapione in proprio favore, e che quindi - secondo il precetto *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet* - essa non può trasferirne efficacemente la proprietà.

Il giudizio della Suprema Corte

Il giudizio di legittimità continua a vertere principalmente sul compimento dell'usucapione in favore della donante.

In particolare, si lamenta che l'usucapione è maturata, dato che la donante ha posseduto il bene per circa quarant'anni, e che da un certo momento in poi senza dubbio esistono i requisiti del possesso *ad usucapionem*.

La Suprema Corte rigetta il ricorso, negando l'acquisto per usucapione in capo alla donante per le ragioni tecnico-processuali già emerse nella fase di merito.

Col quarto e ultimo motivo di ricorso si critica infine la decisione impugnata per non avere considerato che il dante causa dell'atto di vendita è decaduto dal diritto di accettare l'eredità, e che non è dunque legittimato ad alienare beni che la compongono, cosicché i suoi aventi causa non hanno realizzato un valido ed efficace acquisto della proprietà del terreno.

Il motivo di ricorso non appare funzionale a una conclusione della controversia favorevole alle ricorrenti, che non si comprende quale vantaggio potrebbero trarre dalla decadenza del dante causa dei convenuti dal diritto di accettare l'eredità.

Alle ricorrenti interessa soltanto l'accertamento dell'avvenuta usucapione in favore della donante. Non appare invece significativo avanzare perplessità sulla direzione della catena di acquisti derivativi su cui i convenuti fondano il proprio diritto, non potendo ciò svolgere effetti utili al compimento dell'usucapione, nei cui riguardi è del tutto indifferente il senso assunto dalla catena di acquisti derivativi.

Anche se realmente mancasse il presupposto dell'acquisto derivativo in favore dei convenuti, per l'assenza di un valido acquisto *mortis causa* da parte del loro dante causa, le ricorrenti non riceverebbero nessun beneficio. Non si avrebbe infatti interruzione della catena di acquisti derivativi, ma essa finirebbe per rivolgersi in una direzione diversa, in favore di altri soggetti, che tuttavia

sarebbero sempre aventi causa a titolo derivativo, col risultato che comunque non vi sarebbe devoluzione dei beni in favore di chi pretende di averli usucapiti e dei suoi aventi causa.

Probabilmente l'eccentricità della censura rispetto al contenuto della controversia ha influito nella valutazione della Cassazione. Sembra che si voglia liquidare il motivo di ricorso in modo piuttosto sbrigativo, indicando vari argomenti verosimilmente con l'unico scopo di giustificare ampiamente il rigetto, senza però esaminarli a fondo.

La Suprema Corte in primo luogo osserva che il dante causa dei convenuti è intervenuto per fare valere i suoi diritti di successore a titolo universale del proprio genitore in un precedente giudizio, e che "già di per sé tale comportamento denotava la volontà di essere erede del padre defunto, comunque costituiva un atto incompatibile con la volontà di non accettare l'eredità".

In secondo luogo, per così dire *ad abundantiam*, si annovera tra gli atti da cui desumere accettazione tacita - riprendendo un principio già affermato (1) - la voltura catastale, "che rileva non solo dal punto di vista tributario ma anche sotto il profilo civile per l'accertamento, legale o semplicemente materiale, della proprietà immobiliare e dei relativi passaggi".

Sebbene la controversia investa fondamentalmente il tema dell'usucapione, la sentenza della Suprema Corte offre l'occasione per riaprire una riflessione in ordine all'accettazione tacita dell'eredità e per cercare di comprendere il valore degli adempimenti fiscali discendenti dall'apertura della successione di un soggetto titolare di beni immobili, ossia la dichiarazione di successione, la sua voltura catastale e la trascrizione del certificato di successione.

Accettazione tacita di eredità

In linea generale l'accettazione tacita ex art. 476 c.c. ricorre quando il chiamato compie atti per loro natura e finalità incompatibili con la rinuncia all'eredità e non altrimenti giustificabili.

L'accettazione espressa di cui all'art. 475 c.c. ha un'incidenza alquanto residuale, per cui nella pratica le rimanenti modalità di acquisto ereditario, essendo più diffuse, rivestono maggiore importanza (2).

Come si è accennato, l'art. 476 c.c. genera incertezza

Note:

(1) Cass., 12 aprile 2002, n. 5226, in *Giustizia Civile*, 2003, Parte prima, pp. 1091 e ss., con nota di G. Visalli e C. Vittoria, *La voltura catastale attua il passaggio della proprietà degli immobili? Riflessioni*; in *Riv. Not.*, 2003, pp. 1048 e ss.; Cass., 7 luglio 1999, n. 7075.

(2) V. FS. Azzariti, G. Martinez e G. Azzariti, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Settima edizione, Padova, 1979, p. 89; G. Azzariti, *L'accettazione dell'eredità*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 5, *Successioni*, Tomo primo, seconda edizione, Torino, 1997, p. 154; G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni, Libro secondo del codice civile*, Padova, 1982, p. 93.

sulla portata e rilevanza dell'elemento volontaristico in relazione al prospettato acquisto dell'eredità (3).

Da un lato si è ritenuta in ogni caso essenziale l'effettiva volontà del chiamato di accettare l'eredità, cosicché la fattispecie si caratterizzerebbe esclusivamente per il fatto che tale volontà viene ricavata direttamente dall'atto, in cui sarebbe implicitamente manifestata, non potendo essa fare comunque difetto (4).

Dall'altro lato si è valorizzata la considerazione oggettiva dell'atto, cui si finirebbe per ricollegare automaticamente l'acquisto ereditario (5).

Ai fini dell'acquisto della qualità di erede sarebbe dunque sufficiente che il comportamento voluto e posto in essere dal chiamato presupponga necessariamente, per la sua obiettività, una corrispondente volontà.

Si tratterebbe di un mero atto giuridico, su cui non avrebbe rilievo la volontà di accettare da parte del chiamato (6).

Del resto, la natura negoziale dell'accettazione tacita comporterebbe delle difficoltà di carattere sistematico con riferimento alla solennità del negozio di accettazione espressa di cui all'art. 475 c.c.. L'accettazione di eredità si risolverebbe infatti in un negozio per il quale l'art. 475 c.c. richiede una forma *ad substantiam*, mentre l'art. 476 c.c. ne consente la realizzazione mediante un contegno concludente.

Strettamente connessa alla natura giuridica dell'accettazione tacita è la rilevanza della prova contraria rispetto alla condotta del soggetto, e specialmente della *protestatio contra factum*. (7)

La natura negoziale farebbe assumere importanza a una dichiarazione rivolta a impedire l'acquisto ereditario.

Per la teoria dell'atto giuridico in senso stretto, invece, gli effetti stabiliti dalla legge discenderebbero dal comportamento, a prescindere dalla volontà di accettare l'eredità e anche dall'eventuale *protestatio contra factum*, che non sarebbe capace di eliminare il valore di accettazione ereditaria che l'atto obiettivamente presenta (8).

È indispensabile che l'atto riguardi beni ereditari e che il chiamato abbia consapevolezza dell'esistenza della delazione in proprio favore (9).

Note:

(3) Per un approfondimento, v. A. Palazzo, *Le successioni*, Tomo I, *Introduzione al diritto successorio, Istituti comuni alle categorie successorie, Successione legale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1996, p. 249; A. Cicu, *Successioni per causa di morte, Parte generale, Delazione e acquisto dell'eredità, Divisione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Volume LXII, seconda edizione, Milano, 1961, pp. 174 e ss.; L. Ferri, *Successioni in generale, Art. 456-511*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro secondo - Delle successioni*, seconda edizione, Bologna Roma, 1980, p. 249; G. Grosso e A. Burdese, *Le successioni*, Tomo primo, *Parte generale*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, volume dodicesimo, Torino, 1977, pp. 275 e ss.; C. Giannattasio, *Delle successioni*, Tomo primo, *Disposizioni generali - Successioni legittime*, in *Commentario del codice civile*, Libro II (Titoli I-II), seconda edizione, Torino, 1971, p. 112; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, IX edizione, Napoli, 2001, p. 441; C.M. Bianca, *Diritto civile*, Volume II, *La famiglia - Le successioni*, Terza edizione, Milano, 2001, pp. 535, 536; G. Giampic-

colo, *Note sul comportamento concludente*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, pp. 778 e ss.; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, Tomo primo, Seconda edizione, Milano, 2002, pp. 159 e ss.; L. Gardani Contursi-Lisi, *Le successioni (Disposizioni generali)*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1981, pp. 275 e ss.; D. Barbero, *Sistema del diritto privato italiano*, Volume II, *Obbligazioni e contratti, Successioni per causa di morte*, Sesta edizione, Torino, 1962, pp. 929 e ss.; L. Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte, I. Parte generale, Tomo III. L'eredità - Il legato - Acquisto - Perdita*, Napoli, 1961, pp. 108 e ss.; G. Saporito, *L'accettazione dell'eredità*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Volume I, Padova, 1994, p. 207 e ss.; D. De Simone, *L'accettazione tacita dell'eredità*, in *Vita. Not.*, 1984, pp. 571 e ss..

In giurisprudenza, v. Cass., 21 maggio 1974, n. 1498, in *Foro italiano*, 1974, Parte prima, 3068, con nota di L. Di Lalla; in *Riv. Not.*, 1975, pp. 953 e ss.; Cass., 4 giugno 1955, n. 1735; Cass., 20 aprile 1970, n. 1139; Cass., 19 ottobre 1988, n. 5688, in *Archivio civile*, 1989, pp. 172 e ss.; Cass., 5 novembre 1987, n. 8123; Cass., 28 ottobre 1976, n. 3950; Cass., 16 giugno 1971, n. 1831, in *Foro italiano*, 1971, Parte prima, cc. 1854 e ss.; Cass., 6 agosto 1977, n. 3597; Cass., 5 maggio 1967, n. 881, in *Giustizia civile*, 1967, Parte prima, pp. 1669 e ss.; in *Foro italiano*, 1967, Parte prima, cc. 1499 e ss., con nota di A. Tallarida, *Prova in giudizio della qualità di erede*; Cass., 20 maggio 1969, n. 1750, in *Giustizia civile*, 1969, Parte prima, pp. 1885 e ss.; Cass., 24 febbraio 1972, n. 552; Cass., 14 luglio 1972, n. 2408, in *Giustizia civile*, 1973, Parte prima, pp. 1387 e ss.; Cass., 16 dicembre 1986, n. 7552; Cass., 16 aprile 1995, n. 5470; Cass., 17 ottobre 1978, n. 4639; Cass., 17 maggio 1963, n. 1256.

(4) C. Giannattasio, *Delle successioni*, Tomo primo, cit., p. 112, ritiene che si debba avere riguardo "più all'*animus* dell'agente e alla volontà dalla quale l'atto procede che all'atto stesso materialmente considerato, trattandosi in sostanza di interpretazioni della volontà contro la quale nessuno può divenire erede".

(5) Secondo A. Cicu, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 178, "quella che la legge considera come accettazione tacita non è una volontà di accettazione che si sia effettivamente formata nell'animo del chiamato, e venga a manifestazione per fatti ed atti da cui essa possa esser desunta. È la legge che attribuisce l'effetto dell'acquisto dell'eredità agli atti che obiettivamente presuppongono acquistata l'eredità, senza che occorra, né si possa indagare se una volontà di accettare vi fu o meno".

(6) Secondo L. Ferri, *Successioni in generale*, cit., p. 249, è richiesta "una valutazione tipica o astratta del contegno stesso, la quale prescindendo, cioè, dalla ricerca della *reale* intenzione dell'agente".

(7) V. A. Palazzo, *Le successioni*, Tomo I, cit., p. 250; L. Ferri, *Successioni in generale*, cit., pp. 251, 252; G. Grosso e A. Burdese, *Le successioni*, Tomo primo, cit., p. 276; A. Cicu, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 175; G. Saporito, *L'accettazione dell'eredità*, cit., pp. 212, 213.

(8) Secondo G. Grosso e A. Burdese, *Le successioni*, Tomo primo, cit., p. 276, l'accettazione tacita prescinde "dalla effettiva volontà del chiamato di accettare l'eredità, al punto che, in presenza dei requisiti legislativamente richiesti, la stessa riserva espressa, effettuata dal chiamato al compimento dell'atto rientrante nella previsione legislativa, di non voler accettare l'eredità (cosiddetta *protestatio contra factum*) non avrebbe alcuna rilevanza nel senso di far venir meno il valore di accettazione ereditaria che l'atto obiettivamente presenta".

L. Ferri, *Successioni in generale*, cit., p. 249, osserva che "quando si istituisce fra un contegno ed una volontà un rapporto di *necessarietà*, non si può aver presente la volontà in senso soggettivo o reale, la quale può sempre essere in contrasto col contegno".

Conforme C.M. Bianca, *Diritto civile*, Volume II, cit., p. 536: "quando il chiamato esercita la qualità di erede, la sua dichiarazione di non accettare è irrilevante in quanto si tratta di un enunciato incompatibile col suo stesso comportamento".

V. D. Barbero, *Sistema del diritto privato italiano*, Volume II, cit., p. 931, nota 2.

(9) V. A. Palazzo, *Le successioni*, Tomo I, cit., p. 250; G. Giampiccolo, *Note sul comportamento concludente*, cit., p. 795; L. Ferri, *Successioni in generale*, cit., p. 251; G. Grosso e A. Burdese, *Le successioni*, Tomo primo, cit., pp. 277 e ss.; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., p. 161; G. Saporito, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p. 210.

Non è pacifica la valutazione di quanto l'art. 476 c.c. - riferendosi al compimento da parte del chiamato di "un atto che presuppone necessariamente la sua volontà di accettare e che non avrebbe il diritto di fare se non nella qualità di erede" - richiede perché si abbia accettazione tacita (10).

Si discute se occorrono due requisiti diversi, tra loro autonomi, finalizzati ad assicurare la conclusione del contegno, ovvero se si tratti di un unico requisito, risultante dall'espressione "atto che presuppone necessariamente la volontà di accettare", mentre la seconda parte della proposizione conterrebbe una semplice specificazione e integrazione del primo e unico requisito (11).

Ulteriormente dibattuta è la loro natura, oggettiva ovvero soggettiva, con particolare riferimento al primo requisito, mentre l'altro si tende generalmente a ritenere oggettivo (12).

Non hanno la prerogativa di determinare accettazione tacita dell'eredità gli atti di vigilanza, amministrazione temporanea e conservazione, che, ai sensi dell'art. 460 c.c., possono essere posti in essere dal chiamato senza con ciò divenire erede (13).

Può quindi aversi accettazione tacita soltanto col superamento dei limiti di cui all'art. 460 c.c., come l'art. 476 c.c. - riferendosi a un atto che il chiamato "non avrebbe il diritto di fare se non nella qualità di erede" - evidenzia, ribadendo che deve trattarsi di un atto che trascenda i poteri del chiamato.

Non configurano dunque accettazione tacita gli atti che, attese la loro natura e finalità, non sono idonei a esprimere in modo certo l'univoca assunzione della qualità di erede.

Sempre sotto il profilo della differenza rispetto agli atti conservativi ex art. 460 c.c. (14), la legittimazione attiva e passiva alle azioni inerenti a beni ereditari compete esclusivamente al chiamato che si trova nel possesso di beni ereditari (15), e pertanto, se tali azioni vengono esercitate dal chiamato non possessore, si ha accettazione tacita ex art. 476 c.c. (16).

Sulla base di questi principi si è elaborata un'ampia casistica delle fattispecie da cui discende accettazione tacita di eredità (17).

Note:

(10) V. A. Palazzo, *Le successioni*, Tomo I, cit., p. 250; L. Ferri, *Successioni in generale*, cit., pp. 248 e ss.; G. Grosso e A. Burdese, *Le successioni*, Tomo primo, cit., p. 280; C. Giannattasio, *Delle successioni*, Tomo primo, cit., p. 112; L. Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 108; A. Cicu, *Successioni per causa di morte*, cit., pp. 174 e ss.; G. Saporito, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p. 209; V. D. Barbero, *Sistema del diritto privato italiano*, Volume II, cit., pp. 930, 931.

In giurisprudenza, v. Cass., 21 maggio 1974, n. 1498, cit.; Cass., 26 marzo 1965, n. 497, in *Giustizia civile*, 1965, Parte prima, pp. 873 e ss.; in *Foro padano*, 1965, Parte prima, pp. 800 e ss.; in *Rivista di legislazione fiscale*, 1965, Parte terza, pp. 1268 e ss.; Cass., 9 luglio 1971, n. 2200, in *Giustizia civile*, 1972, Parte Prima, pp. 164 e ss..

(11) L. Ferri, *Successioni in generale*, cit., p. 248, afferma che l'art. 476 c.c. "non pone due requisiti, ma indica due diverse prospettive o profili per il controllo dell'esistenza di un unico requisito, che consiste nella

conclusione del contegno. La duplicità dei profili giova a rendere più sicura l'interpretazione del contegno e permette, per così dire, di avere una riprova dell'esattezza della interpretazione adottata".

Anche secondo L. Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 108, "il secondo requisito nulla aggiunge al primo, che anzi è in questo compreso, in quanto una volontà di accettare la eredità non può essere tacitamente rilevante se l'atto non si compie da chi sia chiamato all'eredità e debba diventare erede, sicché esso è da ritenere semplicemente esplicativo del primo; nel dubbio, vi si può ricorrere come ad elemento sicuro d'interpretazione e di valutazione giuridica del fatto o atto concludente".

Diversamente, secondo F.S. Azzariti, G. Martinez e G. Azzariti, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 90, il secondo inciso "non può ritenersi pleonastico, e sta invece a significare che per aversi accettazione tacita non basta compiere un atto con la volontà di accettare, bensì occorre anche che l'atto stesso sia tale da non potersi compiere se non da colui che sia erede".

(12) V. A. Palazzo, *Le successioni*, Tomo I, cit., p. 250.

(13) Sulla distinzione tra tali atti, v. G. Saporito, *L'accettazione dell'eredità*, cit., pp. 209, 210; Cass., 22 marzo 1999, n. 2663, in *Riv. Not.*, 1999, pp. 1538 e ss., con nota di S. Barbagallo e di L. Basso, *Gli atti che importano accettazione della eredità*; Cass., 13 maggio 1977, n. 1906; Cass., 19 ottobre 1988, n. 5688, cit.; Cass., 13 maggio 1999, n. 4756; Cass., 28 giugno 1993, n. 7125; Cass., 15 febbraio 2005, n. 3018; Cass., 18 giugno 1975, n. 2432.

Sulla portata dell'art. 460 c.c., v. U. Natoli, *L'amministrazione dei beni ereditari*, Volume I, *L'amministrazione durante il periodo antecedente all'accettazione dell'eredità*, Seconda edizione, Milano, 1968, pp. 105 e ss..

(14) V. Cass., 27 giugno 2005, n. 13738, secondo cui "l'accettazione è implicita nell'esperimento, da parte del chiamato, di azioni giudiziarie, che - essendo intese alla rivendica o alla difesa della proprietà o ai danni per la mancata disponibilità di beni ereditari - non rientrano negli atti conservativi e di gestione dei beni ereditari consentiti dall'art. 460 cod. civ., sicché, trattandosi di azioni che travalicano il semplice mantenimento dello stato di fatto quale esistente al momento dell'apertura della successione, il chiamato non avrebbe diritto di proporle e, proponendole, dimostra di avere accettato la qualità di erede"; v. altresì Cass., 2 settembre 2003, n. 12780; Cass., 15 novembre 1976, n. 4229; Cass., 11 giugno 1963, n. 1554.

Diversa è la fattispecie oggetto di Cass., 3 agosto 2000, n. 10197, secondo cui la costituzione in giudizio del chiamato non possessore che eccede la propria carenza di legittimazione in relazione alla rappresentanza processuale dell'eredità, intendendo fare valere il proprio difetto di legittimazione, non può configurare accettazione tacita di eredità, trattandosi di atto pienamente compatibile con la volontà di non accettare l'eredità.

(15) Cass., 7 marzo 1977, n. 920, in *Foro italiano*, 1977, Parte prima, cc. 1454 e ss.; in *Giustizia civile*, 1977, Parte prima, pp. 769 e ss..

(16) Cass., 13 agosto 1980, n. 4929.

(17) V. A. Palazzo, *Le successioni*, Tomo I, cit., p. 252; L. Ferri, *Successioni in generale*, cit., pp. 257 e ss.; G. Grosso e A. Burdese, *Le successioni*, Tomo primo, cit., pp. 291 e ss.; C. Giannattasio, *Delle successioni*, Tomo primo, cit., pp. 113 e ss.; A. Cicu, *Successioni per causa di morte*, cit., pp. 180, 181; F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Volume quarto, *La famiglia*, *Le successioni*, *La tutela dei diritti*, *Il fallimento*, Quarta edizione, Padova, 2004, pp. 172 e ss.; F.S. Azzariti, G. Martinez e G. Azzariti, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., pp. 90 e ss.; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale (Codici e norme complementari)*, Volume terzo, Parte seconda, *Diritto delle successioni per causa di morte*, *Principi di diritto privato internazionale*, ottava edizione, Milano, 1952, pp. 249, 250; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., pp. 161, 162; L. Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte*, cit., pp. 117, 118; G. Azzariti, *L'accettazione dell'eredità*, cit., pp. 154 e ss.; G. Saporito, *L'accettazione dell'eredità*, cit., pp. 215 e ss., nota 151 bis.

In giurisprudenza, v. Cass., 12 luglio 1974, n. 2091, in *Giustizia Civile*, 1974, Parte prima, pp. 1558 e ss.; in *Riv. Not.*, 1975, pp. 1257 e ss.; Cass., 11 ottobre 1977, n. 4322; Cass., 21 maggio 1974, n. 1498, cit.; Cass., 9 gennaio 1964, n. 37, in *Foro padano*, 1964, Parte prima, pp.

(segue)

Riguardo alla valutazione di un comportamento da cui inferire accettazione tacita (18), l'accertamento e l'interpretazione degli atti compiuti dal chiamato si risolve in un'indagine di fatto non suscettibile di censura in sede di legittimità, purché il risultato sia congruamente motivato, senza errori di logica o di diritto.

Il giudice del merito che affermi la ricorrenza di un'ipotesi di accettazione tacita ha l'obbligo di specificare da quali atti evinca la suddetta accettazione, così da consentire il controllo sulla loro riconducibilità a quelli che presuppongono la volontà di accettare e che il chiamato non avrebbe diritto di fare se non in qualità di erede (19).

Dichiarazione di successione, relativa voltura catastale e trascrizione del certificato di successione

Da tempo ci si domanda se la dichiarazione di successione possa spiegare efficacia sull'accettazione tacita di eredità. Più recentemente si è aggiunta la problematica che investe il valore della sua voltura catastale.

Dichiarazione di successione, relativa voltura catastale e trascrizione del certificato di successione hanno essenzialmente la finalità di consentire l'individuazione dei soggetti che subentrano negli obblighi di carattere tributario che già facevano capo al *de cuius*.

Si tratta di capire se, al di là della loro natura di adempimenti fiscali, sia possibile riconnettervi rilievo sul piano sostanziale, valutandone l'eventuale influenza sull'accettazione tacita di eredità.

La disciplina positiva è racchiusa in distinti provvedimenti, che sono stati a propria volta in più riprese modificati e integrati, e su cui bisogna dunque soffermarsi.

La dichiarazione di successione è prevista dagli artt. 27 e ss. del d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346. La soppressione dell'imposta sulle successioni e donazioni per opera dell'art. 13 primo comma della legge 18 ottobre 2001, n. 383, non ha peraltro eliminato l'obbligo di presentare la dichiarazione di successione, come l'art. 15 primo comma della medesima legge 18 ottobre 2001, n. 383, conferma (20).

La dichiarazione di successione è ancora richiesta per le eredità comprendenti beni immobili e diritti immobiliari, e le sue modalità di presentazione sono sempre regolate dagli artt. 28 e ss. del d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, in attesa dell'emanazione dei decreti contemplati dall'art. 69, commi 8 e 11, della legge 21 novembre 2000, n. 342 (21).

Le norme non avvalorano la pretesa influenza della dichiarazione di successione sull'acquisto dell'eredità, emergendone anzi vari profili rivolti in direzione opposta. L'obbligo di presentare la dichiarazione di successione grava, ai sensi dell'art. 28 secondo e quinto comma del d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, sui chiamati all'eredità che non vi abbiano ancora rinunciato.

Ne consegue che l'obbligo non è prerogativa esclusiva dell'erede, ma del semplice chiamato, che tale resta appunto fino all'accettazione o alla rinuncia all'eredità.

Non vale in contrario il fatto che l'art. 5 del d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 pongesse il pagamento dell'imposta sulle successioni a carico degli eredi.

In particolare non è corretto fare discendere da detta norma che la presentazione della dichiarazione - cui doveva accompagnarsi il pagamento dell'imposta sulle successioni - sia in grado di rendere il chiamato erede.

L'inattendibilità di questa ricostruzione si ricava *a contrario* dall'art. 7 ultimo comma del d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346. Non aveva infatti senso determinare l'entità dell'imposta sulle successioni considerando come eredi i chiamati che non avessero rinunciato all'eredità, pur non essendone ancora intervenuta l'accettazione. La presentazione della dichiarazione di successione avrebbe reso il chiamato erede, per cui non ci sarebbe stato bisogno di "considerare" erede chi - proprio con suddetti adempimenti - già lo era divenuto.

La norma si preoccupa di specificare che il chiamato

Note:

(segue nota 17)

418 e ss.; in Giustizia civile, 1964, Parte prima, pp. 586 e ss.; in Foro italiano, 1964, Parte prima, cc. 1209 e ss., con nota di U. Morello, *Accettazione o preferenza del legato in sostituzione di legittima*; Cass., 28 agosto 1986, n. 5275; Cass., 5 novembre, 1999, n. 12327, in Riv. Not., 2000, pp. 475 e ss.; Cass., 26 marzo 1965, n. 497, cit.; Cass., 18 ottobre 1955, n. 3281; Cass., 10 ottobre 1981, n. 5327; Cass., 6 maggio 1968, n. 1392; Cass., 23 giugno 1958, n. 2226; Cass., 9 novembre 1974, n. 3492; Cass., 9 luglio 1971, n. 2200, cit.; Cass., 14 maggio 1977, n. 1938, in Giustizia civile, 1977, Parte prima, pp. 1334 e ss.; in Giurisprudenza italiana, 1978, Parte prima, sezione prima, cc. 497 e ss.; Cass., 11 ottobre 1977, n. 4328; Cass., 28 giugno 1993, n. 7125, cit.; Cass., 30 marzo 2000, n. 3913; Cass., 13 febbraio 1987, n. 1585, in Rivista giuridica dell'edilizia, 1987, I, 177; Cass., 23 febbraio 1985, n. 1628; Cass., 27 febbraio 1995, n. 2276; Cass., 17 novembre 1999, n. 12753, in Rassegna delle locazioni e del condominio, 2001, pp. 71 e ss.; Cass., 28 gennaio 1977, n. 434; Cass., 1 dicembre 1977, n. 5227; Cass., 3 dicembre 1974, n. 3958; Cass., 18 agosto 1981, n. 4943.

(18) V. A. Palazzo, *Le successioni*, Tomo I, cit., p. 251; G. Saporito, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p. 215.

(19) V. C. Giannattasio, *Delle successioni*, Tomo primo, cit., pp. 117, 118.

In giurisprudenza, v. Cass., 14 febbraio 1962, n. 296; Cass., 14 novembre 1978, n. 5225; Cass., 19 ottobre 1988, n. 5688, cit.; Cass., 13 maggio 1977, n. 1906, cit.; Cass., 21 maggio 1974, n. 1498, cit.; Cass., 30 ottobre 1992, n. 11813; Cass., 28 ottobre 1976, n. 3950, cit.; Cass., 9 agosto 1982, n. 4452; Cass., 22 marzo 1999, n. 2663, cit.; Cass., 17 ottobre 1978, n. 4639, cit.; Cass., 17 novembre 1999, n. 12753, cit..

L. Ferri, *Successioni in generale*, cit., pp. 255, 256; e G. Grosso e A. Burdese, *Le successioni*, Tomo primo, cit., p. 282, propendono invece per consentire la censura in sede di legittimità delle conclusioni sul punto raggiunte nel giudizio di merito, trattandosi di questione non di fatto, ma di diritto.

(20) V. U. Friedmann e G. Petrelli, *Il nuovo regime impositivo delle successioni e delle donazioni e liberalità tra vivi*, in Consiglio Nazionale del Notariato, *Studi e materiali*, Anno I, Quaderni semestrali, n. 1/2002, Varese, 2002, pp. 145 e ss..

(21) V. Circolare Agenzia delle Entrate, Direzione centrale normativa e contenzioso, 18 ottobre 2001, n. 91; U. Friedmann e G. Petrelli, *Il nuovo regime impositivo delle successioni e delle donazioni e liberalità tra vivi*, cit., pp. 154 e ss..

viene "considerato" erede, facendo emergere che lo stesso non diventa erede con l'esecuzione di siffatti adempimenti fiscali (22).

In realtà l'art 5 del d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 non significava affatto che il pagamento dell'imposta sulle successioni comportasse di per sé attribuzione della qualità di erede.

Il concetto è chiarito dall'art. 36 del d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, che al primo comma poneva l'obbligo di pagamento dell'imposta sulle successioni a carico degli eredi, e che al terzo comma prevedeva che i chiamati all'eredità rispondessero "solidalmente dell'imposta nel limite del valore dei beni ereditari rispettivamente posseduti" (23).

L'obbligo di presentare la dichiarazione di successione è rafforzato da una sanzione amministrativa per la sua omissione, ex art. 50 del d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346.

Le disposizioni - che ne configurano la presentazione quale adempimento fiscale legislativamente sanzionato - non consentono di riconoscere alla dichiarazione di successione i caratteri di atto di accettazione tacita, difettandone sia l'univocità nel senso dell'acquisto dell'eredità, sia l'incompatibilità con la rinuncia.

In teoria il chiamato che presenta la dichiarazione di successione può anche avere intenzione di accettare l'eredità, ma manca l'univocità del comportamento posto in essere, e pertanto la fattispecie di cui all'art. 476 c.c. non può realizzarsi. D'altronde, se dell'art. 476 c.c. si esalta l'elemento volontaristico, è estremamente difficile conferire autonomo rilievo a un atto il cui compimento è imposto *ex lege*, dovendosene ricercare altri che dimostrino l'effettiva sussistenza di una volontà rivolta all'acquisto ereditario.

Di per sé la dichiarazione di successione non può essere assunta a sicuro indice di accettazione tacita di eredità. Se si intende valorizzare la natura negoziale della figura, la dichiarazione di successione può al massimo costituire uno dei vari fattori su cui poggiare la ricostruzione dell'esistenza di una volontà diretta all'acquisto ereditario, sempre però che ve ne siano altri capaci di suffragare la conclusione, e nell'ambito di una complessiva valutazione del comportamento del chiamato.

L'indifferenza della presentazione della dichiarazione di successione rispetto all'accettazione dell'eredità risulta inoltre dalla circostanza che per la prima è stabilito un termine piuttosto breve, di dodici mesi dall'apertura della successione (24), mentre il termine generale per l'accettazione dell'eredità, ex art. 480 c.c., è di dieci anni.

La giurisprudenza di legittimità tende a negare alla presentazione della dichiarazione di successione e al pagamento dell'imposta il valore di accettazione tacita dell'eredità (25).

Premessa l'irrelevanza della dichiarazione di successione ai fini dell'accettazione tacita, occorre approfondire il rapporto esistente tra la sua presentazione e i successivi adempimenti consistenti nella relativa voltura catastale e nella trascrizione del certificato di successione, allo

scopo di valutare se questi ultimi possano rivestire maggiore significato sotto il profilo dell'acquisto dell'eredità.

Note:

(22) Conformemente, Risoluzione Ministero Finanze, Direzione generale tasse e imposte indirette sugli affari, 20 dicembre 1990, n. 350795, ha ritenuto, nel vigore della precedente normativa, che "presupposto del tributo successorio sia la chiamata all'eredità, come si può dedurre dal fatto che la legge impone l'obbligo della dichiarazione di successione sia agli eredi che ai legatari e a tutti coloro che hanno compiti di amministrazione dell'eredità (art. 36 del d.P.R. 637/1972), entro un termine perentorio dalla data dell'apertura della successione (art. 39 stesso decreto), prescindendo dall'accettazione".

(23) V. Cass., 28 ottobre 1995, n. 11320, secondo cui "dal contesto dell'art. 36 del d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, in cui sembra operarsi una distinzione fra titolarità dell'obbligo tributario e responsabilità per l'adempimento nonché, ancora una volta, fra accettazione e obbligo tributario, deve desumersi che i chiamati all'eredità rispondono dell'obbligo tributario solo se abbiano il possesso dei beni, ma comunque indipendentemente dall'accettazione e che, nel caso in cui non ne siano in possesso, nessuna imposizione possa, invece, ipotizzarsi".

(24) Il termine per la presentazione della dichiarazione di successione originariamente previsto dall'art. 31 del d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, era di sei mesi, che sono stati portati a dodici dalla legge 24 novembre 2003, n. 326.

(25) V. Cass., 21 maggio 1974, n. 1498, cit.; Cass., 9 gennaio 1964, n. 37, cit.; Cass., 4 maggio 1999, n. 4414, in Riv. Not., 2000, pp. 175 e ss.; Cass., 18 maggio 1995, n. 5463, in Giustizia civile, 1997, Parte prima, pp. 215 e ss., con nota di A. Balzano, *Requisiti e struttura dell'accettazione tacita di eredità*; in Vita. Not., 1996, pp. 263 e ss.; Cass., 19 ottobre 1988, n. 5688, cit.; Cass., 2 luglio 1987, n. 5783; Cass., 28 agosto 1986, n. 5275, cit.; Cass., 19 dicembre 1978, n. 6103; Cass., 13 maggio 1999, n. 4756, cit.; Cass., 27 marzo 1996, n. 2711, in Giustizia civile, 1997, pp. 521 e ss., con nota di N. Di Mauro, *In tema di accettazione tacita dell'eredità*; Cass., 12 gennaio 1996, n. 178, in Giustizia Civile, 1997, Parte prima, pp. 215 e ss., con nota di A. Balzano, *Requisiti e struttura dell'accettazione tacita di eredità*, e, p. 521 e ss., di N. Di Mauro, *In tema di accettazione tacita dell'eredità*; Cass., 6 agosto 1977, n. 3597, cit.; Cass., 30 gennaio 1987, n. 892; Cass., 6 dicembre 1984, n. 6400; Cass., 28 maggio 1984, n. 3263; Cass., 20 marzo 1976, n. 1021; Cass., 12 novembre 1998, n. 11408.

Comportano invece accettazione tacita di eredità il ricorso alla Commissione tributaria contro l'accertamento di maggiore valore rispetto a quanto riportato nella dichiarazione di successione, e la successiva definizione della relativa controversia mediante un concordato con l'ufficio finanziario.

L'assunzione dell'onere di adire gli organi del contenzioso tributario e di concludere il concordato con l'amministrazione finanziaria per definire la controversia pendente - da cui deriva altresì l'effetto della liberazione dei beni ereditari dal privilegio sugli stessi gravante per il credito dello Stato relativo all'imposta di successione ex art. 2772 c.c., desumendosi anche da questo elemento che non si tratta di un atto avente scopi semplicemente cautelari - rivela di per sé stesso, per i propri requisiti intrinseci, la volontà di accettare l'eredità, determinandone conseguentemente l'acquisto: v. Cass., 21 maggio 1974, n. 1498, cit.; Cass., 18 maggio 1995, n. 5463, cit.. Critico in proposito è A. Balzano, *Requisiti e struttura dell'accettazione tacita di eredità*, in Giustizia civile, 1997, Parte prima, p. 231.

Maggiori aperture contengono Cass., 5 gennaio 1970, n. 11; Cass., 11 marzo 1988, n. 2403, in Giustizia civile, 1988, Parte prima, pp. 1121 e ss., con nota di G. Azzariti, *Trascrizione tardiva di matrimonio canonico e devoluzione ereditaria ab intestato a favore del coniuge superstite*; in Riv. Not., 1988, pp. 962 e ss.; Cass., 30 ottobre 1992, n. 11813, cit.; Cass., 7 luglio 1999, n. 7075, cit.; Cass., 24 novembre 1995, n. 12154, secondo cui il comportamento deve comunque essere valutato complessivamente, al fine di accertare se esso possa in qualche modo configurare accettazione tacita di eredità, risolvendosi in un elemento indiziario liberamente valutabile.

Di contenuto più ambiguo è Cass., 18 luglio 1958, n. 2634.

La trascrizione del certificato di successione è regolata dall'art. 5 del d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 347. La norma non si limita a prevederne l'esecuzione - e a indicare nell'ufficio del registro il soggetto tenuto alla redazione del certificato e alla richiesta di trascrizione - ma soprattutto precisa che essa non "costituisce trascrizione degli acquisti a causa di morte degli immobili e dei diritti reali immobiliari compresi nella successione", trattandosi di un semplice adempimento di carattere fiscale, obbligatorio per gli uffici dell'amministrazione finanziaria. La specificazione è opportuna, poiché, ai sensi del precedente art. 17 secondo comma r.d. 30 dicembre 1923, n. 3272, la trascrizione degli acquisti per causa di morte avveniva proprio sulla base del certificato di denunciata successione. L'art. 228 disposizioni di attuazione del c.c. si era già premurato di coordinare il mutato orientamento legislativo in ordine al titolo idoneo per la pubblicità degli acquisti *mortis causa*, sancendo l'equivalenza effettuale tra trascrizione del certificato di denunciata successione eseguita nel vigore della precedente legislazione e trascrizione dell'accettazione dell'eredità ex art. 2648 c.c..

Risulta così di tutta evidenza la mera efficacia di pubblicità notizia di suddetta trascrizione, che non può valere né come trascrizione degli acquisti a causa di morte, né come accettazione tacita (26).

Sarebbe inconcepibile attribuire alla trascrizione del certificato di successione il valore di accettazione tacita di eredità, dato che la competenza a richiederne l'esecuzione - unitamente al corrispondente obbligo - è esclusivamente dell'amministrazione finanziaria.

L'art. 3 secondo e terzo comma del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 650 stabilisce - a carico di chi è tenuto alla presentazione della dichiarazione di successione - l'obbligo di presentare domanda di voltura catastale entro il termine di trenta giorni dalla registrazione della dichiarazione di successione, mentre il successivo art. 12 dispone la sanzione per la sua inosservanza (27).

In linea generale, né la voltura catastale né l'intestazione catastale di beni sono in grado di trasmetterne la proprietà. Il catasto svolge una funzione unicamente fiscale, e le sue risultanze non sono idonee a indicare la titolarità di un diritto reale su beni immobili (28).

Non è immaginabile accordare alla voltura catastale della dichiarazione di successione un diverso significato, altrimenti si avrebbe contrasto con la struttura delle formalità riportate presso gli uffici del catasto.

Per assegnarle efficacia di prova della titolarità dei diritti ci vorrebbe un'espressa previsione normativa, che però è assente.

Posto allora che la voltura catastale della dichiarazione di successione è solo un adempimento fiscale, accessorio rispetto alla presentazione della dichiarazione di successione, l'eventuale effetto sostanziale dovrebbe semmai derivare dalla dichiarazione di successione.

Dovendosi negare che la presentazione della dichiarazione di successione determini accettazione tacita di eredità, non si può ricondurre l'acquisto alla sua voltu-

ra catastale, tenuto conto della carenza di discrezionalità nella sua richiesta - che viceversa è oggetto di un preciso obbligo normativo - e della conseguente impossibilità di individuarvi un atto univocamente diretto all'acquisto dell'eredità.

La voltura catastale della dichiarazione di successione costituisce allora semplicemente un aggiuntivo obbligo fiscale, ed è priva di qualsivoglia carattere attributivo-certificativo della titolarità di diritti.

Sarebbe del resto anomalo ritenere la voltura catastale della dichiarazione di successione un adempimento pubblicitario attributivo della proprietà immobiliare, una volta che alla trascrizione del certificato di successione il legislatore ha espressamente conferito rilievo meramente fiscale.

Anche la voltura catastale della dichiarazione di successione non è pertanto di per sé capace di provocare accettazione dell'eredità.

Considerazioni conclusive

Sulla base delle riflessioni svolte, si possono ricomporre le incertezze emerse, mediante l'analisi del sistema relativo all'apertura della successione di un soggetto e all'acquisto della sua eredità.

Innanzitutto occorre sottolineare la pluralità di adempimenti fiscali e sostanziali concernenti la successione per causa di morte a titolo universale.

Sotto il profilo fiscale l'apertura della successione comporta l'obbligo di presentare la dichiarazione di successione, ai sensi degli artt. 27 e ss. d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, e di provvedere sia alla sua voltura catastale ex art. 3 secondo comma d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 650, sia alla trascrizione del certificato di successione ex art. 5 d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 347.

Dal punto di vista sostanziale della titolarità dei diritti che appartenevano al *de cuius*, il loro acquisto può avvenire tramite accettazione espressa dell'eredità ex art. 475 c.c., accettazione tacita ex art. 476 c.c., donazione, vendita e cessione dei diritti di successione ex art. 477 c.c., rinuncia che importa accettazione ex art. 478 c.c., accettazione col beneficio d'inventario ex art. 484 c.c., possesso del chiamato che si protrae oltre il termine prescritto dall'art. 485 c.c., particolari fattispecie proprie dell'accettazione beneficiata ex artt. 487 e 488 c.c., e infine sottrazione di beni ereditari ex art. 527 c.c..

Note:

(26) V. C. Caccavale, *La circolazione degli immobili con provenienza successoria e la trascrizione dell'accettazione dell'eredità*, in *Famiglia*, 2002, p. 1037; A. Perulli, *Trascrizione del testamento e del certificato di denunciata successione*, in *Rivista di diritto ipotecario*, 1983, pp. 28 e ss..

(27) V. N. Forte e P. Giunchi, *Sanzioni per tardiva presentazione della domanda di voltura catastale*, in *Consiglio Nazionale del Notariato, Studi e materiali*, Anno II, Quaderni semestrali, n. 1/2003, Varese, 2003, pp. 170 e ss..

(28) V. Cass. 12 giugno 1987, n. 5135, secondo cui la trascrizione della dichiarazione di successione e l'esecuzione della sua voltura catastale non sono idonei a trasferire la proprietà.

Il quadro normativo si presenta estremamente complesso, dato che, per l'acquisto dell'eredità, ad atti di natura negoziale si affiancano ipotesi in cui si prescinde dall'esistenza di un atto opportunamente documentato.

Ne viene quindi pregiudicata la pubblicità degli acquisti *mortis causa* (29), poiché l'art. 2648 c.c. consente di trascrivere soltanto quegli acquisti ereditari risultanti dai titoli idonei per la trascrizione ai sensi dell'art. 2657 c.c., ossia sentenza, atto pubblico, e scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente (30).

La situazione è aggravata dalla circostanza che per le modalità di acquisto dell'eredità più diffuse nella pratica - accettazione tacita ex 476 c.c. e soprattutto possesso del chiamato avente i caratteri di cui all'art. 485 c.c. - spesso manca un titolo per renderle pubbliche ex art. 2648 c.c. (31).

Stante l'esiguità dei casi in cui si procede alla trascrizione degli acquisti *mortis causa* ai sensi dell'art. 2648 c.c., frequentemente l'unica formalità riportata nei registri immobiliari da cui i terzi possono desumere l'apertura della successione è la trascrizione del certificato di successione, che però - essendone sancita l'inefficacia ai fini dell'acquisto a causa di morte - non fornisce indicazioni sicure sulla devoluzione dell'eredità.

Tutto ciò contribuisce a creare incertezza sulla titolarità dei diritti sugli immobili compresi in una successione *mortis causa*, con la conseguente esigenza di ricercare elementi utili per accertare e documentare l'avvenuta accettazione dell'eredità (32).

Gli operatori del diritto sovente guardano con interesse alle formalità fiscali, nel tentativo di ricollegare alla dichiarazione di successione, alla sua voltura catastale, e alla trascrizione del certificato di successione la produzione di effetti sostanziali sulla titolarità dei diritti.

L'attenzione si è recentemente concentrata sulla voltura catastale della dichiarazione di successione (33), probabilmente anche per il motivo che sulla trascrizione del certificato di successione non può fondarsi l'acquisto del bene sia per la previsione contraria di cui all'art. 5 secondo comma del d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 347, sia perché la domanda della sua esecuzione è di competenza esclusiva degli uffici dell'amministrazione finanziaria. La voltura catastale della dichiarazione di successione offre invece il vantaggio di essere una formalità la cui richiesta rientra nella competenza del chiamato all'eredità; inoltre nessuna norma ne limita il significato in ordine alla titolarità dei diritti, come avviene per la trascrizione del certificato di successione.

Sull'ultimo punto deve però correttamente osservarsi che l'assenza di una norma volta a circoscrivere entro un ambito di rilevanza unicamente fiscale la voltura catastale della dichiarazione di successione si spiega facilmente col fatto che per sua natura la voltura catastale - diversamente dalla trascrizione - non influisce mai sulla titolarità sostanziale, e che pertanto non c'era ragione di sottolinearlo espressamente.

Non può tuttavia negarsi che nella pratica esista l'opinione secondo cui la voltura catastale della dichiarazione di successione sarebbe un atto in grado di determinare accettazione tacita.

Il chiamato che ne domanda l'esecuzione può in concreto avere l'intenzione di acquistare l'eredità.

La questione deve allora essere inquadrata nell'ambito della natura giuridica dell'accettazione tacita. Se si riconduce l'acquisto dell'eredità alle caratteristiche oggettive dell'atto posto in essere dal chiamato, è evidente che la voltura catastale della dichiarazione di successione non può fare acquistare la qualità di erede, mancando quell'univocità di contegno pretesa dall'art. 476 c.c.. Se si ritiene preminente il ruolo della volontà, nella valutazione della sua sussistenza potrebbe incidere pure - nell'ambito del comportamento complessivo del chiamato - la richiesta dell'esecuzione in proprio favore del-

Note:

(29) V. in proposito G. Petrelli, *Note sulla trascrizione degli acquisti «mortis causa»*, in Riv. Not., 1993, pp. 271 e ss.; A. Salani, *Appunti sulla trascrizione dell'accettazione di eredità*, in Riv. Not., 1963, pp. 49 e ss.

Giustamente osserva E. Santangelo, *La pubblicità dell'accettazione dell'eredità*, in Vita Not., 1974, pp. 1020, 1021, che "il codice vigente, con l'instaurazione della continuità delle trascrizioni, ha dato automaticamente rilievo alla trascrizione degli acquisti *mortis causa*, per cui nei registri immobiliari si è voluto avere un quadro completo di tutti i passaggi di proprietà dei beni immobili, prescindendo dal titolo su cui questi si fondano".

(30) Sulla pubblicità degli acquisti per causa di morte, v. G. Mariconda, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, 19, *Tutela dei diritti*, Tomo primo, Torino, 1985, pp. 118 e ss.; F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, Tomo secondo, in *Il Codice Civile*, Commentario diretto da P. Schlesinger, Artt. 2646-2651, Milano, 1993, pp. 99 e ss.; L. Ferri e P. Zanelli, *Della trascrizione*, Artt. 2643-2696, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Libro sesto - *Della tutela dei diritti*, Terza edizione, Bologna Roma, 1995, pp. 256 e ss.; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 523 e ss.; L. Ferri, *La trascrizione degli acquisti «mortis causa» e problemi connessi*, Milano, 1951, pp. 101 e ss.; S. Tondo, *Sulla trascrizione di acquisti immobiliari a causa di morte*, in *Consiglio Nazionale del Notariato, Studi e materiali*, Anno I, Quaderni semestrali, n. 1/2002, Varese, 2002, pp. 52 e ss.; C. Caccavale, *La circolazione degli immobili con provenienza successoria e la trascrizione dell'accettazione dell'eredità*, cit., pp. 1029 e ss.; R. Bonis, *La trascrizione degli acquisti mortis causa*, in *Rivista di diritto ipotecario*, 1959, pp. 35 e ss.; A. Perulli, *La trascrizione dell'accettazione tacita di eredità*, in *Rivista di diritto ipotecario*, 1971, pp. 197 e ss..

(31) Al riguardo, osserva, S. Tondo, *Sulla trascrizione di acquisti immobiliari a causa di morte*, cit., p. 61, si è di fronte a una "vera lacuna nel sistema della trascrizione". V. altresì R. Bonis, *La trascrizione degli acquisti mortis causa*, cit., p. 45; A. Salani, *Appunti sulla trascrizione dell'accettazione di eredità*, cit., p. 61.

(32) Opportunamente si rileva da parte di U. Friedmann e G. Petrelli, *Il nuovo regime impositivo delle successioni e delle donazioni e liberalità tra vivi*, cit., p. 147, che l'attuale sistema impositivo "disincentiva, il più delle volte, dal compimento della formalità pubblicitaria ex art. 2648 c.c., con la conseguente insorgenza di notevoli problematiche sulla successiva circolazione dei beni di provenienza successoria". V. inoltre A. Pischetola, *Accettazione tacita dell'eredità e relativa trascrizione*, in Vita Not., 2002, pp. 1712 e ss..

(33) V. Cass., 12 aprile 2002, n. 5226, cit.; Cass., 7 luglio 1999, n. 7075, cit.; secondo Cass., 30 ottobre 1992, n. 11813, cit.; e Cass., 3 dicembre 1974, n. 3958, cit., la semplice iscrizione in catasto del bene ricevuto è idonea a determinare accettazione tacita di eredità.

la voltura catastale della dichiarazione di successione. Senza dubbio la voltura catastale non è sufficiente per aversi accettazione tacita, non potendone essere il solo parametro di riferimento, ma semmai uno dei vari fattori da cui ricavare la volontà del chiamato di accettare l'eredità.

Sicuramente, su di un piano *de iure condendo*, il sistema delle formalità successive all'apertura della successione avrebbe bisogno di un intervento legislativo di semplificazione, nella direzione di assicurare la continuità delle trascrizioni per gli acquisti *mortis causa* (34).

Allo stato attuale della legislazione, soprattutto per situazioni che si distribuiscono in un lasso di tempo piuttosto ampio, come nella controversia all'esame della Suprema Corte, elevata è l'incertezza sulla titolarità dei diritti aventi provenienza *mortis causa*, tenuto altresì conto che, per il generale disposto dell'art. 480 c.c., l'eredità deve essere accettata nel termine di dieci anni dal giorno di apertura della successione.

Per quanto riguarda poi l'accettazione tacita di eredità, benché se ne intenda valorizzare l'aspetto volontaristico, non si può comunque prescindere da una puntuale e dettagliata individuazione delle circostanze da cui la volontà viene desunta.

Soltanto in presenza di un atto che univocamente determina acquisto dell'eredità è possibile semplicemente rilevarne il compimento, mentre, se l'atto non riveste siffatto grado di univocità, l'indagine va approfondita, così da verificare se nella fattispecie emergano altri elementi su cui fondare la conclusione in ordine alla sussistenza della volontà di accettare l'eredità.

Proprio sotto questo profilo è difficile condividere la posizione della Suprema Corte di Cassazione, dal momento che limitarsi ad affermare avvenuta l'accettazione tacita di eredità sol perché è stata eseguita la voltura catastale della dichiarazione di successione non tiene in adeguata considerazione la pluralità e complessità dei fattori che si sono illustrati.

Nota:

(34) Analoga istanza era stata avanzata, sotto il vigore della precedente normativa, da R. Bonis, *Necessità ed urgenza della soppressione della trascrizione del certificato di denunciata successione*, in *Rivista di diritto ipotecario*, 1976, pp. 164 e ss..

Obbligazioni e contratti

Principio di libertà delle forme nell'atto di recesso dal contratto

Cassazione, sez. III, 8 gennaio 2005, n. 262
Pres. Varrone - Est. Malzone - P.M. Velardi

Amministrazione Pubblica - Contratti conclusi "iure privatorum" - Disciplina comune - Applicabilità - Forma scritta - Necessità.

Obbligazioni e contratti - Recesso - Libertà di forma - Sussistenza - Conoscenza del destinatario - Necessità - Sindacato di controllo - Non necessità.

I contratti conclusi "iure privatorum" dalla P.A. sono assoggettati alla ordinaria disciplina dettata in materia contrattuale - sebbene, per la loro validità, sia sempre richiesta la forma scritta a pena di nullità - con la conseguenza che il recesso, quale atto unilaterale recettizio, può essere legittimamente espresso dall'Ente pubblico in qualsiasi forma, purché esso pervenga nella sfera di conoscenza del destinatario, ed è pertanto sottratto tanto all'osservanza dello schema procedimentale degli atti pubblici della P.A., quanto al sindacato di conformità dell'organo di controllo che attiene alla legittimità degli atti e non investe la valutazione dell'interesse pubblico perseguito.

(Omissis).

Motivi della decisione

Con il primo motivo di ricorso, deducendo violazione e falsa applicazione dell'art. 4 legge 392/78, dell'art. 55 legge n. 62/1953 e dell'art. 1421 c.c., nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione, in relazione all'art. 360 nn. 3 e 5 c.p.c., si censura la sentenza impugnata nel punto in cui ha ritenuto che la concentrazione nello stesso organo della Pubblica Amministrazione del potere deliberativo e di rappresentanza dell'ente non impedisce di desumere la volontà deliberativa dell'ente dalla manifestazione di volontà espressa dallo stesso organo.

Si sostiene, invece, che l'atto di recesso comunicato dal Commissario straordinario del Comune di Napoli sarebbe privo di qualsiasi effetto giuridico, perché non preceduto, come necessario, da una deliberazione dello stesso Commissario e, per ciò stesso, sottratto alla verifica di conformità da parte del Comitato di controllo.

Con il secondo motivo di ricorso, deducendo violazione e falsa applicazione dell'art. 4 legge 392/78, artt. 23 e segg. del d.l. n. 66/89, conv. in legge 24.4.1989 n. 144, dell'art. 112 c.p.c., nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione, in relazione all'art. 360 nn. 3 e 5 c.p.c., si censura la sentenza impugnata nel punto in cui ha ravvisato nella situazione di dissesto finanziario del Comune una condizione che rendeva eccessivamente gravosa la prosecuzione del rapporto locatizio di locali destinati a servizi non essenziali dell'ente, sot-

traendo risorse finanziarie all'apprestamento di servizi pubblici essenziali.

Si sostiene al riguardo che la normativa richiamata in ricorso stabilisce che "sono fatte salve le spese da sostenere a fronte di impegni già assunti nei precedenti esercizi" e, comunque, che la motivazione addotta dai giudici di merito costituirebbe una propria giustificazione dell'operato dell'ente, in palese violazione dell'art. 112 c.p.c..

I due motivi possono essere esaminati congiuntamente, avendo la medesima estrazione concettuale.

Si è nel campo dei contratti conclusi *iure privatorum* dalla P.A., attraverso i quali la P.A., servendosi della collaborazione dei privati, persegue in modo generico la soddisfazione di interessi patrimoniali, di rilievo strumentale rispetto alle proprie finalità istituzionali. Tali contratti si distinguono dai contratti di diritto pubblico, che, caratterizzati dall'impiego dello schema formale dell'evidenza pubblica, hanno la loro causa nel perseguimento dei fini istituzionali della P.A. e, per ciò stesso, sono sottoposti, ai fini della loro efficacia, al preventivo controllo di conformità da parte dell'organo di controllo designato.

Orbene, due sono le ragioni giuridiche che si oppongono all'accoglimento della tesi della ricorrente: trattandosi di un contratto concluso *iure privatorum* dalla P.A., lo stesso è caratterizzato dal suo assoggettamento alla disciplina comune, sebbene per la validità sia richiesta la forma scritta a pena di nullità (Cass. civ. 7575/94); per ciò stesso, il recesso, quale atto unilaterale recettizio, che può essere espresso in qualsiasi forma, purché

arrivi alla conoscenza del destinatario, è sottratto all'osservanza dello schema procedimentale degli atti pubblici della P.A. e, quindi, al sindacato di conformità dell'organo di controllo, che attiene alla legittimità degli atti e non investe la valutazione dell'interesse pubblico perseguito.

Va da sé che il commissario straordinario, assorbendo in sé entrambe le funzioni pubbliche, deliberativa ed esecutiva, ha concretamente espresso la volontà dell'Ente di recedere dalla locazione in oggetto con la forma della comunicazione andata a buon fine.

Il dissesto finanziario dell'Ente, proprio per la ragione che con la locazione il Comune di Napoli non perseguiva alcuno scopo istituzionale suo proprio, integra una delle ipotesi dei "gravi motivi" voluti dall'art. 27 u.c. legge 392/78, che giustificano il recesso dello stesso Ente dalla locazione: improprio è il richiamo all'art. 23 della legge 24.4.89 n. 144, che fa divieto alle ammini-

strazioni che presentino nell'ultimo conto consuntivo deliberato disavanzi di amministrazione e non abbiano provveduto al pareggio finanziario secondo legge, di assumere impegni e pagare spese per servizi non espressamente previsti per legge e fa salve le spese sostenute e previste per impegni già assunti in precedenti esercizi, essendo evidente che il recesso attiene ad un contratto di locazione ancora in corso e che andrà a scadere a distanza di sei mesi dal ricevimento della relativa comunicazione.

Nessuna dissonanza è ravvisabile tra la decisione assunta dalla Corte di merito e la motivazione adottata, specialmente in riferimento all'ipotesi prospettata come violazione dell'art. 112 c.p.c..

Ne consegue il rigetto del ricorso perché infondato e la condanna del ricorrente alle spese del presente giudizio in favore della parte intimata.

(Omissis)

IL COMMENTO

di Nelson Alberto Cimmino

La riforma della disciplina delle società di capitali ha valorizzato e ridato attualità all'istituto della forma della dichiarazione di recesso unilaterale dal contratto, riconoscendogli un ruolo affatto centrale per la tutela dei soci di minoranza.

La sentenza in commento offre l'occasione per affrontare nuovamente il problema della forma della dichiarazione di recesso unilaterale dal contratto in generale, e dal contratto di società in particolare, anche alla luce delle novità introdotte dalla riforma della disciplina delle società di capitali (Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6) che ha sicuramente valorizzato e ridato attualità all'istituto in esame riconoscendogli un ruolo affatto centrale per la tutela dei soci di minoranza (1).

Il diritto di recesso dal contratto (2) si esercita normalmente per mezzo di una dichiarazione che produce i suoi effetti nel momento in cui viene portata a conoscenza delle altre parti del contratto da cui si recede; trattasi, in sostanza, di un negozio unilaterale recettizio (3).

Il requisito della ricettività si spiega con la qualità

"la effettiva possibilità di disinvestimento delle risorse apportate in società (la cd. facoltà di exit) è oggi considerata come elemento di equilibrio fondamentale nella dialettica endosocietaria fra maggioranza e minoranza, e quindi come regola indefettibile di corporate governance. Muovendo da tale presupposto di principio, la valorizzazione dell'istituto del recesso come strumento di tutela della minoranza percorre trasversalmente l'intera riforma del diritto societario, avvicinando idealmente tipi diversi e marcatamente differenziati, quali sono le società per azioni e le società a responsabilità limitata, secondo il disegno finale che scaturisce dalla legge. È tuttavia con riferimento al tipo S.r.l. che la facoltà di recesso assume una valenza strategica ed amplificata per garantire il corretto svolgersi dei rapporti fra soci, in conseguenza della difficile collocazione sul mercato della partecipazione in tale tipo societario, strutturalmente chiuso e caratterizzato da un'accentuata personalizzazione del rapporto associativo. Tale constatazione ha indotto il legislatore a rafforzare incisivamente l'istituto e la sua idoneità a porsi, al cospetto di decisioni determinanti, come arma efficace di contrattazione fra maggioranza e minoranza, consentendo a quest'ultima di sottrarsi a scelte tali da modificare le condizioni preesistenti di rischio della partecipazione all'impresa sociale e costringendo di conseguenza la prima a valutare con attenzione il rapporto costo/benefici economici che una decisione invisa alla minoranza potrebbe comportare".

(2) Sui caratteri generali dell'istituto del recesso unilaterale dal contratto v. Callegari, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Torino, 1939; Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. I. Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Milano, 1962; Tabellini, *Il recesso*, Milano, 1962; Gabrielli, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985; Sangiorgi, *Recesso*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991; nonché i nostri recenti contributi *Il recesso unilaterale dal contratto*, Padova, 2000; *Il recesso, in trattato I contratti in generale*, vol. XII, *Recesso, Autotutela, Fallimento, Tutela aquiliana*, collana *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, 2000.

(3) V. Cass. 19 maggio 1979, n. 2873, in *Mass. Foro it.*, 1979, secondo cui "il recesso, essendo un negozio unilaterale recettizio, in quanto per produrre effetti deve pervenire a conoscenza dell'altra parte, acquista efficacia solo con la comunicazione di esso a quest'ultima, onde, perché il contratto possa ritenersi sciolto dall'esercizio della relativa facoltà, è necessaria la prova di detta comunicazione".

Note:

(1) Sottolinea il fondamentale ruolo del recesso nella disciplina delle società di capitali, alla luce della riforma operata con il Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, Maltoni, *Il recesso e l'esclusione nella nuova società a responsabilità limitata*, in questa *Rivista*, 2003, 310, per il quale

degli effetti che l'atto di recesso è destinato a produrre: esso, infatti, tende a limitare la sfera giuridica altrui, estinguendo un rapporto giuridico fondamentale del quale il terzo è partecipe (4); perciò si vuole che il terzo interessato ne sia, quanto meno, avvertito, onde l'atto non può operare se prima il terzo non ne venga a (giuridica) conoscenza.

La disciplina generale dei contratti (art. 1373 c.c.) tace circa la forma con cui la volontà di recedere deve essere manifestata; parimenti la disciplina speciale dei singoli contratti, pur prevedendo il recesso, nella maggioranza dei casi non impone particolari oneri formali per il suo esercizio.

In ossequio al principio generale della libertà delle forme, si ritiene che il recesso, quale atto unilaterale recettizio, possa essere espresso in qualsiasi forma, purché arrivi alla conoscenza del destinatario (5). In tal senso si esprime chiaramente anche la sentenza che qui si annota.

In realtà, difformemente a quanto sostengono i giudici di legittimità nella sentenza in commento, la prevalente giurisprudenza della Suprema Corte è stabilmente ed univocamente orientata nel senso di ritenere che l'atto di recesso, pur non richiedendo, quanto alla manifestazione della volontà, formule sacramentali, rimane tuttavia soggetto alle stesse garanzie di forma prescritte per il contratto costitutivo del rapporto al cui scioglimento il recesso sia finalizzato (6).

Ciò in quanto i negozi risolutivi realizzano la stessa vicenda del contratto risolto, seppur in direzione inversa, onde, essendo uguale il valore di una dichiarazione di segno positivo e del suo contrario, l'esigenza di forma - che è garanzia di certezza e serietà del volere - si pone per la seconda dichiarazione negli stessi termini che per la prima (7).

In altri termini, la manifestazione di volontà del recedente ha carattere costitutivo in quanto modifica la preesistente situazione giuridica, ossia è diretta alla dissoluzione del rapporto giuridico cui le parti avevano, con il loro accordo, dato vita; tale carattere postula la necessità che essa sia sottoposta alle medesime garanzie di forma richieste per la costituzione del rapporto.

In tale ottica, la problematica circa la forma dell'atto di recesso assume aspetti peculiari nel caso di recesso da contratto preliminare di vendita immobiliare (8).

Quest'ultimo ha, infatti, contenuto essenzialmente obbligatorio, riferito alla specifica obbligazione di fare che è la conclusione del contratto definitivo; si è ritenuto, pertanto, che la risoluzione consensuale del contratto preliminare avente ad oggetto il trasferimento di diritti reali immobiliari non richiede la forma scritta *ad substantiam*, in quanto non produce alcun effetto di natura reale, ma solo l'estinzione delle precedenti obbligazioni personali; in conseguenza, non essendo la forma scritta dell'accordo risolutivo imposta da una espressa disposizione di legge, e non ravvisan-

dosi l'identità di *ratio legis* con la disposizione dell'art. 1351 c.c., deve trovare normale esplicazione il principio della libertà di forma nella manifestazione di volontà e deve lasciarsi al giudice di merito la facoltà di valutare con prudente criterio se il contratto sia stato risolto per consenso manifestato in forma verbale o per *facta concludentia* (9).

L'eccezionalità della disposizione che, in deroga al principio generale della libertà di forma, impone l'obbligo della scrittura per tutti i contratti concernenti il trasferimento della proprietà o di altri diritti reali, non può, dunque, essere estesa a un'ipotesi diversa da quelle considerate espressamente dalla legge (art. 14 disp. prel. c.c.), qual è quella del preliminare, se questo non comporta di per sé effetti reali. Il rispetto delle garanzie formali va ricollegato, invero, agli effetti del contratto

Note:

(4) Il fenomeno giuridico dell'estinzione di un diritto o di un rapporto per volontà unilaterale acquista in campo privatistico un aspetto, per così dire, "anormale" che gli deriva dalla situazione di parità tra i soggetti, situazione che non ammette prevalenze e superiorità oltre che nel rapporto costituito, altresì sull'altro soggetto di esso e sui diritti che dal rapporto stesso gli sono stati conferiti. In base a siffatte considerazioni la giurisprudenza della Suprema Corte ha riconosciuto all'istituto del recesso unilaterale carattere eccezionale, essendo questo diretto a derogare al principio per cui il contratto ha forza di legge tra le parti, onde non può essere sciolto se non per concorde volontà delle parti stesse o per cause ammesse dalla legge (art. 1372). Pertanto, qualora la convenzione o la legge non dispongano altrimenti, tale recesso non può essere consentito in via generale. Che la legge lo contempli anche in varie ipotesi di contratto a tempo indeterminato non si può dedurre da ciò che esse siano applicazione di una regola generale (così Cass. 22 febbraio 1963, n. 424, in *Giust. civ.*, 1963, I, 1062. In tal senso anche Cass. 5 luglio 1957, n. 2621, in *Mass. Foro it.*, 1957 e, ancora, Cass. 16 ottobre 1967, n. 2485, in *Giust. civ.*, 1968, I, 1726).

(5) D'Avanzo, *Recesso (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. It.*, VI, Torino, 1967, per cui "la volontà di recesso è svincolata dal rigore di una particolare forma con cui debba essere esternata. Il principio, che nel silenzio della legge trova la sua spiegazione, non contrasta con l'indole di recettizio da attribuirsi al negozio di recesso. Questo carattere scaturisce dall'esigenza che la volontà recedente deve dirigersi al soggetto destinato a riceverla ed a risentirne gli effetti. (...) In sostanza, la forma attiene all'estrinsecazione della volontà; laddove la notifica, che questa presuppone, adempie al fine, successivo nel tempo, di render nota la determinazione di recesso".

(6) Cass. 6 novembre 1991, n. 1180, in *Mass. Giur. it.*, 1991; Cass. 11 ottobre 1991, n. 10707, in *Mass. Giur. it.*, 1991; Cass. 7 giugno 1990, n. 5454, in *Foro it.*, 1991, I, 172 ed in *Riv. It. del leasing*, 1990, 353, con nostra nota *Osservazioni sulla forma della dichiarazione di recesso unilaterale dal contratto*; Cass. 14 agosto 1986, n. 5059, in *Mass. Giust. civ.*, 1986.

(7) In tali termini Cass. 14 aprile 1970, n. 1027, in *Mass. Giust. civ.*, 1970, secondo cui "tale prevalente orientamento è una particolare applicazione di un principio generale esistente nel nostro ordinamento per il quale la forma stabilita per il negozio primario deve essere seguita anche per il negozio risolutivo".

(8) Sull'ammissibilità del recesso unilaterale dal contratto preliminare la giurisprudenza pare non aver dubbi; v. Cass. 17 marzo 1970, n. 696, in *Mass. Giust. civ.*, 1970.

(9) Cass. 20 maggio 1991, n. 5684, in *Mass. Giur. it.*, 1991. In senso conforme Cass. 6 giugno 1988, n. 3816, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1185; Cass. 16 dicembre 1986, n. 7551, in *Mass. Giur. it.*, 1986; Cass. 28 maggio 1983, n. 3692, in *Mass. Giust. civ.*, 1983; Cass. 19 gennaio 1980, n. 459, in *Riv. Not.*, 1980, 525.

che, quando restino nel campo obbligatorio, sono svincolati dagli oneri di forma (10).

La giurisprudenza prevalente (11) si è ancora una volta espressa in senso contrario, cioè nel senso di ritenere che, pur in mancanza di una esplicita norma in proposito, il negozio risolutorio del contratto preliminare di compravendita immobiliare non può ritenersi svincolato dall'osservanza della forma scritta.

Infatti, lo scioglimento di un contratto, riguardante il trasferimento, la costituzione o la estinzione di diritti reali immobiliari, è soggetta al requisito della forma scritta *ad substantiam* non soltanto quando il contratto da risolvere sia definitivo, ma anche quando detto contratto da risolvere sia preliminare, tenuto conto che la ragione giustificativa dell'assoggettamento del preliminare all'indicata forma, ai sensi dell'art. 1351 c.c., da ravvisare nell'incidenza che il preliminare spiega su diritti reali immobiliari, sia pure in via mediata, tramite l'assunzione di obbligazioni, si pone in termini identici per il contratto risolutorio del preliminare stesso.

Siffatte conclusioni sono state ribadite in tempi assai recenti dai giudici di legittimità per i quali nei contratti formali (tra cui il preliminare di compravendita di beni immobili, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1350 e 1351 c.c.), le cause modificative o estintive del rapporto debbono risultare da fattori prestabiliti dalle parti nello stesso contratto e debbono essere, comunque, espresse nella forma richiesta per il contratto al quale si riferiscono, con la conseguenza che tanto l'accordo solutorio quanto la dichiarazione di recesso debbono rivestire la stessa forma scritta richiesta per la stipulazione del contratto preliminare (12).

Nel silenzio della legge le parti possono, d'accordo fra loro, prevedere particolari oneri formali cui assoggettare l'atto di recesso.

Sulla possibilità e liceità di una siffatta clausola contrattuale non esistono dubbi (13). Tuttavia, si discute se alla forma convenuta fra le parti debba riconoscersi o meno il carattere essenziale presunto dall'art. 1352 c.c., cosicché sia del tutto priva di effetto una dichiarazione di recesso non fatta nella forma stabilita, anche se si provi che l'altro contraente ne ha avuto tempestiva conoscenza (14).

Il dubbio nasce dalla considerazione che la disposizione di cui all'art. 1352 fa riferimento ad una determinata forma pattuita per la *conclusione* del contratto e non anche a quella di eventuali dichiarazioni unilaterali successive dirette a modificare o estinguere i rapporti derivanti dal contratto stesso.

L'orientamento prevalente della giurisprudenza è nel senso di ritenere che, al di là del dato strettamente letterale, la presunzione di cui all'art. 1352 sia applicabile a qualsiasi pattuizione circa la forma di future manifestazioni di volontà, anche unilaterali, siano esse dirette alla conclusione del contratto o, all'opposto, alla sua estinzione.

Infatti, in materia di forma dei contratti, l'ordinamento pone la regola per cui non solo la legge può prescrivere una forma come requisito di validità, ma anche i privati possono farlo stabilendo ciò per iscritto e che le disposizioni di legge che regolano i contratti si osservano in quanto compatibili anche per gli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale (art. 1324 c.c.) (15).

In altri termini, prevedendo una certa forma le parti intendono, senza dubbio, attribuire forza vincolante al negozio solo se rivestito della specifica forma convenuta; esiste, dunque, una sostanziale equivalenza di effetti nell'ipotesi di mancanza della forma richiesta *ad substantiam* da una norma di legge e nell'ipotesi in cui manchi la forma pattuita, con una convenzione privata, per la validità di un futuro negozio, con la conseguenza che la mancata adozione della forma prevista dalle parti è causa di nullità del negozio, rilevabile anche d'ufficio dal giudice (16).

A tal proposito giova riportare testualmente le condivisibili argomentazioni sostenute dai giudici della Suprema Corte in una pronuncia che, seppur non recente, risulta ancora oggi spiccatamente chiara e significativa: "occorre precisare che l'art. 1352 cod. civ. ha un'ampia portata e si riferisce a qualsiasi patto negoziale con cui le parti si impegnino ad adottare una certa forma per la prestazione di un consenso futuro. L'interpretazione restrittiva, sostenuta da una parte della dottrina, non merita di essere condivisa. Innanzi tutto, la formulazione letterale della norma non è d'ostacolo all'applicazione dell'art. 1352 cod. civ. al più vasto campo degli atti ne-

Note:

(10) Cass. 19 gennaio 1980, n. 459, *cit.* Per la dottrina v. Costanza, *Scioglimento convenzionale di preliminare immobiliare: forma scritta o verbale?*, in *Giust. civ.*, 1991, I, 950.

(11) Cass. 18 febbraio 1994, n. 1609, in *Mass. Giust. civ.*, 1994; Cass. 6 novembre 1991, n. 11840, in *Mass. Giur. it.*, 1991; Cass. 11 ottobre 1991, n. 10707, *cit.*; Cass., Sez. Unite, 28 agosto 1990, n. 8878, in *Riv. Not.*, 1991, 490; Cass. 7 giugno 1990, n. 5454, *cit.*

(12) Cass. 14 novembre 2000, n. 14730, in *Contratti*, 2001, 221 con nota adesiva di Giuggioli, *La forma del recesso da contratti formali*.

(13) Callegari, *Op. cit.*, p. 225. Trattasi, in realtà, di una dottrina assai risalente, ma la successiva dottrina e soprattutto la giurisprudenza, interrogandosi sul carattere essenziale o meno di un accordo delle parti circa la forma della dichiarazione di recesso, sembra aver implicitamente recepito e condiviso le conclusioni cui il citato Autore era giunto.

(14) In senso negativo v. Messineo, *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, secondo il quale "che la regola, di cui all'art. 1352, possa estendersi anche alla forma di un negozio *unilaterale*, il quale sia in connessione con un contratto già costituito e del quale debba determinare la futura sorte (specialmente, casi della disdetta e del recesso), ad opera di uno dei contraenti - è discusso. Sembra da preferire la soluzione negativa, sulla considerazione che il detto negozio unilaterale è necessariamente successivo al contratto, mentre la regola di cui all'art. 1352 consente che la forma vincolata sia da osservare per la conclusione del (dato) contratto e non per quanto altro - dopo concluso, mediante l'impiego di quella forma, il contratto - consegua ad esso".

(15) Cass. 8 agosto 1997, n. 7354, in *Mass. Giur. it.*, 1997.

(16) Cass. 22 dicembre 1987, n. 9587, in *Mass. Foro it.*, 1987; Cass. 9 febbraio 1980, n. 909, in *Foro It.*, 1981, I, 504.

goziali: sebbene il legislatore abbia fatto esplicito riferimento solo al patto di adozione di una certa forma per la futura conclusione di un contratto, non si può trascurare che sotto lo stesso titolo II del libro IV, dedicato alla disciplina dei contratti in generale, l'art. 1342 cod. civ. stabilisce che, salvo diverse disposizioni di legge, le norme dettate per i contratti si osservano, in quanto compatibili, anche per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale. Invero, essendo la disciplina unitaria del codice civile specificamente riferita al contratto, il legislatore ha ritenuto di non poter escludere da un'analoga disciplina gli atti unilaterali tra vivi, nella consapevolezza della realtà rappresentata dalla più ampia categoria dei negozi giuridici in generale.

L'interpretazione estensiva della norma si uniforma del resto al principio dell'autonomia privata stabilito dall'art. 1322 cod. civ. per cui deve intendersi lasciato alla libera valutazione delle parti di regolare non solo la forma dei contratti, ma anche i consensi relativi a possibili vicende future dei rapporti negoziali già instaurati (cfr. Cass. 13 giugno 1958, n. 1999, *Foro It.*, 1959, I, 92). Sotto questo profilo, l'accordo fra i contraenti circa la forma di cui tali consensi debbono essere rivestiti ben può risultare da una clausola del contratto come parte della disciplina del sinallagma funzionale" (17).

In tema di società di persone, dispone l'art. 2285 c.c. che ogni socio può recedere dalla società quando questa è a tempo indeterminato o per tutta la vita di uno dei soci; può inoltre recedere nei casi previsti dal contratto sociale ovvero quando sussiste una giusta causa. Nulla si dice, invece, circa le modalità di esercizio del diritto di recesso.

Nel silenzio della legge, la più recente dottrina (18) e la prevalente giurisprudenza (19) in ossequio al menzionato principio della libertà delle forme, ritengono che la dichiarazione di recesso sia un atto svincolato da particolari formalità, purché essa venga portata a conoscenza degli altri soci.

La conclusione non cambia pur aderendo al prevalente orientamento della Cassazione che ritiene che l'atto di recesso, pur non richiedendo, quanto alla manifestazione della volontà, formule sacramentali, rimane tuttavia soggetto alle stesse garanzie di forma prescritte per il contratto costitutivo del rapporto al cui scioglimento il recesso sia finalizzato.

Infatti, il contratto di società semplice non è soggetto a forme speciali, salvo quelle richieste dalla natura dei beni conferiti (art. 2251 c.c.).

La costituzione della società semplice può perciò essere concluso anche verbalmente o può risultare da comportamenti concludenti (società di fatto) (20).

Non diversamente può dirsi relativamente alla società in nome collettivo ed alla società in accomandita semplice. È ben vero, infatti, che il legislatore ha dettato regole di forma e di contenuto per i relativi atti costitutivi; si ritiene però che esse siano prescritte solo ai fini dell'iscrizione della società nel Registro delle Imprese,

condizione questa di regolarità, non di esistenza della società (21).

La dichiarazione di recesso può essere resa sia in via giudiziaria, sia in via stragiudiziale, per cui è stata ritenuta valida una dichiarazione di recesso contenuta nell'atto di citazione con il quale si è instaurata la lite tendente alla liquidazione della quota sociale appartenente al recedente. In tal caso, infatti, bisogna tenere distinte le due autonome funzioni che svolge l'atto: una avente natura sostanziale di dichiarazione recettizia della volontà di recedere per una determinata causa; un'altra di natura processuale, tendente all'instaurazione della lite. La distinzione ha la sua importanza se si tiene conto che la predetta autonomia delle funzioni fa sì che anche una citazione eventualmente nulla, ma ritualmente notificata alle controparti, ha comunque il valore dichiarativo voluto e gli eventuali effetti del recesso decorrono pur sempre dalla data della notificazione. Si può scorgere sul punto un'analogia con la citazione nulla che ha comunque l'effetto di mettere in mora il debitore (22).

Note:

(17) Cass. 9 febbraio 1980, n. 909, *cit.* La Suprema Corte in una recente pronuncia si è spinta oltre, ritenendo non solo invalido l'atto di recesso non rivestito della forma pattuita, ma addirittura non necessaria una specifica clausola contrattuale per l'adozione di una particolare forma cui assoggettare l'atto di recesso affermando che si considera "come tacitamente convenuta, tra le parti, per la validità della relativa dichiarazione, la necessaria adozione della forma scritta per il legittimo esercizio del diritto di recesso da un contratto precedentemente stipulato con la medesima forma" (Cass. 8 agosto 1997, n. 7354, *cit.*).

(18) Di Zillo, *Il recesso nelle società di persone e la giusta causa: effetti nei confronti dei soci e dei terzi*, in *Riv. Not.*, 2004, 1246, il quale ricorda che il recesso nelle società di persone si perfeziona nel momento in cui giunge a conoscenza di tutti gli altri soci e non della società, in quanto l'autonomia di cui gode quest'ultima assume rilevanza solo all'esterno, mentre lo scioglimento parziale che consegue all'esercizio del recesso del singolo socio rimane circoscritto nell'ambito dei rapporti interni, salvi gli effetti nascenti dalla pubblicità garantita dall'iscrizione presso il Registro delle Imprese.

(19) V. Trib. Milano 28 gennaio 1997, in *Giur. It.*, I, 2, 712, per cui "il recesso del socio di una società di persone consiste in una dichiarazione unilaterale di volontà con effetto immediato, senza che sia richiesta altra formalità diversa dalla comunicazione della volontà di recedere", e Trib. Napoli 2 settembre 1996, in *Società*, 1996, 1460, per cui "la dichiarazione di recesso da società personale è un atto unilaterale recettizio costituita da una manifestazione di volontà (da portare a conoscenza di tutti gli altri soci) che risulti incompatibile con la prosecuzione del rapporto sociale; pertanto, non costituisce valida dichiarazione di recesso l'offerta in prelazione della quota di partecipazione agli altri soci, con riserva di cedere, in caso di mancato esercizio della prelazione, la quota a terzi; infatti, tale dichiarazione non rappresenta l'uscita della società come avvenimento certo ma come ipotesi eventuale del tutto condizionata all'evento futuro ed incerto o della conclusione di un accordo con i soci sul corrispettivo della cessione, ovvero della stipulazione di un accordo diverso con terzi estranei alla compagine sociale".

(20) L'eventuale silenzio delle parti, in merito ad aspetti anche essenziali del contratto di società, è colmato dal legislatore con norme suppletive; così Campobasso, *Diritto Commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 1992, p. 55.

(21) Campobasso, *Op. cit.*, p. 55.

(22) Cass. 10 giugno 1999, n. 5732, in *Giur. It.*, 2000, 542.

Secondo un orientamento della giurisprudenza, invero risalente (23), il recesso può risultare da comportamenti concludenti, e precisamente da atteggiamenti incompatibili con la volontà di proseguire il rapporto contrattuale, ovvero da cui risulti in maniera non equivoca la volontà di recedere dal rapporto già costituito, purché compiuti nella direzione del destinatario.

Il recesso del socio di s.p.a.

Venendo al recesso del socio da società per azioni, va subito notato come la disciplina codicistica sia in tal caso più dettagliata, regolamentando espressamente termini e modalità di esercizio del relativo diritto (24).

A norma dell'art. 2437-bis c.c. il diritto di recesso deve essere esercitato mediante lettera raccomandata spedita entro quindici giorni dall'iscrizione nel Registro delle Imprese della delibera che lo legittima, con l'indicazione delle generalità del socio recedente, del domicilio per le comunicazioni inerenti al procedimento, del numero e della categoria delle azioni per le quali il diritto di recesso viene esercitato. Se il fatto che legittima il recesso è diverso da una deliberazione, esso è esercitato entro trenta giorni dalla sua conoscenza da parte del socio.

La norma parla dunque di "spedizione" della lettera raccomandata prescindendosi, pare, dal ricevimento della stessa da parte della società ai fini dell'efficacia del recesso.

In realtà, essendo il recesso un atto unilaterale reattivo, ci sembra che, al di là del dato strettamente lessicale e testuale della norma, sia giuridicamente più esatto ritenere che il recesso produca effetti non a seguito della mera spedizione della raccomandata, bensì a seguito del ricevimento della stessa da parte della società.

A tal proposito non ci sembra inopportuno il riferimento alla disciplina del recesso nelle società cooperative che espressamente lega l'obbligo degli amministratori di esaminare la dichiarazione di recesso, nonché il potere del socio di proporre opposizione contro il rifiuto da parte di questi ultimi, al ricevimento delle relative comunicazioni (art. 2532 c.c.).

La soluzione prospettata è inoltre confortata da una recente giurisprudenza secondo cui la comunicazione di un fatto ad un determinato soggetto comprende non solo l'attività di manifestazione o di esternazione del fatto ma anche la percezione - o, quanto meno, la percepibilità - della dichiarazione da parte del destinatario. Ne consegue che la dichiarazione di recesso è pertanto improduttiva di effetti se, pur essendo stata spedita nei termini di legge, non perviene a conoscenza della società entro il suddetto termine (25).

È legittimo chiedersi se i soci possano prevedere nello statuto termini e modalità per l'esercizio del recesso diversi da quelli fissati dalla legge.

Sul punto sembra opportuna una distinzione fra recesso per cause inderogabili (che sono quelle indicate dall'art. 2437, comma 1, c.c.) e recesso per cause disposi-

tive o statutariamente derogabili (che sono quelle indicate dall'art. 2437, comma 2, c.c.) e per cause statutariamente previste (ammesse dall'art. 2437, comma 4, c.c.).

In ordine al recesso per cause inderogabili, la dottrina preferibile (26) ritiene che le previsioni legali siano imperative, e quindi non modificabili per volontà dei soci, almeno in senso restrittivo mediante la previsione di forme più rigorose (quali, ad esempio, la notifica a mezzo ufficiale giudiziario), stante il disposto dell'art. 2437, ultimo comma, c.c. che punisce con la nullità ogni patto volto a rendere più gravoso l'esercizio del diritto di recesso nelle ipotesi previste dal primo comma dello stesso articolo.

Argomentando *a contrario*, sono senz'altro ammissibili modifiche della disciplina legale in senso meno restrittivo, ovvero clausole statutarie che rendano più semplice l'esercizio del recesso quali, ad esempio, quelle che prevedono per il recesso la lettera non raccomandata o il fax.

In sostanza, l'interesse che la norma mira a tutelare non è quello di garantire alla società migliori possibilità di conoscenza della dichiarazione, bensì quello dei soci di minoranza a poter lasciare la società in presenza di mutamenti significativi dell'assetto societario (27).

Risulta così superato l'orientamento della Cassazione per cui i singoli mezzi di trasmissione eventualmente prescritti dalla disciplina legale sono diretti ad assicurare la semplice conoscibilità della dichiarazione, per cui non può escludersi che la trasmissione avvenga attraverso altre forme (quali, ad esempio, il telegrafo, la notifica a mezzo ufficiale giudiziario, il telex) che presentino la stessa certezza della raccomandata ovvero una maggiore (28).

Note:

(23) Cass. 2899/63; Trib. Torino 9 febbraio 1978, in *Giur. Comm.*, 1979, II, 98.

(24) Sull'argomento Morano, *Analisi delle clausole statutarie in tema di recesso alla luce della riforma della disciplina delle società di capitali*, in *Riv. Not.*, 2003, 303; AA.VV., *Consiglio Nazionale del Notariato, Il nuovo diritto societario, Prime riflessioni*, Milano, 2004, ove si fa rilevare che nella nuova disciplina del recesso nelle S.p.A. non si distingue più tra soci intervenuti e non intervenuti all'assemblea: per tutti, la dichiarazione di recesso deve essere spedita alla società entro quindici giorni dall'iscrizione della deliberazione nel Registro delle Imprese.

(25) Cass. 3 gennaio 1998, n. 12, in *Foro It.*, 1998, I, 816.

(26) Stella Richter, *Diritto di recesso e autonomia statutaria*, in AA.VV., *Consiglio Nazionale del Notariato, Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano, 2004.

(27) Morano, *Op. cit.*, p. 303: "per tradizione il diritto di recesso costituisce uno strumento di tutela del socio, ed in generale delle minoranze, a fronte di modificazioni anche radicali dell'assetto contrattuale della società. D'altronde l'esigenza di consentire un adattamento costante della società alle mutazioni della realtà economica, non può essere frustrata dall'interesse contrario della minoranza a mantenere inalterato l'assetto contrattuale originario. Un contemperamento fra le descritte opposte esigenze, si realizza nel riconoscimento in favore del socio dissenziente (rispetto ad una data delibera) di un diritto di recesso".

(28) Cass. 3 gennaio 1998, n. 12, *cit.*

Quanto al recesso per cause dispositive e per cause statutariamente previste, la dottrina (29) ritiene che l'autonomia statutaria dei soci in tale ambito non incontri limiti, per cui possono essere liberamente previsti termini e modalità diversi da quelli dell'art. 2437-bis c.c.; in caso di assenza di previsioni specifiche, troverà applicazione in via suppletiva la disciplina di cui all'art. 2437-bis c.c.

Contrariamente a quanto previsto in tema di S.p.A., la disciplina delle società a responsabilità limitata, pur prevedendo il recesso dei soci, non ne precisa termini e modalità.

In assenza di qualsivoglia previsione di legge, l'autonomia statutaria assume un ruolo centrale, per cui sono i soci a dover determinare le modalità di esercizio del recesso e possono farlo in maniera assolutamente discrezionale, qualunque sia la causa che legittima il recesso stesso, sia essa legale o convenzionale (30).

Qualora neppure lo statuto precisi i termini e le modalità del recesso, si ritiene che debba trovare applicazione, in via analogica, la disciplina delle S.p.A., quanto meno per quanto attiene ai termini; viceversa,

per quel che riguarda le modalità, è preferibile ritenere che il socio possa portare a conoscenza della società il suo intento di recedere nel modo che ritenga più opportuno (31), ponendosi tutt'al più un problema di prova (32).

Note:

(29) Stella Richter, *Op. cit.*, p. 220.

(30) Stella Richter, *Op. cit.*, p. 225 evidenzia come "in certo senso opposta rispetto a quella in materia di società a responsabilità limitata è la prospettiva che il legislatore adotta per disciplinare il recesso del socio da una società a responsabilità limitata e ciò vale tanto per le cause quanto per le modalità: esordisce, infatti, l'art. 2473, comma 1, c.c. prevedendo che è l'atto costitutivo a determinare quando il socio può recedere dalla società e le relative modalità. Ne discende che un ruolo assolutamente centrale nella disciplina del diritto di recesso è giocato in questo tipo di società dalla *autonomia statutaria*". Sottolinea l'ampio spazio lasciato all'autonomia privata anche Maltoni, *Op. cit.*, p. 311, il quale ritiene lecito imporre per atto costitutivo una dichiarazione di recesso autenticata, purché se ne evidenzino a favore dei soci vantaggi concreti ed immediati.

(31) Stella Richter, *Op. cit.*, p. 220.

(32) Maltoni, *Op. cit.*, p. 311.

Società di capitali

Amministrazione pluripersonale e materie riservate ex art. 2475 cod. civ.

a cura di GIOVANNI RIZZI

La disposizione dell'ultimo comma dell'art. 2475 c.c. era subito apparsa norma contraddittoria e di difficile lettura; da più parti si erano levate voci per una "riscrittura" della disposizione; riscrittura che è avvenuta con un avviso di rettifica che, purtroppo, non ha risolto tutti i problemi interpretativi sorti in relazione al testo originario.

L'ultimo comma dell'art. 2475 c.c. nella sua "prima versione" stabiliva che *"la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione o scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale ai sensi dell'articolo 2481 sono in ogni caso di competenza del consiglio di amministrazione"* (1). Questa norma poi era direttamente richiamata dalla disposizione del precedente terzo comma che così stabiliva: *"Quando l'amministrazione è affidata a più persone, queste costituiscono il consiglio di amministrazione. L'atto costitutivo può tuttavia prevedere, salvo quanto disposto nell'ultimo comma del presente articolo, che l'amministrazione sia ad esse affidata disgiuntamente oppure congiuntamente; in tali casi si applicano, rispettivamente, gli articoli 2257 e 2258"*.

Presa alla lettera, con la riserva esclusiva a favore del Consiglio di amministrazione di operazioni fondamentali ed irrinunciabili per la vita della società, quale in *primis* la redazione del bilancio annuale, la norma sembrava escludere per le s.r.l. qualsiasi altra forma di amministrazione. Sembrava pertanto escludere sia la figura dell'Amministratore Unico che quella dei più Amministratori operanti con poteri congiunti e/o disgiunti (secondo il modello delle società di persone ripetutamente richiamato dal legislatore della riforma come modello ispiratore della nuova s.r.l.). Infatti se tali soggetti una volta nominati non potevano procedere, ad esempio, alla redazione del bilancio, con conseguente paralisi della stessa attività sociale (né alla redazione del bilancio potevano essere deputati altri organi, ad esempio l'Assemblea dei soci, stante la riserva esclusiva a favore del Consiglio di Amministrazione) ne conseguiva che le società di fatto erano "obbligate" a scegliere sempre quale forma amministrativa quella del Consiglio di Amministrazione.

Ma questa "lettura" della norma oltre che a porsi in contrasto con l'intera "filosofia" ispiratrice della riforma (che riconosce la più ampia autonomia alle parti nel disegnare la strutturazione degli organi sociali e la distribuzione "interna" dei poteri e delle competenze) si poneva anche in contrasto con altre disposizioni dello stesso art. 2475:

- innanzitutto con la disposizione del primo comma là dove prevede espressamente la possibilità di nomina dell'Amministratore Unico senza limitazione alcuna ai suoi poteri (2);
- ed inoltre con la disposizione del terzo comma (3) là dove consente di affidare l'amministrazione a più Amministratori operanti con poteri congiunti e/o disgiunti, secondo il modello delle società di persone tant'è che viene fatto espresso rinvio alle disposizioni degli artt. 2257 e 2258 c.c. (4).

Note:

(1) Così dispone, tra le varie rettifiche le più delle quali di carattere puramente formale e terminologico, l'*errata corrige* pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 153 del 4 luglio 2003: *"alla pag. 61 seconda colonna all'art. 3 nella parte in cui viene riportato l'art. 2475 del codice civile, ultimo comma, dove è scritto ".... Sono in ogni caso di competenza del consiglio di amministrazione" leggesi ".... sono in ogni caso di competenza dell'organo amministrativo"*.

(2) Così recita infatti l'art. 2475 c.c. primo comma: *"Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'articolo 2479"*.

(3) Così dispone l'art. 2475 terzo comma: *"Quando l'amministrazione è affidata a più persone, queste costituiscono il consiglio di amministrazione. L'atto costitutivo può tuttavia prevedere..... che l'amministrazione sia ad esse affidata disgiuntamente oppure congiuntamente; in tali casi si applicano, rispettivamente, gli articoli 2257 e 2258"*

(4) In questo senso vedasi anche la relazione governativa al decreto legislativo là dove si afferma che "Per quanto concerne l'amministrazione propriamente detta, l'art. 2475 consente all'autonomia contrattuale gli spazi più ampi. Esso infatti lascia sia libertà di scelta per quanto concerne l'individuazione delle persone cui l'amministrazione medesima è affidata sia con riferimento al metodo secondo il quale dovranno agire: permette così, con il terzo comma, forme di amministrazione disgiuntiva oppure congiuntiva, cui allora si applicheranno le regole previste in tema di società di persone".

Le norme da ultimo richiamate (art. 2475 primo e terzo comma) sono chiare: l'amministrazione della società può essere affidata anche ad una sola persona che assumerà pertanto la qualifica di "Amministratore Unico" o a più persone che potranno agire disgiuntamente o congiuntamente conformemente a quanto disposto dagli artt. 2257 e 2558 c.c. .

Inoltre, visto che l'art. 2478-bis, dettato in tema di srl, richiama senza limitazioni di sorta la disposizione dell'art. 2423 c.c. (5) ne consegue che dal combinato disposto degli artt. 2475 primo e terzo comma, 2478-bis primo comma e 2423 primo comma, c.c., qualora l'amministrazione della s.r.l. sia affidata ad un Unico Amministratore o a più Amministratori operanti con poteri congiunti e/o disgiunti, sono loro che *devono* redigere il bilancio di esercizio.

Ma la disposizione dell'ultimo comma dell'art. 2475 che parlava di riserva al Consiglio di Amministrazione, sembrava dire esattamente il contrario. Vi era indubbiamente una contraddizione tra le norme in questione.

Vigente il testo originario, al fine di "trovare" un senso alla norma in questione si era pertanto sostenuto che quell'ultimo comma dell'art. 2475 c.c. doveva essere letto in stretta correlazione con il quarto comma che lo precedeva (6).

Proprio perché posta subito dopo la disposizione del quarto comma, si era allora ritenuta plausibile una lettura della norma in commento nel senso che essa prevedesse, per determinati atti di particolare rilievo, una riserva più che al Consiglio di Amministrazione inteso come organo, al metodo "tipico" di agire del Consiglio di Amministrazione ossia al "metodo collegiale" (7), derogabile pertanto, a sensi del quarto comma, solo per le altre decisioni di "minore impatto" (8).

Il legislatore avrebbe usato in maniera alquanto "atecnica" (per non usare altre ... espressioni) il termine Consiglio di Amministrazione, in quanto la sua volontà sarebbe invece stata quella di imporre, ogni qualvolta si fosse in presenza di un organo amministrativo pluripersonale, il ricorso al metodo collegiale per determinati atti, che per la loro importanza meritavano una considerazione congiunta da parte di tutti gli Amministratori (9).

Si sperava allora in un *errata corrige* in questo senso.

IL TESTO CORRETTO

Ma così purtroppo non è stato. La norma è stata invece così corretta: "*La redazione del progetto di bilancio*

Note:

(5) Così dispone la norma dell'art. 2423: "Gli amministratori *devono* redigere il bilancio di esercizio, costituito dallo stato patrimoniale, dal conto economico e dalla nota integrativa".

(6) L'articolo 2475 quarto comma così dispone: "Qualora sia costituito un consiglio di amministrazione, l'atto costitutivo può prevedere che le decisioni siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto.....".

(7) In questo senso sembra porsi anche Giovanni Santarcangelo, *L'atto costitutivo di s.r.l.*, Milano, 2003, p. 229 là dove, a commento della disposizione dell'art. 2475 ultimo comma afferma "La riforma ha posto un limite inderogabile all'autonomia privata, prevedendo che determinate attività devono essere necessariamente oggetto di riunione collegiale" (anche se poi la formula statutaria che propone non appare "coerente" con la premessa in quanto si parla di competenza esclusiva del "consiglio di amministrazione" e come si sa il consiglio nella nuova srl non necessariamente delibera col metodo collegiale potendo ricorrere alla consultazione scritta o al consenso espresso per iscritto).

(8) In questa ottica della norma in questione poteva darsi una lettura in questi termini: "*La redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione o scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale ai sensi dell'articolo 2481 debbono adottarsi, nel caso di amministrazione affidata ad organo pluripersonale, con il metodo collegiale*".

(9) Dava una lettura diversa della disposizione dell'ultimo comma dell'art. 2475 c.c. (nella versione originaria), nel senso cioè di un divieto di "delega" a singoli Amministratori da parte del Consiglio per gli atti indicati in tale norma Marco Avagliano, *Il nuovo diritto societario*, in *Studi e materiali del Consiglio Nazionale del Notariato*, Milano, 2003 p. 345: "Infine il quinto e ultimo comma dell'art. 2475, in maniera speculare, e pertanto inversa rispetto a quanto disposto dall'art. 2479, secondo comma, sembra ribadire che sono di competenza esclusiva del consiglio di amministrazione, e pertanto non delegabili a singoli amministratori o comitati, la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione o scissione, nonché le decisioni di aumentare il capitale in virtù della delega prevista dall'art. 2481 (come in maniera più ampia dispone l'art. 2381, quarto comma, in tema di società per azioni). L'inciso contenuto al terzo comma dell'art. 2475, come già visto, fuga ogni dubbio sul fatto che tali decisioni siano di competenza del consiglio di amministrazione, anche in presenza di altri regimi di amministrazione, quali quello disgiuntivo o congiuntivo. Da ciò consegue che le norme organizzative delle società a responsabilità limitata, in caso di amministrazione affidata a più soggetti, dovranno sempre prevedere un consiglio di amministrazione ed il relativo funzionamento, per la redazione dei progetti di bilancio, fusione e scissione, nonché per l'aumento delegato, tenendo presente che almeno il primo di questi è adempimento non eventuale ma necessario e ricorrente. Pertanto, in relazione a tali compiti, gli amministratori con poteri disgiunti dovranno adottare tali decisioni in via collegiale. Si pongono peraltro dei dubbi se tale regola si applichi caso di amministrazione congiuntiva, anche se il dato testuale, e la delicatezza delle materie riservate, al fine di evitare situazioni di stallo, potrebbe condurre ad una soluzione affermativa: negli ambiti predetti la regola della decisione a maggioranza sostituisce dunque quella dell'unanimità. Il punto va approfondito e anche qui sarà comunque opportuna una dettagliata compilazione dei relativi statuti, in particolare in relazione al corrispondente potere di rappresentanza."

e dei progetti di fusione o scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale ai sensi dell'articolo 2481 sono in ogni caso di competenza dell'organo amministrativo" (10).

L'art. 2475 ultimo comma, nuova versione, se da un lato fuga ogni dubbio sulla possibilità per le s.r.l. di prevedere quale forma di amministrazione oltre al Consiglio di Amministrazione anche l'amministratore Unico ed i più Amministratori operanti con poteri congiunti e/o disgiunti (11) (ma dubbi, a mio parere, non ci dovevano essere neppure nel vigore del testo originario per i motivi sopra illustrati) dall'altro non chiarisce quella che è la "ragion d'essere" della norma e la funzione della stessa nell'ambito del sistema della riforma.

Presa alla lettera la norma, nella sua nuova "veste" dice semplicemente che sono in ogni caso riservati alla competenza dell'organo amministrativo (e quindi a seconda dei casi Consiglio di Amministrazione, Amministratore Unico o i più Amministratori operanti con poteri congiunti e/o disgiunti) determinati atti (la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione o scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale ai sensi dell'articolo 2481); presa alla lettera la norma è pertanto del tutto inutile e sotto certi versi in contrasto con altre norme di legge.

È inutile perché già l'art. 2423, richiamato per le s.r.l. dall'art. 2478 bis, riserva in via esclusiva agli Amministratori la redazione del bilancio (12) così come gli artt. 2501ter e 2506bis già riservano in via esclusiva agli Amministratori la redazione del progetto di fusione e del progetto di scissione; perché dunque ribadire delle competenze che già discendono dal sistema?

È in contrasto invece con l'art. 2481 c.c. in quanto non è affatto vero che in caso di delega a favore dell'organo amministrazione, la decisione di aumentare il capitale spetti "in ogni caso" e quindi in via esclusiva all'organo amministrativo stesso: penso non possa essere messo in discussione il principio che pur in presenza di una delega a favore dell'organo amministrativo ai sensi dell'art. 2481 primo comma, si possa comunque procedere ad un aumento del capitale mediante delibera dell'assemblea dei soci, organo "naturalmente" deputato ad assumere tale tipo di decisione. Parlare di una "riserva esclusiva" a favore dell'organo amministrativo, con riguardo a questa fattispecie, non è pertanto corretto.

Inoltre una interpretazione letterale della norma non consentirebbe di dare un significato neppure al richiamo che alla norma stessa è contenuto nel comma terzo dell'art. 2475: quando si utilizza l'espressione "salvo ..." lo si fa per introdurre dei limiti ad una concessione; ma l'ultimo comma dell'art. 2475, se preso alla lettera, non introduce alcun limite, né in relazione ai poteri degli amministratori, né in relazione alle modalità di formazione delle decisioni degli amministratori (13).

L'INTERPRETAZIONE PROPOSTA

Se si vuole riconoscere una funzione a questa norma (senza pertanto condannarla "all'inutilità") ed una sua coerenza col sistema, non resta che ritornare al "passato" e riproporre quindi della norma pur nella sua nuova versione quella interpretazione che era già emersa vigente il testo originario, e che aveva portato a dare di detta norma una lettura nel senso di una riserva al metodo collegiale per la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione o scissione, nonché per le decisioni di aumento del capitale ai sensi dell'articolo 2481 e ciò ogniqualvolta l'amministrazione fosse affidata ad organo pluripersonale (14).

Letta in questi termini non può più essere messa in discussione la "funzione" della norma e la sua "coerenza" col sistema:

Note:

(10) V. nota 1.

(11) In questo senso vedasi A. Busani, in *Il Sole 24 Ore*, 8 luglio 2003: "... la precisazione fatta dall'*errata corrige* sostituisce ora l'espressione "consiglio di amministrazione" con l'espressione "organo amministrativo" Viene dunque completamente meno l'argomento su cui si fondava l'interpretazione esposta in precedenza, di conseguenza si deve ora ritenere che i possibili sistemi di amministrazione sono tre (Amministratore Unico, Consiglio di Amministrazione, amministratori individuali) e non più due (amministratore Unico e consiglio di Amministratore, i cui membri possono eventualmente agire individualmente)..."

(12) Vedi nota 5.

(13) Che senso ha infatti dire che "... l'atto costitutivo può tuttavia prevedere... che l'amministrazione sia affidata a più persone disgiuntamente oppure congiuntamente salvo che la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione o scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale ai sensi dell'articolo 2481 sono in ogni caso di competenza dell'organo amministrativo" ossia dei suddetti amministratori? Il richiamo al quinto comma anziché integrare e/o modificare in qualche modo la disciplina del terzo comma finirebbe col ribadire quello che già si ricava dalla disposizione del terzo comma, apparendo del tutto inutile e fuori luogo.

(14) V. la nota 8.

- la norma infatti lungi dal ribadire riserve di competenza già discendenti da altre più specifiche norme si porrebbe su un altro piano quello cioè delle formalità procedurali da osservare nella formazione della decisione degli amministratori in ordine ad atti di particolare rilievo, assumendo pertanto una sua connotazione tipica ed una sua rilevanza automa (in stretta correlazione con la disposizione del quarto comma che la precede);
- nessun contrasto vi sarebbe con l'art. 2481 c.c. operando le due norme su “piani” tra loro diversi: la norma in oggetto, nell'ottica proposta, si limiterebbe a prevedere, nel caso di decisione di aumento del capitale assunta dall'organo amministrativo pluripersonale in esecuzione di apposita delega ex art. 2481 c.c., che la stessa debba essere adottata con metodo collegiale (senza pertanto escludere la concorrente competenza dell'assemblea dei soci);
- anche il richiamo alla norma in oggetto contenuto nel terzo comma dell'art. 2475 avrebbe quella funzione “limitativa” (relativamente alle modalità procedurali da osservare) che l'utilizzo dell'espressione “salvo....” presuppone (15);
- visto che per le decisioni dei soci, l'art. 2479 quarto comma esclude relativamente a determinate decisioni, particolarmente rilevanti, il ricorso alla *consultazione scritta ed al consenso espresso per iscritto*, appare coerente col sistema che la norma che estende anche alle decisioni degli amministratori queste forme “semplificate” preveda al contempo l'esclusione al loro ricorso per atti di primaria importanza per la vita della società.

Mi rendo conto che l'interpretazione proposta costituisce una indubbia “forzatura” del dato letterale. Ma a ragion veduta, resta la sola in grado di dare un senso alla norma in commento.

CONCLUSIONI E SOLUZIONI “OPERATIVE”

Ritengo pertanto opportuno tener conto di questa “lettura” della norma, certamente più restrittiva rispetto a quella “letterale”, ogni qualvolta si debba redigere lo Statuto di una s.r.l., prevedendo opportune clausole che riproducano quell'assetto normativo che purtroppo la norma non esplicita in maniera chiara ed inequivocabile.

Così è consigliabile, ogniqualevolta nello statuto sia prevista la facoltà per il Consiglio di Amministrazione di ricorrere, per la formazione delle proprie decisioni, alla *consultazione scritta ed al consenso espresso per iscritto*, inserirvi anche una clausola del seguente tenore:

Con riferimento alle materie indicate dall'art. 2475 quinto comma cod. civ., ovvero in tutti gli altri casi previsti dalla legge o dal presente statuto, le decisioni del Consiglio di Amministrazione, debbono essere adottate mediante deliberazione collegiale.

(segue la disciplina del Consiglio, circa la convocazione, l'intervento, le maggioranze, ecc., del tipo di quella qui di seguito proposta)

A tal fine il Consiglio di Amministrazione:

a) viene convocato dal Presidente ovvero da uno qualsiasi degli amministratori, mediante avviso spedito con lettera raccomandata con avviso di ricevimento, ovvero consegnato a mano e controfirmato dal destinatario per ricevuta, ovvero comunicato con qualsiasi altro mezzo idoneo allo scopo che garantisca la prova dell'avvenuto invio (compresi fax, posta elettronica ed altri mezzi similari), almeno cinque giorni prima dell'adunanza ovvero in caso di urgenza con telegramma da spedirsi almeno un giorno prima; in detto avviso debbono essere indicati la data, il luogo e l'ora della riunione nonché l'ordine del giorno;

b) si raduna presso la sede sociale o altrove, purché in Italia, o nell'ambito del territorio di Nazione appartenente alla Unione Europea;

Le adunanze del Consiglio e le sue deliberazioni sono valide, anche senza convocazione formale, quando intervengono tutti i Consiglieri in carica ed i Sindaci se nominati.

È possibile l'intervento alle riunioni del Consiglio mediante mezzi di telecomunicazione purché sia con-

Nota:

(15) in questa ottica il terzo comma dell'art. 2475 andrebbe infatti così letto: “L'atto costitutivo può tuttavia prevedere... che l'amministrazione sia affidata a più persone disgiuntamente oppure congiuntamente salvo che per la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione o scissione, nonché per le decisioni di aumento del capitale ai sensi dell'articolo 2481 che debbono in ogni caso essere adottate con il metodo collegiale”; il richiamo all'ultimo comma in questo caso avrebbe un “senso” (contrariamente a quanto sopra lamentato in nota 11): col richiamo all'ultimo comma la disciplina del terzo comma sarebbe integrata con una specifica disciplina inerente il processo di formazione delle decisioni dell'organo amministrativo.

sentito effettuare gli accertamenti e porre in essere tutte quelle attività che devono risultare dal verbale; in particolare deve essere consentito a chi presiede la riunione di accertare l'identità e la legittimazione degli intervenuti, constatare e proclamare i risultati della votazione, identificando gli amministratori favorevoli, astenuti e dissenzienti; deve inoltre essere consentito agli intervenuti di partecipare alla discussione ed alla votazione simultanea sugli argomenti all'ordine del giorno, di visionare, ricevere o trasmettere documenti, di richiedere che siano riportate nel verbale le proprie dichiarazioni o il proprio dissenso.

Il Consiglio di amministrazione, delibera validamente, in forma collegiale, con la presenza effettiva della maggioranza dei suoi membri in carica ed a maggioranza assoluta dei voti dei presenti (ovvero delibera validamente con il voto favorevole della maggioranza degli amministratori in carica). In caso di parità la proposta si intende respinta. Il voto non può essere dato per rappresentanza.

Le deliberazioni del Consiglio di Amministrazione adottate a sensi del presente articolo sono constatate da verbale sottoscritto dal Presidente e dal segretario; detto verbale, anche se redatto per atto pubblico, dovrà essere trascritto, nel Libro delle decisioni degli Amministratori.

A seguito della riforma del diritto societario, per le s.r.l. si può prevedere, negli statuti, la facoltà di affidare l'amministrazione, oltre che alle figure "tradizionali" dell'Amministratore Unico o del Consiglio di Amministrazione, anche a più Amministratori operanti con poteri disgiunti e/o congiunti (secondo il modello delle società personali) sulla base di una clausola del seguente tenore:

La società potrà essere amministrata, alternativamente, a seconda di quanto stabilito dai soci in occasione della nomina:

a) da un Amministratore Unico

b) da un Consiglio di Amministrazione composto da più membri, da un minimo di due ad un massimo di membri, secondo il numero esatto che verrà determinato dai soci in occasione della nomina;

c) da due o più Amministratori con poteri congiunti e/o disgiunti

Nel caso di nomina di due o più Amministratori a sensi del precedente punto c), i poteri di amministrazione spettanti all'organo amministrativo in base al presente Statuto o alla legge, potranno essere attribuiti agli stessi, in occasione della nomina, sia in via congiunta che in via disgiunta, ovvero taluni poteri di amministrazione potranno essere attribuiti in via disgiunta e gli altri in via congiunta. In mancanza di qualsiasi precisazione nell'atto di nomina in ordine alle modalità di esercizio dei poteri di amministrazione, detti poteri si intenderanno attribuiti agli amministratori in via disgiunta (ovvero congiunta). Se l'amministrazione spetta disgiuntamente a più amministratori, ciascun amministratore ha diritto di opporsi all'operazione che un altro voglia compiere prima che sia compiuta: sull'opposizione decidono i soci.

Da segnalare che per taluni interpreti quando vengono nominati due o più amministratori si è sempre in presenza di un Consiglio di Amministrazione e che l'attribuzione dei poteri ai singoli amministratori in via congiunta e/o disgiunta attiene ad una diversa regolamentazione circa il funzionamento del Consiglio di Amministrazione così nominato. Non esisterebbe quindi una terza figura oltre alle figure tradizionali dell'Amministratore Unico e del Consiglio di Amministrazione. Tale interpretazione si fonderebbe sul dato testuale del terzo comma primo periodo dell'art. 2475 c.c. che così stabilisce: "Quando l'amministrazione è affidata a più persone, queste costituiscono il Consiglio di Amministrazione".

Riteniamo invece preferibile indicare in maniera autonoma, anche dal punto di vista terminologico, questo diverso modo di operare dell'organo amministrativo. Tanto più che lo stesso terzo comma dell'art. 2475 c.c. continua, dopo il primo periodo, stabilendo che "l'atto costitutivo può tuttavia prevedere, salvo quanto disposto nell'ultimo comma del presente articolo, che l'amministrazione sia ad esse affidata disgiuntamente oppure congiuntamente; in tali casi si applicano rispettivamente gli articoli 2257 e 2258"

L'uso di quel "tuttavia", che sembra proprio legittimare una deroga al principio enunciato nel primo periodo, il riferimento al fatto che l'amministrazione sia affidata "ad esse" (persone) direttamente, e non come forma di ripartizione delle competenze all'interno del Consiglio di Amministrazione, il richiamo alle norme degli artt. 2257 e 2258 dettati in tema di società personali, ove è ignota la figura del Consiglio di Amministrazione, ci fanno preferire la soluzione proposta.

Tuttavia proprio perché nel secondo periodo del terzo comma dell'art. 2475 c.c. viene fatto "salvo quanto disposto nell'ultimo comma del medesimo articolo" diventa necessario, ogni qualvolta nello statuto sia prevista la facoltà di affidare l'amministrazione a più Amministratori operanti con poteri disgiunti e/o congiunti (secondo il modello sopra delineato), ed al fine specifico di garantire l'assunzione delle decisioni sulle materie indicate dall'art. 2475 ultimo comma c.c. mediante il "metodo collegiale" anche in presen-

za di tale nuova e particolare figura di amministrazione, inserire nello statuto stesso anche una clausola del seguente tenore:

Con riferimento alle materie indicate dall'art. 2475 quinto comma cod. civ. ovvero in tutti gli altri casi previsti dalla legge o dal presente statuto, le decisioni degli Amministratori, che siano stati nominati a sensi del precedente art. sub c) (ossia l'articolo che prevede la facoltà di affidare l'amministrazione a più Amministratori operanti con poteri disgiunti e/o congiunti redatto secondo la formulazione sopra riportata) debbono essere adottate mediante apposita deliberazione; a tal fine gli Amministratori vengono convocati dall'amministratore più anziano e deliberano validamente col voto favorevole della maggioranza (ovvero ...) degli Amministratori in carica. Le deliberazioni così assunte sono constatate da verbale sottoscritto da almeno un Amministratore; detto verbale, anche se redatto per atto pubblico, dovrà essere trascritto, nel Libro delle decisioni degli Amministratori; per quanto riguarda le modalità di convocazione, il luogo di convocazione e le modalità di svolgimento della riunione si applicano, in quanto non derogate dalle disposizioni del presente comma, le disposizioni di cui ai precedenti articoli ... (richiamare gli articoli relativi al Consiglio di Amministrazione)

Da segnalare con riguardo a quest'ultima clausola:

- a) sono state disciplinate in maniera autonoma
 - la competenza per la convocazione degli amministratori chiamati a deliberare con il metodo collegiale (escluso un richiamo alla disciplina dettata dallo Statuto per il Consiglio di Amministrazione posto che nel caso di Amministratori operanti con poteri disgiunti e/o congiunti, secondo il modello delle società personali sopra delineato, non vi è un Presidente del Consiglio di Amministrazione, cui spetta normalmente la competenza a convocare il Consiglio di Amministrazione);
 - il *quorum* deliberativo (senza indicare, come avviene invece normalmente in caso di Consiglio di Amministrazione anche un *quorum* costitutivo);
 - la verbalizzazione (escluso un richiamo alla disciplina dettata dallo Statuto per il Consiglio di Amministrazione posto che nel caso di Amministratori operanti con poteri disgiunti e/o congiunti, secondo il modello delle società personali sopra delineato, non vi è un Presidente del Consiglio di Amministrazione e un segretario, cui spetta normalmente la competenza a sottoscrivere il verbale);
- b) per tutti gli altri aspetti (modalità di convocazione, luogo di convocazione, modalità di svolgimento della riunione), al fine di non appesantire troppo il testo, si è preferito operare un rinvio alle disposizioni previste dallo statuto per il Consiglio di Amministrazione (fermo restando che, in base alle diverse esigenze, anche per questi aspetti potranno essere dettate discipline differenziate).

Amministrazione di sostegno

Brevi considerazioni di diritto comparato per una rilettura delle norme in tema di amministrazione di sostegno

di GIOVANNI ARICÒ

Una sintetica ricognizione di recenti esperienze di ordinamenti europei dirette alla tutela dei soggetti disabili permette di offrire qualche interessante chiave di lettura e di riflessione sull'istituto dell'amministratore di sostegno, tra giurisprudenza e valutazioni "de jure condendo" circa la sua evoluzione.

Nel corso dei periodici incontri di approfondimento della Commissione degli Affari dell'Unione europea e del Mediterraneo (C.A.E.M.) mi è capitato più volte di dover rivedere la mia visione "olistica" dell'ordinamento italiano, radicando la profonda convinzione che la sua evoluzione dipende in buona misura dal continuo confronto con le esperienze legislative di altri Paesi.

Ebbene, durante una delle sessioni di aggiornamento sulle novità normative emanate nei singoli Paesi membri, mi sono parse di notevole significato notarile le discipline spagnola e belga ruotanti attorno alla tutela dei soggetti incapaci: Legge 18 novembre 2003 n. 41 - *Ley de proteccion patrimonial de las personas con discapacidad* e Legge 2 maggio 2002 - *Loi sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations (Les Asbl)*. E ciò essenzialmente in relazione alla Legge 9 gennaio 2004, n. 6, relativa all'istituzione dell'amministrazione di sostegno, peraltro fortemente voluta ed ispirata dal Notariato italiano.

Mi è sembrato dunque di qualche utilità scrivere queste brevi considerazioni che mirano, per un verso, a pubblicizzare l'elasticità di altre legislazioni a noi vicine e, per l'altro, a rafforzare le basi del nostro istituto, ancora non decollato definitivamente a causa del torpore giuridico di qualche interprete.

La Legge spagnola 18 novembre 2003 n. 41 di protezione patrimoniale dei soggetti disabili

Gli obiettivi della normativa emanata in Spagna sono diretti sostanzialmente alla massima tutela patrimoniale dei soggetti cui si rivolge, apprestando gli strumenti necessari affinché le loro minori capacità non impediscano l'esercizio dei diritti riconosciuti dalla Costituzione. Il miglioramento dell'assisten-

za sanitaria permette una crescente longevità dei soggetti portatori di *handicap*; peraltro le nuove forme di invalidità gravi e progressive richiedono una migliore assistenza permanente che, da una parte, non può esaurirsi nel ruolo svolto dalla famiglia, dall'altra, deve comportare il minor costo possibile per la collettività.

Le incapacità sulle quali si pone l'attenzione sono soprattutto le nuove forme di disfunzioni dovute a lesioni cerebrali e del midollo, al morbo di Alzheimer ed alle altre patologie simili. In tali circostanze il legislatore reputa giusto non gravare esclusivamente la società civile e la famiglia dei costi di assistenza, ma, ove possibile, favorire *in primis* la gestione di un patrimonio proprio del disabile in previsione di altre fonti di reddito.

A tale scopo la legge fornisce le norme disciplinari per la formazione e la gestione di un patrimonio separato "*masa patrimonial*" vincolata direttamente alla soddisfazione delle necessità vitali del disabile, incentivando, anche fiscalmente, l'apporto a titolo gratuito di beni e diritti allo stesso.

Si tratta in buona sostanza di un patrimonio di destinazione "*patrimonio de destino*" che manca di personalità giuridica, ma che isola alcuni beni dalla sfera patrimoniale generale del soggetto e li destina ad uno scopo sottoponendoli ad uno speciale regime di amministrazione e di controllo.

Beneficiari della tutela sono evidentemente i soggetti portatori di un certo grado di incapacità "*minusvalia*" (1), concorrano o meno altre cause di incapacità giuri-

Nota:

(1) Occorre una incapacità psichica almeno del 33% o fisica almeno del 65%; la percentuale è stabilita da un certificato o da provvedimento giudiziale.

dicamente rilevanti e formalmente dichiarate; essi soltanto sono i titolari del patrimonio.

Per quanto attiene alle modalità di costituzione del patrimonio protetto, la legge spagnola sceglie l'atto "inter vivos" (2) in forma di documento pubblico, ovvero la determinazione giudiziale. L'atto costitutivo tra vivi può essere stipulato dal disabile medesimo non affetto da incapacità psichica grave, oppure, in alternativa, da soggetti terzi, a titolo gratuito, siano essi i suoi genitori, tutore o curatore, ovvero soggetti qualificabili "curatori di fatto" del disabile, anche su istanza di qualunque portatore di un interesse legittimo, in conformità alle norme che presiedono al compimento di atti giuridici in sostituzione del soggetto legalmente incapace. In caso di opposizione o rifiuto ingiustificati dei suoi genitori, tutore o curatore, l'apporto a favore del disabile può comunque essere perfezionato con provvedimento dell'Autorità Giudiziaria, ove conveniente per il beneficiario. L'atto di costituzione deve contenere un inventario dei beni o diritti attribuiti unitamente alle norme che presiedono all'amministrazione dei beni apportati e, ove necessario, alla rappresentanza del soggetto.

In caso di costituzione volontaria da parte di terzi, alla fisiologica natura unilaterale dell'atto costitutivo, si accompagna la produzione di un duplice ordine di effetti: costitutivo del patrimonio protetto e dispositivo dei beni destinati allo scopo. In caso di costituzione da parte del beneficiario medesimo si è in presenza invece di un atto unilaterale istituivo del solo patrimonio protetto e comportante la conseguente separazione patrimoniale. Peraltro l'apporto di terzi resta, sul piano dell'efficacia sul patrimonio del disponente, assoggettato a tutte le regole sostanziali previste dalla natura dei singoli negozi traslativi; ad esempio in materia di revocatoria, se pregiudizievole per i creditori personali del disponente, od in materia successoria, se lesivo dei diritti attribuiti agli eredi.

La legge consente altresì apporti a titolo gratuito successivi alla costituzione del patrimonio protetto da parte di tutti i soggetti interessati, con atto bilaterale in quanto accettato volontariamente dal disabile o dai suoi rappresentanti legali od autorizzato dall'Autorità giudiziaria in presenza di rifiuti ingiustificati.

È singolare notare che, se per un verso all'apporto non può essere apposto un termine finale di efficacia, dall'altro, all'autonomia negoziale del costituente è riconosciuta la facoltà di imporre la destinazione dei beni per il periodo successivo alla estinzione del patrimonio, prevedendo ad esempio che ritornino a lui od ai suoi eredi, a patto che residuino beni e diritti sufficienti al mantenimento del beneficiario.

Quanto al sistema di amministrazione, da regolamentare nell'atto pubblico di costituzione, la legge spagnola attribuisce al costituente la più ampia libertà nella determinazione delle modalità di gestione del patrimonio protetto, nel caso in cui il costituente sia anche beneficiario e, naturalmente, sia persona pienamente capace.

Negli altri casi, ogni atto di disposizione sarà assoggettato alle medesime autorizzazioni giudiziali previste per il compimento di atti da parte del tutore, ferma restando tuttavia la possibilità che l'Autorità giudiziaria, in relazione al caso concreto, detti specifiche deroghe per consentire maggiore elasticità alla gestione.

Peraltro, ancorché il disabile sia pienamente capace, l'amministrazione del patrimonio protetto può essere attribuita, per disposizione del disabile o del terzo costituente medesimo, ad una persona di particolare fiducia, la quale in merito agli atti di gestione del patrimonio avrà rappresentanza legale del disabile. Analogamente, ove il disabile non sia pienamente capace, il terzo costituente può affidare la gestione ad un soggetto differente dai genitori, tutore o curatori. In tal caso a questi resterà affidata la gestione del residuo patrimonio del beneficiario con le regole rappresentative ordinarie, mentre all'amministratore del patrimonio protetto spetterà, per i relativi atti di gestione, la rappresentanza legale del disabile.

Il patrimonio protetto si estingue poi in caso di morte o dichiarazione di morte presunta del disabile ovvero per cessazione, giuridicamente rilevante, dello status di disabile. In conseguenza i beni saranno appresi al patrimonio ereditario, ovvero resteranno all'ex-disabile.

Come già ricordato, in presenza di beni e diritti apportati da terzi è consentito al costituente regolamentare la destinazione dei beni all'atto della cessazione del patrimonio protetto e, ove sia impossibile la devoluzione secondo le direttive stabilite, si prevede la necessaria devoluzione a finalità analoghe.

Al fine di garantire il rispetto delle finalità di tutela del disabile, l'amministrazione è sottoposta ad una serie di controlli, sia di natura privatistica, cioè creati dal costituente medesimo, sia di natura istituzionale, in capo alla Autorità Giudiziaria (*Ministerio Fiscal*) alla quale compete sia un potere di controllo generale attraverso informazioni che periodicamente l'amministratore (nei casi in cui non sia lo stesso beneficiario) deve rendere, sia attraverso un autonomo potere di intervento d'ufficio o su istanza di soggetti interessati, avvalendosi inoltre dell'appoggio di appositi organismi istituzionali (*Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*) la cui composizione, funzionamento e funzioni sono regolamentate dal *Real Decreto* 30 gennaio 2004, n. 177.

Quanto alla pubblicità, qualora l'amministrazione non appartenga allo stesso beneficiario o ai suoi genitori, tutore o curatore, i poteri rappresentativi dei soggetti legittimati sono portati a conoscenza dei terzi attraverso apposita annotazione nel Registro dello stato civile. In presenza di diritti reali immobiliari costituenti il patrimonio separato, apposita annotazione dovrà essere ef-

Nota:

(2) Non sembra però che si possa escludere, date le finalità della legge, anche una costituzione mediante atto *mortis causa*.

fettuata anche presso i Registri immobiliari; la medesima sorte avranno tutti i beni assoggettati a specifiche forme di registrazione, ivi comprese le partecipazioni in società commerciali, con obbligo di notifica alla società od all'ente di gestione posta a carico del Notaio o del Giudice.

Il contenuto della legge non si esaurisce nella disciplina del patrimonio di destinazione, ma introduce notevoli modifiche al codice civile volte a rafforzare la protezione patrimoniale dei soggetti incapaci. Tra queste sembra opportuno segnalare le norme di "autotutela" ed in particolare quella che permette di adottare disposizioni in previsione della propria futura incapacità. Il tema, oggetto di numerosi approfondimenti e proposte anche nel nostro ordinamento, (3) è stato affrontato dal Legislatore spagnolo pragmaticamente, intervenendo in misura minima sul codice civile. I genitori possono infatti, con testamento od atto pubblico notarile, individuare, per i propri figli minori o incapaci, organi di controllo della tutela e designare i soggetti che abbiano l'amministrazione dei beni patrimoniali e la cura della persona. Allo stesso modo qualsiasi soggetto capace, in previsione della propria incapacità giudiziale futura, può, sempre con atto pubblico notarile, adottare ogni disposizione relativa alla propria persona ed ai propri beni, inclusa la designazione del tutore. Il Notaio rogante è in ogni caso tenuto a comunicare il contenuto degli atti al Registro dello Stato civile.

È interessante poi la norma che, in tema di mandato, stabilisce che la incapacità dichiarata sopravvenuta del mandante non sia causa di estinzione dello stesso ove il mandante ne abbia disposto la continuazione malgrado l'incapacità.

In materia successoria la legge prevede: come nuova causa di indegnità il fatto di non aver prestato le necessarie cure al disabile; la possibilità del testatore di gravare la quota di legittima di una sostituzione fedecommissaria quando sia a beneficio di un figlio o discendente disabile; un trattamento di favore per le disposizioni a titolo gratuito aventi ad oggetto un diritto di abitazione a favore di disabili; una protezione indiretta del disabile, permettendo al coniuge superstite di intervenire nella distribuzione del patrimonio ereditario quando vi siano discendenti comuni disabili.

Una profonda riforma della normativa in materia di imposte dirette e indirette integra infine la costruzione dell'istituto di protezione (4).

La Legge belga 2 maggio 2002 sulle associazioni senza scopo di lucro, le associazioni internazionali senza scopo di lucro e le fondazioni

Non priva di spunti suggestivi sembra poi la legge belga sulle associazioni senza scopo di lucro, le associazioni internazionali senza scopo di lucro e le fondazioni, entrata in vigore nel 2003. La normativa ridisegna completamente la disciplina costituti-

va, modificativa ed estintiva degli enti non lucrativi, ma rappresenta anche uno strumento valido ed alternativo al *trust* per la formazione di un patrimonio di destinazione protetto, dotato però di una struttura con personalità giuridica.

Con questo provvedimento il legislatore belga è intervenuto modificando la precedente legge del 27 giugno 1921 in tema di riconoscimento della personalità civile alle associazioni senza scopo di lucro e agli enti di pubblica utilità. In particolare, ai fini che qui più interessano, l'art. 40 della legge *de qua* riscrive gli artt. 27-43 del precedente Titolo II "Delle fondazioni". In particolare il nuovo art. 27, al 1° comma, seconda parte, dopo aver previsto che: "...La fondazione non può procurare un guadagno materiale né ai fondatori né agli amministratori né a qualsiasi altra persona salvo, in questo ultimo caso, si tratti della realizzazione di uno scopo altruistico", nel successivo 4° comma statuisce che: "Una fondazione può essere riconosciuta di utilità pubblica allorché tende alla realizzazione di un'opera a carattere *filantropico, filosofico, religioso, scientifico, artistico, pedagogico o culturale*". A tal fine essa deve avere la denominazione "Fondazione di utilità pubblica" (art. 27, ult. co.) ed acquista la personalità giuridica dalla data del decreto reale di riconoscimento, previo invio della domanda al Ministero della giustizia (nuovo art. 29 § 2). Lo statuto deve contenere obbligatoriamente la individuazione dello o degli scopi in vista dei quali è costituita la fondazione con l'indicazione delle attività funzionali al raggiungimento degli stessi. Il controllo sull'esistenza delle condizioni stabilite dalla legge è rimesso al Notaio in sede di costituzione.

E ancora, le modifiche delle menzioni di cui all'art. 28 (che indica il contenuto minimo essenziale dello statuto) devono essere approvate dal Re, mentre gli altri "cambiamenti" devono essere comunicati al ministro della giustizia o a un suo delegato e accettati da uno di loro, alle condizioni e nei limiti della legge in esame (nuovo art. 30 § 2); inoltre, presso il ministero della giustizia è tenuto un fascicolo contenente tutti i dati e le operazioni inerenti la vita della fondazione di pubblica utilità (costituzione, sede, nomina/revoca amministratori, ecc) (nuovo art. 31 § 2 e § 3). In caso di estinzione della fondazione, il patrimonio deve essere devoluto a finalità altruistiche, ma è ben possibile che lo statuto preveda che, al raggiungimento degli scopi, il fondatore od i suoi aventi causa possano ritornare in possesso di una somma corrispondente al valore dei beni residui o dei beni stessi. Tutte le fondazioni private che ne abbiano le caratteristiche di fatto, possono, con atto

Note:

(3) Vedasi al riguardo per tutti E. Calò, *Enduring powers of attorney: il mandato come alternativa all'interdizione*, in questa Rivista, 4/1999, 385 ss.

(4) Modificazioni delle Leggi n. 40/1998 (Impuesto sobre la Renta de las personas físicas y otras normas tributarias), n. 43/1995 (Impuesto sobre sociedades), e del Decreto legislativo n. 1/1993 (Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados).

pubblico ed approvazione del Re, trasformarsi in di fondazioni di utilità pubblica.

Queste formalità così stringenti (per citare solo le più evidenti e che si distinguono da quelle inerenti le fondazioni c.d. "private", dove il compito di controllo è affidato, in linea di massima, al Tribunale) non possono che trovare giustificazione nella specifica finalità perseguita da questi enti, finalità che, come espressamente indicato dalla legge, devono investire ambiti della vita pubblica, o del sociale.

La nuova disciplina della fondazione fornisce all'ordinamento belga un veicolo giuridicamente adeguato per gestire fiduciariamente beni o patrimoni, tra i quali ad esempio le partecipazioni societarie e per salvaguardare la continuità ed il carattere familiare delle imprese (5). Si tratta in particolare di operazioni molto frequenti in Belgio, attraverso le quali i titolari delle partecipazioni fornite di diritto di voto in assemblea, cedono le stesse alla fondazione che agisce quale fiduciaria (perseguito dunque una finalità statutaria determinata) ed, a fronte del trasferimento, viene rilasciato un certificato azionario che permette al fiduciante di far valere i propri diritti patrimoniali.

Sembra, quindi, esserci spazio per la previsione di fondazioni destinate statutariamente alla cura e al sostentamento di soggetti che, come riconosciuto anche dal nostro Legislatore, si trovano nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi. Obbligo degli amministratori di tali enti sarà verificare la condizione psico-fisica dell'assistito ed accertare che egli riceva assistenza non solo medica, ma anche giuridica, patrimoniale e morale.

D'altra parte, la circostanza che la vita di tali enti è supervisionata direttamente dal potere esecutivo è sintomatico non solo della delicatezza dell'incarico svolto da dette fondazioni, ma anche del rilievo che esse vengono ad assumere nella vita quotidiana dei cittadini.

L'amministratore di sostegno a confronto con le normative esaminate

Per tentare di delineare con maggiore lucidità qualche riflessione di diritto comparato tra gli istituti trattati e quello normato dal Legislatore italiano con la novella del 9 gennaio 2004, n. 6, anche in una prospettiva di sviluppo *de iure condendo*, non si può prescindere dal ripercorrere le linee guida della disciplina in tema di amministrazione di sostegno (6).

Si tratta di un complesso di norme coordinate con una rivisitazione dei tradizionali mezzi di protezione dell'interdizione e dell'inabilitazione, le cui finalità sono bene espresse dall'art. 1 della legge introduttiva nell'esigenza "di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente" (7). L'art. 404 c.c. detta i presupposti per la nomina dell'Amministratore di Sostegno consistenti nell'impossi-

bilità, anche parziale o temporanea (e quindi, *a contrario* anche integrale o definitiva), del soggetto svantaggiato di provvedere ai propri interessi. Impossibilità causata da infermità, menomazione fisica o psichica. La nomina è di competenza del Giudice Tutelare presso il Tribunale del Circondario in cui ha residenza o domicilio (8) il beneficiario, su ricorso dello stesso beneficiario, ancorché minore, interdetto, inabilitato, o dei soggetti di cui all'art. 417 c.c. come modificato dalla novella. Quest'ultima disposizione (relativa alla individuazione dei soggetti legittimati all'istanza di interdizione e inabilitazione), attribuisce la legittimazione anche al soggetto interessato ed alla persona con lui stabilmente convivente nonché ai responsabili dei servizi sanitari e locali. In particolare l'art. 408 c.c. statuisce che il Giudice Tutelare (organo preposto a dirigere l'intera procedura) debba preferire, ove possibile, il coniuge che non sia separato legalmente, la persona stabilmente convivente, il padre, la madre, il figlio o il fratello o la sorella, il parente entro il quarto grado, ovvero il soggetto designato dal genitore superstite con testamento, atto pubblico o scrittura privata autenticata e, quando ne ravvisi l'opportunità, e nel caso di designazione dell'interessato quando ricorrano gravi motivi, possa chiamare all'incarico (di amministratore di sostegno) anche altra persona idonea, ovvero uno dei soggetti di cui al titolo II, al cui legale rappresentante ovvero alla persona che questi ha facoltà di delegare, competono tutti i doveri e tutte le facoltà previste dalla legge (9).

Note:

(5) Così A.C. Eyben, *La Certification des titres a computer 2003: L'administratiekantoor néerlandais fait place à la fondation belge!*

(6) La novella introduce rilevanti modifiche al Titolo XII del codice civile ora rubricato "Delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia", e scomponendone la struttura in due distinti Capi: Capo I dedicato all'Amministratore di sostegno; Capo II dedicato agli istituti della interdizione e inabilitazione.

(7) Per una più dettagliata trattazione si veda a titolo meramente esemplificativo: E. Calò, *Studio 4858*, approvato dalla Commissione Studi del Consiglio Nazionale del Notariato il 20 gennaio 2004 e pubblicato *on line* sul C.N.N. Notizie del 18 febbraio 2004; U. Morello, *L'amministrazione di sostegno (dalle regole ai principi)*, in questa *Rivista* 3/2004, 225 ss.; B. Malavasi, *L'amministrazione di sostegno: le linee di fondo*, in questa *Rivista* 3/2004, 314 ss.; S. Delle Monache in *N.G.C.C.* 2004, II, 29 ss.; G. Campese, *L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*, in *Famiglia e Diritto* 2/2004, 126 ss.; G. Salito e P. Matera, *Amministrazione di sostegno: il ruolo del notaio*, in questa *Rivista* 6/2004, 662 ss.; C. Spreafico in *Fedemotizie*, luglio 2004, 185 ss.

(8) I criteri per la individuazione del giudice territorialmente competente sono inderogabili ex art. 28 c.p.c. (in quanto procedimento camerale) e sono gli stessi previsti dall'art. 712 c.p.c. per i procedimenti di interdizione e inabilitazione. Si ritiene siano tra loro concorrenti (o alternativi), purché si instauri il procedimento innanzi al giudice della residenza effettiva dell'interessato, coincidente con la residenza anagrafica in assenza di prova di una residenza effettiva differente (così Cass. 22 ottobre 1991 n. 11204, in materia di interdizione).

(9) In altre parole, quando la scelta dell'amministratore di sostegno è opera del giudice tutelare, questi deve preferire alcuni soggetti ma, per ragioni di opportunità, può sceglierne altri; al contrario, se la scelta propria
(segue)

Al contrario, il terzo comma dell'articolo in esame esclude dal novero dei possibili amministratori gli operatori dei servizi pubblici o privati che hanno in cura o in carico il beneficiario e ciò per evitare possibili conflitti di interesse tra chi si prende cura e chi deve vigilare sull'operato dell'amministratore stesso.

Come già anticipato, il provvedimento di nomina dell'Amministratore di Sostegno è finalizzato ad individuare la misura di protezione più idonea per il beneficiario, privandolo il meno possibile della capacità di agire attraverso la personalizzazione del provvedimento in favore del beneficiario. Lo stesso art. 409 c.c. ha infatti cura di precisare che il beneficiario, oltre a conservare la possibilità di compiere personalmente gli atti necessari per soddisfare le esigenze della vita quotidiana, conserva la piena capacità per tutti gli atti che, in relazione al contenuto del provvedimento del giudice, non richiedono la rappresentanza dell'Amministratore di Sostegno o la sua assistenza.

Il fulcro del sistema di gestione è tuttavia da individuare nel combinato disposto degli artt. 405 nn. 3) e 4) e 411 comma 1 c.c.. Il primo relativo al contenuto del provvedimento del Giudice Tutelare, che deve contenere la indicazione dell'ambito dei poteri dell'Amministratore di Sostegno ed il secondo che rinvia alle norme di cui agli artt. da 349 a 353 e da 374 a 388 in materia di tutela, fermo restando la facoltà per il Giudice di stabilire nel provvedimento di nomina o successivamente che determinati effetti, limitazioni, o decadenze previste in materia di interdizione o inabilitazione si estendano all'Amministratore di Sostegno (art. 411 comma 3). La norma precisa inoltre che i provvedimenti di cui agli artt. 375 e 376 sono di competenza del Giudice Tutelare (art. 411 comma 1). Ne consegue la seguente progressione logica:

– nel provvedimento di nomina dell'Amministratore di Sostegno, il Giudice Tutelare dovrà indicare quali atti o categorie di atti l'Amministratore di Sostegno può compiere in nome e per conto del beneficiario o il beneficiario può compiere con l'assistenza dell'Amministratore di Sostegno (art. 405 nn. 3 e 4);

– il beneficiario conserva la piena capacità in merito al compimento di tutti gli altri atti (art. 409 comma 1);

– per effetto della natura programmatica del provvedimento di nomina dell'Amministratore di Sostegno, il compimento degli atti menzionati nel provvedimento stesso e rientranti tra gli atti di cui agli artt. 374, 375, 376 dovrà essere autorizzato dalla Autorità Giudiziaria, che nel caso di specie sarà sempre il Giudice Tutelare.

Dall'esame della disciplina emerge con sufficiente evidenza che il punto critico della normativa risiede nella individuazione del rapporto con gli altri istituti tradizionali di protezione, presupposto dell'applicazione dei quali è "l'*infermità abituale di mente*" del soggetto, che lo renda "incapace di provvedere ai propri interessi" (art. 414). A giustificare i dubbi interpretativi è proprio la potenziale coincidenza tra l'"*abituale infermità di mente*"

che renda il soggetto "incapace di provvedere ai propri interessi" (10), (presupposto ex art. 414 c.c. per l'interdizione e l'inabilitazione) ed il concetto di "menomazione psichica" che cagioni "l'impossibilità di provvedere ai propri interessi" (che è uno dei presupposti ex art. 404 c.c. per la nomina dell'Amministratore di Sostegno).

Inevitabile pertanto per l'interprete è eleggere, in alternativa, il percorso ermeneutico secondo il quale l'Amministrazione di Sostegno ha campo di applicazione autonomo e limitato a quelle forme di deficienza psichica comunque inferiori, rispetto a quelle legittimanti l'adozione delle misure tradizionali (11), oppure la tesi per la quale il nuovo istituto ha portata generale ed assorbente anche degli istituti tradizionali della interdizione ed inabilitazione, in modo da consentire agli interessati la possibilità di seguire alternativamente o l'una o l'altra forma di tutela, ed optare per l'Amministratore di Sostegno in connessione della più agile e celere procedura, anche in presenza di forme di deficienza psichica integrale. In tale ultima ottica, vista la non obbligatorietà della redazione dell'inventario ex art. 362 c.c. nel caso di nomina dell'Amministratore di Sostegno (12), il ricorso ai procedimenti di interdizione ed inabilitazione avrebbe natura residuale, salvo diretta scelta del ricorrente, da adottare in quelle ipotesi in cui, vuoi per la particolare consistenza o composizione del patrimonio

Note:

(segue nota 9)

mana dallo stesso (futuro) beneficiario, il giudice tutelare può discostarsi da tale designazione solo per gravi motivi, i quali dovranno risultare espressamente dal decreto di nomina. (v. E. Calò, *Studio 4858*, op. cit.).

(10) La dottrina tende a qualificare quale "abituale infermità di mente" che renda il soggetto "incapace di provvedere alla cura dei propri interessi" ex art. 414 c.c. qualsiasi alterazione grave e duratura delle facoltà mentali del soggetto, anche se non presenta i caratteri di una forma patologica ben definita in dipendenza della quale sussista un pericolo attuale di atti pregiudizievoli al suo patrimonio ed agli atti civili del soggetto (cfr. *Manuale della Volontaria Giurisdizione* a cura di Jannuzzi-Lorefice, Milano, 2002, 213). La stessa giurisprudenza ha affermato la sufficienza di qualsiasi deficienza psichica che renda il soggetto incapace di provvedere alla cura dei propri interessi (Cass. 20 novembre 1985 n. 5709, in *Giust. Civ. Mass.* 195 e Cass. 13 marzo 1990 n. 2031, ivi 1990).

(11) In questo senso si è recentemente pronunciata parte della giurisprudenza (Trib. Catania 26 ottobre 2004) che ha espressamente affermato che l'amministrazione di sostegno sia istituto che si aggiunge agli istituti tradizionali essendo finalizzata a garantire una protezione a quei soggetti tendenzialmente capaci di agire ma per lo più inabili a compiere determinate attività materiali

"... (omissis)... deve ritenersi che l'istituto dell'amministrazione di sostegno sia stato aggiunto agli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione per arricchire e completare il panorama degli strumenti a tutela delle persone in qualche modo incapaci (totalmente o parzialmente) di provvedere alla cura dei propri interessi senza sovrapporsi agli ambiti di applicazione dei due istituti già esistenti e avendo come riferimento i casi di persone capaci di adottare le scelte relative alla cura dei propri interessi e, dunque, del tutto estranee alle fattispecie di cui agli artt. 414 e 415 c.c., ma inabili, per le più diverse ragioni, a compiere determinate attività per così dire materiali di concreto esercizio dei loro affari".

(12) L'art. 411 c.c. richiama le norme di cui agli artt. da 349 a 353 e da 374 a 388 c.c. in materia di tutela, in quanto compatibili, tralasciando di richiamare le norme in materia di redazione dell'inventario di cui agli artt. 362 ss c.c..

del minorato, vuoi per la carenza di affidabilità nei soggetti candidati al ruolo di Amministratore di Sostegno ex art. 408 c.c., sia necessario, al fine di garantire “l’*adeguata protezione*” richiesta dalla legge, fare ricorso all’interdizione o inabilitazione (13). È chiaro che in tale prospettiva diviene fondamentale l’attività istruttoria della Autorità Giudiziaria e la successiva adozione di provvedimenti di modifica delle originarie disposizioni, sia d’ufficio che ad istanza di parte. Aspetto che peraltro il legislatore sembra aver pienamente accolto (artt. 407, 410, 411, 413 c.c.). La definizione dell’ambito applicativo degli istituti in oggetto si rivela tanto debole da giustificare dubbi di legittimità costituzionale fondati su una presunta abrogazione non dichiarata dell’interdizione e dell’inabilitazione (14).

A confronto con la normativa spagnola, il legislatore della novella del 9 gennaio 2004, n. 6 ha limitato il proprio intervento allo snellimento e alla razionalizzazione dei sistemi di sostituzione giuridica totale o parziale dei soggetti in situazioni di difficoltà fisica o psichica, intervenendo anche sui tradizionali istituti dell’interdizione e della inabilitazione, profondamente innovati sia per quanto attiene alla eliminazione della obbligatorietà della interdizione del soggetto abitualmente infermo di mente (cfr. art. 414 come modificato), sia per quanto attiene allo spazio di intervento dell’Autorità Giudiziaria.

Sotto tale profilo è sufficiente guardare all’ambito operativo dell’Amministrazione di Sostegno (art. 404), rivolto genericamente “*alle persone che si trovino anche temporaneamente o parzialmente nella impossibilità di tutelare i propri interessi*” e cioè sulle nuove prerogative che la novella attribuisce alla Autorità Giudiziaria in sede di procedimento di interdizione e inabilitazione. Si stabilisce infatti che l’Autorità giudiziaria possa, ove ne ravvisi le necessità ed i presupposti, trasmettere gli atti al giudice competente per la nomina dell’Amministratore di Sostegno (art. 418), nonché personalizzare la misura del grado di incapacità stabilendo nel provvedimento finale che l’interdetto possa compiere in nome proprio determinati atti di ordinaria amministrazione oppure con l’assistenza del tutore, ovvero attribuire all’inabilitato la possibilità di compiere in nome proprio (senza alcuna assistenza) determinati atti di straordinaria amministrazione (art. 419). Si badi al riguardo che non v’è coincidenza con la definizione di soggetto disabile quale prevista dall’art. 3 della l. 104 del 5 febbraio 1992 che si riferisce ad una minorazione fisica psichica o sensoriale tale da cagionare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione, per cui non necessariamente il portatore di *handicap* deve essere anche incapace (parzialmente o totalmente) di intendere e di volere.

Non è prevista però, come invece nella legge spagnola (art. 2.2. l. 41/2003), la percentuale di incapacità psichica o fisica giuridicamente rilevante ai fini della applicazione della normativa, né una disciplina analitica del rapporto con gli istituti della interdizione ed inabili-

tazione, pur in presenza di specifiche disposizioni che appaiono sottintendere la differenza di presupposti per l’adozioni dell’una o dell’altra forma di protezione (art. 405 comma 3, art. 413 comma 4; art. 418 comma 2; art. 429 comma 3).

Se inoltre si pone l’attenzione su quello che dovrebbe (15) essere il contenuto del provvedimento di nomina dell’Amministratore di Sostegno - in particolare ai nn. 3) e 4) del nuovo art. 405 c.c. che affidano all’Autorità Giudiziaria il compito di stabilire quali atti l’Amministratore di Sostegno possa compiere in nome e per conto del beneficiario e/o quali atti possa compiere il beneficiario in nome proprio con l’assistenza dell’Amministratore di Sostegno - si individua la complessiva *ratio* della novella, consistente nell’esigenza di introdurre mezzi di tutela più rapidi degli istituti tradizionali ed evitare, ove possibile, forme di incapacità assoluta del disabile, adottando quelle misure di protezione che sulla base della situazione concreta appaiano le più opportune per la tutela degli interessi del soggetto protetto.

Per le modalità di costituzione, il regime di amministrazione ed gli effetti, il legislatore spagnolo persegue invece proprie autonome finalità, privilegiando maggiormente l’autonomia privata mediante la costituzione di un patrimonio separato con spazi minimi di intervento dell’Autorità Giudiziaria, prospettiva, quest’ultima, del tutto assente dalla previsione legislativa italiana. La costituzione del patrimonio protetto avviene infatti attraverso un atto negoziale del disponente o di un terzo, a titolo gratuito, finalizzato alla creazione di un patrimonio di destinazione, vincolando capitale e rendite alla soddisfazione dei bisogni del disabile ed affidandone la gestione ad un soggetto di fiducia del costituente medesimo. Il patrimonio

Note:

(13) Così si sono orientati: Trib. Messina 14 settembre 2004 e più recentemente il Trib. di Modena con ordinanza 15 novembre 2004, dove si afferma che “... (omissis) *la misura dell’interdizione diventa, (...), un rimedio meramente residuale, limitato ai casi in cui l’a.d.s., strumento di protezione, a carattere generale delle “persone non in grado di provvedere ai propri interessi”, sia “inidonea a realizzare la piena tutela del beneficiario (...).”* con nota di A. Venchiarutti in “Un confronto dopo l’entrata in vigore della l. 9 gennaio 2004, n. 6: amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione”.

(14) In tal senso: Ordinanza del 24 settembre 2004 emessa dal Giudice Tutelare di Venezia sez. distaccata di Chioggia, in *Il Notaro* 1/2005, 8; e in *questa Rivista*, 3, 2005, 249 ss., il commento di E. Calò, *Il giudice tutelare e la vendetta di Puchta*.

(15) I primi interventi giurisprudenziali in materia (Cfr. Trib. di Roma 19 marzo 2004 e 22 marzo 2004, in *questa Rivista* 3/2004 249 ss, con nota di E. Calò, cit.; Trib. Parma 2 aprile 2004 n. 536 e 2 aprile 2004 n. 537, in *questa Rivista* 4/2004, 397 ss. con nota di E. Calò, cit., e in *Guida al Diritto* 20/2004, 118 ss. con nota di A. Busani), come ha sottolineato la dottrina, non sembrano avere accolto in pieno le finalità specifiche dell’istituto attribuendo al designato amministratore di sostegno tutti i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione relativamente al compimento di atti in nome e per conto del beneficiario, rendendo così oltremodo difficoltosa la individuazione di una linea di confine tra amministrazione di sostegno ed interdizione.

protetto si separa dal residuo patrimonio personale del disabile, il quale resta assoggettato alla gestione che già aveva all'atto della costituzione del patrimonio protetto. L'intervento dell'Autorità Giudiziaria è limitato, in fase costitutiva, all'ipotesi di ingiustificata opposizione dei rappresentanti legali o del curatore attraverso l'adozione di un provvedimento con effetto costitutivo (art. 2). In sede di amministrazione e di controllo assume invece un ruolo più centrale, attraverso le autorizzazioni necessarie al compimento di atti di gestione del patrimonio protetto (art. 5), ed attraverso gli organismi istituzionali preposti al controllo della amministrazione, ferma restando comunque la libera designazione dell'amministratore del patrimonio da parte del costituente.

Con l'Amministrazione di Sostegno il legislatore italiano dunque non ha inteso perseguire la tutela del disabile attraverso un sistema a diretto rilievo patrimoniale (16), ma mediante l'adozione di un provvedimento incidente sulla capacità di agire del disabile, privandolo della stessa solo nella misura in cui ciò si renda necessario per la tutela dei suoi interessi personali e patrimoniali, quindi modellata sulle sue esigenze in relazione alla specifica tipologia di disabilità (art. 5 e art. 9), e sempre che una limitazione parziale della capacità di agire sia possibile. L'Autorità Giudiziaria quindi assume un ruolo centrale già in sede costitutiva. Le funzioni cui è chiamato il Giudice acquistano un rilievo decisivo non solo per l'accoglimento o il rigetto dell'istanza, ma anche al fine della precisa individuazione dei poteri da assegnare all'Amministratore di Sostegno.

Si intravedono così i limiti della normativa italiana che ci si augura possa spingersi oltre, privilegiando forme di tutela più avanzate anche sulla scia di esperienze di paesi a noi vicini e senza dover necessariamente mutuare, forzandoli, istituti di derivazione anglosassone che poco hanno a che fare con la tradizione degli ordinamenti di *civil law*.

Rispetto alla legge belga sugli enti non lucrativi, il riconoscimento in capo agli enti di cui al titolo II del Libro primo del c.c. (senza alcuna distinzione e, quindi, non solo con riferimento alle fondazioni e alle associazioni dotate di personalità giuridica, ma anche a quelle prive di tale personalità, come sono molte associazioni di volontariato) della possibilità di assumere il ruolo di amministratore di sostegno (seppur in presenza dei presupposti e con le regole indicate dal legislatore), pare consentire, in prima lettura, un parallelo con la legge sulle "Asbl" in esame. In più, il terzo comma dell'articolo 408 c.c. esclude invece dal novero dei possibili amministratori gli operatori dei servizi pubblici o privati che hanno in cura o in carico il beneficiario.

In realtà, se da un lato nel nostro ordinamento nulla impedisce la costituzione di fondazioni (o altri enti associativi) aventi come scopo precipuo quello umanitario, dall'altro, come sopra visto, il nuovo art. 408 c.c. riconosce al Giudice Tutelare la possibilità di chiamare quale amministratore di sostegno un ente solo in via sussidiaria e

purché ne ravvisi l'opportunità (o ricorrano gravi motivi nel caso di designazione dell'interessato).

Ma emerge in ogni caso la diversità dalla scelta italiana ove la centralità del meccanismo di sostegno è riconosciuta al soggetto e dunque né al patrimonio, né ad una struttura dotata di propria autonomia patrimoniale che gestisce e conserva il complesso dei beni.

La posizione assunta dal legislatore belga rappresenta in sintesi il terzo stadio di sviluppo organico degli istituti a protezione degli incapaci, se è vero che non incide solo sui meccanismi di gestione patrimoniale e di rappresentanza del disabile, né isola semplicemente un patrimonio destinato, ma guarda ad una entità autonoma dotata di soggettività e personalità giuridica, quale sistema più vantaggioso sotto il profilo patrimoniale per la cura degli interessi del beneficiario.

Analogie e differenze con lo strumento del "trust"

Quanto a matrice e finalità, l'istituto introdotto dalla legge spagnola è indiscutibilmente assimilabile al "trust" conosciuto dalla *common law* e risultato piuttosto suggestivo anche per la prassi professionale e la Giurisprudenza italiane (17). Ai nostri fini è soprattutto interessante l'utilizzo del trust per la gestione dei patrimoni di soggetti incapaci: "trust for the disabled".

In estrema sintesi l'istituto anglosassone prevede un trasferimento, *inter vivos* o *mortis causa*, di beni da parte di un soggetto (*settlor*) a favore di una persona fisica o giuridica (*trustee*) il quale si obbliga contestualmente ad amministrarli nell'interesse di un disabile. Il complesso di beni (*trust fund*) costituisce dunque un patrimonio segregato (18); il fiduciario ne acquista la titolarità, ma subisce il vincolo di destinazione quanto all'esercizio concreto della gestione, con conseguente impermeabilità rispetto ai creditori del disponente e del *trustee* stesso. Oltre a tali soggetti può essere prevista, a discrezione del disponente, anche la presenza di un *protector* guardiano del trust; tale soggetto ha, fondamentalmente funzione di controllo dell'opera del *trustee*. Ciò posto, numerose sono le differenze sia per quanto attiene alla natura giuridica che per la disciplina operativa degli strumenti in parola.

Se comune è la struttura sostanziale della massa patri-

Note:

(16) Obiettivi analoghi a quelli del legislatore spagnolo sono quelli che hanno ispirato il Progetto di legge n. 5494 presentato alla Camera dei deputati nel 1998 dall'onorevole Paissan ed altri, che a tutt'ora non ha comunque visto luce, finalizzato a consentire nel nostro ordinamento l'istituzione di un trust con scopi assistenziali a favore di soggetti portatori di handicap.

(17) Per la Giurisprudenza molto interessante è il decreto Trib. Pisa (decr.) 22 dicembre 2001, in questa Rivista 4/2002, 383 ss., con nota di M. Lupoi; in Riv. not. 1/2002, 188 ss., con nota di M. (aurizio) L. (upoi); Vita not. n. 2/02, 727 ss. con nota di R. Siclari; Trusts, 2002, p. 241 ss.

(18) Così M. Lupoi, Trusts, Milano, 2001.

moniale destinata, priva di qualsiasi personalità giuridica, amministrata da un soggetto e svincolata completamente dal suo titolare originario, radicalmente differente appare la sua posizione di indipendenza rispetto al resto del patrimonio del disabile (19).

Manca cioè nella creazione del Legislatore spagnolo ogni ipotesi di trasferimento del patrimonio a soggetti diversi da quelli destinatari della tutela e così l'isolamento o la segregazione non porta con sé anche la necessaria limitazione della responsabilità riguardo all'intera sfera giuridica patrimoniale del disabile. La Legge 41/2003 prevede infatti che la titolarità del complesso di beni non si trasferisca al gestore, ma sia ricondotto direttamente alla persona disabile.

Ne consegue che, mancando una specifica norma che limiti la soggezione ad esecuzione dei beni del patrimonio protetto ai soli creditori le cui ragioni di credito siano sorte in corrispondenza a rapporti volti a soddisfare le esigenze del disabile (20) e non essendo altrimenti configurabile in capo al patrimonio protetto una soggettività autonoma, i creditori del disabile, senza alcuna distinzione tra di essi, potranno aggredire indifferentemente tutti i beni dello stesso, inclusi quelli apportati al patrimonio protetto (21).

Evidentemente, in Spagna come in Italia, quale ostacolo al completamento fisiologico della separazione delle responsabilità si è posto il dogma della *par condicio creditorum* (22) che ha altresì impedito di conferire all'istituto qualche connotato distintivo in più rispetto ad una semplice amministrazione protetta.

L'amministrazione e la gestione possono poi convergere nella medesima persona, anche nel disabile sufficientemente capace; tale configurazione confligge con il principio di separazione tra godimento e gestione tipico del *trust*.

Anche il controllo sulla gestione è profondamente differente in quanto ad una notevole ampiezza di poteri del *trustee*, sul quale solo il guardiano o *enforcer* ha obblighi di supervisione insieme alla *Chancery Division* della *High Court of Justice*, corrisponde, in Spagna, il tradizionale controllo dell'Autorità Giudiziaria e la frequente necessità di autorizzazioni specifiche.

Si aggiunga da ultimo il rigore formalistico (atto pubblico o provvedimento giudiziale) e la pubblicità previsti quali requisiti essenziali dalla normativa in commento, rapportati alla quasi assoluta mancanza di elementi formali obbligatori dell'istituto anglosassone.

Con riguardo alla normativa belga, aver posto l'accento sull'elemento patrimoniale, tipico della fondazione, non può che portare alla mente un istituto tipico dell'ordinamento anglo-sassone in parola.

Tuttavia (23), se da un lato, *trusts*, fondazioni e, più generalmente, gli enti *no profit* costituiscono patrimoni destinati, amministrati da soggetti a tal fine nominati e distaccati definitivamente dall'originario titolare, assumendo così rilevanza anche per terzi soggetti direttamente o indirettamente coinvolti dallo scopo cui il pa-

trimonio è funzionalizzato, dall'altro peculiari sono le caratteristiche che connotano i primi rispetto alle fondazioni propriamente dette.

Alle fondazioni è riconosciuta, quasi unanimemente, una propria soggettività giuridica anche quando siano ancora in attesa di riconoscimento, mentre la più parte degli studiosi in materia negano al *trust* autonoma soggettività; oltre al fatto che anche il *trust* è un negozio giuridico unilaterale con causa destinataria (24). È importante anche sottolineare che, in linea di massima, è estraneo al *trust* il perseguimento di uno scopo, in quanto sarebbe violato il principio secondo il quale il *trust* deve essere caratterizzato da condizioni certe a favore dei beneficiari identificato o identificabili (25). Il vincolo di destinazione derivante dalla fondazione, una volta iniziata la sua attività, non può più cessare né per decisione del fondatore, né degli amministratori. In più, i limiti di utilizzabilità dello strumento della fondazione emergono dalla sola lettura della disposizione di cui all'art. 28 comma 3, c.c. in tema di fondazioni di famiglia. Anche in tal caso lo scopo deve essere di pubblica utilità onde evitare il superamento del divieto di cui all'art. 692 c.c..

I *trusts*, oltre che per pubblico interesse, possono essere costituiti anche per finalità "egoistiche" e sono dotati di una maggiore autonomia regolamentare da parte del disponente che può determinarne liberamente le regole amministrative ed il *trustee* è l'unico soggetto legittimato a decidere circa l'opportunità e l'idoneità delle operazioni da compiere, al contrario delle fondazioni che devono perseguire interessi prettamente pubblici e la libertà del fondatore è fortemente limitata.

Note:

(19) Vedasi al riguardo il lucido commento di S.M. Santisteban in *Riv. Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 612, 1, 2004.

(20) Quale potrebbe essere una norma analoga a quella prevista dall'art. 170 del codice civile italiano in materia di fondo patrimoniale.

(21) L'ordinamento giuridico spagnolo però non esclude la costituzione di patrimoni separati, soggetti ad un regime giuridico specifico in sede di responsabilità patrimoniale (ad es.: l'eredità accettata con il beneficio d'inventario, i beni che formano oggetto della sostituzione fidecommissaria, quelli della comunione legale, i fondi comuni di investimento, i fondi pensione, i fondi di cartolarizzazione dei crediti, o l'eredità "di fiducia", ammessa nell'ordinamento giuridico catalano ed in quello navarro, e che presenta delle interessanti analogie con il *trust*), nonché la possibilità di sottrarre certi beni al principio della responsabilità patrimoniale universale (ad esempio la possibilità che riconosce l'art. 1807 del codice civile Spagnolo di disporre la non pignorabilità della rendita vitalizia costituita a titolo gratuito).

(22) Cfr Guilarte Zapatero, *Commentario al art. 1807 del Código civil*, in M. Albaladejo, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1982, 534.

(23) Le osservazioni che seguono sono tratte da F. Pascucci in AAVV. *Il Trust nell'ordinamento giuridico italiano*, Notariato - Quaderni, vol. 7, Milano, 2002, 139 ss.

(24) M. D'Errico in AAVV, *Il notaio e la famiglia. Attualità e prospettive*, Familia-Quaderni, vol. 3, Milano, 2004, 85.

(25) Cfr D. Cherubini e V. Delmonaco, *I trusts*, 1999 jandi Sapi Editori.

Più omogenei rispetto alle fondazioni di utilità pubblica della legge belga potrebbero invece essere considerati i *Charitable trusts* (26) ed i *trusts* di famiglia.

Nei *Charitable trusts*, caratterizzati da finalità ideali o altruistiche e eccezionalmente consentiti quali “*trusts* di scopo”, il *trustee* non è obbligato ad amministrare i beni costituiti in *trust* nell'interesse di uno o più beneficiari determinati, bensì con la finalità esclusiva di perseguire uno scopo avente natura *charitable*. Disciplinati da una legge inglese del 1601 (novellata nel 1993), essi richiedono, come elementi imprescindibili la destinazione pubblica e l'esclusività dello scopo perseguito. Proprio questa loro specificità fa sì che essi possano avere durata indeterminata, oltre ad essere soggetti ad un controllo pregnante da parte della Corona Britannica (a mezzo di appositi commissari).

Se, come detto, tali *trusts* devono essere indirizzati verso una collettività o, comunque, verso la generalità dei cittadini (oltre al “peso” dei controlli pubblici), una diversa soluzione può ravvisarsi nella creazione di un *trust* di famiglia (27). Il beneficiario di tale “ente” (beneficiario che, nella materia che qui interessa, ben può es-

sere il richiedente il sostegno) deve poter tutelare la propria posizione e deve essere tutelato da eventuali pretese di terzi. In particolare, argomentando dal fatto che costituente e *trustee* ben possono coincidere (essendo infatti diversi gli interessi perseguiti dalle due figure, è da escludere un conflitto tra gli stessi), la circostanza che l'amministrazione resti in capo al familiare, che, in quanto tale, è da ritenere che goda della fiducia degli altri familiari, tra cui nel caso che interessa, l'eventuale beneficiario del sostegno, è un forte indice che spinge verso la sua utilizzazione.

Tanto il vantaggio fiscale che la possibilità di escludere soggetti estranei dal rapporto con il “bisognoso - beneficiario del *trust*”, fanno, per ora ed anche in una ottica *de jure condendo*, di questo istituto un'alternativa, ancora tutta da analizzare, agli strumenti classici di protezione degli incapaci e dei semi-incapaci.

Note:

(26) F. Pascucci, *op. cit.*, 139 ss.

(27) M. D'Errico, *op. cit.*, 79 ss.

Rapporti patrimoniali tra coniugi

I trasferimenti immobiliari in occasione della separazione e del divorzio

di PAOLO CARBONE

In una fase delicata come quella della separazione personale consensuale o del divorzio su domanda congiunta, in presenza di beni immobili, i coniugi hanno la necessità di regolare i loro rapporti attraverso atti traslativi che possano risolvere, almeno sul piano giuridico, le notevoli complessità dei rapporti umani. La dottrina e la giurisprudenza italiana hanno da sempre avvertito una certa difficoltà nel qualificare tali atti soprattutto alla luce del particolare contesto nel quale sono inseriti. Da un lato vi è una questione per così dire "pregiudiziale" che attiene cioè alla possibilità che l'autonomia privata possa liberamente esplicarsi anche in un settore così delicato come quello del diritto di famiglia; d'altro lato vi sono invece i particolari problemi posti da tali attribuzioni e, principalmente, quelli della causa e della forma.

In via di prima approssimazione possono definirsi "trasferimenti immobiliari in occasione di separazione e divorzio" tutti quegli atti mediante i quali la proprietà (o altro diritto reale su beni immobili) viene trasferita da un coniuge all'altro, ovvero ai figli, al fine di regolamentare i rapporti patrimoniali della famiglia in relazione ad una crisi coniugale.

È infatti evidente come in una fase delicata come quella della separazione personale o del divorzio i coniugi avvertano la necessità di regolare i loro rapporti attraverso atti traslativi di beni immobili che possono risolvere, almeno sul piano giuridico, le notevoli complessità dei rapporti umani (1).

Le fattispecie che ci si propone di esaminare con la presente indagine pongono all'interprete due diverse tipologie di problemi. Da un lato vi è una questione per così dire "pregiudiziale" che attiene cioè alla possibilità che l'autonomia privata possa liberamente esplicarsi anche in un settore così delicato come quello del diritto di famiglia; d'altro lato vi sono invece i particolari problemi posti dalle figure in oggetto e quindi principalmente quelli della causa e della forma.

Relativamente al primo aspetto, cui si accennerà solo brevemente, verranno esaminate soprattutto quelle ipotesi che, pur inserite in un contesto di "crisi coniugale" postulano comunque un accordo tra le parti, e cioè la separazione consensuale e il divorzio su domanda congiunta. Si aggiunga poi che proprio in queste due vicende appare maggiormente evidente l'esplicazione dell'autonomia privata e il ruolo per così dire secondario del giudice tanto che con efficace sintesi si è

affermato che le stesse rappresentano il vero e proprio "laboratorio della privatizzazione" delle vicende familiari (2).

Autonomia privata e crisi coniugale

Nel nostro ordinamento non si rinviene alcuna disposizione positiva che espressamente attribuisca ai coniugi la facoltà di trasferire diritti nella fase della c.d. crisi coniugale. Le norme di riferimento, attraverso le quali si è giunti all'ammissibilità della fattispecie sono l'art. 711 c.p.c. comma terzo che - con riferimento alla separazione consensuale espressamente prevede che nel processo verbale deve darsi atto delle "condizioni riguardanti i coniugi stessi e la prole", e - con riguardo al divorzio - l'art. 4 comma 13, l. div. che nello stesso modo parla di "condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici". Altro tassello è rappresentato dall'art. 5, comma 8, l. div. secondo il quale è possibile corrispondere l'assegno periodico di cui al comma 6 in un'unica soluzione.

Si tratta quindi di riferimenti assai generici e, in realtà, l'ammissibilità di questo tipo di pattuizioni si ricollega, più che a un preciso dato normativo, al generale riconoscimento dell'autonomia privata che, se-

Note:

(1) Doria, *Autonomia privata e "causa" familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano 1996, p. 16 e ss.

(2) V. Carbone, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)*, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 143.

condo le più recenti ricostruzioni, non potrebbe e non dovrebbe trovare limitazioni nemmeno in un settore così delicato come quello degli accordi relativi alla crisi familiare (3).

Il terreno non è però così agevole come sembrerebbe atteso che i rapporti familiari sono sempre stati oggetto di notevoli ingerenze da parte dello Stato in considerazione di un preteso superiore interesse (pubblico) della famiglia (4). In particolare solo in anni relativamente recenti - anche a seguito di una profonda evoluzione del diritto di famiglia (5) - la dottrina dominante ha faticosamente riconosciuto che, anche in campo familiare, l'autonomia contrattuale deve avere la possibilità di dispiegarsi, ed è giunta quindi ad ammettere la piena compatibilità tra il contratto e il negozio giuridico familiare.

Analoghe osservazioni possono farsi con riferimento alla fase patologica del rapporto coniugale, fase in cui, anche nei casi nei quali è più evidente la rilevanza della volontà privata, e cioè nella separazione consensuale, lo Stato non rinuncia ad un controllo preventivo attraverso l'omologa del giudice. Pertanto, anche in questa ipotesi, pur riconoscendosi natura negoziale all'accordo di separazione si ritiene che lo stesso non possa rientrare nella categoria dei contratti, giacché coinvolge interessi soprattutto personali, sia dei coniugi che della prole (6).

Al contrario è ormai pacifica la natura contrattuale delle pattuizioni di carattere patrimoniale contenute nell'accordo medesimo, nell'ambito delle quali rientrano anche i trasferimenti oggetto della presente trattazione: con la conseguenza che alle stesse sono certamente applicabili tutte quelle norme che riguardano la disciplina generale del contratto (7).

Il problema della causa degli accordi in occasione della separazione e del divorzio

Una volta impostato il problema e individuata la natura contrattuale delle figure di cui ci si occupa è ora necessario trattare degli aspetti della causa e della forma degli accordi in oggetto.

Si tratta, come si vedrà in seguito, di due questioni strettamente connesse; tuttavia, si preferisce trattare dapprima quella della causa per un duplice ordine di motivi: in primo luogo perché l'individuazione dell'elemento causale costituisce indubbiamente la questione centrale e decisiva per la risoluzione di molti problemi

Note:

(3) In realtà le prime timide affermazioni circa l'ammissibilità di questo tipo di negozi si rinvencono già in Jemolo, *Convenzioni in vista di annullamento del matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II p. 529-530. Tuttavia per una maggiore consapevolezza e un più approfondito esame delle varie fattispecie V. Benedetti, *L'intervento del giudice nel governo della famiglia*, in *Studi in memoria di Petiti*, I, Milano, 1973, p. 114 e ss.; Bianca, *Famiglia (diritti di)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, p. 71 e ss.; Uccella, *Persona e famiglia*, Padova, 1980, p. 30 e ss.; Bessone - Alpa - D'Angelo - Ferrando, *La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del codi-*

ce civile, Bologna, 1986; Anelli, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 31. Contra Cfr. Donisi, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia* in *Famiglia e circolazione giuridica*, Milano, 1997, p. 7 e ss. Per quanto riguarda specificamente la materia oggetto della presente trattazione v. A. Brienza, *Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale* in *Riv. not.*, 1990, 2, p. 1409 e ss.; Id., *Attribuzioni immobiliari nella separazione e nel divorzio consensuali* in *Riv. not.*, 1992, 3, p. 598 e ss.; Id., *Una questione sempre più controversa: le attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale*, in *Riv. not.*, 1994, 4, p. 555 e ss.; P. Giunchi, *I trasferimenti dei beni fra coniugi nel procedimento di separazione personale nel diritto civile e nelle leggi fiscali*, in *Vita Notarile* 1993, 2, p. 1048 e ss.; Id., *L'intervento del notaio nei trasferimenti di beni tra i coniugi nella separazione personale*, in *Riv. Not.* 1994, 3, p. 289 e ss.; Doria, *Autonomia privata e "causa" familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit.; Gammone, *Rassegna di dottrina e giurisprudenza in tema di trascrivibilità del verbale di separazione dei coniugi*, in *Riv. not.*, 1998, 1, p. 176 e ss.; Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, Milano 1999; L. Mattiangeli, *Autonomia privata e negozi traslativi nella separazione personale dei coniugi*, in *Riv. Not.* 2000, 2, p. 317 e ss.; M.C. Andriani, *Forma e pubblicità delle convenzioni matrimoniali e degli accordi di separazione tra coniugi*, in *Famiglia, Riv. di dir. di famiglia e delle successioni in Europa*, 2001, 1, p. 33 e ss.; Oberto, *Famiglia e rapporti patrimoniali. Questioni di attualità*, Milano, 2002, p. 483 e ss.

In giurisprudenza si vedano per tutte Cass., 5 luglio 1984 n. 3940 in *Dir. famiglia* 1984, p. 922; Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Corriere Giuridico*, 1988, p. 144 con nota di V. Mariconda.

(4) V. Cicu *Il diritto di famiglia*, Roma 1915. In generale per un'analisi sulle teorie "pubblicistiche" cfr. Gangi, *Il matrimonio*, Milano, 1945.

(5) Ci si riferisce in particolare alla legge 1 dicembre 1970 n. 898 (legge sul divorzio), alla riforma del diritto di famiglia nonché alle numerose pronunce della Corte Costituzionale in materia tra le quali ricordiamo Corte cost. 23 maggio 1966 n. 46 in *Giur. cost.*, 1966, p. 772 (che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 156 c.c. 1942 comma 1, nella parte in cui poneva a carico del marito un obbligo incondizionato di somministrare alla moglie quanto necessario ai bisogni della vita); Corte Cost. 19 dicembre 1968 nn. 126 e 127 in *Foro it.*, 1969, I, p. 4 e ss. (con le quali la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittime le norme che discriminavano l'adulterio della moglie rispetto a quello del marito); Corte cost. 13 luglio 1970 n. 133 in *Giur. Cost.*, 1970 p. 1605 (nella quale la corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 145 comma 1 c.c. 1942 nella parte in cui non subordinava l'obbligo di mantenimento gravante sul marito in regime di convivenza alla condizione che la moglie non avesse mezzi sufficienti); Corte cost. 27 giugno 1973 n. 91, in *Foro it.*, 1973, I, p. 2014 e ss. (nella quale la corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 781 c.c. 1942 che prevedeva la nullità delle donazioni tra i coniugi).

(6) Relativamente alla natura negoziale, ma non contrattuale, dell'accordo di separazione in senso stretto v. fra i tanti, Falzea, *La separazione personale*, Milano, 1943, p. 96 e ss.; Denti, *Note sui vizi della volontà negli atti processuali*, Padova, 1959, p. 84; Azzolina, *La separazione personale dei coniugi*, Torino, 1966, p. 203; Briguglio, *Separazione personale dei coniugi (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, Torino, 1970, p. 11; Zatti e Mantovani, *La separazione personale dei coniugi (artt. 150-158 c.c.)*, Padova, 1983, p. 380 e ss.; Russo, *Negozi giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti matrimoniali di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno di legge n. 1831/1987 per l'applicazione dell'Accordo 18.2.1984 tra l'Italia e la S. Sede nella parte concernente il matrimonio)* in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1989, p. 1093; A. Ceccherini, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, Milano, 1996, p. 186 e ss.; Zatti, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino, III, 1996, p. 135 e ss e p. 140 e ss.; Oberto, *Famiglia e rapporti patrimoniali (questioni di attualità)*, cit., p. 778 e ss. In giurisprudenza v. Cass., 22 gennaio 1994 n. 657, in *Dir. fam. pers.*, 1994, p. 868; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 710 con nota di M. Ferrari; in *Vita Not.*, 1995, I, p. 126, con nota di Curti; Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, in *Fam e dir.*, 1997, p. 417 con nota di Caravaglios.

(7) Osservazioni già presenti in Falzea, *La separazione personale*, cit., p. 96. V. da ultimo Oberto, *Famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 807 e ss.

attinenti alla fattispecie; in secondo luogo poiché il problema della causa investe tutti gli accordi in oggetto, qualsiasi forma rivestano e qualsiasi contenuto abbiano laddove, al contrario, il problema formale non si pone nelle ipotesi in cui il procedimento si concluda con una sentenza ovvero ancora quando non siano in qualche modo coinvolti diritti suscettibili di essere pubblicizzati attraverso il meccanismo della trascrizione.

Va preliminarmente osservato che sin dalle prime pronunce giurisprudenziali è stato subito chiaro ai giudici che il requisito fondamentale per la validità delle attribuzioni in discorso, così come anche per l'assunzione di obblighi, è la presenza di una *iusta causa*. Se quindi i termini della questione appaiono immediatamente evidenti, assai più complessa ne è la soluzione, soprattutto per la particolare natura dei rapporti familiari nei quali come si è più volte ricordato, "si intrecciano, in un sviluppo indissolubile, ragioni patrimoniali, ragioni personali, ragioni affettive, ragioni derivanti da rapporti pregressi (8)".

Un'indagine di questo tipo presuppone infatti la ricerca degli interessi che i coniugi intendono soddisfare con le attribuzioni in discorso, ricerca invero assai complessa soprattutto alla luce delle più recenti tesi sulla causa intesa non già come *funzione economico sociale* dell'operazione, bensì come *funzione economico individuale* del contratto, in una prospettiva che abbia a tenere conto del concreto atteggiarsi degli interessi nel singolo caso (9).

La giurisprudenza in materia di causa degli accordi della crisi coniugale

Le difficoltà cui si accennava nel paragrafo precedente trovano puntuale riscontro nell'analisi della giurisprudenza che si è occupata del profilo causale degli accordi in oggetto. Da un lato, infatti, vi sono decisioni nelle quali viene confermata la tendenza alla tipizzazione della giurisprudenza, nel senso di inquadramento delle fattispecie in uno o l'altro dei tipi legali; d'altro lato vi sono numerose sentenze nelle quali si avverte la difficoltà dei giudici i quali dinanzi alle peculiarità dei casi concreti hanno fatto ricorso all'art. 1322 c.c. che definisce appunto il contratto atipico.

Cominciando quindi l'esame della giurisprudenza in materia si rileva una sporadica decisione in cui i giudici hanno ritenuto di qualificare gli accordi al vaglio come donazioni (10). Tuttavia tale inquadramento non è parso condivisibile né, con riferimento al caso concreto, né a maggior ragione, come tentativo di qualificazione generale degli accordi traslativi conclusi tra coniugi in occasione della separazione personale o del divorzio. Infatti è stato subito chiaro che la giustificazione dei trasferimenti in oggetto non può in alcun modo essere rinvenuta nella *causa donandi* per assenza dell'*animus* (11). Molto più accreditata è invece la tesi che attribuisce all'accordo traslativo tra i coniugi una funzione transattiva (12). In particolare, secondo i giudici della Su-

prema Corte è ben possibile che l'accordo con il quale i coniugi pongono fine alla convivenza "possa racchiudere una pluralità di pattuizioni, oltre quelle integranti il suo contenuto tipico e consistenti nel consenso a vivere separati ed in tutte le altre clausole eventualmente necessarie al fine dell'instaurazione del nuovo regime di vita (in ordine all'assegno di mantenimento, all'affidamento e mantenimento della prole, al diritto di visita ai figli, all'assegnazione della casa familiare, ecc.). Esso può invero riguardare anche negozi che, pur trovando sede ed occasione nella separazione consensuale, non hanno causa in questa, in quanto non sono direttamente collegati ai diritti ed agli obblighi che derivano dal perdurante matrimonio: tali negozi pertanto costituiscono espressioni di libera autonomia contrattuale" e ben possono essere qualificati come una transazione (13).

Si esamini il caso deciso dalla Cassazione con la sentenza n. 2788 del 15 marzo 1991: in esso due coniugi litigavano sull'adempimento di una scrittura con cui la moglie si obbligava a trasferire gratuitamente un appartamento, in corso di costruzione e di proprietà di terzi, al marito con l'impegno, da parte di quest'ultimo, di trasmetterlo in proprietà ad uno dei figli quando lo avesse ritenuto opportuno; nella stessa scrittura veniva previsto che, ove la moglie non avesse provveduto a detto trasferimento entro tre anni, la stessa avrebbe dovuto trasferire al marito la piena proprietà di un altro appartamento a lei intestato. In corrispettivo il marito si era impegnato a rinunciare alla domanda di addebito della separazione alla moglie, da lui precedentemente proposta, nonché a non promuovere altre iniziative giudiziarie in ordine all'accertamento della proprietà della casa familiare e del negozio gestito dalla moglie.

La Cassazione, nel riconoscere che la Corte d'Appello aveva correttamente qualificato il negozio come transazione, afferma che in questo caso esiste una oggettiva si-

Note:

(8) Doria, *Convenzioni traslative in occasione della separazione personale e l'interesse del coniuge*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1992, p. 219.

(9) V. Giorgianni, voce *Causa*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. VI, Milano, 1960, p. 548.

(10) Trib. Torino, 27 maggio 1978, inedita.

(11) La giurisprudenza è unanime nel negare il carattere liberale dei trasferimenti in oggetto. V. tra le tante, App. Torino 9 maggio 1980 in *Giur. it.*, 1981, I, 2, p. 19; Cass., 11 maggio 1984 n. 2887 in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Famiglia (regime patrimoniale della)*, n. 59; Cass., 23 dicembre 1988 n. 7044 in *Giur. it.*, 1990, I, 1, p. 1320; Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, cit. In dottrina vedi Oberto, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 159; Doria, *Autonomia privata*, cit., p. 211 e ss. che correttamente negano anche la gratuità delle attribuzioni in esame.

(12) V. in questo senso Cass., 15 marzo 1991, n. 2788, in *Foro it.*, 1991, I, c. 1787; Cass., 12 maggio 1994, n. 4647 in *Vita Notariale*, 1994, p. 1357; Cass., 5 settembre 2003 n. 12939 in *Riv. Not.*, 2004, p. 468 e ss., con nota di Festa Ferrante.

(13) Cass., 15 marzo 1991, n. 2788, cit.

tuazione di contrasto che le parti hanno inteso comporre attraverso le reciproche concessioni.

Ed è proprio l'esistenza di una lite - sia pure potenziale - uno degli elementi fondamentali per qualificare una data fattispecie come transazione. In proposito, pur senza dar compiutamente conto dell'accesso dibattito in ordine al significato dell'espressione "lite che può sorgere" di cui al comma 1 dell'art. 1965, deve condividersi l'orientamento di chi ritiene necessario un contrasto già delineato che deve fungere da riferimento alle reciproche concessioni attraverso le quali le parti intendono comporlo (14). In altri termini pur non essendo necessario che le posizioni configgenti siano determinate con nettezza, la lite deve essere conflitto giuridico non potendo ridursi ad una mera contrapposizione di pretese economiche (15).

Ebbene alla luce di quanto detto, nel caso giudicato dalla Suprema Corte, la qualificazione della fattispecie come transazione sembra sostanzialmente corretta, almeno sulla base degli elementi che si traggono dalla decisione esaminata. Vi è qui una lite addirittura già sfociata in sede giudiziale, e un successivo accordo con cui le parti, tra l'altro, pongono fine alla lite stessa.

Vi sono tuttavia ancora due considerazioni da tenere presenti: da un lato anche in questa ipotesi i giudici riconoscono come "normale" che gli accordi con i quali i coniugi pongono volontariamente fine alla convivenza siano causalmente collegati alla separazione, ritenendo in qualche modo un'eccezione il ricorso ad altri schemi quali quello della transazione; d'altro lato, anche nel caso in esame si rinviene una interessante peculiarità da non sottovalutare: nell'accordo transattivo viene infatti espressamente previsto che tutti i trasferimenti e tutti gli accordi siano "condizioni della separazione", ed in particolare viene stabilito che il marito debba trasferire - quando lo ritenga opportuno - l'immobile a uno dei figli. Ebbene, a prescindere dalla ricostruzione giuridica di detto impegno e del successivo eventuale trasferimento, (16) potrebbe ipotizzarsi che le pattuizioni di cui si è detto non vadano confinate nel campo dei motivi, penetrando in qualche modo nell'elemento causale. Infatti ben potrebbe dirsi che il "costo" dell'interesse del marito a separarsi sia rappresentato, in questo caso, dall'assunzione dell'obbligo di trasferimento alla prole del bene (17).

Inoltre e soprattutto, per quanto riguarda la questione più generale circa l'inquadramento nell'ambito della transazione (18) dei trasferimenti in occasione di separazione o divorzio, la fattispecie al vaglio dei giudici non può certo essere assunta come esempio paradigmatico di questo tipo di convenzioni. Infatti in questo caso esiste una vera e propria lite che le parti hanno inteso chiudere con l'accordo, e che è allo stesso tempo elemento qualificante della figura (19). Al contrario, nei casi che si presentano all'interprete, l'esistenza di una lite non è poi così frequente, soprattutto nelle ipotesi di separazione consensuale laddove le parti vantano mere

pretese di carattere economico (20). Inoltre, come ha giustamente osservato un'attenta dottrina, nelle fattispecie in esame non può di regola essere individuato lo specifico e attuale conflitto giuridico che le parti intendono superare attraverso le reciproche concessioni. Infatti gli accordi in oggetto sono in realtà volti a "chiudere" tutti i rapporti intercorrenti tra i coniugi, senza che sia individuabile una vera e propria *res litigiosa*, nemmeno potenziale. (21). Altri, sempre nel medesimo senso, ritiene non configurabile una causa transattiva in quanto non sarebbe possibile riscontrare nei contratti in oggetto la presenza delle concessioni reciproche, soprattutto nelle ipotesi, assai frequenti, in cui viene previsto il trasferimento di un bene dall'uno all'altro coniuge, ovvero ai figli, senza che l'altro coniuge abbia a concedere alcunché (22).

Assai numerose sono altresì le decisioni che qualificano le attribuzioni tra coniugi come dazioni in pagamento la cui causa consisterebbe quindi nell'intento del coniuge trasferente di adempiere *una tantum* all'obbligo di mantenimento (23).

In particolare una complessa vicenda esaminata dalla Suprema Corte con la decisione n. 7470 del 17 giugno 1992 riguardava la qualificazione di una scrittura privata tra due coniugi separati di fatto con la quale il marito si obbligava a versare alla moglie una somma mensile per il mantenimento della medesima e del figlio, nonché a "donare" alla stessa "a titolo di anticipata successione" un appartamento. Tali impegni venivano rispet-

Note:

(14) Santoro Passarelli, *La transazione*, Napoli, 1975, p. 9 e ss.; del Prato, voce *Transazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, p. 818 e ss.

(15) Opinione pacifica, v. per tutti, Cass., 26 maggio 1969, n. 1879, in *Rep. Foro it.*, 1969, voce *Transazione*, n. 3; Cass., 9 maggio 1978, n. 2251, in *Foro it.*, 1978, I, p. 2195 e ss. con nota di Lener e in *Giust. civ.*, 1978, I, p. 1423 con nota di Costanza, *Transazione o promessa unilaterale?*

(16) Probabilmente il successivo trasferimento al figlio dovrà essere qualificato come atto a causa esterna, pagamento traslativo effettuato in adempimento dell'obbligo di dare convenzionalmente assunto.

(17) E attraverso questa ricostruzione ritenere che detto elemento sia passato dal campo dei motivi a quello della causa. V. per una distinzione nel senso riportato M. Bessone, *Causa tipica e motivi del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, p. 1098 e ss.

(18) In dottrina per questa tesi cfr. Zoppini, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, in *Giur. it.*, 1990 I, 1, p. 1319 e ss.

(19) Analoga situazione sembra essere quella esaminata da Trib. Genova, 13 gennaio 1999, in *Rep. Foro it.* 1999, voce *Separazione dei coniugi*, 85.

(20) Nel senso che la transazione non possa fondarsi su un semplice conflitto economico è la dottrina pressoché unanime. V. Visalli, *Transazione*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da W. Bigiavi, Torino, 1984, p. 364 e ss. e *ivi* riferimenti.

(21) Doria, *Autonomia privata*, cit., p. 242 e ss.

(22) Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 677 e ss.

(23) Cass., 5 luglio 1984 n. 3940, cit.; Cass., 21 dicembre 1987 n. 9500, cit.; Cass., 16 luglio 1992, n. 7470, in *Dir. fam* 1993, p. 70.

tati e, tuttavia, la moglie dopo circa un anno dalla scrittura privata presentava al Tribunale una domanda di omologazione dell'accordo di separazione. Il marito aderiva alla richiesta chiedendo però che venisse dichiarato non più dovuto alla moglie l'assegno di mantenimento. Il Tribunale negava l'omologa e, a seguito del successivo contrasto intercorso tra i contraenti il marito chiede, tra l'altro, che venga dichiarata nulla la donazione per mancanza di causa. La Corte d'Appello con decisione confermata dalla Suprema Corte, esclude la *causa donandi* e qualifica la fattispecie come un valido contratto traslativo volto a regolare le modalità di adempimento dell'obbligo di mantenimento gravante sul marito.

Ebbene non sembra che in questo caso la giustificazione causale della complessa fattispecie sottoposta al vaglio dei giudici possa essere *tout court* ricondotta all'adempimento dell'obbligo di mantenimento. Infatti, accanto alla mera funzione solutoria, vi è qui una funzione di determinazione o almeno di quantificazione del diritto di mantenimento che appare altrettanto importante, se non addirittura prevalente (24).

Inoltre l'adempimento dell'obbligo di mantenimento non può essere considerato come la giustificazione che sorregge tutti i trasferimenti tra coniugi in quanto non è assolutamente infrequente che nella pratica il trasferimento avvenga a favore del coniuge non avente diritto al mantenimento, non operando le parti una valutazione in ordine all'esistenza del diritto.

Per questo motivo se è vero che la *causa solutionis* può essere talvolta la giustificazione delle fattispecie in esame, e se è altrettanto vero che nel caso del divorzio tale interpretazione riceve l'ausilio del dato normativo, (25) deve tuttavia sottolinearsi come l'inquadramento proposto lasci l'interprete insoddisfatto in tutta una serie di casi in cui la concreta operazione posta in essere appaia giustificata anche da interessi comuni ulteriori e non riconducibili esclusivamente ad un intento solutorio.

Peculiare appare l'ipotesi del rapporto tra genitori e figli in quanto in questo caso l'assegno di mantenimento è certamente dovuto e quindi sembrerebbe plausibile la ricostruzione che ricollega in genere alla causa solutoria i trasferimenti a favore della prole (26). A tale proposito va segnalato il caso deciso dalla Suprema Corte con la sentenza n. 9500 del 1987. In tale ipotesi la questione riguardava la qualificazione di un contratto con il quale un padre aveva "donato" (unilateralmente) alla figlia minore un bene immobile in esecuzione di un obbligo assunto dallo stesso nel verbale di separazione con la moglie (madre della minore) al fine di assolvere nei confronti della figlia, l'obbligo di mantenimento su di lui gravante. Successivamente il "donante", dopo quindici anni dal rogito, non essendosi ancora verificata l'accettazione, si era nuovamente recato dal notaio e aveva dichiarato di revocare la "donazione". La figlia aveva convenuto il padre innanzi al Tribunale soste-

nendo che l'atto in esame non poteva essere qualificato come donazione in quanto avente carattere oneroso e che l'immobile dovesse considerarsi trasferito definitivamente a seguito dell'atto unilaterale del padre in adempimento dell'obbligo assunto. Al termine di una lunga vicenda giudiziaria la Corte di Cassazione qualifica l'obbligo assunto dal padre nel verbale di separazione come contratto preliminare a favore di terzo e il successivo atto di trasferimento come pagamento traslativo perfezionatosi ai sensi dell'art. 1333 c.c. con il mancato rifiuto.

A prescindere dall'interessante questione circa l'ammissibilità nel nostro ordinamento di atti traslativi unilaterali posti in essere in adempimento di obblighi legali o volontari, e della possibilità da parte del genitore di adempiere in un'unica soluzione l'obbligo di mantenimento, di cui si parlerà in seguito, in questo caso la decisione della corte in ordine alla giustificazione causale del trasferimento appare sostanzialmente condivisibile. Infatti, al di là di ogni espressione letterale utilizzata dai contraenti, non vi è dubbio che nel caso esaminato non vi fosse alcuno spirito di liberalità da parte del trasferente e che l'unico intento dello stesso, comune peraltro al beneficiario, fosse quello di liberarsi dell'obbligo di mantenimento.

Tuttavia, come si è detto, se è vero che nei riguardi della prole avente diritto al mantenimento la causa solutoria sembra sottostare a un gran numero dei trasferimenti, in realtà pure in questi casi, che assai spesso si pongono all'attenzione dell'operatore del diritto, emergono talvolta interessi non suscettibili di essere ricondotti *tout court* ad una siffatta giustificazione. Si pensi alle ipotesi in cui il genitore volutamente trasferisca al figlio beni di valore assai superiore rispetto all'entità del diritto al mantenimento spettante al figlio medesimo per evitare ulteriori contestazioni da parte del coniuge affidatario. Si pensi ancora ai casi in cui il trasferimento a favore dei figli venga effettuato allo scopo di evitare una eventuale comunione ereditaria con altri figli di secondo letto (27).

In realtà nessuno degli inquadramenti proposti dalla

Note:

(24) In questo senso Sinesio, *Separazione di fatto e accordi fra coniugi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 815-816.

(25) V. l'art. 5 comma 8 legge div. Infatti tale impostazione è particolarmente diffusa in materia di divorzio. V. per tutti L. Barbiera, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988, p. 331 secondo il quale la fattispecie in oggetto sarebbe riconducibile alla *datio in solutum*. Al contrario secondo C. M. Bianca, *Commento all'art. 5 l. div.*, in *Comm. Dir. It. Famiglia*, diretto da G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, VI, 1, Padova, 1993, p. 359 la fattispecie rientrerebbe nella novazione oggettiva. Per la tesi del contratto solutorio anche nel caso della separazione v. Ieva, *Trasferimenti mobiliari ed immobiliari in sede di separazione e di divorzio*, in *Riv. not.*, 1995, p. 459.

(26) Per i rapporti con la prole e per l'ammissibilità dell'adempimento in un'unica soluzione dell'obbligazione di mantenimento v. infra par. 9

(27) G. Metitieri, *La funzione notarile nei trasferimenti di beni tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, in *Riv. not.*, 1995, p. 1166-1167.

giurisprudenza fin qui esaminata individua una giustificazione causale tanto ricorrente da poter offrire un soddisfacente inquadramento sistematico delle figure in oggetto. Sembrerebbe infatti che tutte le giustificazioni fino ad ora proposte siano in qualche modo arricchite da un intento ulteriore, comune ai contraenti, che non può essere relegato nell'ambito dei meri motivi.

Segue: La dottrina che ha tentato una ricostruzione degli accordi in oggetto

A seguito di quanto osservato potrebbe sorgere il dubbio che un'opera di ricostruzione sistematica che consenta l'individuazione di una causa unitaria per questi accordi sia da considerarsi vana vista l'eterogeneità degli interessi sottesi alle singole operazioni. D'altro lato non paiono convincenti nemmeno le teorie dottrinali finora esaminate che hanno tentato una qualificazione delle intese in oggetto.

Oltre alle già esaminate tesi che ricollegano tali atti alla *causa solutionis* ovvero alla transazione, deve ricordarsi la teoria secondo cui gli accordi traslativi tra i coniugi rientrerebbero nella categoria dei "negozi determinativi di obblighi legali" per mezzo dei quali le parti verificano l'esistenza di un obbligo legale scaturente da una determinata situazione giuridicamente rilevante e successivamente determinano il contenuto di tali obblighi specificando il contenuto della prestazione del debitore (28).

In sostanza tale tesi riconduce le fattispecie in esame nell'ambito del c.d. negozio di accertamento (29). Tuttavia, ormai superati tutti i dubbi in ordine all'ammissibilità della figura (30), non sembra che qui le parti si limitino a rimuovere l'incertezza in ordine ad una situazione esistente, bensì le stesse compiono una vera e propria attività dispositiva modificando la situazione giuridica precedente.

L'inconveniente di questa ricostruzione è inoltre che, per la stessa ammissione dell'autore che la sostiene, gli accordi in oggetto sarebbero "caratterizzati, quanto all'efficacia, dalla persistenza dei presupposti accertati dalle parti, in una parola dalla clausola *rebus sic stantibus*" (31). Pertanto ove si condividesse questa conclusione gli accordi traslativi in oggetto perderebbero gran parte della loro utilità in quanto i medesimi vengono stipulati dai coniugi proprio al fine di chiudere, una volta per tutte, i loro rapporti (32).

In realtà l'unica ricostruzione che appare condivisibile, proprio perché suscettibile di ricomprendere tutti gli interessi sottostanti, è la tesi che riconduce i trasferimenti in oggetto ad una vera e propria causa autonoma consistente nell'intento comune di regolare le proprie posizioni personali e patrimoniali. Detta giustificazione, dapprima intuita più che proposta dalla giurisprudenza (33) è stata successivamente meglio identificata dalla dottrina. Tale causa viene di volta in volta definita come *causa familiare* (34), o

come causa-separazione (35) che sarebbe atipica ovvero, con efficace sintesi linguistica, come *causa di definizione della crisi coniugale* che invece sarebbe tipica in quanto prevista e disciplinata dall'art. 711 c.p.c. e dall'art. 4 comma 13° l. div. che prevedono la possibilità per ciascun coniuge di condizionare il proprio consenso alla separazione ad un soddisfacente assetto dei propri interessi (36).

In realtà, a prescindere dalle varie definizioni che di volta in volta vengono proposte, questa impostazione consente di cogliere le caratteristiche peculiari delle vicende di cui ci si occupa, sottolineando come, i concreti interessi che le parti intendono perseguire con queste convenzioni, siano contemporaneamente di carattere personale e giuridico-patrimoniale e soprattutto acquistino una specifica e necessaria rilevanza nel momento patologico del rapporto matrimoniale (37).

In questa visione la "crisi coniugale" diviene causa degli accordi in quanto sicuramente gli interessi che emergono in questa fase acquistano una rilevanza sociale tale da consentire che lo strumento elaborato dai privati assurga a modello giuridico di regolamentazione dei medesimi. Nella stessa ottica la rilevanza di dette istanze, qualunque sia la visione che si voglia accogliere del concetto di causa, le rende certamente "meritevoli di

Note:

(28) V. per questa tesi Russo, *Negozi giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti "matrimoniali" di separazione, di divorzio, di nullità* cit., p. 1088.

(29) Russo, *Gli atti determinativi di obblighi legali nel diritto di famiglia*, in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, p. 228 e ss.

(30) Dubbi manifestati da Santoro Passarelli, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, p. 4 e ss. Per l'ammissibilità v., fra i molti, Nicolò, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980; E. Minervini, *Il problema dell'individuazione del "negozio di accertamento"*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 590 e ss.

(31) Russo, *Negozi giuridico* cit., p. 1089.

(32) Sul problema della sottoposizione delle attribuzioni *una tantum* alla clausola *rebus sic stantibus* v. *infra* par. 6

(33) Cass. 11 maggio 1984 n. 2887, cit., secondo la quale l'attribuzione di beni da un coniuge all'altro in occasione della separazione integra un contratto atipico con propri presupposti e proprie finalità. Nello stesso senso, Cass., 23 dicembre 1988 n. 7044 cit.,

(34) Doria, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., p. 231 e ss.

(35) Giunchi, *I trasferimenti dei beni fra coniugi nel procedimento di separazione personale nel diritto civile e nelle leggi fiscali*, cit., p. 1052 e ss.; Id, *L'intervento del notaio nei trasferimenti di beni tra i coniugi nella separazione personale*, cit., p. 290 e ss.

(36) Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, cit., spec. p. 702 e ss. In realtà parlare di tipicità in questi casi non sembra aggiungere nulla a quanto già detto in quanto, se pure si voglia ritenere che le norme richiamate menzionino la causa individuata, certamente non può dirsi che le stesse dettino una sia pur minima disciplina della fattispecie.

(37) In questo senso Doria, *Autonomia privata e causa familiare*, cit., p. 301 e ss.

tutela" (38).

D'altro canto neppure può sostenersi che la definizione della crisi coniugale - anche se non espressa - sia da regolarsi nel campo dei meri motivi, intesi come fini individuali che i contraenti vogliono conseguire. Infatti, sebbene la distinzione tra causa e motivo sia assai complessa, soprattutto ove non ci si limiti a ripetere la formula della funzione economico sociale, ma si abbia riguardo ai concreti interessi perseguiti dai contraenti, è ormai pacifico che la rilevanza del motivo non deve necessariamente fondarsi sulla sua esteriorizzazione. Al contrario una possibile distinzione rispetto alla causa viene individuata partendo dal concetto di "copertura" dei rischi contrattuali in modo da escludere dal vincolo del regolamento tutte quelle istanze alla cui tutela non corrisponda un costo (39). In altri termini ciò che bisogna accertare è se la rilevanza dell'interesse sia tale da comportare una particolare articolazione della vicenda contrattuale (40). Ebbene, come si è visto dal breve riepilogo delle sentenze in materia, in pressoché tutte le fattispecie esaminate l'accordo appare costruito in tenendo bene in conto l'interesse rappresentato dalla definizione della crisi coniugale.

In particolare, in talune ipotesi, la causa di definizione della crisi coniugale può "contenere" l'adempimento dell'obbligo di mantenimento, nel senso che, in alcune delle fattispecie concrete, il trasferimento di diritti vale anche ad adempiere, in tutto o in parte, all'obbligo suddetto.

Si potrebbe quindi ipotizzare in questi casi l'esistenza di un contratto misto definito come contratto la cui causa - pur sempre unitaria - risulta dalla fusione delle cause di due (o più) contratti nominati, ovvero di elementi di contratti tipici e di elementi atipici, ovvero ancora di soli elementi atipici (41). In entrambi i casi, comunque, il problema, che si cercherà di risolvere nei paragrafi che seguono, consiste nell'individuare la disciplina applicabile all'accordo (42).

Segue: La individuazione dei diritti indisponibili dai coniugi in sede di separazione e divorzio e l'efficacia dei trasferimenti immobiliari

Mentre nelle ipotesi in cui i coniugi non perseguono un intento solutorio dell'obbligazione di mantenimento l'interrogativo che potrebbe porsi è quello dell'applicabilità alle intese della disciplina della donazione (43), con tutte le conseguenze del caso, al contrario, con riferimento alle ipotesi in cui si dispone del diritto al mantenimento, vanno esaminati alcuni aspetti controversi al fine di verificare l'esistenza di eventuali limiti all'autonomia privata. Si tratta fondamentalmente delle due questioni circa l'individuazione dei diritti indisponibili in qualche modo coinvolti nelle convenzioni e quelli della sottoposizione o meno degli effetti delle medesime alla cosiddetta clausola *rebus sic stantibus*.

Relativamente al primo interrogativo si è già detto in precedenza come il giudice non possa in sede di omologa sindacare in alcun modo le pattuizioni di carattere patrimoniale relative ai coniugi. Inoltre - secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale - sarebbe addirittura possibile modificare le condizioni relative al mantenimento della prole minorenni senza ricorrere nuovamente al Tribunale (44).

Malgrado queste aperture, in dottrina e in giurisprudenza risulta tuttora diffuso il convincimento che il diritto al mantenimento del coniuge separato sia in realtà un

Note:

(38) Per una efficace sintesi della complessa tematica degli interessi causalmente rilevanti v. da ultimo, C. Caccavale, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005, p. 139 e ss. e *ivi* riferimenti. Numerose sono le accezioni del concetto di meritevolezza di tutela di cui all'art. 1322 comma 2 del c.c. e non è questa la sede per ripercorrere l'acceso dibattito in materia. V. in proposito Roppo, voce *Contratto*, in *Dig. IV, Disc. Priv.*, Sez. civ., 1989, pp. 87-138.

(39) V. M. Bessone, *Causa tipica e motivi del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, cit., p. 1098 e ss.

(40) App. Venezia, 9 marzo 1992, in *Riv. not.* 1993, p. 930.

(41) V. per la possibilità che il contratto misto possa essere costituito di soli elementi atipici Giorgianni, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. scienze giur.* 1937, p. 286. In generale sul contratto misto cfr. Sicchiero, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995; Roppo, *Il contratto*, Milano 2001, p. 427. In particolare il criterio di distinzione tra contratto misto e collegamento funzionale tra contratti viene comunemente individuato nella circostanza che il contratto misto è finalizzato ad un regolamento unitario di interessi, mentre si ha collegamento negoziale quando gli interessi perseguiti siano una pluralità. Per questa distinzione v., tra le tante, Cass. 27 aprile 1995 n. 4645, in *Giust. Civ.* 1996, I, 1093 con nota di Chiné.

(42) A proposito della disciplina del contratto misto, si contrappongono la cosiddetta teoria dell'assorbimento, secondo la quale la fattispecie sarebbe regolata dalle norme dettate per il tipo contrattuale prevalente e quella cosiddetta della combinazione secondo la quale la disciplina del contratto misto sarebbe complessa in quanto i vari aspetti dell'operazione andrebbero regolati in base al tipo corrispondente. Questa seconda impostazione appare preferibile in quanto maggiormente rispettosa delle peculiarità della fattispecie concreta laddove la prima in pratica finisce con il tipizzare il contratto. Tuttavia, per evitare che l'applicazione della teoria della combinazione renda di fatto impossibile rinvenire la regolamentazione della fattispecie, dando vita ad una sorta di incomprensibile mosaico, appare necessario temperarla attraverso la ricerca dei criteri con i quali risolvere i conflitti tra le diverse norme. V. in questo senso Cass., 2 dicembre 1997, n. 12199, in *Giur. it.*, 1998, p. 1808. Con riferimento alla nostra particolare ipotesi deve sottolinearsi che il problema è assai arduo in quanto pur trovando il diritto di mantenimento (ed il correlativo obbligo) una disciplina specifica in nessuna norma è regolato il contratto con il quale le parti intendono adempiere una *tantum* a tale obbligo.

Per la tesi dell'assorbimento cfr. tra le tante Cass., 8 settembre 1970, n. 1345, in *Banca Borsa*, I, p. 18; Cass., 15 marzo 1989 n. 1283, in *Rass. Giur. Enel*, 1990, p. 158; Cass., 12 aprile 1999 n. 3578, in *Giust. civ. Mass.* 1999, 823; Cass., 24 luglio 2000 n. 9662, in *Contratti (I)*, 2001, p. 118 con nota di Timpano. Per la tesi della combinazione v. Cass., 28 maggio 2001 n. 7226, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2256.

(43) Interrogativo al quale si è data risposta negativa nel precedente paragrafo.

(44) V. Cass., 24 febbraio 1993 n. 2270 in *Corr. Giur.*, 1993, p. 820 con nota di Lombardi, e in *Diritto di famiglia e delle persone* 1994, p. 554 con nota di Doria, *Autonomia dei coniugi in occasione della separazione consensuale ed efficacia degli accordi non omologati*; Cass., 22 gennaio 1994 n. 657 cit.

diritto indisponibile. Tale impostazione, se accettata, metterebbe in crisi l'intero impianto fin qui proposto poiché, se è vero che l'adempimento dell'obbligo di mantenimento non è la causa delle attribuzioni di cui ci si occupa, è altrettanto vero, come si è sottolineato, che assai spesso negli accordi della crisi coniugale anche del diritto di mantenimento si finisce col disporre (45).

La questione si pone in realtà in termini notevolmente diversi a seconda che si abbia riferimento al divorzio ovvero alla separazione. Relativamente al primo caso infatti, l'art. 5, comma 8 l. div., non solo consente espressamente alle parti di corrispondere l'assegno divorziale in un'unica soluzione, bensì attribuisce anche a tale attribuzione efficacia estintivo-preclusiva, nel senso che il legislatore ha espressamente sancito l'improponibilità di "alcuna successiva domanda di contenuto economico" (46).

Per quanto attiene invece al diritto al mantenimento del coniuge separato - che è poi il problema di più difficile soluzione - gli argomenti delle teorie che ne postulano l'indisponibilità si fondano sulla considerazione che la separazione non scioglie il matrimonio e che, pertanto, l'obbligo di mantenimento previsto dall'art. 156 c.c. sia una mera prosecuzione del dovere di contribuzione di cui all'art. 143 c.c. Di conseguenza il diritto al mantenimento avrebbe tutte le caratteristiche dell'obbligo di contribuzione, prima fra tutte l'indisponibilità sancita dall'art. 160 c.c. secondo cui i coniugi non possono derogare ai diritti e ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio (47).

Dal canto suo la giurisprudenza, prima della riforma del diritto di famiglia, riteneva assolutamente indisponibile il diritto di mantenimento sanzionando con la nullità ogni atto di disposizione di questo diritto. Tale posizione veniva fondata sul carattere di norma imperativa dell'art. 145 c.c. *ante riforma* il quale sanciva il diritto al mantenimento della moglie ed il correlativo dovere del marito di somministrare alla stessa quanto necessario ai bisogni della vita, in proporzione alle sue sostanze (48). Altra tesi invece, pur ammettendo la rinuncia al mantenimento, ritiene tale atto subordinato alla cosiddetta clausola *rebus sic stantibus*, nel senso che il coniuge avente diritto ben potrebbe rinunciare al mantenimento mediante una remissione del debito; tuttavia tale atto dispositivo sarebbe efficace solo fino all'intervenuto mutamento delle condizioni economiche, consentendo quindi in ogni tempo una richiesta di revisione. La efficacia claudicante di tali accordi si basa sulla considerazione che, ai sensi dell'art. 710 c.p.c., le parti possono sempre chiedere la modificazione dei provvedimenti relativi alla separazione (49).

In particolare, secondo questa impostazione, la determinazione dell'assegno di mantenimento o addirittura la sua temporanea esclusione si fonderebbero sul potere riconosciuto all'autonomia privata di determinare liberamente il *quantum* dei loro diritti patrimoniali, ma non anche di rinunziarvi una volta per tutte (50).

Infine un'ultima teoria, assai più liberale ammette la piena disponibilità del diritto al mantenimento osservando che in realtà l'unica obbligazione espressamente qualificata come indisponibile da parte del legislatore è quella alimentare (art. 447 c.c.), laddove un'analogha disposizione non esiste per il mantenimento che quindi deve ritenersi del tutto disponibile (51). Inoltre l'art. 160 c.c. che espressamente stabilisce l'inderogabilità dei diritti e dei doveri matrimoniali degli sposi non troverebbe applicazione alla crisi coniugale, nemmeno con riferimento alla separazione, che pure non scioglie il matrimonio, in quanto tale norma si riferisce alla immodificabilità del cosiddetto *regime primario* della famiglia, che a sua volta presuppone la coabitazione e l'esistenza dell'*affectio coniugalitatis*, elementi che sono certamente venuti meno anche con la semplice separazione (52).

Quest'ultima ricostruzione sembra in realtà quella maggiormente rispettosa dell'autonomia negoziale dei coniugi, nonché la più coerente con le premesse. Appare infatti singolare che si riconosca ai coniugi, concordemente, di modificare a piacimento il contenuto dell'accordo di separazione omologato senza dover sottoporre al controllo del giudice le modifiche pattuite, anche se relative alla prole minorenni, e contemporaneamente sostenere che, ove uno dei due paciscenti

Note:

(45) Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 388 e ss.

(46) Inoltre, poiché il divorzio determina il definitivo scioglimento del vincolo non pare possano essere richiamate norme la cui applicabilità postula l'esistenza del vincolo, come appunto l'art. 160 c.c.

(47) V. Liserre, *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, in *Riv. trim. dir. e proc. Civ.*, 1975, p. 474 e ss.; U. Majello, *Quaestio*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi*, Padova, 1989, p. 524;

(48) Cass., 19 dicembre 1956, n. 4458, in *Mass. Foro it.*, 1956, p. 828; Cass., 27 marzo 1963, n. 758, in *Riv. dir. matrim.*, 1963, p. 289.

(49) Cass., 13 aprile 1960 n. 860, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 1371; Cass., 2 luglio 1990 n. 6773 in *Giust. Civ.*, *Mass.*, 1990, fasc. 7; Cass., 14 novembre 1992 n. 12235, in *Giust. civ.*, *Mass.*, fasc. 11; Cass., 24 maggio 1996 n. 4794 in *Fam. e Dir.*, 1996, p. 767. In dottrina per questa tesi v. De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, Milano, 1991, p. 1, p. 191 e ss.; F. Finocchiaro, *Del Matrimonio*, II, in *Commentario del Codice Civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993, p. 469; A. Ceccherini, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, cit., p. 207 e ss.

(50) Dogliotti, *Separazione e divorzio*, Torino, 1995, p. 10; A. Ceccherini, op. cit., p. 189.

(51) M. Comperti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, I, p. 105 e ss.; Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione dei diritti familiari*, cit., p. 332 e ss. Al contrario nell'ipotesi del divorzio l'opinione dominante, confortata dal dettato legislativo sostiene l'impossibilità per l'ex coniuge che ha ricevuto l'attribuzione *una tantum* di far valere successivamente il diritto agli alimenti. V. in tal senso M. Dogliotti, op. cit., p. 184; G. Bonilini, *L'accordo per la corresponsione in unica soluzione*, in *Contratti*, 1996, p. 401 e ss. *Contra* C.M. Bianca, *Commento all'art. 5 L. div.*, cit., p. 360.

(52) Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 387 e ss., spec. p. 465-466.

non sia più d'accordo, lo stesso possa ritornare sulla convenzione liberamente sottoscritta per farne modificare le condizioni in spregio alla fondamentale regola del *pacta sunt servanda*. Se infatti è vero che i rapporti familiari sono particolarmente delicati, è altrettanto vero che negare ai contraenti la possibilità di disciplinare con efficacia preclusiva le loro pendenze economiche, sia pure in una fase in cui il rapporto coniugale è ancora esistente, significa considerare gli stessi alla stregua di soggetti incapaci, mortificando l'autonomia privata in un settore in cui tale forma di tutela non appare più necessaria. Infatti, come è stato correttamente osservato, non si vede per quale motivo il principio di solidarietà coniugale deve essere esasperato sino al punto da non tenere in alcun conto la volontà liberamente espressa (53).

Vi è di più: la stessa giurisprudenza della Suprema Corte nell'occuparsi degli accordi traslativi tra coniugi, ha affermato espressamente - con notevole incoerenza - che i coniugi ben possono pattuire che l'obbligo di mantenimento sia adempiuto con una prestazione *una tantum*. Ebbene in tal caso l'esecuzione di questa prestazione estingue totalmente e definitivamente l'obbligazione assumendo entrambi i coniugi a proprio carico il rischio economico della sopravvenienza di situazioni che rendono l'attribuzione inadeguata, in difetto o in eccesso (54).

Infine, secondo taluni, se anche si volesse affermare che gli accordi dispositivi del diritto al mantenimento sono efficaci solo *rebus sic stantibus*, si dovrebbe comunque ritenere che gli atti traslativi tra coniugi in occasione della separazione e del divorzio siano in ogni caso validi ed efficaci in quanto, la causa familiare, poiché qualifica intese di carattere patrimoniale, isola le convenzioni in oggetto dalle altre dichiarazioni negoziali inserite nello stesso contesto, rendendo tali convenzioni insensibili alle sopravvenienze che, al contrario, si riflettono su tutti gli atti che operano determinazioni dell'obbligo di mantenimento (55).

Il problema della forma dei trasferimenti immobiliari "in occasione di separazione e divorzio"

La questione della forma dei trasferimenti in occasione di separazione e divorzio si pone esclusivamente in relazione al procedimento di separazione consensuale. Infatti sia la separazione giudiziale che il divorzio su domanda congiunta si concludono con sentenza certamente idonea alla trascrizione (56).

Pertanto, per quanto attiene al problema proposto, possono essere sintenticamente individuate tre tesi:

- i trasferimenti in oggetto devono necessariamente essere contenuti nel procedimento di separazione e - di conseguenza - essere disposti dal giudice;
- i trasferimenti in oggetto devono essere quanto meno "attuati" con atto notarile ai fini della loro trascrizione;
- i trasferimenti in oggetto possono alternativamente

essere contenuti nel provvedimento del giudice ovvero in un atto notarile.

La teoria secondo cui le attribuzioni di beni tra i coniugi possono essere contenute esclusivamente in sede giudiziale è opinione per la verità assai risalente e minoritaria che si fonda sull'assunto che il Giudice è il solo soggetto competente a sovrintendere l'intero *iter* della separazione, ivi compreso ogni negozio attuativo della crisi familiare. Pertanto gli atti notarili che hanno ad oggetto i negozi di trasferimento tra i coniugi in sede di separazione o divorzio sarebbero radicalmente nulli (57).

Tuttavia questa impostazione, che porta alle estreme conseguenze quella concezione pubblicistica del diritto di famiglia di cui si accennava, non può essere accolta e per evidenti ragioni: infatti il notaio è soggetto che ha competenza generale nella formazione di atti pubblici e invero non si rinviene alcuna norma che espunga dalle funzioni notarili la stipula degli atti di cui ci stiamo occupando (58).

Più articolata e motivata è invece la seconda delle posi-

Note:

(53) Oberto, op. cit., p. 455.

(54) Cass., 25 ottobre 1972 n. 3299 in *Giust. civ.*, 1973, I, p. 221. Nello stesso senso Cass., 25 settembre 1978, n. 4277, in *Foro it.*, 1979, I, p. 718, con nota di Jannarelli. In queste decisioni appare evidente l'intenzione dei giudici di tutelare il cosiddetto contraente debole in quanto in tutte e due le controversie citate il marito cercava di far dichiarare la nullità di un trasferimento operato a favore della moglie o del figlio sulla base della considerazione della notevole eccedenza dell'attribuzione rispetto al bisogno dell'avente diritto in un caso e del raggiungimento della maggiore età e dell'indipendenza economica del figlio nell'altro. Resta da verificare come si sarebbero comportati i giudici nel caso opposto in cui l'avente diritto avesse richiesto un'integrazione dell'attribuzione sulla base delle mutate circostanze di fatto.

(55) Doria, op. cit., p. 304. Tuttavia, secondo questa ricostruzione, tutte le volte che i coniugi abbiano espressamente ricollegato l'attribuzione all'adempimento dell'obbligo di mantenimento la stessa non potrebbe essere sottratta alla condizione *rebus sic stantibus*. Discutibile appare l'opinione di A. Ceccherini, op. cit., p. 208 secondo il quale pur trovando gli accordi traslativi la loro causa nell'obbligo legale di mantenimento, e pur essendo il diritto al mantenimento indisponibile, gli stessi non sarebbero comunque travolti dal mutamento delle condizioni economiche dei paciscenti in quanto è solo la clausola che nega il mantenimento per la parte dovuta ad essere invalida e inefficace. Il coniuge conserverebbe quindi l'azione per conseguire la differenza dovutagli. L'Autore tuttavia non considera il caso in cui venga dimostrato che la prestazione *una tantum* è superiore a quanto dovuto a titolo di mantenimento. Infatti in questa ipotesi l'unica soluzione coerente con le premesse sarebbe quella di far venire meno l'atto traslativo, divenuto inefficace a seguito del mutamento delle condizioni e di ricalcolare quanto dovuto dal coniuge obbligato.

(56) Trib. Verona, 16 novembre 1987, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, p. 909 e ss.

(57) V. Trib. Napoli, 27 novembre 1929, in *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, vol. III, Roma, 1977, p. 717.

(58) Per queste considerazioni v. Giunchi, *L'intervento del notaio*, cit., pp. 290-291. Peraltro la giurisprudenza ammette ormai pacificamente che gli accordi di separazione concernenti gli aspetti patrimoniali possano essere sottratti al controllo del giudice, esplicitamente riconoscendo alle parti la possibilità di stipularli privatamente ovvero, naturalmente, con atto notarile. V. in tal senso Cass., 24 febbraio 1993 n. 2270 cit.; Cass., 22 gennaio 1994 n. 657 cit.

zioni delineate la quale parte dalla considerazione che, salvo nei casi previsti dalla legge, l'unico soggetto cui l'ordinamento attribuisce la competenza a ricevere negozi giuridici sia il notaio (59).

In particolare secondo la teoria in questione "la consensualità delle attribuzioni immobiliari" escluderebbe automaticamente l'intervento del giudice il quale al contrario sarebbe esclusivamente deputato a risolvere una eventuale fase patologica della vicenda (60). L'autore che sostiene questa tesi non giunge tuttavia a negare la natura di atto pubblico del verbale di udienza, in quanto non può dubitarsi che tale atto sia ricevuto da un pubblico ufficiale nell'ambito delle funzioni pubbliche attribuitegli dalla legge (art. 2699 c.c.). (61) Egli distingue tuttavia tra il contenuto necessario dell'accordo di separazione, che riguarda cioè la volontà dei coniugi di vivere separati nonché la disciplina degli aspetti economici connessi allo *status* che deve necessariamente rivestire la forma giudiziale e il contenuto eventuale dell'accordo medesimo, relativo cioè al regolamento economico integrativo, che invece, ove contenesse atti dispositivi di diritti reali su beni immobili, dovrebbe essere stipulato per atto notarile al fine di consentirne la trascrizione.

Di conseguenza il verbale di udienza, definito "atto pubblico non negoziale" o "atto pubblico processuale", non potrebbe contenere dichiarazioni negoziali e, ove le contenesse, avrebbe efficacia di mera scrittura privata come tale inidonea alla trascrizione. Pertanto per assicurare efficacia *erga omnes* ai trasferimenti in oggetto sarebbe necessario ripetere l'atto innanzi al notaio in modo da poterlo trascrivere (62).

Né - secondo questa tesi - potrebbe sostenersi la trascrivibilità del verbale di separazione sulla base della equiparazione dello stesso al verbale di conciliazione (63). Detta fattispecie è prevista e disciplinata dall'art. 185 c.p.c. concernente il tentativo di conciliazione da parte del Giudice Istruttore nonché dall'art. 332 c.p.c. relativo alla conciliazione in sede non contenziosa. Tuttavia nessuna delle due norme appare applicabile alla ipotesi in questione: non l'art. 185 c.p.c. in quanto disposizione dettata in materia di procedimento contenzioso e non di volontaria giurisdizione quale è invece quello della separazione consensuale; non l'art. 322 in quanto l'impostazione sistematica del codice di procedura civile prevede all'art. 311 che ai procedimenti dinnanzi al giudice di pace (ex giudice conciliatore) si applicano in quanto compatibili le norme relative al procedimento innanzi al Tribunale, laddove nessuna norma consente di applicare ai procedimenti innanzi al Tribunale le norme dettate per quelli avanti al Giudice di pace, come si vorrebbe fare in questo caso (64).

Secondo l'opinione dominante invece, ferma restando la competenza generale del notaio nel ricevere atti pubblici, nella ipotesi in esame, e solo relativamente agli accordi di separazione in esso contenuti, la natura di atto pubblico del verbale di separazione lo rende in tutto

e per tutto atto idoneo alla trascrizione ai sensi dell'art. 2657 c.c. (65). In particolare, il cancelliere, ai sensi dell'art. 130 c.p.c., ha competenza a redigere il verbale e, ai sensi del combinato disposto dell'art. 6 del d. lgs. 31 ottobre 1990 n. 347 (T.U. sulle imposte ipotecarie e cata-

Note:

(59) In questo senso Brienza, *Attribuzioni immobiliari*, cit., 1992, p. 598. In giurisprudenza vedi per questa teoria Trib. Firenze, 18/29 settembre 1989, in *Riv. not.*, 1992, p. 595 con nota adesiva di Brienza; Trib. Napoli 16 aprile 1997, in *Fam. e dir.*, 1997, p. 420 con nota adesiva di R. Caravaglios, *Trasferimenti immobiliari nella separazione consensuale tra coniugi*; Trib. Verbania, 6 luglio 2002 n. 161, in *questa Rivista*, 3/2003, p. 272, con nota di Giunchi.

(60) Brienza, *Attribuzioni immobiliari*, cit., 1992, p. 598.

(61) Discusso è se la paternità del verbale di udienza vada attribuita al cancelliere che materialmente lo redige, ovvero al presidente, sotto la cui direzione il documento è redatto. Per la paternità del cancelliere è la dottrina nettamente maggioritaria V. Andrioli, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 216 e ss; Marengo, voce *Verbale (dir. proc. Civ.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1993, p. 607. Al contrario la giurisprudenza parla di una duplice paternità del verbale, sia del cancelliere che del giudice. V. per tutte Cass., 22 aprile 1986, n. 2826, in *Giust. civ.*, Mass., fasc. 4.

(62) Brienza, *Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale* in cit., p. 1409 e ss. Contrari alla trascrivibilità del verbale sono anche Angeloni, *Separazione fra coniugi e divisione di beni*, in *Contr. e Impr.* 1991, p. 953 e ss.; Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Cod. civ. Commentario* diretto da Pietro Schlesinger, Milano, 1998, p. 686 e ss. In giurisprudenza in questo senso Trib. Bergamo, 19 ottobre 1984, in *Giust. Civ.*, 1985, I, p. 216; Trib. Firenze 18/29 settembre 1989, cit.; Trib. Firenze, 7 febbraio 1992, in *Dir. fam. e pers.* 1992, p. 731; Trib. Napoli, 16 aprile 1997, cit. Relativamente alla questione della ripetizione del contratto si ricorda che, secondo parte della dottrina, l'atto ripetitivo sarebbe del tutto autonomo rispetto a quello ripetuto, dimostrando la possibilità che uno stesso rapporto possa avere una pluralità di fonti. Bianca, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 1987, p. 296; Granelli, voce "Riproduzione (e rinnovazione) del negozio giuridico", in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1048 e ss. In senso contrario si può osservare che questa ricostruzione non spiega quale sia il senso economico dell'operazione e soprattutto quale possa esserne la giustificazione causale. V. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, p. 902 e ss. Secondo questa tesi l'unico vero caso di ripetizione è quello individuato nel testo e cioè quando le parti intendono mantenere in vita l'originario rapporto, ma renderlo opponibile con il mezzo della trascrizione (nel caso di vendita orale di autoveicoli per la trascrizione al P.R.A.). Ne consegue che il successivo contratto notarile non avrà valore negoziale e se una delle due parti si rifiutasse di stipularlo il rimedio non sarà offerto dall'art. 2932 c.c., bensì da una sentenza che accerti l'autenticità delle sottoscrizioni apposte alla scrittura privata. Naturalmente è ben possibile che nel verbale di udienza sia previsto esclusivamente un obbligo di trasferire a carico di un coniuge e a favore dell'altro (v. *infra* nota 98).

(63) In questo senso G. F. Condò, *Ancora sulle attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale tra coniugi*, cit., p. 1428.

(64) Per queste osservazioni Brienza, *Attribuzioni immobiliari nella separazione e nel divorzio consensuali*, cit, pp. 606 e 607.

(65) In dottrina per questa teoria v. G. F. Condò, op., cit., p. 1428; P. Giunchi, *I trasferimenti di beni fra coniugi nel procedimento di separazione personale nel diritto civile e nelle leggi fiscali*, cit., p. 1070 e ss; Ieva, *Trasferimenti mobiliari ed immobiliari in sede di separazione e di divorzio*, cit., p. 449 e ss; Oberto, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 168; T. V. Russo, *Accordi di separazione e consenso traslativo: sul presunto conflitto di competenza tra notariato e magistratura*, in *questa Rivista*, n. 3/2001, p. 292 e ss. In giurisprudenza v. Trib. Firenze, 6 gennaio 1982 in *Riv. Not.*, 1982, p. 197; Trib. Bergamo 15 novembre 1984 in *Riv. Not.*, 1985, p. 926; Trib. Pistoia 1 febbraio 1996 in *Riv. Not.*, 1996, p. 1421, con nota di Giuri, *Separazione consensuale, trasferimenti immobiliari, trascrivibilità*;

stali) e 2671 c.c., sarebbe poi obbligato, in quanto pubblico ufficiale che ha ricevuto l'atto, a curarne la trascrizione nel più breve tempo possibile e comunque entro trenta giorni dalla redazione del verbale (66).

Questo orientamento, che va ormai consolidandosi anche in giurisprudenza, presenta tuttavia numerosi inconvenienti di carattere operativo. Innanzitutto la natura di atto pubblico e la conseguente trascrivibilità del verbale di udienza va riconosciuta solo relativamente agli accordi che concretino le "condizioni" della separazione. Resta quindi da verificare quali siano in concreto queste intese. Andranno certamente escluse tutte quelle pattuizioni che trovano nella separazione un mero motivo individuale ovvero che non siano intimamente connesse alla medesima. A tale proposito sembra condivisibile l'impostazione della dottrina più rigorosa la quale ritiene che solo gli atti traslativi che trovano la loro giustificazione causale nella separazione possano essere inseriti nel verbale con efficacia di atto pubblico e conseguentemente trascritti; in tutti gli altri casi tali convenzioni, anche se contenute nel verbale, non potranno avere altro valore che quello di scritture private. (67) Altri invece sostiene che ogni qualvolta il trasferimento sia occasionato dalla separazione esso potrà essere consacrato nel verbale-atto pubblico, senza peraltro ben chiarire i limiti di questa posizione (68).

Resta il fatto che - per entrambe le teorie proposte - è estremamente difficile individuare quando un trasferimento possa essere documentato dal verbale-atto pubblico ovvero quando la collocazione nello stesso sia solo occasionale e non idonea a attribuire allo stesso pubblica fede. Proprio questa difficoltà ha portato un autore a ritenere che il verbale di separazione omologato sia comunque sempre trascrivibile in quanto avente natura di scrittura privata con sottoscrizioni accertate giudizialmente (69). Tuttavia tale tesi attribuisce al decreto di omologazione una funzione ad esso sconosciuta e del tutto anomala in quanto l'accertamento delle sottoscrizioni previsto dal codice di rito presuppone un contrasto sulla provenienza di un documento, contrasto che in questo caso non appare prospettabile (70).

Altro problema riguarda la responsabilità del pubblico ufficiale nel curare tempestivamente la trascrizione: infatti l'obbligo del cancelliere risiede in una norma di natura fiscale e, pertanto, il suo inadempimento comporterebbe una sanzione di tipo pecuniario ben diversa dalla responsabilità di cui all'art. 2671 comma 1 (71). Si aggiunga poi che non esiste alcuna norma che sancisca la responsabilità civile del giudice che trasferisca un immobile abusivo (72), che non è prevista alcuna disposizione normativa che imponga al cancelliere di accertarsi dell'identità delle parti (73), che non si rintraccia alcun obbligo da parte dei soggetti coinvolti di adeguare le dichiarazioni delle parti alla normativa vigente (c.d. funzione di adeguamento), né esiste un soggetto responsabile nel caso in cui lo scopo delle parti non venga raggiunto (74). Tutti questi elementi sembrereb-

bero sufficienti a negare la possibilità di trascrivere il verbale di separazione e, comunque, anche nell'ottica della tesi affermativa, evidenziano una palese deviazione dalle "ordinarie modalità" dei trasferimenti immobiliari e causano una serie di problemi e di difficoltà all'operatore del diritto. Sulla base di queste considerazioni la stessa dottrina che ritiene ammissibili (e immediatamente trascrivibili) i trasferimenti immobiliari disposti nel verbale di separazione, si augura *de iure condendo* che il legislatore rimetta in via assolutamente esclusiva al notaio la funzione di trasferimento della proprietà (e del trasferimento e la costituzione di altri diritti reali) sui beni immobili in modo da evitare la "cospicua serie di nefaste conseguenze" che si producono quando un soggetto non in possesso della necessaria capacità tecnica redige atti di questo tipo (75).

Segue. La disciplina applicabile al verbale di separazione contenente trasferimenti immobiliari

Ove si voglia riconoscere al verbale di separazione la natura di atto pubblico a tutti gli effetti è evidente che, qualora nello stesso siano contenuti atti diretti al trasferimento o alla costituzione di diritti reali, dovranno essere rispettati tutti i requisiti richiesti dalla normativa vigente in materia di atti tra vivi traslativi di diritti immobiliari.

Di conseguenza l'oggetto del trasferimento dovrà essere correttamente identificato con l'indicazione di almeno tre confini pur non essendo il giudice obbligato a verifi-

Note:

(66) Ovvero dalla sua omologazione, a seconda se si ritenga che l'omologazione sia *condicio iuris* di efficacia del verbale ovvero elemento costitutivo di una fattispecie complessa Cfr. per queste considerazioni, Oberto, op. cit., p. 174.

(67) In questo senso V. tra gli altri Ieva, *Trasferimenti mobiliari ed immobiliari*, cit., p. 457; Sala, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, in *Riv. trim. dir. e proc. Civ.*, 1996, p. 1055 e ss.

(68) Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 1263 e ss.

(69) Doria, *Autonomia privata e causa familiare*, cit., p. 383 e ss.

(70) Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 1278

(71) Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 688. Contra Oberto, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari*, cit., p. 174 secondo cui la responsabilità del notaio sarebbe ascrivibile alla sua qualità di libero professionista.

(72) Ieva, *Trasferimenti mobiliari ed immobiliari*, cit., p. 479

(73) Vaglio, *I verbali di separazione e divorzio sono inadeguati per trasferimenti immobiliari fra coniugi*, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 685 e ss. In giurisprudenza v. Trib. Firenze, 7 febbraio 1992, cit.

(74) Brienza, *Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale*, cit., p. 1413-1414; P. Giunchi e S. Marciano, *Sulla eventuale responsabilità del giudice per invalidità dei trasferimenti immobiliari contenuti nel verbale di separazione dei coniugi*, in *Riv. dir. priv.* 2003, 3, p. 637 e ss.

(75) Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 1324. Appare comunque sentita, soprattutto dagli operatori del diritto, l'esigenza di un intervento chiarificatore da parte del legislatore. In questo senso, Brienza, op. ult. cit., p. 1424; Condò, *Ancora sulle attribuzioni immobiliari*, cit., p. 1425; P. Giunchi e S. Marciano, op. cit., p. 644.

care l'esattezza della descrizione e il titolo dovrà contenere altresì, a pena di nullità, tutte le menzioni prescritte dalla vigente normativa edilizia (76).

Pertanto risulteranno affetti da nullità i trasferimenti non rispettosi del disposto degli artt. 30 e 46 del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, dell'art. 40 della legge 28 febbraio 1985 n. 47 nonché della vigente disciplina in materia di condono edilizio regolata dalle diverse leggi regionali. Conseguentemente in queste ipotesi il presidente dovrà impedire che nel verbale si dia atto di tali accordi e, in caso contrario, il tribunale dovrà negare l'omologazione (77).

Tuttavia nella pratica non di rado accade che nel verbale dette dichiarazioni o menzioni non siano inserite oppure non vengano allegati quei documenti in assenza dei quali l'atto è invalido ovvero non può essere trascritto (78). Ebbene l'art. 40 della legge 47/1985 e l'art. 46 del D.P.R. 380/2001 ammettono la "conferma" dell'atto nullo nelle ipotesi in cui la mancanza delle dichiarazioni, allegazioni o menzioni sia dipesa da una semplice omissione purché i documenti, le circostanze e fatti non contenuti o non rilevati fossero comunque preesistenti all'atto. Inoltre l'atto di conferma - che potrà essere anche unilaterale - oltre a contenere le dichiarazioni o gli allegati omessi, dovrà rivestire la stessa forma dell'atto oggetto di conferma.

Relativamente a quest'ultimo requisito la dottrina che si è occupata del problema, ha giustamente rilevato che, una volta riconosciuta la natura di atto pubblico al verbale di udienza, non si ravvisano ostacoli nel ritenere che lo stesso possa essere successivamente confermato con un atto notarile la cui forma pubblica vale a soddisfare il requisito del rispetto della medesima forma (79). Analogamente si potrà procedere con atto notarile ad eventuali integrazioni o rettifiche dei verbali ovvero ad identificazioni di dati catastali degli immobili oggetto dei medesimi (80).

I trasferimenti a favore della prole

Caratteristiche peculiari rivestono gli accordi in favore della prole. In proposito si è rilevato in precedenza come, sotto il profilo causale, nei riguardi dei figli l'esistenza di una *causa solvendi* appaia comunque assai frequente, tenendo conto del fatto che l'obbligo di mantenimento grava senza alcun dubbio sul genitore trasferente ove il figlio sia minorenni, e, in molti casi, anche quando sia maggiorenne (81).

L'incidenza del diritto al mantenimento ha una notevole rilevanza in questi casi sia sotto il profilo dei limiti all'autonomia contrattuale sia con riguardo alla ricostruzione strutturale delle intese al vaglio.

Con riferimento alla prima questione non vi è dubbio che, ove l'attribuzione alla prole contenga anche un intento solutorio dell'obbligo di mantenimento, l'autonomia contrattuale dei coniugi incontra limiti assai significativi; infatti, da un lato, i doveri dei genitori verso i figli, sono sanciti da disposizioni di carattere inderogabile

in ragione della natura di ordine pubblico della regola espressa dall'art. 30 della Costituzione e dagli artt. 147 e 148 del codice civile (82) e, d'altro lato, tali doveri non cessano con il venir meno del rapporto coniugale essendo naturalmente connessi al rapporto di filiazione anziché a quello del matrimonio, come è chiaramente sancito dall'art. 155 c.c.

Sulla base di queste considerazioni parte della dottrina (83) e della giurisprudenza (84) non ritengono addirittura possibile che i genitori adempiano ai loro doveri di contribuzione verso i figli per mezzo della corresponsione in un'unica soluzione dell'assegno di mantenimento. Si afferma infatti che, in assenza di una specifica disposizione normativa come quella dettata dall'art. 5 l. div. per i rapporti tra i coniugi, l'unica modalità di adempimento ammissibile è quella della prestazione periodica in quanto la sola suscettibile di adeguamento automatico, elemento imprescindibile della contribuzione ai sensi dell'art. 6 comma 11 l. div. In particolare, secondo questa tesi, la necessità di tutelare al massimo l'interesse della prole imporrebbe che tutti i mutamenti di valore che pos-

Note:

(76) Vedi in questo senso la dichiarazione emessa dal Presidente del Tribunale di Torino in *Riv. Not.*, 1995, p. 1101 e ss. Si ricorda altresì che tali menzioni non sono necessarie ove il trasferimento avvenga con sentenza. Cfr. Consiglio Nazionale del Notariato Note 27 maggio 1994 n. 1752 e 18 novembre 1996 n. 3106.

(77) Oberto, *I trasferimenti cit.*, p. 171.

(78) Giunchi, *I trasferimenti di beni fra coniugi*, cit., p. 1074.

(79) Giunchi, op. cit., loco cit. Nello stesso senso Oberto, *I trasferimenti*, cit., p. 171.

(80) Giunchi, op. cit., loco cit.

(81) Infatti l'obbligo di mantenimento ed il correlativo diritto, non sono necessariamente legati alla minore età del figlio, ma perdurano finché questi non abbia raggiunto l'indipendenza economica, salvo che non abbia colpevolmente concorso alla determinazione della propria non autosufficienza economica. V. in questo senso da ultimo Cass., 3 aprile 2002 n. 4765 in *Giust. civ.* 2003, I, p. 185, con nota di Monticelli; in *Giur. it.* 2003, p. 45, con nota di D'Auria; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 818, con nota di Bolondi, *Sempre più tutelata la posizione dei figli maggiorenni?*. Nello stesso senso v. Cass. 11 marzo 1988, n. 2670, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 562; Cass. 7 maggio 1998, n. 4616, in *Giur. it.*, 1999, p. 253, con nota di Amato. In dottrina v. Santosuosso, *Il matrimonio*, in *Giust. sist. dir. civ. comm.* fondata da Bigiavi, Torino, 1989, p. 271; F. Finocchiaro, *Del matrimonio*, II, nel *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, cit., p. 315; Figone, *Sul mantenimento del figlio in regime di divorzio*, in *Fam. dir.*, 1995, p. 360. Pertanto anche relativamente ai trasferimenti a favore dei figli maggiorenni, ben potrà sussistere un intento solutorio dell'obbligo di mantenimento. Pertanto se è vero che nei riguardi dei figli minori deve quasi sempre ipotizzarsi una *causa solvendi*, nei riguardi dei figli maggiorenni la questione appare più delicata, dovendosi di volta in volta verificare se sussistono i presupposti per una tale giustificazione.

(82) Oberto, *Gli accordi concernenti la prole nella crisi coniugale*, in *Riv. dir. fam. e pers.* 1999, p. 271 e ss.

(83) V. Basini, *Crisi familiare e adempimento in unica soluzione dell'obbligo di mantenimento della prole*, in *Famiglia*, 2003, p. 983 e ss.

(84) In giurisprudenza l'unica pronuncia contraria è Trib. Catania, 1 dicembre 1990, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1991, p. 1010.

sano svantaggiare i figli debbano obbligatoriamente trovare rimedi automatici. (85)

A tali obiezioni si è efficacemente replicato che nessuna norma impone al giudice di prevedere la corresponsione periodica dell'assegno di mantenimento e inoltre che l'adeguamento automatico prescritto dalla legge potrebbe comunque essere assicurato mediante la previsione di appositi meccanismi che consentano in ogni caso di assicurare al beneficiario una prestazione che conservi nel tempo il medesimo valore reale (86).

Pertanto, pur non potendosi negare che anche in questo caso vi sia spazio per l'autonomia negoziale e che quindi alle intese in esame vadano applicate in linea di massima le norme contrattuali, deve tuttavia riconoscersi che detta autonomia viene significativamente compressa dall'esistenza dei citati limiti inderogabili la cui violazione non può determinare altra sanzione se non quella della nullità dell'accordo per contrarietà all'interesse del minore.

Una prima importante conseguenza di quanto rilevato è che, contrariamente a quanto avviene con riguardo agli accordi tra i coniugi ed in considerazione del carattere inderogabile del principio di proporzionalità espresso dall'art. 148 c.c., nessun effetto preclusivo può in questo caso collegarsi all'effettuazione della prestazione a favore della prole, neppure in caso di espressa clausola al riguardo (87). Tali attribuzioni, in altri termini, avvengono sempre *rebus sic stantibus* (88).

Inoltre gli accordi in esame devono necessariamente avere sede giudiziale: infatti l'art. 155 c.c. - il cui contenuto sul punto è riprodotto in materia di divorzio dall'art. 6 comma 3 l. div. - prescrive che sia il giudice a determinare le modalità con cui il genitore non affidatario venga chiamato a far fronte agli obblighi di mantenimento, istruzione e educazione dei figli (89), mentre l'art. 158 c.c., come già detto, ricomprende i provvedimenti relativi alla prole nel c.d. *contenuto necessario* dell'accordo di separazione, tanto che il Tribunale ben potrebbe rifiutare l'omologazione ove ritenga che le pattuizioni dei coniugi siano contrarie all'interesse dei figli (90). Non si ritiene dunque di aderire a quelle decisioni giurisprudenziali che hanno ritenuto non necessaria l'omologa di pattuizioni modificative dell'accordo di separazione anche se relative all'affidamento e al mantenimento della prole minorenni (91).

Al contrario le limitazioni elencate non trovano spazio nel caso di fattispecie in cui l'accordo è pur sempre giustificato dalla causa di definizione della crisi coniugale, ma nelle quali il diritto al mantenimento non è coinvolto o perché la prole è del tutto autosufficiente, ovvero perché l'attribuzione non modifica l'entità dell'assegno dovuto

Nella stessa ottica, con riguardo al problema della struttura, nei casi in cui non si disponga del diritto al mantenimento, appare corretta la ricostruzione della fattispecie come contratto a favore di terzo. Infatti in questo caso l'attribuzione a favore dei figli li vede in tutto e

per tutto come soggetti favoriti ai sensi dell'art. 1411 c.c. in quanto beneficiari di effetti meramente favorevoli (92).

Detta ricostruzione non pare invece proponibile nei casi, più numerosi, in cui l'attribuzione valga a soddisfare in tutto o in parte il diritto al mantenimento di cui il figlio è titolare. Infatti nella fattispecie prevista dall'art. 1411 c.c. un contraente (promittente) si obbliga nei confronti di un altro (stipulante) ad eseguire una prestazione a favore di un terzo (93). La funzione economica della figura consiste nella contestuale realizzazione di due diversi rapporti mediante un'unica attribuzione patrimoniale. Il primo rapporto, cosiddetto di provvista, è fra lo stipulante e il promittente; il secondo, cosiddetto di valuta, è tra stipulante e terzo. Detti rapporti possono essere i più vari in quanto la stipulazione a favore di terzo è solo un modo di essere del contratto di volta in volta concluso (94). Il rapporto tra promittente e terzo nasce invece al momento della stipulazione, non potendosi per definizione ipotizzare la preesistenza del

Note:

(85) Basini, op. cit., pp. 994-995

(86) In questo senso Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 1143-1144. La giurisprudenza dominante è per la validità di convenzioni di questo tipo. V. da ultimo Cass., 17 giugno 2004 n. 11342 in *Giust. civ.*, Mass., p. 6.

(87) Oberto, op. ult. cit., p. 305

(88) Nello stesso senso M. Sesta, *Diritto di famiglia*, Padova, 2003, p. 317

(89) Analoga disposizione è contenuta nell'art. 6 comma 3 l. div.

(90) D'altro canto un controllo del giudice appare in questo caso necessario ove si consideri che i figli minori sono soggetti incapaci di agire che abbisognano quindi di essere tutelati in modo ben più rilevante rispetto ai coniugi

(91) Si veda la giurisprudenza citata *supra* al par. 6 nota 44. Infatti, pur comprendendosi la motivazione e gli interessi che hanno portato a simili pronunce, le stesse appaiono evidentemente contrarie al disposto dell'art. 158 c.c. che, come detto, fa rientrare dette intese nel c.d. *contenuto necessario* dell'accordo di separazione.

(92) Al contrario dottrina e giurisprudenza dominanti, forse influenzate dalla circostanza che i figli non sono mai parte del procedimento di separazione, ritengono di qualificare in ogni caso le attribuzioni in favore dei medesimi come contratto a favore di terzo. V. Cass., 21 dicembre 1987 n. 9500, cit. che ricostruisce la fattispecie come contratto preliminare a favore di terzi; Trib. Vercelli, 24 ottobre 1989, in *Dir. fam. e pers.* 1991, p. 1259. Trib. Siracusa, 14 dicembre 2001, in *Arch. Civ.*, 2002, p. 728. In dottrina v. G. Metitieri, *La funzione notarile nei trasferimenti di beni tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 1164 e ss., Oberto, op. ult. cit., p. 308 e ss.

(93) In materia di contratto a favore di terzo v. Torrente, *In tema di contratto a favore di terzo*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1945, II, pp. 18-25; Majello, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962; Ferrante, *Causa e tipo nel contratto a favore di terzo*, Milano, 2005. La tesi ormai dominante ammette che il contratto a favore del terzo possa produrre anche effetti reali. V. in questo senso Moscarini, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, p. 286; Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 356 e ss. In giurisprudenza vedi Cass., 25 febbraio 1980, n. 1317 in *Giur. it.*, 1981, I, 1, p. 1347; Cass., 17 maggio 1982, n. 3050 in *Vita Notarile*, 1982, p. 1225.

(94) Tesi ormai pacifica che risale a Gorla, *Contratto a favore di terzo e nudo patto*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 587.

medesimo. Al contrario, ove sussista l'intento solutorio, il genitore trasferente (promittente) è già per legge obbligato nei confronti del figlio al mantenimento e mediante l'attribuzione allo stesso intende adempiere a tale obbligo proprio. Pertanto, poiché attraverso l'attribuzione traslativa il genitore finisce col disporre del diritto al mantenimento nei confronti del figlio medesimo, appare in verità arduo qualificare quest'ultimo come terzo beneficiario di effetti meramente favorevoli (95).

Diversa è l'ipotesi in cui il genitore acquisti da un terzo il bene e disponga che il trasferimento avvenga direttamente a favore del figlio al fine di adempiere all'obbligazione di mantenimento. In questo caso l'applicazione dell'art. 1411 c.c. appare corretta in quanto il genitore (stipulante) e il proprietario del bene (promittente) stipulano un contratto di vendita in cui viene convenuto che il bene stesso sia attribuito al figlio (terzo) (96).

In realtà, al fine di una corretta ricostruzione della vicenda, deve ricordarsi che nelle ipotesi che stiamo trattando la legge pone a carico del trasferente l'obbligo di mantenimento. Ebbene, nel caso di adempimento *una tantum* tale obbligo di dare viene adempiuto dal genitore con il trasferimento al figlio della proprietà o di altro diritto reale sul bene (97).

Tuttavia in questo caso l'obbligo di dare del genitore, pur trovando la sua fonte nella legge, va determinato nel suo contenuto nell'ambito dell'accordo di separazione omologato ovvero nella sentenza del giudice, atteso che la possibilità di adempiere con una attribuzione *una tantum* deve essere necessariamente pattuita nonché verificata dal giudice.

A tale proposito è necessario distinguere il caso in cui il figlio avente diritto al mantenimento sia minorenni ovvero abbia già raggiunto la maggiore età. Nel primo caso la determinazione delle modalità di adempimento dell'obbligo e il suo adempimento possono avvenire direttamente nel provvedimento del giudice (98) in quanto il minore è rappresentato dal genitore affidatario.

Al contrario nel secondo caso il figlio, una volta raggiunta la maggiore età ed acquistata la piena capacità di agire, in quanto unico titolare del diritto, dovrebbe altresì essere l'esclusivo titolare dell'azione (99).

Sulla base di queste osservazioni e considerando che il

(98) Indipendentemente dalla eventuale necessità di ripetere l'atto innanzi al notaio. Naturalmente ove il provvedimento del giudice contenga esclusivamente un obbligo di trasferire il successivo atto di adempimento è da configurarsi come pagamento traslativo. La ricostruzione proposta presuppone invero la derogabilità del principio del consenso traslativo sancito dall'art. 1376 c.c. più che di quello causale, atteso che non si è qui in presenza di negozi astratti. V. in questo senso Giorgianni, voce *Causa*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 547 e ss. Più di recente v. E. Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000.

Qualora poi all'atto di pagamento traslativo si attribuisca natura di atto unilaterale, come sembra corretto, si pongono invero alcuni problemi operativi, atteso che il trasferimento della proprietà ovvero di altro diritto reale su beni immobili deve essere pubblicizzato con la trascrizione. Tuttavia tali difficoltà non appaiono insuperabili soprattutto ove si consideri che la giurisprudenza ammette ormai pacificamente il contratto a favore del terzo ad effetti reali, consentendone di conseguenza la trascrizione (v. Cass., 25 febbraio 1980, n. 1317, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, p. 1347; Cass., 27 gennaio 1992, n. 855, in *Giust. civ.*, *Mass.*, f. 1; Cass. 11 maggio 2000 n. 6030, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 2000, p. 991; Cass., 18 maggio 2000 n. 6450, in *Giust. civ.*, *Mass.*, p. 1049; Cass., 1 dicembre 2003 n. 18321, in *D&G - Dir. e giust.*, 2004, f. 3, p. 118) e addirittura parte della dottrina ritiene che lo schema del c.d. contratto unilaterale di cui all'art. 1333 c.c. trovi applicazione anche per i contratti ad effetti reali con la conseguente possibilità della trascrizione immediata del contratto medesimo (cfr. in tal senso Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, cit. p. 364 e ss.). Ebbene nelle due ipotesi citate la questione della trascrizione appare assai più complicata atteso che il soggetto beneficiario ben potrebbe respingere le attribuzioni in parola mediante un atto di rifiuto, potendosi giustificare un'alterazione al principio dell'intangibilità dell'altrui sfera giuridica solo nel caso di effetti meramente favorevoli e fatta comunque salva la possibilità di rifiuto da parte del beneficiario (v. in materia Donisi, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972). Al contrario nel caso di pagamento traslativo l'accipiens ha già manifestato il proprio consenso al trasferimento nella fase in cui l'obbligo di dare è nato e, pertanto, un rifiuto non appare qui configurabile. (cfr. Sciarone - Alibrandi, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II p. 525 e ss., spec. pag. 544 e ss.). In conclusione la trascrizione dell'atto unilaterale di adempimento traslativo potrà avvenire ai sensi dell'art. 2645 c.c. In tal senso Gazzoni, op. cit. p. 607.

Pertanto, ai fini del perfezionamento della fattispecie, non appare condivisibile il richiamo all'art. 1333 c.c. che disciplina il contratto con obbligazioni a carico del solo proponente. Infatti lo schema di cui all'art. 1333 c.c. presuppone l'assunzione di un obbligo a carico di un soggetto cui potrà poi seguire un trasferimento in adempimento di tale obbligo. Di conseguenza il ricorso a questa norma può eventualmente rilevare in sede di nascita dell'obbligo di dare e non di sua esecuzione. Per l'applicabilità dell'art. 1333 c.c. alla fattispecie v. Cass., 21 dicembre 1987 n. 9500, cit.

(99) In questo senso Cass., 28 aprile 1980 n. 2784 in *Giust. civ.*, 1980, I, 2751; Cass. 11 luglio 1990, n. 7211, in *Mass.*, 1990. In dottrina v. Barbiera, *Due questioni tuttora aperte: trasgressione all'obbligo di fedeltà rilevante per l'addebito e mantenimento di figli maggiorenni conviventi con uno dei coniugi separati*, in *Giur. it.*, 1999, p. 916. Tuttavia la dominante giurisprudenza attenua in qualche maniera questo principio sostenendo che nell'ipotesi di convivenza con il figlio ed in mancanza di una espressa ed autonoma pretesa dello stesso a essere destinatario del pagamento, il genitore affidatario avrebbe un diritto proprio sia ad ottenere il rimborso delle somme anticipate a titolo di contributo di mantenimento dovuto dall'altro genitore, sia a pretendere da questo detto contributo per il mantenimento futuro della prole. In tutte le altre ipotesi comunque esclusivo titolare dell'azione rimarrebbe il figlio. Cass., 29 marzo 1994, n. 3049 in *Giur. it.*, I, 1, p. 652; Cass., 28 giugno 1994 n. 6215, in *Foro it.*, 1994, I, p. 3029; Cass., 18 febbraio 1999 n. 1353, in *Fam. e Dir.*, 1999, p. 455; Cass., 16 febbraio 2001 n. 2289, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 275; Cass., 21 giugno 2002, n. 9067, in *Giust. civ. Mass.* 2002, 1064. In dottrina tuttavia taluni sostengono che il genitore convivente sia legittimato ad agire per il rimborso delle somme anticipate, laddove il diritto al mantenimento futuro possa essere azionato in via esclusiva dal figlio maggiorenne. Cfr. Amadei, *Legittimazione ad agire per far valere il diritto al mantenimento e maggiore età del figlio: applicabilità della surrogazione per pagamento ex art. 1203 n. 3 c.c.?* in *Giur. it.*, 1999, p. 1423; Finelli, nota a Cass. 16 febbraio 2001, n. 2289, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 276.

Note:

(95) V. Briganti, *Crisi della famiglia e attribuzioni patrimoniali*, in *Riv. not.*, 1997, pp. 7-8. In altri termini non si vede perché si debba passare attraverso il meccanismo del contratto a favore del terzo per attribuire ad un soggetto un bene di proprietà dell'obbligato in adempimento di un obbligo posto dalla legge a suo carico.

(96) In questo senso Briganti, op. cit., p.7; v. Ferrante, *Causa e tipo*, cit., p. 415 e ss. Sempre nell'ambito del contratto a favore del terzo vanno inquadrate quelle fattispecie in cui il genitore trasferente non intenda liberarsi dall'obbligo di mantenimento nei confronti del figlio, bensì nei riguardi dell'altro coniuge.

(97) V. Chianale, *Obbligazione di dare e atti traslativi solvendi causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p.233; V. Mariconda, *Art. 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari*, cit., p. 140 e ss.

figlio maggiorenne non è parte del procedimento di separazione e di divorzio, l'eventualità che egli riceva l'assegno di mantenimento in un'unica soluzione senza avere possibilità di accettare o rifiutare sembra decisamente da scartare. Ed allora in tali casi l'obbligo da parte del genitore trasferente contenuto nel provvedimento del giudice assumerà la natura di proposta irrevocabile ovvero di contratto di opzione a favore di terzo (100) e, successivamente, per il perfezionamento della fattispecie sarà necessaria l'accettazione da parte del figlio maggiorenne (101).

Ulteriore problema potrebbe porsi nel caso di prole minore in ordine all'applicabilità del regime di tutela dettato per gli incapaci. A tale proposito va osservato che, come più volte ricordato, l'art. 155 espressamente attribuisce al giudice che pronunzia la separazione la competenza in ordine a ogni provvedimento relativo alla prole soggetta a potestà e quindi minore e, in materia di separazione consensuale l'art. 158 c.c. espressamente attribuisce al Tribunale la competenza circa la valutazione della rispondenza dell'intesa all'interesse del figlio (minore). In materia di divorzio analoga disposizione è contenuta nell'art. 6 comma 2 l. div. Pertanto non sembrerebbe necessaria alcuna autorizzazione da parte del Giudice Tutelare, atteso il carattere eccezionale delle norme in materia di separazione e di divorzio (102).

Trattamento fiscale degli accordi in occasione di separazione e divorzio

Nell'esperienza operativa notevolissima rilevanza riveste il trattamento fiscale riservato dal legislatore agli accordi di cui ci stiamo occupando. La legislazione fiscale e le sua sofferta interpretazione hanno a lungo condizionato e ancora oggi condizionano pesantemente le scelte degli operatori del diritto talvolta dando luogo a discutibili costruzioni architettate al solo fine di ottenere un beneficio tributario.

La norma di riferimento dell'intera materia è stata per anni l'art. 8 lettera f della Tariffa Parte I, allegata al D.P.R. 26 aprile 1986 n. 131 che dispone l'assoggettamento ad imposta di registro in misura fissa, tra l'altro, di tutti gli atti dell'autorità giudiziaria "aventi per oggetto lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio o la separazione personale, ancorché recanti condanne al pagamento di assegni o attribuzioni di beni patrimoniali, già facenti parte di comunione tra coniugi" (103).

L'interpretazione della disposizione in oggetto è stata piuttosto controversa, sia per quanto riguarda l'espressione "atti dell'autorità giudiziaria" che, secondo taluni non avrebbe consentito di ricomprendere nel trattamento agevolato i verbali di separazione (104), sia relativamente alla locuzione "facenti parte della comunione fra coniugi" dubitandosi secondo una tesi, che lo stesso potesse riferirsi anche alla comunione ordinaria (105).

In seguito l'art. 19 della legge 6 marzo 1987 n. 74 ha stabilito, abrogando parzialmente la norma di riferimento, che "tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio... sono esenti dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa." La giustificazione della normativa di favore viene comunemente rinvenuta nell'esigenza di favorire l'assetto patrimoniale tra i coniugi nella fase della crisi, senza che l'eccessivo costo del procedimento possa costituire un ostacolo alla libera determinazione della volontà dei soggetti coinvolti (106).

Tuttavia l'evidente disparità di trattamento tra le attribuzioni patrimoniali in sede di separazione rispetto a quelle in sede di divorzio ha immediatamente sollevato dubbi interpretativi. Da un lato vi è stato chi ha sostenuto che la disciplina *de qua* fosse immediatamente applicabile alle medesime fattispecie relative al procedimento di separazione personale; (107) dall'altro chi ha sollevato dubbi circa la legittimità costituzionale della disciplina suggerendo il ricorso alla Corte Costituzionale (108). In effetti la Corte è intervenuta una prima

Note:

(100) Solo in questo senso può convenirsi che, nell'ipotesi di figlio maggiorenne, la vicenda possa essere ricostruita come contratto a favore di terzo. Per una distinzione tra figli maggiorenni e minorenni v. Ferrante, *Causa e tipo*, cit., p. 415 e ss.

(101) A meno di non voler utilizzare l'istituto della *negotiorum gestio*, la cui applicabilità a questo tipo di operazioni è tuttavia piuttosto controversa. V. per tutti Luca, *Gestione di affari altrui e atto notarile in Riv. Not.*, 1994, p. 639.

(102) Nello stesso senso, sia pure dubitativamente, Briganti, *Crisi della famiglia*, cit., p. 7, in nota.

(103) A sua volta la norma citata riprende il precedente articolo 8, lett. e) della Tariffa parte prima allegata al D.P.R. 634/1972 così come interpretato dall'articolo unico della legge 10 maggio 1976 n. 260 il quale recitava che "Le sentenze di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e quelle di separazione personale, ancorché portanti condanne al pagamento di assegni o attribuzioni di beni patrimoniali, nonché quelle che modificano tali condanne o attribuzioni, si intendono sottoposte all'imposta di registro prevista in misura fissa dall'art. 8 lett. e), della tariffa allegato A, parte prima del D.P.R. 26 ottobre 1972 n. 634." Non esistono invece norme di analogo tenore relativamente alle imposte ipotecarie e catastali ovvero per l'imposta sul valore aggiunto.

(104) Brienza, *Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale*, cit., p. 1422; Vaglio, *Imposta di registro agevolata nei trasferimenti immobiliari tra coniugi separandi o divorziandi: replica*, in *il Fisco*, 1994, p. 6104. *Contra* l'opinione dominante; vedi per tutti Giunchi, *Il trattamento fiscale delle attribuzioni fra coniugi nella separazione personale e nel divorzio*, in *il Fisco*, 1994, p. 986 e ss.

(105) Per i termini della questione, ormai superata, v. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 1391.

(106) Lanzillotti - Magurno, *Il notaio e le imposte indirette*, IV Edizione, Roma, 2004, p. 415 e ss.

(107) R. Caravaglios, *Trasferimenti immobiliari nella separazione consensuale tra coniugi*, cit., p. 425.

(108) F. Gallo, *Norme fiscali e transitorie della l. 6 marzo 1987 n. 74*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, VI, 1, Padova, 1993, p. 543 e ss.

volta con la sentenza n. 176 del 15 aprile 1992 (109) dichiarando incostituzionale l'art. 19 l. 74/1987 nella parte in cui non comprende nell'esenzione dal tributo anche le iscrizioni di ipoteca giudiziale effettuate a garanzia delle obbligazioni assunte dal coniuge nel procedimento di separazione personale.

Successivamente, investita della questione circa l'incostituzionalità della mancata estensione dell'agevolazione ai procedimenti di separazione, dopo due interventi in cui aveva dichiarato la questione manifestamente infondata (110), la Corte, con la sentenza n. 154 del 10 maggio 1999 (111) evidenziando l'analogia tra le due fattispecie, ha esteso l'esenzione da tutte le imposte e tasse anche agli atti, i documenti e i provvedimenti relativi al procedimento di separazione.

Infine la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 202 del giorno 11 giugno 2003 (112) ha ulteriormente ampliato l'ambito di applicazione del beneficio ritenendo che l'esenzione di cui all'art. 19 l. 74/1987 deve essere estesa anche ai provvedimenti emessi in applicazione dell'art. 148 c.c. nell'ambito dei rapporti tra genitori e figli. In altri termini la Corte ha ritenuto ingiustificata la diversità di disciplina tra i provvedimenti relativi ai coniugi e quelli in favore della prole (113).

Gli elementi posti a base della decisione dei giudici circa l'estensione del beneficio si fondano sia sulla *ratio* del medesimo prima richiamata, e cioè quella di favorire la tutela economico patrimoniale della famiglia, sia sulla considerazione che tali atti non costituiscono indice di capacità contributiva (114).

Tuttavia, malgrado i numerosi interventi da parte della Consulta, non tutti i nodi relativi al trattamento fiscale degli atti in questione appaiono sciolti.

Innanzitutto è discusso quale ampiezza debba riconoscersi all'espressione "ogni altra tassa" di cui all'art. 19 l. 74/1987. In realtà l'unico dubbio riguarda l'IVA poiché la sentenza della Corte Costituzionale n. 154/1999 ha chiarito come il termine tassa non vada inteso in senso letterale, ma vada esteso anche a quei tributi che tecnicamente rientrano tra le imposte, quali appunto le imposte ipotecarie, catastali, di bollo e l'INVIM (115). Relativamente all'Imposta sul valore aggiunto la dottrina che si è occupata della questione ha ritenuto che in questi casi non spetta alcuna esenzione in quanto il trasferimento avviene a titolo personale dall'imprenditore il quale pertanto dovrà prima procedere alla fatturazione per autoconsumo (116).

In secondo luogo va chiarito quale significato abbia il termine "relativi" essenziale al fine di ben comprendere l'estensione del regime agevolato. In particolare l'amministrazione finanziaria con la circolare n. 49/E del 16 marzo 2000 ha ritenuto che il trattamento di favore "deve essere applicato anche agli atti posti in essere in esecuzione degli accordi assunti in sede di separazione, purché tali accordi risultino formalizzati nel provvedimento di separazione e ad esso connessi." Tale interpretazione, assolutamente arbitrario e giustamente

criticata dalla più attenta dottrina, (117) incorre in un grave errore di merito le cui conseguenze sono state probabilmente più gravi di quanto si potesse prevedere.

Infatti riconoscere l'agevolazione per il solo fatto che "gli atti" di cui all'art. 19 l. 74/1987 siano formalizzati nel provvedimento del giudice ha di fatto obbligato i coniugi a inserire il trasferimento nell'ambito del procedimento giudiziale di separazione moltiplicando le conseguenze negative determinate dalla redazione di atti traslativi di beni immobili da parte di soggetti non specificamente competenti e vanificando di fatto tutti gli sforzi che faticosamente la dottrina e parte della giurisprudenza hanno fatto al fine di affrancare gli accordi di carattere patrimoniale relativi alla crisi coniugale dal controllo del giudice.

D'altro lato tale impostazione, se seguita alla lettera, rischia di far accedere all'esenzione impositiva anche fattispecie che non dovrebbero rientrarvi. Si pensi all'ipotesi, assai frequente nella pratica, in cui l'accordo dei coniugi preveda che uno di essi debba acquistare da un terzo un bene immobile intestandolo al coniuge ovvero ai figli al fine di tacitare ogni diritto spettante agli stessi (118). Ebbene in questo caso, attenendosi rigorosamen-

Note:

(109) In *Giust. civ.* 1992, I, p. 1658; *Cons. Stato* 1992, II, p. 633; *Rass. imp.* 1992, p. 523; *Riv. giur. edilizia* 1992, I, p. 556; *Vita not.* 1992, p. 697; *Giur. cost.* 1992, p. 1309; in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1993, II, p. 3, con nota di F. Formica.

(110) Corte Cost. 1 marzo 1995 n. 73, in *Riv. giur. edilizia* 1995, I, p. 503; *Giur. cost.* 1995, p. 691; *Bollettino trib.* 1995, p. 790; *il Fisco* 1995, p. 2957; *Dir. famiglia* 1995, p. 894. Corte Cost., ord. 22 dicembre 1995 n. 538, in *Giur. cost.*, 1995, p. 4465. In realtà - come emerge dalle motivazioni - le decisioni della Corte sono derivate da problemi di tecnica di redazione delle impugnative, più che da una convinzione dei giudici della legittimità costituzionale della normativa in questione.

(111) In *Vita not.*, 1999, p. 1225; *Riv. not.* 2000, p. 657.

(112) In *Dir. e Giust.* 2003, f. 30, p. 42.

(113) Da ultimo in questo senso v. Cass., 2 marzo 2005 - 30 maggio 2005 n. 11458, inedita.

(114) Formica, *Le attribuzioni di beni nella separazione e nel divorzio*, in *Riv. dir. fin.*, 1989, II, p. 77 e ss.

(115) A seguito della decisione della Consulta l'amministrazione finanziaria ha emanato la circolare n. 49/E del 16 marzo 2000 con la quale ha mutato il precedente indirizzo restrittivo manifestato con la Nota Min. 10 aprile 1987, n. 350689, in *Il Fisco*, 1987, p. 4727. Del resto fin da subito la dottrina si era espressa nel senso più liberale; v. Formica, *Ancora sulla imposizione indiretta della attribuzione di beni nella separazione personale e nel divorzio*, in *Riv. sc. fin. e dir. fin.*, 1993, II, 4; Lucariello *L'imposizione indiretta degli atti di separazione personale dei coniugi*, in *Riv. not.*, 2000, 3, p. 657 e ss. In giurisprudenza in questo senso cfr. Cass., 22 maggio 2002, n. 7493, in *Giust. civ. Mass.* 2002, p. 900.

(116) A. e C. Casalini, *Riconosciuti i benefici fiscali ai procedimenti di separazione personale dei coniugi*, in *Corr. trib.*, 1999, 2720. Contra R. Menchetti, *La tassazione degli accordi di separazione*, in *Fedemotizie* n. 1/2003. Per quanto riguarda il trasferimento fatto da un terzo v. *infra*.

(117) Giunchi, *Gli atti "relativi" ai procedimenti di separazione personale e di divorzio tra forma e imposizione fiscale*, in *questa Rivista*, 2003, p. 279.

(118) Naturalmente con i limiti di cui si è detto in precedenza

te alla lettera della circolare, l'atto stipulato in esecuzione del provvedimento, sia che assuma la struttura di contratto a favore del terzo, sia che si configuri come una vendita con adempimento del terzo, dovrebbe scontare l'esenzione da ogni tributo. Tuttavia appare discutibile che la *ratio* del beneficio possa consentirne l'estensione anche al caso in esame: innanzitutto non varrebbe qui la considerazione che tale atto non è indice di capacità contributiva, ed in secondo luogo il *favor* per la sistemazione patrimoniale della famiglia non può estendersi anche a fattispecie in cui i beni vengono acquistati al di fuori della famiglia e per la stipula delle quali la separazione o il divorzio costituiscano una mera "occasione" (119).

Assai più fondate sono invece le tesi secondo cui l'agevolazione, sulla base della *ratio* e della lettera della norma, dovrebbe essere riconosciuta a tutti gli atti causalmente connessi alla separazione o al divorzio, a prescindere dalla formalizzazione degli stessi nel procedimento giudiziale e quindi anche ove rivestissero forma notarile (120). Non sembra infatti che la forma dell'atto possa costituire un *discrimen* a questi fini atteso che l'espres-

sione "relativo al procedimento" non può in alcun modo essere considerata sinonimo di atti inseriti nel procedimento (121).

Note:

(119) Favorevole a questa interpretazione restrittiva è l'Agenzia delle Entrate - Direzione Regionale Toscana con il parere pubblicato su *Fedemotizie*, n. 1/2003. *Contra*, R. Menchetti, *La tassazione degli accordi di separazione*, cit.

(120) Giunchi., op. cit., pp. 278-279. In giurisprudenza v. Cass., 17 febbraio 2001 n. 2347, in *Riv. not.* 2002, p. p. 153 con nota di Lucariello; Cass., 3 dicembre 2001 n. 15231, in *il Fisco*, 2002, p. 1525

(121) D'altro lato l'estrema confusione che tuttora esiste in tutta la materia determina notevoli difficoltà, anche da parte dell'Amministrazione Finanziaria, nell'individuare l'ambito di applicazione di talune norme. Pertanto, se pure non condivisibile, appare comprensibile l'orientamento della circolare che ricollega il beneficio alla menzione nel provvedimento del giudice. Tuttavia questa interpretazione, oltre a causare le notevoli incertezze di cui si è detto, costituisce di fatto un ostacolo al pieno riconoscimento dell'autonomia privata nel settore della crisi coniugale costringendo i contraenti a transitare per la via giudiziale al fine di ottenere l'agevolazione e relegando il ruolo dell'atto notarile, nella migliore delle ipotesi, a una mera ripetizione, ai fini della trascrizione, di accordi già perfezionatisi in altra sede. Per queste considerazioni v. Giunchi, op. ult. cit., p. 279.

Patti successori

A proposito di patti successori e donazioni con clausola “si praemoriar”

di DANIELA CUPINI

In un particolare contesto, per accertare a chi spettasse la titolarità di un patrimonio lasciato dal “de cuius”, si è posto il problema di individuare la natura giuridica e gli effetti della clausola speciale “si praemoriar”, anche e soprattutto alla luce del divieto di patti successori stabilito dall’art. 458 codice civile.

Le presenti note hanno ad oggetto la validità e gli effetti di una “clausola speciale”, inserita all’interno di un contratto stipulato in El Salvador il 24 gennaio 1992 fra un sacerdote italiano ed il rappresentante di una Congregazione di religiose avente sede in Italia.

Con il contratto in questione il sacerdote conferiva alla Congregazione l’amministrazione di una serie di beni per un periodo di dodici mesi, prorogabile previa verifica dei risultati della gestione del patrimonio affidato, e con proposta di donazione in favore della Congregazione al termine del periodo di dodici mesi.

La “clausola speciale” prevedeva letteralmente quanto segue: “*In caso che il primo dei due contraenti [vale a dire il sacerdote n.d.r.] verrà meno, i beni amministrati passeranno alla Congregazione*”.

Durante la gestione dei beni da parte della Congregazione, il sacerdote veniva effettivamente a mancare senza che si perfezionasse in vita la donazione sopra accennata.

Dunque, per accertare a chi spettasse la titolarità del patrimonio lasciato dal sacerdote, si è posto il problema di individuare natura giuridica ed effetti della “clausola speciale” in questione, anche e soprattutto alla luce del divieto di patti successori stabilito dall’art. 458 c.c. .

La legge nazionale applicabile alla fattispecie

La clausola in esame è contenuta all’interno di un atto bilaterale tra vivi a contenuto patrimoniale, ovvero di un contratto, stipulato in El Salvador fra soggetti entrambi italiani.

Pertanto si è ritenuto che la legge nazionale applicabile fosse quella italiana, e ciò sia in virtù dell’applicazione dell’art. 25 delle Preleggi, in vigore al tempo della stipula della convenzione (“*Le obbligazioni che nascono da contratto sono regolate dalla legge nazionale dei contraenti,*

se è comune ...”), sia in virtù dell’applicazione dell’art. 23 delle Preleggi stesse (“*Le successioni per causa di morte sono regolate, ovunque siano i beni, dalla legge dello Stato al quale apparteneva, al momento della morte, la persona della cui eredità si tratta*”), in vigore al momento della morte del sacerdote.

Gli articoli 457 e 458 del codice civile

Individuata così la legge nazionale applicabile, le norme da tenere presenti come riferimento sono gli artt. 457 e 458 del codice civile.

L’art. 458 c.c. dispone, infatti, la nullità dei patti successori, ossia di ogni contratto con cui si dispone della propria successione. Si distingue, in particolare, il patto c.d. istitutivo (con il quale il futuro *de cuius* destina tutti o parte dei propri beni all’altro contraente o a un terzo), il patto c.d. dispositivo (con cui taluno ceda ad altri i diritti che potrebbero spettargli su una futura eredità), il patto c.d. rinunciativo (con il quale taluno rinunci, ancora prima della apertura della successione, ai diritti che potrebbero derivargliene).

Tale norma viene ricollegata, da dottrina e giurisprudenza, all’art. 457 c.c., il quale, sancendo che “*l’eredità si devolve per legge o per testamento*”, vuole vietare la delazione contrattuale, ossia che i beneficiari (eredi o legatari) ed i beni, oggetto di una futura successione, siano rispettivamente individuati ed attribuiti con un contratto.

Il fondamento del divieto dei patti successori, intesi come veri e propri contratti successori (che, almeno di regola hanno come parti il futuro ereditando ed il futuro erede) con i quali si dispone dei propri beni per il tempo successivo alla propria morte, è ricostruito dalla dottrina e dalla stessa relazione al codice come segue:

– sul piano tecnico-giuridico, si fonda sulla inammissibilità di una terza causa di delazione (accanto alla legale ed alla testamentaria), quale sarebbe il contratto;

– sul piano logico, la *ratio* del divieto viene individuata nel principio dell'assoluta libertà testamentaria, vale a dire nell'esigenza di tutelare ed assicurare la libertà di disporre della propria successione fino all'estremo limite della vita del *de cuius*.

Quest'ultimo principio viene garantito, nel nostro ordinamento giuridico, dal carattere essenzialmente revocabile del testamento, confermato dall'art. 679 c.c., il quale stabilisce l'inefficacia della rinuncia alla facoltà di revoca e dall'art. 589 c.c. che sancisce la nullità del c.d. testamento congiuntivo, ossia di un atto unico con cui due o più persone facciano testamento reciproco o a vantaggio di un terzo.

Orbene, un contratto ovvero un patto successorio, per sua natura bilaterale, priverebbe il futuro *de cuius* di ogni potere di revoca, in quanto sarebbe necessario, per modificare o risolvere il contratto stipulato dalle parti, il consenso dell'erede contraente. In altre parole, il contratto, in quanto accordo di due o più parti per costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale, non può essere revocato o modificato senza l'intervento di tutti i soggetti che sono stati parte del contratto stesso e quindi, se si ammettesse nel nostro ordinamento giuridico la validità del contratto successorio, il futuro *de cuius* non potrebbe da solo revocare le proprie disposizioni di ultima volontà.

Ai patti successori si applicano tutte le norme previste in tema di nullità dei contratti: la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e può essere rilevata di ufficio dal giudice (art. 1421 c.c.), l'azione è imprescrittibile (art. 1422 c.c.), salvi gli effetti dell'usucapione e della trascrizione della domanda di nullità (art. 2652 n. 6). Trova, inoltre, applicazione il principio generale espresso dall'art. 1423 c.c. che nega la sanatoria dei negozi nulli.

Il caso concreto

A questo punto appare necessario indagare se il caso concreto prospettato integri o meno un patto successorio assoggettato alla rigorosa disciplina sopra riferita.

A tal fine, dottrina e giurisprudenza qualificano come patto successorio vietato ai sensi dell'art. 458 c.c. ogni contratto con il quale un soggetto compie attribuzioni patrimoniali nell'esclusiva previsione della propria morte e soltanto in considerazione del fatto che, una volta morto, perderà la titolarità del proprio patrimonio e non potrà più attendere ai propri interessi economici (1).

Più recentemente la giurisprudenza ha fornito alcune interessanti indicazioni.

La Suprema Corte, con sentenza n. 5870 del 9 maggio 2000, ha statuito che "ricorre un patto successorio istitutivo, nullo ai sensi dell'art. 458 c.c., nella convenzione avente ad oggetto la disposizione di beni afferenti ad una successione non ancora aperta che costituisca l'attuazione dell'intento delle parti, rispettivamente, di provvedere in tutto o in

parte alla propria successione e di acquistare un diritto sui beni della futura proprietà a titolo di erede o legatario; tale accordo deve essere inteso a far sorgere un vero e proprio *vinculum iuris* di cui la successiva disposizione testamentaria costituisce l'adempimento".

Ne consegue, sempre secondo la citata pronuncia, che "deve essere esclusa la sussistenza di un patto successorio quando tra le parti non sia intervenuta alcuna convenzione e la persona della cui eredità trattasi abbia solo manifestato verbalmente all'interessato o a terzi l'intenzione di disporre dei suoi beni in un determinato modo, atteso che tale promessa verbale non crea alcun vincolo giuridico e non è quindi idonea a limitare la piena libertà del testatore che è oggetto di tutela legislativa".

In precedenza, con sentenza n. 1683 del 16 febbraio 1995 la Suprema Corte aveva precisato che, al fine di stabilire se una determinata pattuizione rientri sotto la comminatoria di nullità ex art. 458 c.c., occorre accertare:

- 1) se il *vinculum iuris* con essa creato abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta;
- 2) se la cosa o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione o debbano comunque essere compresi nella stessa;
- 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte alla propria successione, privandosi così dello *ius poenitendi*;
- 4) se l'acquirente abbia contratto o stipulato come avente diritto alla successione stessa;
- 5) se il convenuto trasferimento dal promittente al promissario avrebbe dovuto aver luogo *mortis causa*, cioè a titolo di eredità o di legato.

Con particolare riferimento ad alcune fattispecie concrete, la giurisprudenza ha escluso la sussistenza di un patto successorio ex art. 458 c.c. nelle ipotesi di:

- donazione in sostituzione di legittima (Trib. Cagliari 13 gennaio 1998);
- clausola statutaria c.d. di continuazione automatica, con cui si stabilisce che gli eredi del socio defunto con-

Nota:

(1) In dottrina: P. Schlesinger, voce *Successioni (diritto civile): parte generale*, in *Noviss. Dig. It.*, XVIII Torino, 1971, 752 e ss.; Grosso - Burdese, *Le successioni, parte generale*, in *Tratt. Dir. Civ.* diretto da F. Vassalli, Torino, 1977, 94; Cariota-Ferrara, *Le successioni per causa di morte*, Napoli 1977, 396 e ss.; L. Ferri, *Successioni in generale* in *Commentario del codice civile a cura di Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1980, 93 e ss.; A. Liserre, *L'apertura della successione, la delazione e l'acquisto dell'eredità* in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, Torino 1982, 40 e ss.; F. Scaglione, *Riflessioni in tema di successioni anomale e contratto di società*, in *Vita Not.*, 1994 1014; C. Caccavale, *Patti successori: il sottile confine tra nullità e validità negoziale*, in questa *Rivista*, 1995, 552; P. Reviglionio, *Le clausole di riscatto delle azioni non contrastano con il divieto dei patti successori*, in *Giur. It.*, 1995, I, 1, 1333; in giurisprudenza, v. Cass. 24 aprile 1987 n. 4053, Cass. 9 luglio 1976 n. 2619, Cass. 16 giugno 1966 n. 1547, Cass. 21 gennaio 1959, Cass. 27 settembre 1954 n. 3136, Cass. 6 marzo 1950 n. 576.

seguono, per il solo fatto dell'accettazione dell'eredità, la qualità di socio accomandante, posto che gli eredi non conseguono il valore monetario della quota del socio defunto ma lo *status* di socio (Cass. 18 dicembre 1995 n. 12906);

– donazione che, attribuendo immediatamente un vantaggio al beneficiario, non risulti in alcun modo collegata al decesso del donante (Trib. Catania 25 marzo 1993);

– atto con cui due soggetti comprino in comune la proprietà di un immobile, contestualmente pattuendo che la quota ideale di comproprietà da ciascuno acquistata debba successivamente pervenire a chi di essi sopravviva, in quanto quest'ultimo acquista l'altra quota non dall'originario venditore che l'aveva già alienata al soggetto premorto, ma direttamente dal medesimo, al di fuori delle prescritte forme di successione *mortis causa* (Cass. 18 agosto 1986 n. 5079).

Più in generale, e ai fini che qui interessano, la giurisprudenza tende a distinguere, rispetto ai patti successori vietati, quei negozi nei quali la previsione della morte di chi compie l'attribuzione assume il più modesto ruolo di mero motivo, semplicemente concorrente con finalità che il disponente intende perseguire da vivo (è il caso delle cd. donazioni *cum moriar* o *si praemoriar*, valide in quanto contratti *inter vivos*, semplicemente sottoposti al termine della morte del donante e alla condizione sospensiva della premorienza del donante).

Nel caso in esame, alla luce delle riflessioni sopra svolte, si è ritenuto che la "clausola speciale" *de quo* non integrasse un patto successorio vietato.

Nella specie, la morte del sacerdote sembrerebbe essere stata prevista ed inserita nel contratto all'interno della "clausola speciale" come semplice motivo dell'atto, concorrente con altre finalità che il sacerdote intendeva perseguire in vita.

Infatti, il negozio prevedeva una serie di obblighi reciproci delle parti, quali ad esempio quello, a carico del religioso, di indennizzare le persone che avevano lavorato per la gestione dell'opera, di pagare i debiti pregressi, di procurare la materia prima necessaria per realizzare i prodotti artigianali religiosi oggetto della attività, ovvero l'obbligo, a carico della Congregazione, di assumere e retribuire il personale idoneo per continuare a realizzare gli scopi dell'opera religiosa, di rendere il conto della amministrazione e di riservare uno spazio necessario per l'abitazione del sacerdote.

In simile contesto, il trasferimento immediato dei beni alla Congregazione era stato previsto dalle parti nella sola ipotesi, e alla sola condizione, in cui il sacerdote fosse morto prima che la donazione si perfezionasse in vita (ipotesi poi effettivamente realizzatasi), e dunque sembra rientrare nelle cd. donazioni *cum moriar* o *si praemoriar*, ritenute valide dalla giurisprudenza sopra esaminata.

Del resto nella specie l'intento delle parti non sembrava rispondere a quello di provvedere esclusivamente, in

tutto o in parte, alla successione del sacerdote, né di far sorgere un *vinculum iuris* irrevocabile diretto a disciplinare la futura successione, di cui la successiva disposizione testamentaria costituisce l'adempimento, e pertanto la soluzione adottata sembra conforme ai principi espressi da ultimo dalla Suprema Corte con la citata sentenza n. 5870 del 9 maggio 2000.

Enti locali

La rappresentanza negoziale dell'ente pubblico territoriale fra diritto amministrativo ed attività notarile

di PAOLO DIVIZIA

Il tema della legale rappresentanza dell'ente locale è correlato al fatto che le figure soggettive pubbliche (fra cui, ad esempio, il Comune), dal punto di vista operativo, possono compiere attività giuridica solo attraverso individui umani, i quali sono inseriti nel loro quadro organizzativo secondo una specifica disciplina di settore. Il problema di fondo è, quindi, quello di determinare come la persona giuridica pubblica, naturalisticamente incapace di compiere atti giuridici, possa operare nel mondo del diritto e rapportarsi con i terzi.

Il tema della titolarità dei poteri rappresentativi nell'ambito degli enti pubblici territoriali si presenta di difficile illustrazione in ragione della concomitanza di una pluralità di fattori "negativi", fra i quali si registrano, in prima battuta, un disegno normativo disorganico cui ha fatto seguito una rilevante produzione legislativa che, lontana dal perseguire una finalità semplificatoria, in alcuni casi si è sovrapposta in maniera disordinata alla disciplina previgente determinando il proliferare, in un secondo momento, di una pluralità di orientamenti giurisprudenziali.

Dinanzi ad un quadro siffatto, si è venuta a determinare una crescente incertezza applicativa avvertita sia in ambito forense, con riferimento alla delicata tematica della rappresentanza in giudizio dell'ente locale, sia in ambito notarile, relativamente all'attività negoziale dell'ente ed al corretto accertamento del potere di stipula in capo alla persona fisica che interviene in atto per la parte pubblica.

La legale rappresentanza dell'ente locale, negli ultimi anni, ha inoltre costituito fra le mura accademiche terreno per un fervido confronto dottrinale, al cospetto del quale - giova fin d'ora sottolineare - il presente contributo intende sottrarsi alla tentazione di offrire una panoramica completa degli orientamenti, prediligendo invece la via di una ricostruzione semplificata del quadro normativo e dei profili applicativi più rilevanti nell'ambito contrattualistico (1).

Nota:

(1) In tema di rappresentanza legale, la bibliografia in ambito civilistico è molto vasta. Fra i contributi più risalenti si veda L. Tartufari, *Della rap-*

presentanza nella conclusione dei contratti, Torino, 1892; V. Neppi, *La rappresentanza nel diritto privato moderno*, Padova, 1930; F. Saggese, *La rappresentanza nella teoria e nella pratica del diritto privato italiano*, Napoli, 1933; G. Frè, "Rappresentanza", in *N.D. I.*, X, Torino, 1939, pagg. 1096 e ss.; S. Pugliatti, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965; P. Zanelli, *Rappresentanza e gestione*, in *Studi Urbinate*, Milano, 1966; W. D'Avanzo, "Rappresentanza", in *NN.D. I.*, XVI, Torino, 1967, pagg. 801 e ss.; U. Natoli, *La rappresentanza*, Milano, 1977; ID., "Rappresentanza", in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, pagg. 474 e ss.; G. Visintini, *Della rappresentanza*, in F. Galgano - G. Visintini, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Libro IV, *Obbligazioni*, artt. 1372-1405, Bologna-Roma, 1993.

In ambito amministrativo, il tema della legale rappresentanza dell'ente pubblico è analizzato *ex multis* da S. Foderaro, *Contributo alla teoria della personalità degli organi dello Stato*, Padova, 1941; S. Romano, *Organi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, pagg. 155 e ss.; U. Forti, *Teoria dell'organizzazione e delle persone giuridiche pubbliche*, Napoli, 1948; G. Minervini, *Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, pagg. 942 e ss.; P. Zatti, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975; M. S. Giannini, *Organi (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981; T. Basile - A. Falzea, *Persona giuridica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1983, pagg. 237 e ss.; G. Nori, *Enti pubblici non territoriali. Profili di diritto positivo*, Padova, 1991; P. Valentini, *Figure, rapporti, modelli organizzatori. Lineamenti di teoria dell'organizzazione*, Padova, 1996. Fra i commentari si segnala P. Vipiana, *Commento all'art. 36*, in *Commento alla legge sulle autonomie locali*, a cura di C. Mignone - P. Vipiana - P. M. Vipiana, Torino, 1993, p. 411.

Con riferimento alla complessa tematica in discussione si segnalano i contributi di N. Grassano, *Riflessi della legge Bassanini - bis sull'attività notarile*, in *Riv. not.*, 1997, pagg. 1051 e ss.; M. Maltoni, *Competenza funzionale degli enti locali in materia contrattuale*, in *questa Rivista*, 2000, pagg. 284 e ss.; G. De Candia, *Brevi considerazioni sulla capacità processuale degli enti locali*, in *Trib. amm. reg.*, 2001, pt. 2, pagg. 13 e ss.; G. Sciullo, *La rappresentanza in giudizio degli enti locali*, *Giorn. dir. amm.*, 2003, pagg. 1047 e ss.; P. Virga, *La rappresentanza in giudizio degli enti locali. I dirigenti non possono rappresentare il Comune in giudizio*, in *Nuova rass. legisl. giur. e dottrina*, 2003, pagg. 1241 e ss.; L. Olivieri, *L'irrisolta questione della rappresentanza legale degli enti locali*, in *Comuni d'Italia*, 2003, pagg. 55 e ss.; G. Taccogna, *Spetta al Sindaco o alla Giunta l'autorizzazione a stare in giudizio in nome e per conto del Comune?*, in *GT - Riv. giur. trib.*, (segue)

L'analisi dell'apparato amministrativo conduce all'elementare constatazione che le Amministrazioni, genericamente intese come operatori preordinati al soddisfacimento dei preminenti interessi della collettività, si configurano come centri di riferimento di situazioni giuridiche; dal punto di vista strutturale, "l'intera organizzazione amministrativa appare come una serie di figure soggettive, diverse fra loro, oltre che per dimensioni, finalità, modi di operare e finanziarsi anche (e soprattutto per quel che in questa sede interessa) per essere, alcune, persone giuridiche ed altre entità soggettive prive di personalità" (2).

A questo proposito, è utile ricordare che il tema della legale rappresentanza dell'ente è correlato al fatto che le figure soggettive pubbliche (fra cui, ad esempio, il Comune), dal punto di vista operativo, possono compiere attività giuridica solo attraverso individui umani, i quali sono inseriti nel loro quadro organizzativo secondo una specifica disciplina di settore. Il problema di fondo è, quindi, quello di determinare come la persona giuridica pubblica, naturalisticamente incapace di compiere atti giuridici, possa operare nel mondo del diritto e rapportarsi con i terzi.

Una precisazione terminologica: legale rappresentanza ed imputazione organica

Per affrontare questa problematica, la dottrina più risalente fece ricorso al modello civilistico della rappresentanza necessaria, secondo cui, in termini assolutamente generali, si attuerebbe una sorta di gestione qualificata o di "sostituzione", consistente nella trattazione con i terzi di affari altrui, non solo per conto dell'interessato, ma anche in via direttamente efficace per il medesimo (3).

In forza di quanto disposto dall'art. 1388 cod. civ. il meccanismo della rappresentanza comporterebbe, in altre parole, l'imputazione al soggetto di diritto pubblico dei soli effetti giuridici prodotti dagli atti compiuti dal rappresentante, alla stessa stregua di ciò che accade nella rappresentanza delle persone fisiche incapaci di agire. Come osservato da autorevole dottrina, la rappresentanza legale si profila come una "rappresentanza *impropria*, perché si verifica la sostituzione di un soggetto ad un altro nell'attività giuridica destinata a produrre effetti per quest'ultimo, ma l'attività non si fonda su un potere di agire derivato dallo stesso, sì che il primo debba agire in nome del secondo a rappresentarlo, sibbene su un potere proprio dell'agente, che allo stesso proviene dalla legge, e grazie al quale egli agisce in piena indipendenza dalla volontà di colui per cui agisce" (4).

L'inadeguatezza di questo modello civilistico applicato ad una Pubblica Amministrazione è evidenziabile, come noto, sotto due distinti profili.

In primo luogo, ostativa all'applicazione del modello della rappresentanza necessaria è la complessità della struttura organizzativa della Pubblica Amministrazione, la quale, articolandosi in una molteplicità di enti, im-

porrebbe l'individuazione di un numero assai elevato di rappresentanti in posizioni diverse, talora confliggenti, nell'ambito dell'organizzazione complessiva.

In secondo luogo, le limitazioni tipiche del modello della rappresentanza necessaria mal si conciliano con la struttura-base della persona giuridica pubblica: da un punto di vista quantitativo, il metodo di imputazione di cui all'art. 1388 cod. civ. non riguarda tutti i fatti giuridici, ma solo quelli volontari e, in particolare, quelli negoziali; da un punto di vista qualitativo, viene dunque ad operarsi una limitazione di imputazione al solo effetto dell'atto giuridico, restando di tal fatta escluso l'atto in sé. In buona sostanza, l'atto posto in essere dal rappresentante è e resta, sotto il profilo della paternità giuridica, un atto del rappresentante.

Per ovviare a questi inconvenienti, la dottrina moderna ha rimodulato l'inquadramento teorico della rappresentanza spettante agli organi esterni degli enti collettivi nell'ottica della c.d. teoria organicistica della persona giuridica pubblica. Secondo un Autore, infatti, attraverso la figura dell'organo muta il rapporto di imputazione giuridica rispetto al meccanismo della rappresentanza: alla persona giuridica pubblica, ad un tempo, viene trasferito l'effetto giuridico prodotto ed anche l'atto tipico che lo produce (5). Richiamando le parole di al-

Note:

(segue nota 1)

2004, pagg. 447 e ss.. Fra gli studi della Commissione Studi Civilistici del CNN si segnalano lo studio n. 3257 del 19 marzo 2002 "La rappresentanza degli enti locali nel d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267" e con riferimento alla normativa previgente lo studio n. 2324 del 22 giugno 1999 "L'attività negoziale degli enti locali fra competenze degli organi politici e competenze dell'apparato burocratico".

(2) Cfr. F. G. Scoca, in *Diritto Amministrativo*, tomo I, a cura di AA. VV., Bologna, 2001, p. 474.

(3) In questi termini si inquadra la ricostruzione offerta da O. Ranalletti, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912.

(4) In questi termini sintetici ed efficaci si esprime F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del Diritto Civile*, Napoli, XI ed., 2002, p. 276-277 il quale aggiunge "le esigenze cui la legge dà soddisfazione disponendo, quando si verificano certe situazioni, una rappresentanza che si chiama legale o necessaria, badando alla sua fonte o all'indeclinabilità della sua funzione, sono, come si è accennato, diverse. Certo, in ogni caso, col disporre la sostituzione all'interessato di un altro soggetto nell'attività che deve produrre effetti per quello, l'ordinamento tutela un interesse superiore, che solo può giustificare l'invasione nella sfera giuridica del singolo". Altra parte della dottrina ha ravvisato nel termine rappresentanza "legale" o "necessaria" una vera e propria necessità di assicurare, nelle differenti circostanze *de qua*, la realizzazione ovvero la tutela di interessi differenti da quelli del rappresentante a differenza delle ipotesi di rappresentanza volontaria in cui si ravvede la mera opportunità di provvedere a tale cura, cfr. in tal senso S. Pugliatti, *ult. op. cit.*, p. 516. A ciò si aggiunga che fra i caratteri peculiari della rappresentanza legale vi è la completa esclusione di rilevanza della volontà dell'interessato che, da un lato, non può dar vita al rapporto e, dall'altro, non può neppure esprimere una volontà contraria a quanto dalla legge stabilito. Questo fatto è, peraltro, giustificato sulla base del fatto che precipuamente la tutela è predisposta in via strumentale a favore di interessi sopraindividuali, stante l'impossibilità del rappresentato di gestire i propri interessi, cfr. F. Gazzoni, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 1990, p. 955.

(5) Cfr. F. G. Scoca, in *Diritto Amministrativo, op. cit.*, p. 478.

tro Autore, l'istituto dell'organo attuerebbe "la più ampia delle imputazioni giuridiche pensabili dopo quella della persona fisica" (6).

In questa chiave ricostruttiva, il termine imputazione organica assume valore equivalente a imputazione di atti ed effetti all'ente pubblico; viene, dunque, definitivamente superata la doppia imputazione presente nel rapporto di rappresentanza, ossia, l'atto giuridico in capo al rappresentante, l'effetto conseguente al rappresentato. La dualità rappresentante-rappresentato che emerge dal dettato normativo dell'art. 1388 cod. civ. pare venir meno in forza della compenetrazione esistente fra la persona fisica-organo nella struttura dell'ente (7).

Sotto il profilo della trasparenza e della tutela dei terzi che contraggono obbligazioni con l'Amministrazione, i vantaggi offerti da questa soluzione dogmatica sono evidenti. Da un lato, viene meno per l'Amministrazione la possibilità di assumere che gli atti giuridici posti in essere siano viziati e riferibili al solo organo e non già a se stessa; dall'altro, viene estesa alla Pubblica Amministrazione anche l'imputazione dei meri fatti e, in particolare, se del caso, anche di quelli illeciti.

Profonda è, dunque, la differenza fra i due istituti giuridici.

Questa precisazione semantica è parsa doverosa sotto due ordini di ragioni: in primo luogo, in quanto sovente, facendosi riferimento all'imputazione giuridica di determinati effetti in capo ad un'Amministrazione ovvero all'atto dell'individuazione del c.d. "organo esterno", si ricorre al mero termine "rappresentanza legale" e non già a quello - più corretto - di imputazione organica (8); in secondo luogo, perché il termine "rappresentanza legale" - con riferimento alla persona giuridica pubblica - può dare adito ad indebite ambiguità nell'articolarsi del ragionamento: la funzione di rappresentanza legale *stricto sensu* si esplica, infatti, solo con riguardo alla capacità negoziale, in particolare alla capacità di concludere contratti, ed alla capacità di stare in giudizio (c.d. processuale), restando in radice esclusa la funzione di esternazione dei provvedimenti amministrativi (9).

Nel circoscritto ambito di studio del presente lavoro, tuttavia, dal punto di vista terminologico, fermi restando i tratti distintivi dei due istituti, pare utile continuare ad utilizzare il termine rappresentante legale (e non già "organo esterno" ovvero "titolare dell'ufficio di imputazione") ogni qual volta ci si riferirà alla persona che, nella sua fisicità, il notaio sarà tenuto a costituire in atto e la cui volontà, formalizzata nelle forme del documento notarile, impegnerà (in molti casi, anche finanziariamente) l'ente pubblico.

Legale rappresentanza dell'ente territoriale ed attività negoziale

L'indagine relativa all'attuale regime della rappresentanza legale dell'Ente pubblico territoriale muove i suoi passi dalla ricostruzione del combi-

nato disposto di alcune norme contenute nel D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, c.d. Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (10).

Note:

(6) Cfr. M. S. Giannini, *Organi (teoria generale)*, op. cit., p. 46, secondo cui la persona giuridica diventa sì titolare di atti giuridici, ma non perché essa sia capace di compierli ma perché ad essa vengono attribuiti gli atti compiuti dai suoi organi. Il rapporto organico costituisce pertanto lo strumento tecnico attraverso cui le persone giuridiche acquistano la titolarità degli atti.

(7) Secondo parte della dottrina civilistica, inoltre, era opportuno delimitare una distinzione fra rappresentanza legale e rappresentanza necessaria: la prima si riteneva fosse relativa esclusivamente alla situazione degli incapaci, la seconda invece dovesse riguardare solo le persone giuridiche. In quest'ambito, l'impossibilità di provvedere alla cura del proprio interesse era - a differenza della persona fisica incapace - permanente, avendo gli enti sempre bisogno di realizzare i propri interessi tramite il rappresentante, cfr. S. Pugliatti, *ult. op. cit.*, p. 517.

Parte della dottrina più recente ha cercato di ricostruire la categoria della rappresentanza organica degli enti collettivi come una *species* di rappresentanza facente parte, insieme alla rappresentanza legale dei genitori e dei tutori, del più ampio *genus* della rappresentanza necessaria, cfr. F. Galgano, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988, p. 340. Altra dottrina colloca la rappresentanza organica in una posizione intermedia fra rappresentanza legale e volontaria, ravvisando gli aspetti comuni con quest'ultima nel fatto che i rappresentanti sono scelti liberamente dagli interessati, mentre i punti di confine con la rappresentanza legale si sostanziano nella mancanza di libertà del soggetto nello scegliere se ricorrere o meno al meccanismo rappresentativo, così V. Roppo, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1994, p. 452 (critica questa classificazione G. Brusaglia, *La rappresentanza legale*, in U. Natoli, *La rappresentanza*, cit., p. 138).

(8) Cfr. F. G. Scoca, in *Diritto Amministrativo*, op. cit., p. 486 che a questo proposito sottolinea "Questi organi, ai quali è attribuita la legale rappresentanza della persona giuridica, vengono anche denominati organi esterni. È bene chiarire che essi non sono rappresentanti (in senso proprio) della persona giuridica, ma restano organi caratterizzati dalla funzione di esternazione. Attraverso tali organi la persona giuridica effettua e riceve dichiarazioni negoziali, conclude contratti, emana provvedimenti, sta in giudizio nelle liti attive e passive".

(9) Il che implica, come evidente, che le deliberazioni assunte dal Consiglio comunale o dalla Giunta comunale sono esternate (pertanto efficaci e, se del caso, impugnabili) senza che occorra un atto formale del Sindaco; esse pertanto saranno imputabili direttamente al Comune non solo come decisioni interne ma anche come atti "esterni".

(10) Come noto, detto provvedimento legislativo, emanato sulla base della delega conferita al Governo contenuta nell'art. 31 della legge 3 agosto 1999, n. 265, si inserisce nell'alveo del programma di semplificazione organizzativa e normativa che ha interessato l'apparato amministrativo italiano a partire dagli ultimi anni Novanta, sul punto cfr. M. Cartabia, *Semplificazione amministrativa, riordino normativo e delegificazione nella legge annuale di semplificazione*, in *Dir. pubb.*, 2000, pagg. 385 e ss.. In questo contesto di razionalizzazione delle fonti legislative un ruolo chiave è stato svolto dai cc.dd. Testi unici "misti", su cui si rinvia a N. Lupo, *Un nuovo tipo di atto-fonte: i testi unici "misti"*, in *Quad. cost.*, 2001, pagg. 618 e ss. e ID., *Dai testi unici misti ai codici: un nuovo strumentario per le politiche di semplificazione*, in *Studium iuris*, 2004, pagg. 157 e ss.

Il Testo Unico, avente natura meramente compilativa, ha provveduto ad abrogare il r.d. 30 marzo 1934, n. 383 e la l. 8 giugno 1990, n. 142 sulle autonomie locali; i principi ispiratori della disciplina contenuti nella legge n. 142/1990 (comprese le significative modifiche introdotte sia dalla legge 15 maggio 1997, n. 127 c.d. Bassanini - bis sia dalla legge 3 agosto 1999, n. 265) tuttavia sono stati preservati. Particolare rilievo è stato conservato al principio cardine di separazione fra politica ed amministrazione, in base al quale i poteri di indirizzo e controllo sono attribuiti agli organi elettivi, mentre le funzioni di gestione restano in capo ai dirigenti. Detto principio pare essere rafforzato ed elevato a portata ge-

(segue)

La prima previsione normativa che deve essere tenuta in considerazione è racchiusa nell'art. 50, rubricato "Competenze del sindaco e del presidente della provincia", ove al comma 2 è dato leggere "Il Sindaco e il Presidente della Provincia rappresentano l'Ente..." (11).

La norma riproduce fedelmente quanto era disposto dall'art. 36 comma 1-bis della legge 142/1990, essendo ivi riaffermata la funzione del Sindaco e del Presidente della Provincia quali responsabili e rappresentanti generali dell'ente. Sotto questo profilo, giova ricordare che la giurisprudenza civile ed amministrativa degli Anni Novanta, salvo talune divisioni vertenti su una questione di diritto transitorio di minore rilievo, ebbe modo di riconoscere come la riforma operata con la legge sulle autonomie locali avesse ribadito il carattere di Sindaco e Presidente della Provincia quali indiscussi organi rappresentativi, depositari della rappresentanza legale (da intendersi, rappresentanza negoziale e processuale) degli enti stessi (12).

Questo orientamento giurisprudenziale costante non è stato intaccato dalla complessa e stratificata produzione normativa che ha caratterizzato il decennio antecedente all'entrata in vigore del Testo Unico, con cui la materia - almeno nelle intenzioni - è stata interamente razionalizzata (13).

L'art. 50 del Testo Unico pone, dunque, un problema di centrale e dirimente rilievo nella misura in cui occorra capire se la forma di rappresentanza ivi prevista sia qualificabile come *giuridico-legale*, ossia nei termini tecnici di rappresentanza legale di cui al paragrafo precedente, ovvero sia inquadrabile in una rappresentanza di tipo *politico-istituzionale*, attribuendosi di tal fatta al comma 2 dell'art. 50 una valenza di norma programmatica, coniata con una formulazione ad ampio respiro.

La risoluzione del presente quesito, logicamente preordinata alla definizione del potere rappresentativo in capo agli organi dirigenziali di Comune e Provincia, passa obbligatoriamente attraverso lo studio del modo attraverso cui il legislatore abbia inteso strutturare l'ordinamento ed il funzionamento degli Enti locali. Il quadro normativo delineatosi nell'ultimo quindicennio lascia intendere un netto *favor* per un modello di Ammini-

secuzione degli atti. 3. Salvo quanto previsto dall'articolo 107 essi esercitano le funzioni loro attribuite dalle leggi, dallo statuto e dai regolamenti e sovrintendono altresì all'espletamento delle funzioni statali e regionali attribuite o delegate al comune e alla provincia. 4. Il sindaco esercita altresì le altre funzioni attribuitegli quale autorità locale nelle materie previste da specifiche disposizioni di legge. 5. In particolare, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali. 6. In caso di emergenza che interessi il territorio di più comuni, ogni sindaco adotta le misure necessarie fino a quando non intervengano i soggetti competenti ai sensi del precedente comma. 7. Il sindaco, altresì, coordina e riorganizza, sulla base degli indirizzi espressi dal consiglio comunale e nell'ambito dei criteri eventualmente indicati dalla regione, gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici, nonché, d'intesa con i responsabili territorialmente competenti delle amministrazioni interessate, gli orari di apertura al pubblico degli uffici pubblici localizzati nel territorio, al fine di armonizzare l'espletamento dei servizi con le esigenze complessive e generali degli utenti. 8. Sulla base degli indirizzi stabiliti dal consiglio il sindaco e il presidente della provincia provvedono alla nomina, alla designazione e alla revoca dei rappresentanti del comune e della provincia presso enti, aziende ed istituzioni. 9. Tutte le nomine e le designazioni debbono essere effettuate entro quarantacinque giorni dall'insediamento ovvero entro i termini di scadenza del precedente incarico. In mancanza, il comitato regionale di controllo adotta i provvedimenti sostitutivi ai sensi dell'articolo 136. 10. Il sindaco e il presidente della provincia nominano i responsabili degli uffici e dei servizi, attribuiscono e definiscono gli incarichi dirigenziali e quelli di collaborazione esterna secondo le modalità ed i criteri stabiliti dagli articoli 109 e 110, nonché dai rispettivi statuti e regolamenti comunali e provinciali. 11. Il sindaco e il presidente della provincia prestano davanti al consiglio, nella seduta di insediamento, il giuramento di osservare lealmente la Costituzione italiana. 12. Distintivo del sindaco è la fascia tricolore con lo stemma della Repubblica e lo stemma del comune, da portarsi a tracolla. Distintivo del presidente della provincia è una fascia di colore azzurro con lo stemma della Repubblica e lo stemma della propria provincia, da portare a tracolla."

(12) Fra le pronunce più interessanti si segnala Cass. civ., sez. un., 10 ottobre 1992, n. 11064, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 956 nella parte in cui afferma "È da escludere che la competenza a decidere sull'instaurazione del giudizio o sulla resistenza possa spettare al sindaco, al quale fanno carico i compiti di rappresentare il comune, di sovrintendere al funzionamento dei servizi degli uffici, all'esecuzione degli atti. Tale competenza non può essere attribuita ai dirigenti o al segretario, che non sono organi". Fra le decisioni più recenti, cfr. Cass. civ., sez. I, 13 marzo 2003, n. 3736 in *Giust. civ. mass.*, 2003, p. 517 in cui si sottolinea che "Il sindaco è l'organo preposto alla rappresentanza del Comune, ai sensi dell'art. 36 della legge n. 142 del 1990, sicché la competenza demandata alla giunta comunale in materia di liti attive e passive è necessariamente esercitata in funzione del potere di rappresentanza processuale del sindaco; ne consegue che è invalida la procura conferita al difensore del Comune dal direttore generale del medesimo ente, benché a ciò incaricato dalla giunta comunale nell'atto stesso della deliberazione di agire o resistere in giudizio, e nonostante l'attribuzione di una simile competenza al direttore generale derivi da una norma regolamentare del Comune, in quanto siffatta norma si pone in contrasto con l'art. 36 cit., che configura il sindaco come l'esclusivo organo investito del potere rappresentativo dell'ente".

(13) Cfr. la ricostruzione operata da G. Sciuillo, *op. cit.*, p. 1048 secondo cui "Su questo orientamento, che a ben vedere - salvo che per la sostituzione della Giunta al Consiglio - confermava l'assetto della precedente disciplina, non produssero effetto né le competenze, anche di carattere esterno, assegnate dall'art. 51 della l. n. 142/1990 ai dirigenti, né le novità introdotte dal d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e succ. mod. in tema di rapporti fra vertici politico-amministrativi e dirigenza, né, infine, la riforma operata, da parte dell'art. 6 della legge 15 maggio 1997, n. 127, dell'art. 51 della l. n. 142, che rendeva più netti i contorni delle prerogative dirigenziali".

Note:

(segue nota 10)

nerale dalla previsione contenuta nel primo comma dell'art. 78 del T.U.E.L. in base al quale "Il comportamento degli amministratori, nell'esercizio delle proprie funzioni, deve essere improntato all'imparzialità e al principio di buona amministrazione, nel pieno rispetto della distinzione tra le funzioni, competenze e responsabilità degli amministratori di cui all'art. 77 comma 2, e quelle proprie dei dirigenti delle rispettive amministrazioni".

(11) Per comodità di lettura giova riportare l'intero art. 50 del T.U.E.L. "1. Il sindaco e il presidente della provincia sono gli organi responsabili dell'amministrazione del comune e della provincia. 2. Il sindaco e il presidente della provincia rappresentano l'ente, convocano e presiedono la giunta, nonché il consiglio quando non è previsto il presidente del consiglio, e sovrintendono al funzionamento dei servizi e degli uffici e all'e-

strazione pubblica locale fondato sulla separazione fra organi politici ed organi gestori, i cui compiti e le cui attribuzioni si sono nel tempo definite con (quasi) sufficiente precisione e chiarezza.

L'operatività di questo modello di amministrazione sul territorio richiede, come noto, la presenza di due componenti: da un lato, al livello apicale dell'Ente, cioè alla dirigenza, deve essere riconosciuto un potere certo di gestione autonoma e concreta; dall'altro, all'organo politico deve esser sì garantita la possibilità di monitorare ed indirizzare la gestione dell'ente attraverso la predeterminazione degli obiettivi, la definizione di direttive e la successiva verifica dei risultati ma, al contempo, debbono essere circoscritte le ipotesi di ingerenza nella sfera di attività dirigenziale.

In questa chiave ricostruttiva, la seconda norma meritevole di attenzione è quindi l'art. 107 del Testo Unico, rubricato "Funzioni e responsabilità della dirigenza" (14). In particolare, al secondo comma è dato leggere che "spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale, di cui rispettivamente agli articoli 97 e 108". Ed al successivo comma si legge, per quanto interessa in questa sede "Sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente: a) ... b) la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso; c) la stipulazione dei contratti; d) gli atti di gestione finanziaria, ivi compresa l'assunzione di impegni di spesa; e) gli atti di amministrazione e gestione del personale; [...] i) gli atti ad essi attribuiti dallo statuto e dai regolamenti o, in base a questi, delegati dal sindaco" (15).

La lettura dei commi 2 e 3 di questa disposizione - cui può esser aggiunta la disposizione di carattere generale contenuta nel penultimo comma secondo cui "I dirigenti sono direttamente responsabili, in via esclusiva, in relazione agli obiettivi dell'ente, della correttezza amministrativa, della efficienza e dei risultati della gestione" - conferma ed evidenzia la scelta operata dal legislatore a favore della creazione di una marcata forma di autonomia gestionale della classe burocratica amministrativa. In questo quadro, si inserisce la previsione (al comma 3 lett. d)) di autonomi poteri di spesa e (al comma 3 lett. e)) di organizzazione delle risorse umane, oltre ovviamente ad una complessiva "responsabilità di risultato".

Dalla lettura meditata di queste prime due norme incominciano ad intravedersi le ragioni poste a sostegno della tesi favorevole a riconoscere un significativo potere rappresentativo, oltre che gestorio, agli organi diri-

Note:

(14) Per comodità di lettura si riporta integralmente anche il testo dell'art. 107 T.U.E.L. "1. Spetta ai dirigenti la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti. Questi si uniformano al principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo politico - amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. 2. Spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico - amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale, di cui rispettivamente agli articoli 97 e 108. 3. Sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente: a) la presidenza delle commissioni di gara e di concorso; b) la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso; c) la stipulazione dei contratti; d) gli atti di gestione finanziaria, ivi compresa l'assunzione di impegni di spesa; e) gli atti di amministrazione e gestione del personale; f) i provvedimenti di autorizzazione, concessione o analoghi, il cui rilascio presupponga accertamenti e valutazioni, anche di natura discrezionale, nel rispetto di criteri predeterminati dalla legge, dai regolamenti, da atti generali di indirizzo, ivi comprese le autorizzazioni e le concessioni edilizie; g) tutti i provvedimenti di sospensione dei lavori, abbattimento e riduzione in pristino di competenza comunale, nonché i poteri di vigilanza edilizia e di irrogazione delle sanzioni amministrative previsti dalla vigente legislazione statale e regionale in materia di prevenzione e repressione dell'abusivismo edilizio e paesaggistico-ambientale; h) le attestazioni, certificazioni, comunicazioni, diffide, verbali, autenticazioni, legalizzazioni ed ogni altro atto costituente manifestazione di giudizio e di conoscenza; i) gli atti ad essi attribuiti dallo statuto e dai regolamenti o, in base a questi, delegati dal sindaco. 4. Le attribuzioni dei dirigenti, in applicazione del principio di cui all'articolo 1, comma 4, possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative. 5. A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente testo unico, le disposizioni che conferiscono agli organi di cui al capo I titolo III l'adozione di atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi, si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti, salvo quanto previsto dall'articolo 50, comma 3, e dall'articolo 54. 6. I dirigenti sono direttamente responsabili, in via esclusiva, in relazione agli obiettivi dell'ente, della correttezza amministrativa, della efficienza e dei risultati della gestione. 7. Alla valutazione dei dirigenti degli enti locali si applicano i principi contenuti nell'articolo 5, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, secondo le modalità previste dall'articolo 147 del presente testo unico".

(15) I commi 2 e 3 del nuovo articolo 107 del T.U.E.L. derivano da una scissione tra il primo ed il secondo periodo del terzo comma dell'art. 51 della legge 142/1990. Il nuovo art. 107 comma 2 del T.U.E.L. assegna alle competenze dei dirigenti una serie amplissima di compiti, compresa l'adozione di atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'Amministrazione verso l'esterno non ricompresi espressamente dalla legge o dallo Statuto fra le funzioni di indirizzo politico-amministrativo riservate agli organi politici dell'ente. La delimitazione dei compiti dirigenziali è stata, dunque, riformulata interamente nelle disposizioni che compongono l'art. 107 T.U.E.L., nelle cui disposizioni traspare con evidenza il tentativo attuato dal legislatore di prevenire un'applicazione della norma in contrasto con il principio fondamentale della separazione di poteri.

In dottrina è stato osservato che "la nuova impostazione del periodo è indirizzata ad evitare interpretazioni pretestuose della norma, nel senso che con la nuova formulazione si intende garantire l'attribuzione inderogabile ai dirigenti di tutti gli atti e i provvedimenti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno (in pratica, la maggioranza degli atti di natura gestionale), mentre dalla lettera della norma previgente si poteva (sia pur non correttamente) desumere la possibilità degli enti di riservare, con norma statutaria, l'adozione di alcuni "provvedimenti" con rilevanza esterna e di natura gestionale agli organi di governo. La precisazione contenuta nel comma 2 [dell'art. 107] in base alla quale lo statuto,

(segue)

genziali a scapito di quelli politici di vertice (Sindaco e Presidente della Provincia).

Una terza disposizione-chiave che deve essere presa in considerazione è sicuramente quella contenuta nel terzo comma del già citato articolo 50, in cui è dato leggere: "Salvo quanto previsto dall'articolo 107 essi [il Sindaco e il Presidente della Provincia] esercitano le funzioni loro attribuite dalle leggi, dallo statuto e dai regolamenti e sovrintendono altresì all'espletamento delle funzioni statali e regionali attribuite o delegate al comune e alla provincia".

La clausola di riserva con cui si apre il comma ("Salvo quanto...") si profila come ulteriore conferma della netta distinzione che il legislatore traccia fra le funzioni ed i compiti inerenti alla c.d. direzione politico-amministrativa dell'ente, per sua natura collegata al ruolo centrale del vertice dell'Amministrazione, e l'attività gestionale della struttura burocratica, attribuita *in toto* alla classe dirigente.

La lettura di questa ulteriore disposizione porta a ritenere come il legislatore abbia voluto mutuare nell'ordinamento degli Enti locali il principio di separazione fra indirizzo e gestione che, peraltro, aveva già espresso nell'art. 45 comma 1 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, contenente - come noto - disposizioni in materia di organizzazione e rapporti di lavoro nella Amministrazioni pubbliche, in cui si affermava "A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto, le disposizioni previgenti che conferiscono agli organi di governo l'adozione di atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi di cui all'art. 3, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti".

In forza della ricostruzione sin qui effettuata, dunque, può essere affermato che, se l'atto di gestione è di competenza esclusiva del dirigente (ovvero dei cc.dd. "apicali" nei Comuni privi di personale con qualifica dirigenziale), la rappresentanza dell'ente verso l'esterno è attribuita proprio all'autore stesso dell'atto di gestione (16). Detta persona fisica, che il notaio dovrà costituire in atto quale rappresentante della persona giuridica pubblica, è legato da rapporto di servizio con l'Ente locale, che lo ha contrattualmente assunto alle proprie dipendenze. Ed è proprio questo rapporto di servizio che rende possibile il meccanismo giuridico della c.d. immedesimazione organica, in ragion della quale - come visto - il titolare dell'organo imputa le intere fattispecie negoziali compiute in capo alla persona giuridica pubblica in cui è strutturalmente incardinato.

Questa ricostruzione ragionata del complesso *corpus* normativo che contraddistingue il Testo Unico degli Enti locali ha portato parte della dottrina ad affermare che la rappresentanza negoziale storicamente ricondotta alla figura del Sindaco/Presidente della Provincia "prima si configurava esclusiva, ora in forza dell'intervenuta attribuzione delle funzioni gestionali ai dirigenti/responsabili dei servizi, comprensivi degli atti

che impegnano l'Amministrazione verso l'esterno, deve reinterpretarsi come rappresentanza politica, circoscritta alle funzioni di indirizzo e controllo ascrivibili alla carica" (17).

È quindi utile operare una distinzione fra rappresentanza istituzionale dell'Ente, senza dubbio riservata al Sindaco/Presidente della Provincia, e rappresentanza legale che, in linea di principio, spetta al singolo dirigente sulla base di una attribuzione *ratione materiae*.

Rappresentanza legale dei dirigenti e determinazione a contrattare

Un elemento aggiuntivo da porsi a sostegno della tesi che riconosce in capo all'organo dirigenziale un sicuro (anche se non esclusivo) potere rappresentativo dell'ente locale risiede nel dettato normativo dell'art. 192 del T.U.E.L., rubricato *Determinazioni a contrattare e relative procedure* (18).

Note:

(segue nota 15)

ma anche la legge, possono limitare i compiti dei dirigenti con norme espresse che attribuiscono agli organi di governo esclusivamente funzioni di indirizzo e controllo politico amministrativo sancisce l'inderogabilità del principio di separazione dei poteri e costruisce un argine contro il pericolo di arbitrari sconfinamenti in ambito gestionale attuativo delle attribuzioni politiche determinate dalla previsioni legislative e statutarie", cfr. N. Rinaldi, *Commento al Testo Unico in materia di ordinamento degli enti locali*, a cura di AA.VV., Rimini, 2000, pagg. 555-556.

(16) In conseguenza a quanto affermato, pare del tutto ragionevole sostenere che anche lo Statuto dell'Ente territoriale (Comune o Provincia) debba ispirarsi a questo principio di fondo, con riguardo - in particolare - a quanto disposto dall'art. 6 comma 2 del T.U.E.L. ove è dato leggere "Lo statuto, nell'ambito dei principi fissati dal presente testo unico, stabilisce le norme fondamentali dell'organizzazione dell'ente e, in particolare, specifica le attribuzioni degli organi e le forme di garanzia e di partecipazione delle minoranze, i modi di esercizio della rappresentanza legale dell'ente, anche in giudizio". Pertanto, ogni disposizione statutaria di segno opposto, tendente cioè a sottrarre competenze gestorie al personale dirigente in favore degli organi di governo "politici", sarà viziata da illegittimità e, più in generale, non conforme ai principi generali dell'ordinamento delle Amministrazioni locali.

(17) Cfr. A. Riccardo, in *L'ordinamento degli enti locali nel testo unico*, a cura di F. Caringella, A. Giuncato, F. Romano, Milano, 2001, p. 371.

Tendenzialmente compatta è, invece, la giurisprudenza nel far rientrare nel concetto di rappresentanza istituzionale, di cui l'organo politico è titolare in via esclusiva, la rappresentanza in giudizio dell'Ente. Sul punto si veda *ex multis* Cass. civ., sez. III, 26 febbraio 2003, n. 2878 "Il regime legale di rappresentanza del comune spetta inderogabilmente al Sindaco ai sensi dell'art. 50 del Testo unico del 2000 d.lgs. n. 267. Ne deriva che solo il Sindaco può agire in giudizio in nome e per conto dell'ente. Non essendo la materia suscettibile di deroga statutaria e non rinvenendosi nell'art. 107 del T.U. sulla competenza dirigenziale alcun riferimento alla rappresentanza dell'ente in giudizio, deve allora essere considerato inammissibile il ricorso proposto non dal sindaco ma dal dirigente degli affari generali e del contenzioso", in *Giorn. dir. amm.*, 2003, pagg. 1045 e ss. con nota di G. Sciallo, *cit.*

(18) Per comodità di lettura si riporta il testo integrale dell'articolo in parola che, come noto, riproduce l'abrogato art. 56 della legge 142 del 1990 "1. La stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante: a) il fine che con il contratto si intende perseguire; b) l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali; c) le modalità di scelta
(segue)

Secondo una definizione di carattere generale, la determinazione a contrattare (gergicamente chiamata "determina" dagli operatori del settore) è l'atto amministrativo con cui il dirigente manifesta la propria volontà nell'esercizio del potere gestorio e di assunzione dell'impegno di spesa per l'Ente locale (19).

La determinazione a contrattare, oggetto di novella legislativa contenuta nell'art. 14 della legge 265 del 1999, è significativa di un momento di rottura negli schemi funzionali dell'Ente locale e senza dubbio ha rappresentato un passo ulteriore nell'*iter* legislativo che - come si è in parte avuto modo di analizzare - ha condotto negli ultimi anni a marcare definitivamente la separazione fra funzioni di indirizzo/controllo e funzioni di mera gestione. Il citato articolo 14 ha, infatti, provveduto (incidendo sul previgente art. 56 della legge 142 del 1990) a sostituire ad un atto collegiale deliberativo un provvedimento, avente natura interna e monocratica, riferibile al solo responsabile del procedimento di spesa.

Della paternità dirigenziale di questa tipologia di atto non si può dubitare: lo stesso *nomen iuris* utilizzato dal legislatore ("determinazione") è indice certo di esclusiva riferibilità ad una figura apicale dell'apparato burocratico, e non già politico, dell'Ente (20).

La riformulazione del previgente art. 56 l. 142/1990 (oggi art. 192 T.U.E.L.) pare ricondurre l'intero processo relativo all'attività contrattuale dell'Amministrazione locale all'ambito decisionale del Dirigente responsabile, di volta in volta individuato *ratione materiae* dalle disposizioni regolamentari interne dell'ente (21). Il provvedimento "di determina" si inserisce nella c.d. fase ad evidenza pubblica che contraddistingue l'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione: in esso si vengono a precisare una serie indefettibile di elementi, fra cui in particolare si segnalano *il fine* che con il contratto si intende perseguire e *le modalità di scelta del contraente*.

La finalità pubblicistica di protezione e di trasparenza che caratterizza la necessità di far precedere la stipula del contratto - se del caso, anche con forma di atto pubblico (si pensi alle ipotesi del mutuo o delle alienazioni di beni immobili) - con l'adozione dell'atto di determinazione a contrattare impone tre considerazioni finali.

In primo luogo, l'adozione del provvedimento di determinazione a contrattare è necessario sia in presenza di atti che comportano un depauperamento dell'Ente (si pensi al caso in cui il Comune assume la veste di soggetto mutuante a tasso agevolato), sia per gli atti di spesa in senso tecnico (cosa che si verifica nelle ipotesi di attribuzioni di determinati beni a titolo gratuito) sia, infine, negli atti in cui si costituisce un'entrata in termini monetari per l'Amministrazione (come in tutte le ipotesi di alienazione del patrimonio immobiliare pubblico). In ogni caso, dunque, l'atto di determinazione a contrarre dovrà essere adottato dal soggetto competente e dovrà essere allegato, a cura del notaio, all'atto pubblico ai sensi dell'art. 51 n. 7 della legge notarile.

In secondo luogo, anche qualora vi sia una sovrapposizione fra il soggetto titolare della competenza funzionale alla stipula ed il soggetto tenuto ad emanare la determinazione, quest'ultima dovrà essere comunque formalizzata affinché questa tappa importante del procedimento di esternazione della volontà dell'organo gestorio possa essere, in una (eventuale) fase patologica del rapporto giuridico, oggetto del sindacato giurisdizionale di legittimità. È stata efficacemente espressa in dottrina l'idea secondo cui "non si può intendere il dirigente dell'ente locale responsabile di un determinato servizio alla stregua di un amministratore delegato con potere di firma di una società di capitali, il quale per la stipulazione di contratti nelle materie delegate non necessita di alcuna preventiva delibera" (22).

Infine, non è ravvisabile alcun potere discrezionale in capo al dirigente di distaccarsi o in parte disattendere, in sede di stipula, il contenuto della determinazione. Questa possibilità pare essere preclusa anche in ragione della modificazione *medio tempore* intervenuta della situazione fattuale su cui il contratto verrebbe ad operare. Pertanto, la rilevanza pubblicistica dell'*iter* contrattuale impone che, ad una modificazione degli elementi peculiari contenuti nella prima determinazione, si ovvi con l'adozione di un secondo provvedimento che garantisca quella corrispondenza, nell'assetto contrattuale, fra atto amministrativo preordinato e contratto finale.

Perplessità circa il "monopolio operativo" dei dirigenti

Le argomentazioni sinora sviluppate attraverso la disamina dell'articolato normativo presente nel Testo Unico portano a ritenere ormai assodata ed

Note:

(segue nota 18)

del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base. Si applicano, in ogni caso, le procedure previste dalla normativa della Unione europea recepita o comunque vigente nell'ordinamento giuridico italiano".

(19) A chiare lettere lo definisce TAR Calabria, Reggio Calabria, 13 febbraio 2004, n. 153, in *Foro Amm.* TAR, 2004, p. 516 nella parte in cui afferma "la determinazione a contrattare è atto di gestione, di competenza del responsabile del procedimento di spesa (art. 192 del d.lgs. 267 del 2000)...".

(20) Sul punto, cfr. M. Maltoni, *op. cit.*, p. 284 ove sottolinea che "se fino ad oggi l'imposizione legislativa di una preventiva deliberazione a contrarre fissava pacificamente la competenza in merito in capo agli organi politici collegiali (giunta e consiglio), il riferimento alla determinazione produce l'effetto di spostare tale competenza funzionale dagli organi politici agli organi gestionali, ovvero ai dirigenti. Allo stato della legislazione, dunque, l'organo competente a decidere circa la stipulazione di un contratto è il dirigente responsabile del procedimento di spesa".

(21) Su questo tema, per una ricostruzione in termini generali, si veda L. Piscitelli, *La potestà normativa dell'ente locale*, Genova, 2003.

(22) Cfr. M. Maltoni, *op. cit.*, p. 288, il quale di seguito aggiunge "La necessità di una preventiva determinazione anche in caso di identità fra organo gestionale ed organo rappresentativo è imposta dai principi su cui si fonda l'attività contrattuale della P.A.".

indiscutibile l'esistenza di un autonomo potere di rappresentanza legale, *rectius* negoziale, attribuito dalla legge agli organi dirigenziali.

Questo primo punto di approdo del ragionamento non legittima, tuttavia, la teorizzazione, come fatto da alcuni Autori in dottrina, di un vero e proprio "monopolio operativo dei dirigenti...conseguente alla titolarità esclusiva delle funzioni di gestione amministrativa" (23).

Una siffatta lettura interpretativa dell'articolo 50 comma 2 del T.U.E.L. merita, ad avviso di chi scrive, di essere disattesa. Una presa di posizione così rigida, infatti, pur presentandosi in armonia con lo spirito di fondo della riforma degli enti locali - tendente ad enfatizzare la distinzione fra momento politico e momento gestorio - non appare fedele al dato normativo vigente che, si badi, in nessun punto esclude a chiare lettere la rappresentanza negoziale dei vertici politici.

L'interpretazione offerta da questi Autori alla norma in parola non pare condivisibile poiché ad essa imprudentemente conseguirebbe la totale preclusione per l'organo politico di vertice della facoltà di esternare la volontà dell'ente in sede negoziale.

Non può, tuttavia, sottacersi una certa "simpatia" per una ricostruzione così tranciante che, riconoscendo al solo corpo dirigenziale il potere di rappresentare in sede negoziale l'ente pubblico, *de iure condendo* potrebbe rappresentare, *in primis* nell'attività di redazione degli atti notarili, una evidente semplificazione (sarebbe, in altre parole, possibile costituire in atto i soli dirigenti). Questa affermazione va tuttavia presa con cautela, limitandosi ad essere un auspicio che, per concretizzarsi, non potrà prescindere da un intervento legislativo *ad hoc*.

Allo stato attuale, in assenza di una disposizione normativa che chiarifichi la portata applicativa reale del citato art. 50 comma 2 o ne modifichi il tenore testuale, pare prudente ravvisare nel sistema normativo vigente una sorta di competenza rappresentativa, sul piano negoziale, concorrente del Sindaco/Presidente della Provincia e dei singoli dirigenti.

Con ciò non si intende mettere in discussione il ruolo principe svolto dal dirigente nell'attività negoziale del Comune, ma semplicemente rammentare che il potere rappresentativo di quest'ultimo si aggiunge e non già si sostituisce a quello del Sindaco. Pienamente condivisibili sono, a tal proposito, le parole di un Autore che, trattando diffusamente della rappresentanza giudiziale, tocca la tematica negoziale ed incidentalmente afferma che "il testo unico esplicitamente assegna (o consente di assegnare) a soggetti diversi dal Sindaco compiti che per loro stessa natura (verrebbe da dire, per definizione) implicano un potere di rappresentanza. Quanto basta per sostenere la conclusione cui si è pervenuti: non solo il Sindaco, ma anche altri nel nuovo ordinamento comunale hanno l'idoneità a rappresentare l'ente" (24).

Del resto, l'interpretazione della norma in parola ha

creato non poche perplessità anche in giurisprudenza. Fra le sentenze più recenti, con riferimento all'attività negoziale dell'ente pubblico territoriale, da un lato, merita di esser segnalata una pronuncia della Sezione Terza della Cassazione in cui si è precisato che "solo gli organi rappresentativi degli enti pubblici territoriali (sindaco del Comune, presidente della Provincia) so-

Note:

(23) Cfr. F. Caringella, *Il nuovo volto della Pubblica Amministrazione*, a cura di L. Carbone, F. Caringella, F. Romano, III ed., Napoli, 2001, p. 595. Questo orientamento dottrinale trae spunto anche dalla Circolare Min. Interno 10 ottobre 1998, n. 4 *Esercizio dei poteri dirigenziali e funzioni di indirizzo politico degli enti locali* (G.U. 23 ottobre 1998, n. 248) in cui si viene esclusa con fermezza la possibilità che gli organi politici compiano atti gestionali. In particolare, è dato leggere "Sono pervenuti a questo Ministero numerosi quesiti, anche a seguito di alcune interpretazioni non univoche apparse sulla stampa, circa le modalità di esercizio dei poteri dirigenziali negli enti locali e le correlative titolarità, in rapporto alle funzioni di indirizzo politico attribuite agli organi di Governo, secondo il nuovo assetto delineato dal decreto legislativo n. 29/1993, come modificato dal decreto legislativo n. 80/1998. In proposito, al fine di fornire univoche indicazioni di lettura, in relazione alla delicatezza delle questioni prospettate, che investono la vita quotidiana degli enti locali, d'intesa con la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la funzione pubblica, si ribadisce che il nuovo assetto dei poteri all'interno degli enti locali, dopo l'entrata in vigore dei precitati decreti delegati, nonché delle leggi n. 127/1997 e n. 191/1998, è improntato ad una rigida ed effettiva separazione dei rispettivi ruoli: da una parte i compiti di indirizzo, attribuiti al potere politico, dall'altra i poteri gestionali, che divengono poteri propri della burocrazia, intesa come il complesso degli apparati amministrativi, chiamati a tradurre in pratica, nel rispetto delle norme regolamentari poste dagli enti medesimi, gli indirizzi politici. Il principio di ripartizione dei poteri all'interno delle pubbliche amministrazioni e, quindi, anche degli enti locali, è stato riaffermato dal decreto legislativo n. 80/1998, all'art. 3, comma 2, che, nel ridefinire i compiti attribuiti ai dirigenti, aggiunge che gli stessi spettano loro "in via esclusiva". Il successivo comma 3 del medesimo articolo introduce una norma di salvaguardia dei poteri attribuiti, prevedendo che le attribuzioni dei dirigenti "possono essere derogate soltanto ad opera di specifiche disposizioni legislative". Tale disposto è ulteriormente rafforzato dall'articolo 45 dello stesso decreto legislativo n. 80/1998, il quale stabilisce che, a decorrere dalla data di entrata in vigore dello stesso (e cioè dal 23 aprile 1998), "le disposizioni previgenti che conferiscono agli organi di Governo l'adozione di atti di gestione di atti o provvedimenti amministrativi" di cui al precitato art. 3, comma 2, "si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti". La statuizione si pone come norma di chiusura, poiché, operando il trasferimento ai dirigenti di poteri gestionali, precedentemente facenti capo agli organi politici, rende immediatamente operativa ed effettiva la prevista attribuzione di poteri. In tale ambito, il rinvio alla potestà regolamentare attribuita agli enti, previsto dall'art. 27-bis del decreto legislativo n. 29/1993, introdotto dal decreto legislativo n. 80/1998, può operare solo negli spazi lasciati liberi dalla legge, e cioè solo nel disciplinare le finalità e i modi di esercizio dei poteri, ma non sulla titolarità dei medesimi, derivanti da fonte normativa di rango legislativo e coperti, ai sensi del citato art. 3, comma 3, da specifica riserva di legge. Da quanto detto deriva l'impossibilità, da parte degli organi politici, di compiere atti gestionali, così come già precisato nella circolare n. 3/1998 (in Gazzetta Ufficiale n. 157 dell'8 aprile 1998)".

(24) Così G. Sciuillo, *op. cit.*, p. 1051. Questa opinione trova alcuni riscontri anche nella dottrina meno recente, fra cui si segnala, nel panorama normativo antecedente l'entrata in vigore del Testo Unico, il contributo di G. Casu, *La rappresentanza negli enti locali*, consultabile sul sito www.trivenetogiur.it ed E. Conte, *Organi di governo e organi dirigenziali negli enti locali*, in *Nuova rass. legisl. dottr. e giur.*, 2000, p. 1780 in cui annovera, fra i compiti del Sindaco - in qualità di organo di vertice dell'Amministrazione - il potere di firma "di quegli atti che esprimono l'Ente nella sua unità".

no abilitati ad esprimere, con atti scritti, la volontà negoziale delle relative amministrazioni nei confronti dei terzi" (25). E sempre la Sezione Terza, utilizzando una formulazione inconsueta, ha sottolineato che l'art. 50 comma 2 "riserva al Sindaco il *potere - dovere* di rappresentare l'ente", assumendo una posizione che ben difficilmente si può conciliare con una lettura restrittiva del citato articolo 50 comma 2 alla mera rappresentanza "politica-istituzionale" (26). La Sezione Prima, al contrario, opera *incidenter tantum* una contrapposizione ove afferma che "Nel nuovo ordinamento delle autonomie locali le disposizioni degli art. 36 e 35 della legge n. 142 del 1990 (poi trasfusi negli art. 48, comma 2, e 50, commi 2 e 3, del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con D.Lgs. n. 267 del 2000) attribuiscono al sindaco la rappresentanza del Comune, mentre, d'altra parte, ai dirigenti dell'ente sono devoluti, dall'art. 51, comma 2, della legge n. 142 del 1990, tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dall'organo politico" (27). Infine, la Commissione Tributaria provinciale di Lecce, richiamando la citata distinzione operata in dottrina, riconosce che "ai sensi dell'art. 50 D.Lgs. n. 267 del 2000 la rappresentanza istituzionale e legale dell'ente è attribuita al sindaco e al presidente della provincia" (28); rappresentanza "istituzionale" e rappresentanza "legale" (nella sua duplice declinazione "negoziale" e "processuale") sono trattate dai giudici pugliesi come accezioni distinte del medesimo potere di rappresentanza, la cui titolarità è comunque riservata all'organo politico di vertice. Stante questa evidente incertezza mostrata dalla giurisprudenza, sia a livello definitorio, sia nella delimitazione della reale portata dell'art. 50 comma 2 del T.U.E.L. e dei suoi rapporti, in particolare, con l'art. 107, è evidente che la prospettazione di un potere di rappresentanza negoziale concorrente fra Sindaco/Presidente della Provincia e dirigenti, oltre ad apparire la soluzione tuzioristica, sembra anche esser quella più ragionevole ed aderente al dato normativo.

Conclusioni

A conclusione del ragionamento fin qui esposto, pare quindi potersi offrire uno schema di sintesi in questi termini strutturato.

In primo luogo, qualora si debba costituire in atto il rappresentante legale di un Comune dotato di organi dirigenziali, questi potrà essere impersonato - offrendosi quindi una lettura ampia del secondo comma dell'art. 50 del T.U.E.L. - alternativamente dal Sindaco ovvero dal dirigente competente, da determinarsi con riferimento alla tipologia ed al contenuto del contratto in corso di stipula. Lo stesso discorso può essere esteso anche quando soggetto pubblico interessato è la Provincia.

In secondo luogo, qualora sia parte contrattuale un Comune c.d. "polvere", cioè caratterizzato dalla limitata

estensione territoriale, dall'esiguo numero di abitanti e, quindi, dall'assenza di dirigenti nel suo organigramma, la legale rappresentanza è attribuita al Sindaco o, in alternativa, a quei responsabili del procedimento che si pongono al vertice della essenziale struttura burocratica del Comune e, pertanto, questi soggetti andranno costituiti in atto. In questo caso, però, non si può prescindere - ai sensi dell'art. 109 ultimo comma del T.U.E.L. - da uno specifico provvedimento attributivo del Sindaco che, prudentemente, sarà cura del notaio allegare all'atto.

Infine, va ribadito il superamento di quella prassi amministrativa che considerava indefettibile l'assunzione di una delibera consiliare a preparazione ed integrazione della stipula dei principali contratti posti in essere dall'ente pubblico (si pensi alle alienazioni di beni immobili del Comune). La lettura fin qui offerta delle norme del T.U.E.L. porta a ritenere che al dirigente oggi spetta sia il compito di provvedere alla stipula del contratto sia quello di decidere a monte il compimento dell'atto gestionale, fatta eccezione per quella categoria di atti (i cc.dd. atti fondamentali di "peso politico") che l'art. 42 del T.U.E.L. riserva alla competenza del Consiglio comunale. Anche con riferimento a questi atti cc.dd. fondamentali, però, occorrerà - ed in questa sede ci si limita ad un accenno - fare un debito distinguo: nessun dubbio si profila circa la competenza del Consiglio in merito all'avvio di una determinata dismissione del patrimonio immobiliare; per contro fondati dubbi si profilano circa la necessità di riconoscere all'organo politico un ulteriore potere di definizione gestionale dell'operazione, la quale - a ben vedere - potrebbe ed anzi dovrebbe esser gestita in piena autonomia dagli organi dirigenziali (29).

Note:

(25) Cfr. Cass. civ., sez. III, 18 febbraio 2000, n. 1878, in *Giust. civ. mass.*, 2000, p. 404.

(26) Cfr. Cass. civ., sez. III, 26 febbraio 2003, n. 2878, in *Giust. civ. mass.*, 2003, p. 397.

(27) Cfr. Cass. civ., sez. I, 20 febbraio 2003, n. 2583, in *Giust. civ. mass.*, 2003, p. 366.

(28) Cfr. Comm. Trib. prov. le Lecce, sez. I, 9 ottobre 2003, n. 203, in *Dir. e prat. trib.*, II, p. 1073.

(29) Il tema della contrattazione immobiliare da parte dell'ente locale è trattato con attenzione sia ai profili teorici sia ai risvolti della prassi notarile da M. Maltoni, *op. cit.*, pagg. 291 e ss. e dal più risalente contributo di C. Caccavale, est. del citato Studio del C.N.N. n. 2324 del 22 giugno 1999. Fra i contributi della dottrina amministrativa, cfr. F. Staderini, S. Zambardi, I. Franco, *I contratti degli enti locali*, Padova, 1996.

Fusione

“Leveraged buy-out” nelle operazioni di fusione dopo la riforma

di ALBERTO MORANO

La tecnica del “leveraged buy-out”, introdotta nel nostro ordinamento societario con il nuovo articolo 2501-bis del codice civile, ha dato luogo sin dalle origini ad ampie disquisizioni negli ambienti dottrinali e giurisprudenziali in ordine alla sua legittimità, stante la possibile contrarietà di tale tecnica a norme imperative.

Una delle novità più interessanti ed attese nel quadro del nuovo ordinamento societario è rappresentata dal riconoscimento giuridico delle operazioni di *leveraged buy-out* (LBO) realizzate mediante fusione (c.d. *merger leveraged buy-out*), nelle quali cioè la fusione è consequenziale nonché strumentale ad una operazione di acquisizione con indebitamento (si veda al riguardo il nuovo 2501-bis, c.c.) (1). Più precisamente il ricorso al modello operativo di LBO si attua qualora una delle società interessate alla fusione abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra, determinando in conseguenza della fusione la traslazione sul patrimonio della società acquisita - ormai confuso con quello della società controllante - dell'indebitamento contratto dall'acquirente per l'assunzione del detto controllo.

Il dato caratterizzante dell'operazione in argomento risiede nella circostanza che la società bersaglio (“target”) viene acquisita con uno scarso apporto di capitali propri della società acquirente e con il massiccio ricorso a capitale di prestito dietro la promessa della costituzione di una garanzia sui beni o sulle azioni della società da acquisire, onde a seguito del procedimento di fusione fra società acquirente e società acquisita il debito contratto dalla prima si trasferirà sul patrimonio della seconda, sulla quale in definitiva graverà l'onere della restituzione. Si suole dire al riguardo che la società è pagata con un “pacchetto di debiti che verranno rimborsati usando il cash-flow prodotto dall'impresa acquistata ... le cui attività o azioni fungono da garanzia collaterale” (2).

Il buon esito dell'operazione dipende in larga misura dalla capacità di indebitamento (c.d. leva finanziaria) della entità oggetto di acquisizione, e dalla effettiva possibilità per la stessa di far fronte con risorse proprie al ripianamento del debito.

La prassi finanziario-societaria conosce una serie assai diversificata di applicazioni della tecnica ora descritta;

ciò malgrado è possibile riconoscere con riguardo a tali operazioni una comune sequenza di fasi ed atti tipici che si rinvencono sovente nella pratica degli affari. Al riguardo si possono citare i seguenti passaggi:

- (i) individuazione, da parte di investitori finanziari, istituzionali e/o industriali di una possibile società bersaglio;
- (ii) conferimento, da parte dei soggetti interessati a procedere all'acquisto, ad una *investment bank* dell'incarico di studiare la migliore struttura economico-finanziaria dell'operazione di acquisto, anche in considerazione del valore effettivo della *target*;
- (iii) formulazione, da parte degli *advisor* finanziari, di una preliminare struttura dell'operazione, con particolare riferimento alla determinazione dell'ammontare di mezzi propri e capitali di prestito necessari per procedere all'acquisto;

Note:

(1) In argomento si vedano in generale da ultimo P. Montalenti, *Il leveraged buyout nel nuovo diritto penale commerciale e nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 791 e ss.; M. S. Spolidoro, *Fusioni pericolose (merger leveraged buy out)*, in *Riv. dir. soc.*, 2004, 229 e ss.; V. Salafia, *Il “leveraged buy out” nella riforma societaria*, in *Le Società*, 2004, 935; L. G. Picone, *Il leveraged buy out nella riforma del diritto societario*, in *Contratto e impresa*, 2003, 1391 e ss.; D. U. Santosuosso, *Il rapporto banca-impresa nelle operazioni di leveraged buyout*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2003, 489 e ss.; M. Perrino, *La riforma della disciplina delle fusioni di società*, in *Riv. soc.*, 2003, 506 (532). A. Morano, *Il merger leveraged buy-out alla luce del nuovo art. 2501 bis*, in *Le Società*, 2003, 952 e ss.; P. Schlesinger, *Merger leveraged buy out e riforma societaria*, in *Corriere giuridico*, 2003, 705; A. Busani, *Liceità delle operazioni di “leveraged buy-out”*, in *Dir e prat. soc.*, 2003, f. 3, 35; P. Serrao D'Aquino, in *La riforma delle società. Le nuove leggi del diritto dell'economia*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, 3, 424; M. Bernardi, *Legittimità delle operazioni di “leveraged buy-out”*, in *Dir e prat. soc.*, 2003, f. 9, 44; M. Clementi e V. Bancone, *Leveraged buy-out: ora è più “legittimato”*, in *Amm. & Fin.*, 2003, f. 6, 7; R. Sparano - E. Adducci, *Liceità dell'operazione di “merger leverage buy-out”*, in *Dir. e prat. soc.*, 2003, f. 13, 24; AA.VV., *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003.

(2) S. Sandri, *Il leveraged buy-out negli Stati Uniti*, in *Il Risparmio*, 1987, 68 e ss..

(iv) costituzione, da parte dei soggetti partecipanti all'acquisto, di un veicolo *ad hoc* (c.d. *newco*) destinato a rendersi acquirente della società bersaglio, (3) nonché la regolamentazione, attraverso il ricorso a patti parasociali, dei rapporti intercorrenti tra i soci della *newco*; (4) (v) svolgimento, da parte della società acquirente, di una *due diligence* (5);

(vi) assunzione, da parte della società acquirente, dei finanziamenti necessari per poter procedere all'acquisizione e stipulazione dei relativi contratti;

(vii) stipulazione del contratto di acquisto delle azioni della *target*;

(viii) concessione alla banche finanziatrici di adeguate garanzie; tali garanzie avranno ad oggetto le azioni della società acquirente ed (eventualmente) quelle della società bersaglio;

(ix) fusione per incorporazione della *target* nell'acquirente (*forward merger*), ovvero, più raramente, fusione per incorporazione dell'acquirente nella società obiettivo (*reverse merger*);

(x) restituzione, da parte della società acquirente, del finanziamento ottenuto, utilizzando, a tale scopo, risorse interne della società acquisita: redditi futuri dell'impresa, impiego di liquidità esistente, dismissione di cespiti non strategici di proprietà della società bersaglio; ovvero mediante ricollocamento del debito, attraverso meccanismi quali ad esempio: emissioni obbligazionarie e/o di azioni privilegiate, aumenti di capitale, *leaseback* di immobili strumentali, ricorso al mutuo fondiario, cessione anticipata di crediti, prestiti con *warrants*, etc." (6);

(xi) eventuale quotazione in borsa o rivendita della società acquirente (7).

Le suddette fasi, in tutto o in parte e/o con differenti modalità, si rinvencono nei diversi modelli in cui ha trovato applicazione pratica la tecnica del *leveraged buy-out*, quale conseguenza delle caratteristiche della società oggetto di acquisizione, ovvero dei soggetti che pongono in essere l'operazione di acquisto (8).

Al riguardo, la dottrina ha individuato differenti tipologie di operazioni riconducibili allo schema dell'LBO (9). In primo luogo si suole distinguere fra *assets sale* e *transaction merger* a seconda che oggetto immediato e diretto dell'operazione di acquisizione siano i beni aziendali ovvero le azioni della *target*. Con riguardo al profilo soggettivo della operazione oggetto d'esame, viceversa, si distingue fra *management leveraged buy-out*, nel caso in cui fra i soci della società acquirente vi siano anche i *managers* della *target* e *management leveraged buy-in*, qualora tra i soci dell'acquirente vi siano *managers* esterni alla società bersaglio. Si parla, invece, di "*employee buy-out*" quando all'acquisto partecipano anche i dipendenti della società oggetto di acquisizione (10). Vi sono poi i "*family buy-outs*", ossia quelle operazioni di acquisizione di società attuate con l'utilizzo del *leveraged*, mediante le quali si procede alla ristrutturazioni dell'assetto proprietario di aziende familiari. Si parla ancora di "*corporate buy-out*" che si attua qualora l'operazione è posta in esse-

re da società appartenenti allo stesso gruppo, con lo scopo prevalente di riorganizzare gli assetti patrimoniali infragruppo. Vi sono infine i "*fiscal buy-outs*" che si caratterizzano per il fatto che i soci della *target* sono i medesimi della società acquirente; pertanto sotto il profilo sostanziale l'operazione non determina alcun effettivo passaggio di proprietà, essendo la stessa motivata da ragioni esclusivamente di ordine fiscale. Detta finalità meramente elusiva farebbe ritenere illecita l'applicazione della tecnica in argomento integrandosi nella specie una ipotesi di negozio in frode alla legge (11).

Note:

(3) È da precisare che la costituzione della *newco* o *shell company* non è strettamente essenziale, poiché l'acquisizione potrebbe essere operata anche da una società già esistente ed operativa.

(4) Tale eventualità ricorrerà ogniqualvolta, per le dimensioni dell'operazione ovvero per le disponibilità finanziarie dei soggetti partecipanti all'operazione, ovvero ancora per le caratteristiche degli stessi, si costituisca un team di acquirenti, reperendo eventualmente soci investitori sul mercato.

(5) Come noto, per *due diligence* deve intendersi una prolungata ed approfondita indagine avente ad oggetto l'intero stato degli affari della *target*, tanto sotto il profilo contabile, quanto sotto quello legale, fiscale, economico, ecc..

(6) N. A. Bruno, *Il leveraged buy out nella casistica giurisprudenziale*, febbraio 2002, in <http://www.archivioceradi.luiss.it/impresa/giurisprudenza/>.

(7) Tale ultimo passaggio non è strutturalmente necessario per la realizzazione di una operazione di acquisto, mediante il ricorso alla tecnica del *leveraged buy-out*; esso, nondimeno, rappresenta la via d'uscita dall'investimento per le società di *venture capital* e per i soci investitori consentendo loro di conseguire il guadagno sul capitale investito.

(8) Si veda al riguardo N. A. Bruno, *op. loc. cit.*

(9) Si vedano ad esempio F. Marabini, *I problemi sempre attuali del leveraged buy-out*, in *Dir. comm. int.*, 1996, 165 (169); nonché S. Calvello, *Leveraged buy-out*, in *Contratto e impresa*, 1990, 1255 (1289).

(10) In proposito cfr. M. Wright, J. Coyne, A. Mills, *Management buy out*, Cambridge, 1987, 83 e ss.; S. Sandri, *op. cit.*, 724, ss., il quale descrive le principali caratteristiche di questo tipo di operazioni. Esse vengono realizzate negli Stati Uniti attraverso il ricorso ad una *Employee Stock Ownership Plan* (ESOP), consistente "in una forma di incentivo definita da un'impresa a favore di tutti i suoi dipendenti che permette a costoro di divenire proprietari". Il problema principale in tale ipotesi consiste nel garantire ai dipendenti la possibilità di realizzare il loro investimento: ciò si può verificare solo quando vi sia la certezza che la società acquirente otterrà la quotazione in borsa.

(11) Al riguardo va segnalato un parere del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive che ha affermato il carattere elusivo delle operazioni di LBO qualora siano attuate al solo fine della acquisizione della società *target*, attraverso lo sfruttamento della leva finanziaria, senza il realizzo di un effettivo potenziamento delle attività produttive o di una riorganizzazione delle attività stesse (cfr. parere n. 4 dell'8 maggio 2003). Il parere in questione si pone nel contesto di una precisa disciplina antielusiva che mira a colpire determinate operazioni straordinarie, non sorrette da adeguate motivazioni economiche, compiute unicamente allo scopo di far conseguire vantaggi fiscali. In merito, l'art. 37-bis, D.P.R. 600/1973, introdotto in virtù dell'art. 7, D. Lgs. 358/1997, ha stabilito l'inopponibilità all'amministrazione finanziaria degli atti, fatti e negozi, anche collegati fra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti, qualora tali condotte siano attuate attraverso operazioni straordinarie quali, *inter alia*, le fusioni. L'operazione di LBO, ove attuata in assenza di un idoneo

(segue)

Il dibattito: la dottrina

In effetti, al di là delle valutazioni specificamente rivolte a questa ultima tipologia di LBO, la tecnica in generale, pur largamente praticata, ha dato luogo sin dalle origini ad ampie disquisizioni negli ambienti dottrinali e giurisprudenziali in ordine alla sua legittimità nel nostro ordinamento, stante la possibile contrarietà di tale tecnica a norme imperative in materia societaria (12).

L'aspetto cruciale su cui fondamentalmente si è concentrato il dibattito giuridico riguarda la fase finale e più eclatante dell'operazione nella quale, in conseguenza della fusione, la società bersaglio si accolla il debito contratto dalla società acquirente per realizzare la sua acquisizione. In tale prospettiva si è sostenuto che l'operazione in argomento violasse il divieto di c.d. *financial assistance* di cui all'art. 2358, c.c., a norma del quale com'è noto la società non può accordare prestiti, né fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie, e/o accettare per tramite di società fiduciaria, o per interposta persona, azioni proprie in garanzia. La tecnica riconducibile allo schema dell'LBO si porrebbe sostanzialmente in violazione della norma citata in quanto, a seguito della fusione, il debito contratto per il finanziamento concesso alla *newco* verrebbe fatto gravare sul patrimonio della *target*; si avrebbe, pertanto, una traslazione del costo dell'acquisizione sul patrimonio della società acquisita, la quale finirebbe con il rimborsare il debito contratto per l'acquisto delle proprie azioni. La fattispecie rientrerebbe pertanto fra quelle vietate dall'art. 2358, c.c..

L'illegittimità del negozio in questione è stata altresì ravvisata sotto il profilo di una pretesa violazione della norma di cui all'art. 1344, c.c. (*Negoziato in frode alla legge*): la complessa struttura sottesa all'intera operazione di LBO costituirebbe cioè il mezzo per eludere l'ap-

Note:

(segue nota 11)

progetto economico funzionale al potenziamento e/o ristrutturazione delle attività produttive, nel senso indicato dal precitato parere, andrebbe ad integrare la fattispecie elusiva descritta dalla norma.

In effetti, prima della recente riforma fiscale, l'operazione di LBO consentiva di realizzare apprezzabili risparmi di imposta. Per contro, le nuove disposizioni in materia di imposizione sul reddito delle società (di cui alla legge delega 7 aprile 2003, n. 80 ed al D. Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344 di attuazione della stessa) hanno notevolmente modificato il quadro normativo di riferimento, con effetti alquanto incerti sulla portata dei vantaggi tributari realizzabili e quindi sul margine di utilità fiscale ottenibile attraverso il ricorso alla tecnica dell'LBO. In precedenza, l'interesse manifestato dagli operatori economici si spiegava fondamentalmente su due direttrici: 1) possibilità di operare la deducibilità integrale degli interessi passivi correlati al contratto di finanziamento; 2) possibilità di dedurre dal reddito imponibile il disavanzo di fusione (ossia la differenza fra il costo sostenuto dalla società acquirente per l'acquisto delle azioni della società bersaglio ed il valore del patrimonio netto contabile della stessa) attraverso il pagamento dell'imposta sostitutiva del 19% in precedenza applicabile ai sensi degli artt. 1 e 2, D.Lgs. 358/1997 (sul punto si veda A. Stesuri, "Leveraged buy-out" nella prassi societaria e fiscale, in *Dir. prat. soc.*, 3 novembre 2003, n. 20, 38 e ss., ove ulteriori riferimenti).

Come già detto, la cennata riforma fiscale ha mutato il contesto normativo interessato. Sotto il primo profilo, l'introduzione del nuovo istituto della *thin capitalization*, teso a contrastare i fenomeni di sottocapitalizzazione delle imprese, ha assoggettato a precise limitazioni la deducibilità degli interessi passivi derivanti da operazioni di finanziamento. Al riguardo l'art. 98 del T.U.I.R. (così come modificato dal precitato D.Lgs. 344/2003) ha stabilito che la remunerazione dei finanziamenti direttamente o indirettamente erogati o garantiti da un socio qualificato o da una sua parte correlata è in deducibile dal reddito imponibile qualora il rapporto fra il detto finanziamento e la quota di patrimonio netto contabile di pertinenza del socio medesimo e delle sue parti correlate, sia superiore a quello di quattro a uno. In altre parole il costo dei finanziamenti aventi un valore superiore al quadruplo del citato patrimonio netto non è deducibile dal reddito imponibile. I finanziamenti in discorso sono quelli derivanti da mutui, da depositi di danaro e da ogni altro rapporto di natura finanziaria (cfr. l'art. 98, comma 4, T.U.I.R.). La norma acquista rilievo nel caso di specie, in quanto la disposizione fa riferimento ai finanziamenti direttamente o indirettamente erogati o garantiti da un socio qualificato o da parti correlate (sulle nozioni di socio qualificato e/o di parte correlata si vedano le rispettive definizioni contenute alle lettere c) e b) del 3° comma dell'art. 98, T.U.I.R.). Pertanto, la norma riguarda tanto il caso in cui il finanziamento venga erogato ad esempio dal socio di controllo o da altre società del gruppo, quanto l'ipotesi in cui il finanziamento venga concesso da un terzo con la garanzia di un pegno sulle azioni del detto socio (cfr. al riguardo A. Stesuri, "Leveraged buy-out" nella prassi societaria e fiscale, in *op. cit.*, 41). Il limite alla deducibilità della remunerazione dei finanziamenti disposto dalla norma in esame ridurrebbe dunque in maniera significativa l'utilità fiscale correlata ad una operazione di LBO. Sussisterebbe peraltro la possibilità di beneficiare del regime di esenzione dalla *thin capitalization rule* qualora (i) l'ammontare complessivo dei finanziamenti non ecceda il limite stabilito dalla norma (corrispondente al precitato rapporto di quattro a uno), ovvero quando (ii) il soggetto finanziato fornisca la dimostrazione che il finanziamento sarebbe stato altrimenti ottenuto anche da terzi sulla base della sola garanzia rappresentata dal proprio patrimonio sociale (cfr. al riguardo l'art. 98, 2° comma, lettere a) e b), T.U.I.R.). In altri termini, quanto alla seconda opzione, la società che volesse avvalersi della esimente dovrebbe dimostrare di possedere una propria esclusiva capacità di credito che ha consentito, di per sé, l'ottenimento del finanziamento. Si veda al riguardo il chiarimento fornito dalla Circolare dell'Agenzia delle Entrate (Circolare n. 11/E del 17 marzo 2005) ove si afferma che l'esistenza di una esclusiva capacità di credito propria del soggetto finanziato si rinviene nell'ipotesi in cui "il finanziamento ottenuto dalla società sia stato concesso esclusivamente sulla base della garanzia rappresentata dalle azioni della stessa società finanziata, rilasciate in pegno dai soci". Invero la fattispecie non sembrerebbe agevolmente riferibile ad una operazione di LBO, dove, per definizione (cfr. art. 2501-bis, c.c.), è il patrimonio della società acquisita a costituire garanzia generica o fonte di rimborso dei debiti contratti dal soggetto finanziato (quest'ultimo generalmente una *newco* con capitale minimo), laddove la predetta circolare farebbe esclusivo riferimento alla garanzia offerta dal soggetto che ha contratto il finanziamento (nella specie la *newco*). Per l'operatività della indicata esimente con riferimento alle operazioni di LBO qualora il finanziamento sia garantito da pegno sulle azioni della società veicolo, si veda F. Brunelli, *Pegno su azioni senza la thin cap*, in *Il Sole 24 Ore*, 18 maggio 2005; si vedano anche: A. Ragnoni, *L'autonoma capacità di credito nella "thin capitalization"*, in *Corr. Trib.*, 2005, n. 22, 1745 e ss; nonché A. Bonisnoni-M. Ettore, *La disciplina del contrasto all'utilizzo fiscale della sottocapitalizzazione nell'ipotesi di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento (c.d. merger leveraged buy out) Primi spunti di riflessione*, in *Boll. Trib.*, 2004, n. 23, 1701 e ss.. Sotto un secondo profilo, l'abolizione dell'imposta sostitutiva del 19% (cfr. art. 4, lettera m, L. 80/2003) determina l'impossibilità di un utilizzo fiscale del disavanzo di fusione, con la conseguenza che, sotto tale aspetto, risulta sostanzialmente neutralizzato il margine di utilità fiscale correlato alle operazioni di LBO realizzate mediante fusione (per ulteriori rilievi in ordine all'incidenza della riforma sul contesto dei benefici fiscali connessi alle operazioni di LBO, si veda A. Stesuri, "Leveraged buy-out" nella prassi societaria e fiscale, in *op. loc. cit.*).

(12) Per una approfondita rassegna dei diversi orientamenti si veda A. Morano, *Il merger leveraged buy-out alla luce del nuovo art. 2501-bis, op. loc. cit.*

plicazione di una norma imperativa (la disposizione di cui all'art. 2358, c.c.), con la conseguenza che il negozio in questione sarebbe nullo per illiceità della causa. In via generale dunque l'operazione di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento determinerebbe una violazione diretta, ovvero mediata, delle disposizioni di cui all'art. 2358, c.c..

Sotto il primo profilo, concernente la pretesa violazione diretta del divieto di *financial assistance*, si è fatto osservare che in nessuna delle fasi in cui può scomporsi la complessa operazione in argomento il divieto in questione viene infranto. Nella prima fase infatti è la società acquirente a contrarre l'indebitamento, ed è la stessa a fornire le contestuali garanzie; mentre l'assunzione del debito e la prestazione di garanzia da parte della società acquisita, nella fase finale dell'operazione, è solo un effetto sostanziale della fusione, allorché la società bersaglio non esiste più come soggetto a sé stante ed il suo patrimonio è oramai confuso con quello della società acquirente, sicché non può affermarsi che l'onere del rimborso del debito contratto dalla società acquirente si trasferisca in capo alla società acquisita. Sotto un secondo profilo, rivolto all'affermazione per cui l'operazione di LBO integrerebbe gli estremi di un negozio in *fraudem legis*, sostanziosamente in uno strumento atto a realizzare un risultato vietato da una norma imperativa, si è osservato che al fine di configurare la fattispecie in questione non è sufficiente che l'LBO produca un risultato economico equivalente a quello dell'accollo del debito da parte della società bersaglio, occorrendo al riguardo che vi sia il *quid pluris* rappresentato dall'intento fraudolento: occorre infatti vedere come si differenzia l'equivalenza indice di fraudolenza da una "lata ed innocente equivalenza economica" (13). Al riguardo si osserva che il risultato illecito che il negozio in frode alla legge dovrebbe mirare a perseguire non si riscontra nella operazione in questione: detta operazione, sia prima che dopo la fusione non conduce mai al risultato di un prestito accordato o di una garanzia fornita per l'acquisto di azioni appartenenti alla stessa società che accorda il prestito o concede tali garanzie; mentre l'acquisizione al patrimonio dell'incorporante del patrimonio della società incorporata è un effetto automatico della fusione, così come la confusione dei patrimoni che ne deriva, nonché l'assunzione, da parte della società risultante dalla fusione, dei diritti e degli obblighi delle società partecipanti all'operazione. Nel caso di specie poi la fusione, momento culminante dell'operazione di LBO, consente una razionalizzazione della struttura societaria ed una ottimizzazione dell'utilizzo delle risorse finanziarie delle società ad essa partecipanti. A seguito della fusione inoltre le azioni della società bersaglio vengono annullate, con la conseguenza che non può realizzarsi neppure quel fenomeno di annacquamento del capitale che la disposizione di cui all'art. 2358, c.c. mira sostanzialmente ad impedire. La frode alla legge appare poi di difficile configurazione in

presenza di una operazione così altamente sofisticata e complessa, e rende estremamente improba la dimostrazione della sussistenza di un disegno unitario fraudolento che, al di fuori di generiche affermazioni, va puntualmente e debitamente provato in relazione al caso concretamente all'esame.

Su tali argomenti si sono confrontati autorevoli studiosi, attestandosi su posizioni assolutamente contrastanti; a volte di totale contrarietà a volte di cauto favore (14). Appare peraltro interessante in questa sede evidenziare come, al riguardo di tale problematica, si sia orientata la giurisprudenza, la quale sostanzialmente offre oggi, nel contesto della riforma, gli spunti per trattare della legittimità della tecnica dell'LBO nel nuovo ordinamento societario.

Segue: La giurisprudenza

Rinviando a trattazioni specifiche l'esame delle varie (per vero pochissime) (15) pronunzie in tema di LBO, si segnala la nota sentenza del Tribunale di Milano del 13 maggio 1999 (16), che allo stato costituisce il precedente più significativo sull'argomento. In quella sede l'organo giudicante ha affermato che l'operazione di LBO non è di per sé illecita, purché sia sorretta da una valida *business reason*. L'operazione cioè "non presenta di per sé profili di illegittimità ed

Note:

(13) R. Sacco, in R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*, II, in *Trattato Sacco*, Torino, 1996, 121 e ss.; L. Picone, *Liceità del MLBO*, nota a Cass. pen., sez. V, 4 febbraio 2000, n. 5503, in *Le Società*, 2000, 711 e ss..

(14) Una parte minoritaria ma autorevole della dottrina si è espressa contro il *leveraged buy-out*: in particolare P. Montalenti, *Il leveraged buy-out*, Milano, 1991; F. Grande Stevens, *Fuori chi bara*, in *Espansione*, 1988, 212, 50 e ss.; U. Apice, *Intervento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1990, I, 667 e ss.. Altra parte ha assunto una posizione favorevole al *leveraged buy-out*: ex multis, A. Morano, *Leveraged buy-out*, Milano, 1989; A. Frignani, voce *Leveraged buy-out*, in *Digesto, disc. priv. sez. comm.*, Torino, I, ss.. Gomellini, *Le operazioni di leveraged buy-out di fronte al diritto italiano delle società*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, 161, ss.. Infine un ultimo orientamento si colloca in una posizione intermedia: U. Morello, *Il problema della frode alla legge rivisitato: fusioni per prevalenti scopi fiscali, leverages buy-outs, e management buy-outs*, in AA. VV., *Fusioni, concentrazioni e trasformazioni tra autonomia e controllo*, Milano, 121 e ss., e, per certi versi, lo stesso P. Montalenti, *Il leveraged buy-out*, op. cit., 57 e ss.. Per una ricostruzione dei vari orientamenti si veda A. Morano, *Il merger leveraged buy-out alla luce del nuovo art. 2501 bis*, op. loc. cit..

(15) Per un'attenta analisi delle varie pronunzie si veda N. A. Bruno, *Il leveraged buy out nella casistica giurisprudenziale*, op. loc. cit.. L'Autore peraltro ivi osserva che il limitato panorama giurisprudenziale dipende essenzialmente dalla circostanza che le operazioni di LBO vengono poste in essere fra società a ristretta base azionaria, in conseguenza di accordi incondizionati fra i soci, i quali verosimilmente non solleveranno contestazioni al riguardo della legittimità dell'operazione. Lo scarso contenzioso dipende peraltro anche dalle limitate possibilità di impugnativa della delibera di fusione la cui invalidità a norma dell'art. 2504-*quater*, c.c. non può essere pronunziata una volta che sia proceduto all'iscrizione dell'atto nel Registro delle imprese (ciò che peraltro non impedirebbe un accertamento della validità della fusione, in via incidentale, nel giudizio risarcitorio intentato a norma del secondo comma del citato art. 2504-*quater*, c.c.).

(16) Pubblicata in *Le Società*, 2000, 75.

anzi è ampiamente usata sia per consentire al management di acquisire una maggiore partecipazione nell'impresa, sia per evitare il peso fiscale di una normale cessione di azienda". Non può pertanto esprimersi un giudizio aprioristico di illegittimità dell'operazione, dovendo al riguardo effettuarsi una verifica caso per caso onde stabilire se l'intera operazione sia stata posta in essere unicamente allo scopo di aggirare il divieto posto dall'art. 2358, c.c. ovvero se sussistono reali esigenze economico-imprenditoriali che giustificano in concreto il ricorso a tale tecnica: "ciò che conta è che nel momento in cui il negozio sospettato di frodolenzia (la delibera di fusione) è sorto, sussistevano concrete ragioni imprenditoriali che lo giustificavano" (17). Secondo l'orientamento dei giudici milanesi dunque, la sussistenza di ragioni economiche ed imprenditoriali alla base di una operazione di LBO consente di escludere una ricostruzione della suddetta tecnica in termini di conflittualità con norme imperative.

La pronuncia in questione, il cui percorso argomentativo è stato oggetto di critiche da parte di autorevole dottrina (18), ha sicuramente il pregio di riconoscere che una affermazione di illegittimità dell'operazione di LBO, da precludersi in via generale ed astratta, dipenderà unicamente dalla possibilità di dimostrare, in relazione al caso concreto, che tale tecnica riflette solo l'obiettivo di eludere i precetti di cui all'art. 2358, c.c..

Il LBO dopo la riforma del diritto societario

O rbene in questo quadro generale di orientamenti dottrinali e giurisprudenziali si inserisce oggi il contributo decisivo dell'innovazione legislativa che sembra risolvere in via forse definitiva la questione della liceità del LBO.

Al riguardo l'art. 7, primo comma, lett. d) della legge (delega) 366/2001, ha richiesto di "prevedere che le fusioni tra società, una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra, non comportano violazione del divieto di acquisto e sottoscrizione di azioni proprie, di cui, rispettivamente agli artt. 2357 e 2357-quater c.c., e del divieto di accordare prestiti e fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie, di cui all'art. 2358 c.c.".

Il legislatore afferma dunque la legittimità incondizionata delle operazioni di LBO escludendo in termini inequivoci che le stesse si pongano in contrasto con norme imperative di legge (19).

E tale dichiarazione è di particolare pregnanza posto che, peraltro, per quanto qui rileva, le disposizioni imperative di legge richiamate dal legislatore non hanno subito modifiche in sede di riforma (20).

Sgomberato dunque il campo dall'idea preconcepita di una pretesa illegittimità della tecnica di acquisizione con indebitamento e successiva fusione, il governo, nel dare attuazione alla legge delega, ha scelto di imprimere alla procedura di fusione (momento finale dell'operazione di LBO) un particolare rigore, non presente nel modello ordinario di fusione, che si giustifica in questa

ipotesi in ragione del peculiare contesto operativo in cui si inserisce tale operazione.

Alla liceità incondizionata delle fusioni a seguito di acquisizioni con indebitamento stabilita in sede di legge delega si sostituisce, in sede di attuazione - all'art. 2501-bis, c.c. - una legittimità condizionata al rispetto di determinati requisiti (21). Si tratterebbe, nella prospettiva del legislatore delegato di doverose prescrizioni finalizzate ad impedire un eventuale uso distorto dell'LBO

Note:

(17) Nel caso di specie la legittimità dell'operazione è stata fatta discendere dalla circostanza che "la fusione era stata proposta per rilanciare l'attività statica della Trenno (i.e. la società bersaglio, n.d.r.) con un progetto industriale proiettato verso il futuro in un'attività compatibile e sinergica in grado di generare cash flow consistenti: si è cioè previsto di affiancare all'attività prevalentemente immobiliare e finanziaria un'attività di servizi altamente operativa, con larghi margini di profitto e strettamente connessa alla precedente".

(18) Al riguardo è stato osservato che la decisione legittimerebbe l'introduzione di un sindacato giurisdizionale in ordine al merito dell'operazione ed alle scelte imprenditoriali che ne sono all'origine (il giudice dovrebbe invece rimanere estraneo al merito dell'operare imprenditoriale); la decisione inoltre andrebbe ad alimentare l'equivoco per cui sarebbe onere di chi procede ad una operazione di questo tipo provare che essa è sorretta da una valida *business reason*; sotto altro profilo deve essere osservato che la sussistenza di una valida ragione economico-imprenditoriale non esclude che il ricorso alla tecnica di LBO sia comunque ispirato ad un intento elusivo. In argomento si veda M. S. Spolidoro, *Incorporazione della controllante nella controllata e LBO*, in nota a T. Milano, 13 Maggio 1999, in *Le Società*, 2000, 75. *Contra*, P. Montalenti, *Leveraged buy out: una sentenza chiarificatrice*, in *Giur. Ij.*, t. 1, 1999, 2105. Si veda al riguardo anche N. A. Bruno, *Il leveraged buy out nella casistica giurisprudenziale*, op. loc. cit.; nonché A. Morano, *Il merger leveraged buy-out alla luce del nuovo art. 2501-bis*, op. cit., 957.

(19) Per alcuni rilievi critici in merito alla scelta di una legittimazione incondizionata riflessa dal legislatore nella legge delega, si vedano P. Montalenti, *Il leveraged buyout nel nuovo diritto penale commerciale e nella riforma del diritto societario*, in op. cit., 812 e ss.; nonché A. A. Dolmetta, *Il merger leveraged buyout nella legge delega n. 366/2001: la target da s.p.a. a s.r.l.*, in *Corr. giur.*, 2002, 239 e ss..

(20) È peraltro da segnalare che la nuova disciplina degli illeciti penali ed amministrativi in materia societaria, di cui al D. Lgs. 11 aprile 2002, n. 61, ed in particolare l'abrogazione della fattispecie criminosa di cui all'art. 2630, 1° comma, n. 2), c.c., (che sanzionava sul piano penale la violazione, *inter alia*, delle disposizioni di cui all'art. 2358, c.c.) risolverebbe in termini definitivi anche la questione relativa alla ipotizzata e pretesa rilevanza penalistica delle operazioni di LBO. Difatti, la violazione del divieto di assistenza finanziaria non configura più, nel nuovo sistema penale societario, una fattispecie tipica di reato, né è dato individuare, nel nuovo impianto normativo, una disposizione di corrispondente tenore e contenuto che miri a sanzionare penalmente la violazione dei precetti di cui al richiamato art. 2358, c.c., neppure sotto il profilo di una possibile riconducibilità della fattispecie di LBO ad altre figure criminose tipiche (i.e.: "Illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante" - art. 2628, c.c.; "Operazioni in pregiudizio dei creditori" - art. 2629, c.c.; "Infedeltà patrimoniale" - art. 2634, c.c.). In argomento si vedano, S. Previtali, *La responsabilità penale degli amministratori per le operazioni di leveraged-management buy out*, in *Il foro ambrosiano*, 2003, 548 e ss.; P. Montalenti, *Il leveraged buyout nel nuovo diritto penale commerciale e nella riforma del diritto societario*, in op. cit., 791 e ss.. Con specifico riguardo alla possibilità di riferire l'operazione di LBO al reato di indebita restituzione dei conferimenti, ai sensi dell'art. 2626, c.c., si veda *infra* la nota 54.

(21) Di legittimazione "controllata" parla P. Montalenti, *Il leveraged buyout nel nuovo diritto penale commerciale e nella riforma del diritto societario*, in op. cit., 792.

certamente incompatibile con le intenzioni del delegante il quale intendeva soltanto “*promuovere la pratica positiva e lecita della operazione*” in argomento (22).

Il primo comma della norma in questione dispone infatti che “*nel caso di fusione tra società, una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra, quando per effetto della fusione il patrimonio di quest'ultima viene a costituire garanzia generica o fonte di rimborso di detti debiti, si applica la disciplina del presente articolo*”. Nel prosieguo della disposizione vengono appunto precisate le condizioni cui soggiace in via diretta la fusione e, in via mediata, tutta l'operazione ad essa sottesa.

Prima di passare all'esame delle suddette condizioni poste in questa sede dal legislatore, occorre osservare che la disposizione citata assolve in primo luogo ad una funzione di definizione ed individuazione degli elementi costitutivi dell'operazione di LBO, e precisamente:

- (i) la fusione tra due società.
- (ii) l'assunzione di debiti, da parte della società acquirente, strumentale all'acquisizione (23);
- (iii) l'acquisto del controllo della società obiettivo;
- (iv) la funzione di garanzia generica assolta dal patrimonio della *target* in relazione alle esigenze di rimborso del finanziamento richiesto dall'acquirente. Per espressa previsione della norma lo stesso patrimonio della società obiettivo può rappresentare una fonte di rimborso del detto finanziamento.

In merito a tali punti si possono formulare alcune considerazioni. L'assenza di indicazioni al riguardo del tipo di fusione lascia all'interprete ed all'operatore ampie facoltà in ordine alla configurazione della tecnica da utilizzarsi, e fa ritenere che l'operazione di LBO possa legittimamente chiudersi anche con una fusione inversa (fusione per incorporazione della società acquirente nella società obiettivo), fattispecie nella quale appare più evidente il pericolo di una possibile interferenza con le norme di cui agli artt. 2357 e 2358, c.c.. Può inoltre rilevarsi che non è essenziale che il finanziamento sia funzionale all'acquisizione del controllo totalitario, difatti ai fini della configurabilità della fattispecie di LBO sarebbe sufficiente che l'acquisizione abbia ad oggetto solamente la partecipazione di controllo della società obiettivo (24). Ulteriore considerazione è che il patrimonio della *target* può solo assolvere ad una funzione di garanzia generica in relazione alle esigenze di rimborso del finanziamento, ovvero rappresentare una fonte di rimborso del debito in relazione alla propria capacità di generare flussi finanziari (*cash flow*). La norma cioè non prevede altre forme di utilizzo del patrimonio della società obiettivo. In particolare, il richiamo alla natura specificamente *generica* della garanzia (25) esclude che possa ritenersi ammissibile la concessione di garanzie *specifiche* su cespiti della *target*: (26) rispetto a tale ipotesi infatti, riprende pieno vigore il divieto di assistenza finanziaria di cui all'art. 2358, c.c., anche ove la concessione di garanzie specifiche fosse il risultato di un programma negoziale complesso quale è quello sotteso

ad una operazione di LBO (27); *nulla quaestio* peraltro, se successivamente alla operazione di fusione il debito

Note:

(22) V. Salafia, *Il “leveraged buy out” nella riforma societaria*, cit., 936.

(23) Vi è ampio consenso in dottrina in merito alla necessità della sussistenza di un collegamento funzionale fra l'indebitamento ed il fine dell'acquisizione, occorrendo al riguardo che il finanziamento sia stato assunto formalmente, ovvero anche solo sostanzialmente, con lo scopo di permettere l'acquisto del controllo della società obiettivo; in tale prospettiva, non si verserebbe nella fattispecie in esame qualora le somme impiegate per l'acquisizione non provenissero da un finanziamento finalizzato, ma da un affidamento di carattere generico rientrando “*in the ordinary course of business*”. Così, P. Montalenti, *Il leveraged buyout nel nuovo diritto penale commerciale e nella riforma del diritto societario*, in *op. cit.*, 813 e 814. Cfr. anche sul punto M. S. Spolidoro, *Fusioni pericolose (merger leveraged buy out)*, in *op. loc. cit.*, 232 e 233; nonché L. G. Picone, *Il leveraged buy out nella riforma del diritto societario*, in *op. cit.*, 1411 e 1412. Non rileva inoltre a tali fini la forma giuridica del rapporto in virtù del quale l'acquirente contrae debiti per acquisire il controllo della *target* (i.e.: mutuo, apertura di credito, scoperto di conto corrente, fido, prestito, dilazione di pagamento, etc.: così M. S. Spolidoro, *Fusioni pericolose (merger leveraged buy out)*, in *op. loc. ult. cit.*, 232). E non rientrano peraltro nella, sia pure ampia, nozione di finanziamento, le dotazioni di mezzi propri della società, come i conferimenti a capitale o a soprapprezzo, i versamenti a fondo perduto e in genere gli apporti che non sono soggetti a vincolo di restituzione e che non debbono essere registrati tra le voci del c.d. passivo «reale» del bilancio (così testualmente M. S. Spolidoro, *Fusioni pericolose (merger leveraged buy out)*, in *op. loc. ult. cit.*, 232).

(24) Relativamente al concetto di controllo deve operarsi un rinvio alla comune definizione di cui all'art. 2359, c.c. Cfr. al riguardo L. A. Miscrocchi, *Fusione*, in *op. loc. cit.*; nonché L. G. Picone, *Il leveraged buy out nella riforma del diritto societario*, in *op. cit.*, 1416. In dottrina si precisa che l'influenza dominante derivante da un sindacato di voto o da una clausola statutaria potrà integrare la nozione di controllo di cui all'art. 2501-bis, c.c., almeno nella misura in cui la controllante abbia acquisito una partecipazione nella controllata ricorrendo all'indebitamento: M. S. Spolidoro, *Fusioni pericolose (merger leveraged buy out)*, in *op. loc. cit.*, 231. Per vero, attesa la difficoltà di affermare *ex ante* quando una partecipazione di minoranza conferisca il controllo (nell'ipotesi di controllo derivante da influenza dominante nell'assemblea ordinaria, ai sensi dell'art. 2359, 1° comma, n. 2, c.c.), dovrà aversi riguardo alla “*posizione di dominio della società acquirente sulla target, tale da controllare il processo di fusione*”: L. G. Picone, *Il leveraged buy out nella riforma del diritto societario*, in *op. cit.*, 1417. Mentre è pacifico che resta estranea alla sfera di applicazione dell'art. 2501-bis, c.c., la fattispecie nella quale il controllo venga acquisito in virtù di particolari vincoli contrattuali secondo la previsione dell'art. 2359, 1° comma, n. 3, c.c.: cfr. al riguardo, L. G. Picone, *Il leveraged buy out nella riforma del diritto societario*, in *op. loc. ult. cit.*; nonché M. S. Spolidoro, *Fusioni pericolose (merger leveraged buy out)*, in *op. loc. ult. cit.*, 231. Quest'ultimo Autore, suggerisce di orientare l'attenzione verso una accezione ampia della nozione di controllo, svincolata dal richiamo alla norma definitoria di cui all'art. 2359, c.c., tenuto conto degli interessi tutelati dalla norma in esame (M. S. Spolidoro, *Fusioni pericolose (merger leveraged buy out)*, in *op. loc. ult. cit.*, 232). Del resto, la stessa dottrina che parte dalla definizione di cui all'art. 2359, c.c., ritiene di accogliere nella nozione di controllo tutte le fattispecie di acquisizione nelle quali l'acquirente sia sostanzialmente in grado di determinare la volontà della società acquisita (L. G. Picone, *Il leveraged buy out nella riforma del diritto societario*, in *op. cit.*, 1418, ove ulteriori precisazioni).

(25) In applicazione del principio generale di cui all'art. 2740, c.c., per il quale il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri.

(26) M. Bernardi, *Legittimità delle operazioni di “leveraged buy-out”*, *op. cit.*, 47.

(27) In dottrina, afferma l'illegittimità della costituzione, contestuale e con i beni della *target*, di un patrimonio destinato da parte della società
(segue)

originariamente contratto venga ripianato con un nuovo finanziamento garantito dagli assets della società risultante dalla fusione (28).

L'art. 2501-bis, comma 2, cod. civ.

I requisiti posti come condizione della regolarità della fattispecie di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento sono disciplinati ai commi 2 e ss. dell'art. 2501-bis, c.c., a mente dei quali:

(i) il progetto di fusione di cui all'art. 2501-ter, c.c. deve indicare le risorse finanziarie previste per il soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dalla fusione;

(ii) la relazione di cui all'art. 2501-quinquies, c.c. deve indicare le ragioni che giustificano l'operazione e contenere un piano economico e finanziario con indicazione della fonte delle risorse finanziarie e la descrizione degli obiettivi che si intendono raggiungere;

(iii) la relazione degli esperti di cui all'art. 2501-sexies, c.c. attesta la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione;

(iv) al summenzionato progetto di fusione dell'art. 2501-quinquies, c.c. deve essere allegata una relazione della società di revisione incaricata della revisione contabile obbligatoria della società obiettivo o della società acquirente (29).

In primo luogo dunque il progetto di fusione predisposto dall'organo amministrativo deve indicare le risorse finanziarie previste per il soddisfacimento del debito conseguente al finanziamento contratto per l'acquisizione. L'art. 2501-bis, c.c. come noto postula in via generale che dette risorse debbano essere reperite al livello della società obiettivo (sia in relazione alla funzione di garanzia generica assolta dal suo patrimonio, sia in rapporto alla sua capacità di produrre flussi finanziari). Tali risorse dovranno pertanto in concreto essere individuate nel progetto di fusione (30), e dovranno al contempo apparire adeguate rispetto alla finalità della estinzione del debito. Ciò indirettamente risulta dal richiamo alla relazione degli esperti da cui dovrà emergere un giudizio di ragionevolezza in ordine alle indicazioni contenute nel predetto progetto di fusione. È peraltro da escludere che la società risultante dalla fusione possa appropriarsi *sic et simpliciter* del patrimonio della società obiettivo e consumarlo altrettanto semplicemente per ripianare il suddetto debito. Il legislatore invero postula che tale patrimonio venga impiegato per l'attuazione di un progetto economico e imprenditoriale in grado di generare le risorse finanziarie che verranno poi impiegate a quel fine (31). Il progetto di fusione pertanto dovrà indicare le risorse che si prevede possano essere ricavate dal medesimo piano economico e finanziario che costituirà oggetto della relazione che gli amministratori dovranno predisporre per illustrare le ragioni dell'intera operazione (32).

La stessa norma stabilisce un secondo onere informativo a carico dell'organo amministrativo chiamato a descrivere, in apposita relazione, le ragioni che giustificano l'ope-

razione nel contesto di un piano economico e finanziario (33) con indicazione della fonte delle risorse finanziarie e la precisazione degli obiettivi che si intendono raggiungere. L'operazione culminante nella fusione dovrà essere sorretta da valide giustificazioni economiche, finanziarie ed imprenditoriali (34) atte a legittimare il ricorso alla tec-

Note:

(segue nota 27)

risultante dalla fusione, trattandosi di strumento atto a derogare al principio della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740, c.c., D. U. Santosuosso, *Il rapporto banca-impresa nelle operazioni di leveraged buyout*, in *op. cit.*, 496.

(28) Nella prassi finanziaria si suole normalmente ricorrere ad un duplice finanziamento: il primo, c.d. *bridge*, viene concesso alla *newco* nella fase iniziale dell'operazione; quindi, successivamente alla fase di acquisizione e fusione, si fa ricorso ad un secondo finanziamento, a medio/lungo termine, assistito da garanzie specifiche su cespiti della *ex target*, formalmente concesso in via autonoma alla società risultante dalla fusione, e indipendentemente dal primo finanziamento, ma sostanzialmente funzionale al ripianamento del debito contratto in relazione al finanziamento originario. Il complesso disegno negoziale sotteso all'operazione descritta, intergrebbe invero secondo parte della dottrina gli estremi di un negozio complesso in frode alla legge: il passaggio attraverso il doppio finanziamento è infatti chiaramente funzionale all'ottenimento *post* fusione di garanzie specifiche sugli assets della società obiettivo che non potrebbero essere concesse dalla *target prima* della fusione, pena l'evidente ed immediato contrasto con il divieto di assistenza finanziaria di cui all'art. 2358, c.c. (cfr. al riguardo M. Bernardi, *Legittimità delle operazioni di "leveraged buy-out"*, in *op. cit.*, 47. In senso contrario, si pone la posizione di chi riterrrebbe che in virtù del nuovo art. 2501-bis, c.c., l'indebitamento possa essere contratto in ragione di un unico finanziamento, dove nel relativo accordo verrebbe stabilito che, a seguito della fusione, la garanzia sia estesa ai beni della società obiettivo (in tal senso R. Sparano - E. Adducci, *Liceità dell'operazione di "merger leverage buy-out"*, in *op. cit.*, 27).

(29) In merito all'obbligatorietà di tale relazione si veda *infra* nel testo.

(30) Con riguardo al livello di analiticità dell'informativa, si ritiene che sarà sufficiente indicare prospetti riepilogativi di *cash flow*, anche in forma tabellare, che mettano in evidenza il piano di rimborso del capitale anche in relazione alla tempistica dello stesso D. U. Santosuosso, *Il rapporto banca-impresa nelle operazioni di leveraged buyout*, in *op. loc. ult. cit.*.

(31) In merito è stato osservato, con tesi che non pare condivisibile, che non potrebbe legittimare l'operazione la circostanza che le risorse finanziarie funzionali alla copertura del costo dell'acquisizione vengano tratte, anziché dal patrimonio della *target*, da quello di una società dalla stessa controllata, ove non siano indicate altre e valide ragioni; in tal senso M. Perrino, *La riforma della disciplina delle fusioni di società*, in *op. cit.*, 536.

(32) V. Salafia, *Il "leveraged buy out" nella riforma societaria*, cit., 937. Si veda anche al riguardo P. Serrao D'Aquino, in *La riforma delle società*, *op. cit.*, 426 e 427 ove ulteriori riferimenti.

(33) La relazione deve contenere "un vero e proprio business plan, composto sia di un piano economico, e cioè di un piano industriale, sia di un piano finanziario, con l'indicazione della fonte delle risorse, corredata dallo scopo complessivo dell'operazione"; così P. Montalenti, *Il leveraged buyout nel nuovo diritto penale commerciale e nella riforma del diritto societario*, in *op. cit.*, 815. Lo stesso Autore rileva che in considerazione della natura di progetto programmatico del piano, tale documento dovrà riflettere tipicamente le scelte di gestione imprenditoriale fondate sul principio della c.d. "Business judgment rule".

(34) In dottrina si ritiene che accanto alle motivazioni più tradizionali, che attongono al profilo industriale di un progetto economico, siano legittimi anche motivi ed obiettivi di carattere semplicemente finanziario, il che dovrebbe agevolare i rapporti fra banche ed imprese e condurre le prime ad una maggiore tranquillità nella concessione di finanziamenti, D. U. Santosuosso, *Il rapporto banca-impresa nelle operazioni di leveraged buyout*, in *op. loc. ult. cit.*

nica della acquisizione con indebitamento e successiva fusione in cui si sostanzia l'operazione di LBO. In tal senso il legislatore mostra di voler recepire l'insegnamento della sentenza del Tribunale di Milano del 1999 (35), che assolveva una operazione di questo tipo dalle accuse di illegittimità facendo leva proprio sulla esistenza di una valida *business reason*. Il piano economico e finanziario corrisponde al progetto imprenditoriale che la società acquirente si propone di promuovere grazie alle risorse attuali e future presenti al livello della società obiettivo nel quadro di un programma di sviluppo economico delle imprese interessate all'operazione. (36) Il che fa ritenere, al di là del profilo meramente procedurale della fusione, che il legislatore abbia implicitamente fissato anche alcuni parametri di natura sostanziale, in base ai quali debba essere valutata, volta per volta, la legittimità o meno di una operazione di LBO.

Le indicazioni risultanti dal progetto di fusione, e indirettamente quanto emergerà dal piano economico e finanziario descritto nella relazione dell'organo amministrativo, devono essere sottoposte al vaglio degli esperti, i quali nella relazione sulla congruità del rapporto di cambio esprimeranno altresì una valutazione circa la ragionevolezza e congruità di tali indicazioni in rapporto all'esigenza - per la società risultante dalla fusione - di ottemperare alle obbligazioni nascenti nel quadro della operazione di LBO. È peraltro da escludere che il legislatore abbia voluto ipotizzare una responsabilità a carico dei suddetti esperti in relazione alle valutazioni di natura imprenditoriale formulate dagli amministratori nel progetto di fusione; agli esperti è infatti richiesto di sostanzialmente esprimere una valutazione circa la ragionevolezza delle previsioni fatte dagli amministratori in rapporto alla attuabilità del piano economico (37). Costoro dovranno solo valutare se gli amministratori si siano attenuti ad un principio di ponderata prudenza nella formulazione delle previsioni economiche contenute nel piano, ed evidenziare le eventuali distonie fra quest'ultimo e quanto indicato dagli amministratori a titolo di previsione, rispetto a quanto possa attendersi secondo un criterio di obiettiva ragionevolezza. È appena il caso di precisare che l'intervento degli esperti, con la predisposizione della relazione di cui all'art. 2501-sexies, c.c., deve ritenersi richiesto anche qualora nell'ambito dell'operazione di fusione non si faccia luogo ad alcun rapporto di cambio: ciò avviene ad esempio nell'ipotesi in cui l'operazione di fusione sia consequenziale all'acquisizione del controllo totalitario della società bersaglio. Ciò indirettamente si desumerebbe dal dettato dell'ultimo comma dell'art. 2501-bis, c.c. ove è previsto che alle operazioni di LBO non si applicano le disposizioni (di semplificazione) stabilite, *inter alia*, in tema di fusione per incorporazione di società interamente possedute (cfr. l'art. 2505, c.c.), rispetto alle quali l'obbligo di predisporre la citata relazione a cura degli esperti viene meno (38).

Un'ulteriore condizione stabilita dalla legge per la regolarità dell'operazione di LBO, riguarda l'ipotesi in cui una o entrambe le società interessate alla fusione siano soggette al controllo contabile obbligatorio esercitato istituzionalmente da società di revisione, ossia le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (39); per tale ipotesi, l'art. 2501-bis, comma 5, c.c., prescrive l'obbligo di predisporre un'apposita relazione a cura della, o delle, società di revisione, da allegarsi al menzionato progetto di fusione. Detto ulteriore onere di certificazione, va precisato, sussiste solo in presenza di società soggette a revisione contabile obbligatoria. Pertanto, le società con azioni non quotate in mercati regolamentati e/o non diffuse fra il pubblico in misura rilevante, qualora coinvolte in una operazione di LBO, restano esonerate dall'obbligo di far redigere la relazione in argomento (40). In assenza di precisazioni normative in ordine al contenuto di tale relazione, si ritiene che la società di revisione, sulla scorta della propria esperienza di controllore della contabilità debba "atte-

Note:

(35) Su cui si veda *retro* nel testo.

(36) Nell'ambito del programma illustrato nella relazione dovranno essere inderogabilmente individuate le fonti di tali risorse (es. gestione operativa di una certa attività, dividendi da azioni in portafoglio, cessioni straordinarie, aumento delle dilazioni di debito, affitti da immobili, etc.); in tal senso D. U. Santosuosso, *Il rapporto banca-impresa nelle operazioni di leveraged buyout*, in *op. loc. ult. cit.*.

(37) Cfr. al riguardo M. Bernardi, *Legittimità delle operazioni di "leveraged buy-out"*, *op. cit.*, 54; nonché V. Salafia, *Il "leveraged buy out" nella riforma societaria*, *cit.*, 937. Il che peraltro non significa che gli esperti saranno responsabili se le previsioni in concreto non si realizzeranno. Così L. A. Miserocchi, *Fusione*, in *Riunioni di studio sulla riforma delle società*, a cura del Consiglio Notarile di Milano, Novembre 2002 - Marzo 2003. In argomento si veda anche M. S. Spolidoro, *Fusioni pericolose (merger leveraged buy out)*, in *op. loc. ult. cit.*, 274 e 275.

(38) Al riguardo, il Consiglio Notarile di Milano dichiara che "l'attestazione richiesta dall'art. 2501-bis, c.c., comma 4, c.c., nell'ambito della relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio, in caso di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento, deve essere resa anche nell'ipotesi di fusione per incorporazione di società interamente posseduta o comunque in ogni altra ipotesi in cui non sia richiesto il parere di congruità sul rapporto di cambio" in tal senso la massima n. 60, a cura della Commissione del Consiglio Notarile di Milano, in "La riforma delle società a regime - Nuovi orientamenti del Notariato milanese", novembre 2004, in www.ipsoa.it.

(39) Ai sensi dell'art. 2325-bis, c.c., si tratta delle società con azioni (i) quotate in mercati regolamentati, o (ii) diffuse fra il pubblico in misura rilevante, ossia con patrimonio netto non inferiore a cinque milioni di euro, e con un numero di azionisti o obbligazionisti superiore a duecento, risultanti alla data del 1° gennaio 2004 (la precisata misura rilevante, ai sensi dell'art. 111-bis delle norme di attuazione e transitorie, è data dal comb. disp. artt. 116 T.U.F. e 2, lett. f) reg. Consob n. 11971/1999).

(40) In tal senso la dottrina dominante; cfr. al riguardo V. Salafia, *Il "leveraged buy out" nella riforma societaria*, *cit.*, 937. Può inoltre condividersi l'opinione secondo la quale in presenza di più società soggette a revisione contabile obbligatoria da parte di una società di revisione sarà sufficiente predisporre un'unica relazione, e non tante relazioni quante sono le società di revisione ovvero le società coinvolte nell'operazione di fusione: in tal senso M. S. Spolidoro, *Fusioni pericolose (merger leveraged buy out)*, in *op. loc. ult. cit.*, 261 e 262.

stare l'attendibilità, alla stregua delle risultanze contabili, dei conti che nel piano economico e finanziario sono fatti, come sostegno al risultato finale che viene previsto" (41). I revisori dovranno cioè limitarsi a valutare la correttezza intrinseca dei dati emergenti dal suddetto piano economico e finanziario, in base ai principi di contabilità, "con esclusione di qualsivoglia coinvolgimento della società di revisione in una valutazione della "ragionevolezza" di detto piano" (42).

Il rispetto di tutte le descritte condizioni, che vanno ad aggravare l'ordinaria procedura di fusione, pone l'operazione di LBO in un alveo giuridicamente protetto e restituisce dignità ad una tecnica finanziario-societaria in passato assai discussa.

Il formalismo che assiste questa particolare fattispecie di fusione è strumentale al bisogno di tutelare la posizione di quei soggetti, ossia i soci di minoranza ed i creditori della società acquisita, i cui interessi la stessa norma di cui all'art. 2358, c.c. mira sostanzialmente a salvaguardare. Questi soggetti vengono garantiti sul piano della "informazione c.d. preassembleare" (43) in quanto possono ricavare ed acquisire dalla documentazione di cui si impone il deposito presso la società tutti gli elementi utili per valutare ogni aspetto dell'operazione, con la conseguenza che sarà meglio consentito: (i) ai soci l'esercizio del diritto di voto nonché del diritto di impugnativa della delibera di fusione, e (ii) ai creditori sociali il diritto di presentare opposizione (44).

Non a caso - e da tale circostanza si desume l'importanza delle relazioni degli amministratori e degli esperti - come già ricordato, alle fusioni in esame non si applicano (per espressa previsione dell'ultimo comma dell'art. 2501-bis, c.c.) le procedure semplificate disciplinate agli artt. 2505 e 2505-bis, c.c. in tema, rispettivamente, di incorporazione di società interamente possedute e incorporazione di società possedute al novanta per cento, nelle quali in tutto o in parte, ovvero a talune condizioni, tali relazioni sono omesse. Relativamente poi alla norma di cui all'art. 2505-quater, c.c. concernente le fusioni cui non partecipano società con capitale rappresentato da azioni, la cui applicazione non è richiamata dalla norma in esame, vi è da ritenere, da un lato che l'art. 2501-bis, c.c. è norma di carattere generale che trova applicazione in caso di LBO, quale che sia il tipo di società coinvolta, e dall'altro che è da escludere che possa farsi applicazione della procedura semplificata (fissata dal precitato art. 2505-quater, c.c.) per l'ipotesi in cui all'operazione partecipino società con capitale non rappresentato da azioni (45).

La violazione delle prescrizioni contenute nell'art. 2501-bis, c.c. travolge l'intera operazione di fusione determinando la nullità della relativa delibera. Ma si tratta di nullità sanabile ai sensi 2504-quater, c.c., in conseguenza dell'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese. Mentre resta ferma la responsabilità degli amministratori nei confronti dei soci o dei terzi danneggiati dalla fusione, ai sensi dell'art. 2504-quater, 2°

comma, c.c., per dolosa o colposa violazione di tali prescrizioni (46).

Alcuni profili ancora da chiarire dopo la riforma

Tornando all'esame dell'art. 2501-bis, c.c., permangono talune perplessità in ordine ad operazioni che, pur formalmente rispettose del dettato normativo, possono presentare caratteristiche sostanziali tali da generare dubbi in ordine alla loro giuridica ammissibilità. Ad esempio, in relazione al rapporto fra rimborso del finanziamento e piano economico-finanziario, non appare chiaro se i termini del suddetto rimborso debbano coincidere con i tempi del piano finanziario, la cui durata, di norma è quinquennale, e pertanto se debba prevedersi, quale conseguenza necessaria, che anche il rimborso del finanziamento ottenuto avvenga nel lasso di cinque anni ovvero si possa prevedere che, allo scadere del quinquennio, una parte di detto finanziamento non sia ancora stata rimborsata. A tale riguardo, si ritiene che, pur non essendo lecito desumere indicazioni dal tenore letterale della norma in esame, circa l'obbligatorietà della circostanza che il rimborso del finanziamento avvenga nel medesimo lasso di tempo contemplato dal piano finanziario, intendendo tale elemento quale requisito di legittimità dell'operazione di LBO, appare sicuramente necessario, anche con riguardo all'eventualità di scongiurare profili di responsabilità degli amministratori delle società coinvolte in detta operazione, che il piano finanziario contempli espressamente le modalità ed i tempi di rimborso integrale del finanziamento. Potrà del resto ritenersi ammissibile e lecita l'ipotesi in cui, alla scadenza del periodo temporale contemplato dal piano finanziario, la parte di debito non ancora rimborsata rientri nei

Note:

(41) Così V. Salafia, *Il "leveraged buy out" nella riforma societaria*, op. loc. ult. cit.

(42) M. Bernardi, *Legittimità delle operazioni di "leveraged buy-out"*, in op. cit., 53. Nello stesso senso anche P. Montalenti, *Il leveraged buyout nel nuovo diritto penale commerciale e nella riforma del diritto societario*, in op. cit., 816.

(43) F. Guerrera, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali*, op. cit., 326.

(44) Cfr. F. Guerrera in AA.VV., *Diritto delle società di capitali*, op. cit., 326. Viene ipotizzata inoltre un'azione nei confronti della società che ha effettuato l'acquisizione, nonché nei confronti degli esperti che hanno redatto la relazione: cfr. al riguardo P. Serrao D'Aquino, in *La riforma delle società*, op. cit., 427, nota 14.

(45) Cfr. L. A. Miserocchi, *Fusione*, in op. loc. cit., ove si ritiene peraltro possibile l'applicazione della previsione sulla riduzione dei termini, di cui all'ultima parte dell'art. 2505-quater, c.c..

(46) Cfr. F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di dir. pubbl. dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXIX, Padova, 2004, 548; V. Salafia, *Il "leveraged buy out" nella riforma societaria*, cit., 937. In dottrina si ipotizza un rinvio alla nozione di danno così come definito nel contesto della disciplina in tema di responsabilità da attività di direzione e coordinamento, ossia come pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale e/o lesione all'integrità del patrimonio sociale, Montalenti, *Il leveraged buyout nel nuovo diritto penale commerciale e nella riforma del diritto societario*, in op. cit., 817 e 818.

limiti delle voci di debito che sono da ritenersi fisiologiche per una società che presenti quelle medesime caratteristiche dimensionali.

Un ulteriore profilo non chiarito dalla riforma concerne la possibilità che, in un'operazione di LBO, parte del debito sia apportato alla società acquirente da parte del venditore, sotto forma di dilazione nel pagamento del prezzo di acquisto della società *target*.

Nulla quaestio, invece, con riguardo all'ipotesi in cui il venditore riceva integralmente il corrispettivo pattuito quale prezzo di cessione e, contestualmente, effettui un finanziamento a favore della società, poiché, in tal caso, detto finanziamento verrà parificato alle altre voci di debito il cui rimborso dovrà essere contemplato dal piano finanziario.

Assai dubbia invece appare la possibilità che, a fronte del mancato ottenimento da parte della società acquirente, in sede di finanziamento dell'operazione, dei mezzi necessari per il pagamento dell'intero corrispettivo di acquisto della società bersaglio, il venditore conceda una dilazione e le parti contraenti pattuiscano che tale pagamento venga effettuato successivamente all'operazione di fusione: in siffatta ipotesi, difatti, si ritiene che sia configurabile una violazione del divieto di *financial assistance* di cui all'art. 2358, c.c.. (47)

Sotto altro profilo, sussistono dubbi in dottrina in ordine alla applicabilità del disposto di cui all'art. 2501-bis, c.c., nell'ipotesi in cui l'operazione sia finalizzata all'acquisto del controllo totalitario di una società bersaglio, qualora di quest'ultima, l'acquirente sia già titolare di una partecipazione di maggioranza. In tale ipotesi cioè il ricorso all'indebitamento avrebbe la funzione di consentire non già l'acquisizione di un controllo della *target*, nella specie già perfezionato in capo all'acquirente, ma di permettere a quest'ultimo di accrescere la propria partecipazione di maggioranza sino a realizzare l'acquisto della totalità della partecipazione sociale della società bersaglio.

Al riguardo è stato affermato che "ciò che rileva è che l'acquirente detenga il controllo di *target* al momento della fusione, e abbia acquistato una partecipazione "a debito", indipendentemente dal fatto che egli già detenesse il controllo prima dell'acquisizione" (48). In coerenza con tale rilievo dovrebbero essere ricondotte allo schema di cui all'art. 2501-bis, c.c., tutte le operazioni nelle quali un soggetto che non abbia il controllo della *target* lo acquisti, le operazioni nelle quali un soggetto già detentore del controllo di fatto acquisti il controllo di diritto, ed infine quelle nelle quali il soggetto detenga il controllo di diritto ed incrementi la propria partecipazione nella società bersaglio (49).

Rispetto a tale ultima fattispecie un primo rilievo concerne lo scostamento dallo schema più tradizionale di LBO ove la società acquirente è solitamente una *newco*, ossia una scatola vuota con capitale minimo e senza partecipazioni in altre società, creata *ad hoc* per realizzare l'acquisizione della società bersaglio. Al riguardo per vero la dottrina segnala che l'acquisizione del controllo della *target*

attraverso il ricorso al capitale di prestito, è operata - sia pure più raramente - anche da una società già esistente ed operativa, non necessariamente costituita per l'occasione (50); infatti, il ricorso ad una *newco* non risponde ad una necessità di carattere giuridico, ma ad una esigenza di natura strettamente pratica ed operativa.

L'operazione di LBO, così come ricostruita a norma dell'art. 2501-bis, c.c., non presuppone che l'indebitamento sia contratto per l'acquisizione del controllo totalitario, ritenendosi perfezionata anche con la sola acquisizione di una mera partecipazione di controllo (51). L'ampiezza della nozione di controllo potrebbe peraltro far ritenere che, se nella specie la finalità cui tende l'operazione è nell'acquisto della partecipazione totalitaria, la fattispecie codificata dalla norma (art. 2501-bis, c.c.) possa ritenersi perfezionata anche ove il soggetto promotore dell'operazione sia già titolare di una partecipazione di maggioranza nella società bersaglio.

Ma tentiamo un diverso percorso argomentativo ed ipotizziamo la seguente fattispecie. Una società, che definiremo "Alfa" intende acquisire il controllo totalitario di altra società, qui di seguito "Beta" nella quale Alfa non detiene alcuna partecipazione. Ipotizziamo altresì che Alfa possieda la provvista sufficiente per acquisire la sola partecipazione di controllo - ad esempio pari al 60% del capitale sociale di Beta - e ricorra quindi a fonti di finanziamento esterne per l'acquisizione del restante 40%.

Ebbene, nella prospettata situazione, l'indebitamento contratto da Alfa è unicamente funzionale alla copertu-

Note:

(47) *Contra*, in termini espliciti, L. G. Picone, *Il leveraged buy out nella riforma del diritto societario*, in *op. cit.*, 1409. E si veda anche M. S. Spolidoro, *Fusioni pericolose (merger leveraged buy out)*, in *op. loc. ult. cit.*, 232, ove si ipotizza che il "finanziatore" sia lo stesso venditore del pacchetto qualora il prezzo sia pagabile con un differimento rispetto al trasferimento del pacchetto di controllo.

(48) L. G. Picone, *Il leveraged buy out nella riforma del diritto societario*, in *op. cit.*, 1416. *Contra*, per una lettura rigorosa dell'articolo in commento, M. S. Spolidoro, *Fusioni pericolose (merger leveraged buy out)*, in *op. cit.*, 237 e 238; nonché, sia pure con riferimento all'ipotesi in cui l'acquisizione sia operata dall'azionista di controllo della *target* attraverso una *newco* di cui lo stesso azionista abbia parimenti il controllo, M. Bernardi, *Legittimità delle operazioni di "leveraged buy-out"*, in *op. cit.*, 53.

(49) L. G. Picone, *Il leveraged buy out nella riforma del diritto societario*, in *op. cit.*, 1416.

(50) Si vedano in tal senso, F. Marabini, *I problemi sempre attuali del leveraged buy-out*, in *Dir. comm. int.*, 1996, 165 (169); N. A. Bruno, *Il leveraged buy out nella casistica giurisprudenziale*, febbraio 2002, in <http://www.archivioceraadi.luiss.it/impresa/giurisprudenza/>; R. Sparano - E. Adducci, *op. cit.*, 25; Freshfields Bruckhaus Deringer, *La riforma del diritto societario*, maggio 2003.

(51) Si tratta di un dato pacifico rilevabile dalla norma. In dottrina si vedano al riguardo, P. Serrao D'Aquino, in *La riforma delle società*, *op. cit.*, 424. M. Bernardi, *Legittimità delle operazioni di "leveraged buy-out"*, in *op. cit.*, 48; A. Nicolini, *Trasformazione, fusione e scissione (artt. 2498-2506-quater, c.c.)*, relazione al Convegno *La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative*, Consiglio Notarile di Bologna, 6 dicembre 2002; D. U. Santosuoso, *Il rapporto banca-impresa nelle operazioni di leveraged buyout*, in *op. cit.*, 495, il quale conclude nel senso che debba trattarsi in definitiva di un potere tale da consentire, attraverso la influenza dominante, di decidere poi la fusione.

ra del corrispettivo per l'acquisto del controllo totalitario quantificabile nell'acquisizione del 40% del capitale sociale, atteso che la partecipazione di maggioranza, pari al 60%, viene acquisita con mezzi propri di Alfa.

Ebbene, la fattispecie al nostro esame non presenta sostanziali scostamenti dalla situazione ora ipotizzata, se non per quello che concerne la distanza temporale fra i diversi momenti in cui si scompone l'operazione complessivamente considerata. La circostanza che la società acquirente sia già titolare di una partecipazione di controllo nella società bersaglio potrebbe ritenersi semplicemente *non* come fatto a sé stante e/o collocabile in un'epoca determinata, ma come momento o fase nell'ambito di un contesto più ampio che tiene conto dell'intera operazione finalizzata all'acquisizione del controllo totalitario della società bersaglio, ove il ricorso al capitale di prestito da parte della società acquirente è funzionale solo all'acquisizione della partecipazione residua della *target*, mentre il controllo è stato già acquisito senza necessità di ricorrere a fonti di finanziamento esterne.

Deve infatti osservarsi che la disciplina dettata in tema di LBO, non impone - né eventualmente postula - determinate percentuali o limiti, minimi o massimi, per il ricorso all'indebitamento, che dipenderà essenzialmente da quanto del proprio patrimonio la società acquirente potrà o vorrà impiegare ai fini dell'acquisizione (52).

Quello che invece rileva, è che l'indebitamento contratto per procedere all'acquisizione, non sia troppo elevato rispetto alle risorse finanziarie future che dovranno poi servire per ripagare il debito (53). Difatti, il regime di cautele che assiste una operazione di LBO in base alle previsioni della norma, richiede proprio come noto, *inter alia*, che siano state preventivamente e debitamente individuate, nonché precisate nel progetto di fusione, le risorse finanziarie previste per il soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dalla fusione; che la relazione dell'organo amministrativo contenga un apposito piano finanziario con la precisa indicazione della fonte di tali risorse finanziarie; che la relazione degli esperti attesti la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione. Tutti elementi da cui cioè possa ragionevolmente desumersi una possibilità concreta, in capo alla società risultante dalla fusione, di far fronte alle obbligazioni assunte nel quadro dell'operazione di LBO.

A ciò si aggiunga in via generale, che in base alla nuova disciplina applicabile in tema di LBO, tutta l'operazione culminante nella fusione dovrà essere sorretta da valide giustificazioni economiche, finanziarie ed imprenditoriali, atte a legittimarla (si rinvia al riguardo alla relazione dell'organo amministrativo ove devono essere illustrate le ragioni che giustificano l'operazione e descritti gli obiettivi che si intendono raggiungere). È da ritenere pertanto che, così ricostruita la fattispecie, e nel rispetto di tutte le condizioni fissate dalla nuova disciplina in tema di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento, l'operazione nei termini prospettati possa ritenersi ammissibile e quindi legittima (54).

Note:

(52) In generale in dottrina si osserva che ai fini della configurabilità della fattispecie di cui all'art. 2501-bis, c.c., non è necessario che il finanziamento copra l'intero prezzo dell'acquisizione, ovvero una determinata percentuale minima. In tal senso M. S. Spolidoro, *Fusioni pericolose (merger leveraged buy out)*, in *op. loc. cit.*, 235.

(53) Si veda al riguardo A. Nicolini, *Trasformazione, fusione e scissione*, *op. loc. cit.*. L'elevato potenziale di rischio insito in generale nelle operazioni di MLBO è ben chiaro alla dottrina la quale evidenzia come l'indebitamento finalizzato all'acquisizione del controllo può essere così elevato da rendere del tutto inadeguate le risorse finanziarie future: D. U. Santosuoso, *Il rapporto banca-impresa nelle operazioni di leveraged buyout*, in *op. cit.*, 492.

(54) Si richiama una suggestiva quanto inedita ricostruzione in chiave penalistica della operazione di LBO svolta in tempi recenti da un Autore, a giudizio del quale la tecnica in argomento configurerebbe una forma di indebita restituzione di conferimenti, e pertanto una violazione dell'art. 2623, n. 2, c.c. (rubricato oggi con lievi modifiche solo formali - per quanto in questa sede rileva - sotto l'art. 2626, c.c. in base al D. Lgs., 61/2002 recante la nuova disciplina degli illeciti penali ed amministrativi delle società commerciali). La norma citata sanziona (e sanzionava) penalmente gli amministratori i quali, al di fuori dei casi di legittima riduzione del capitale sociale, restituiscono, anche simultaneamente, i conferimenti ai soci o li liberano dall'obbligo di eseguirli. In tale ottica l'Autore assume che il prezzo pagato al socio che cede la propria partecipazione nella società obiettivo, in quanto tratto dalle risorse della stessa, sostanzierebbe una restituzione, in forma simulata, di una partecipazione societaria (per questa ricostruzione si veda S. Sorbello, *Il leveraged buy out fra il divieto di cui all'art. 2358 e quello di cui all'art. 2623 n. 2 c.c.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, I, 666 e ss.). La connotazione dolosa dell'operazione, da verificarsi in relazione al caso concreto, sarebbe in particolare da ascrivere: (i) all'assenza di mezzi economici propri in capo all'acquirente; nonché (ii) all'inesistenza di un valido progetto economico che faccia da contorno e da sostegno all'operazione (es. un progetto di ristrutturazione aziendale che vada ad incrementare ed ottimizzare i profitti). Nella prospettiva dell'acquirente, un soggetto privo di mezzi, l'operazione verrebbe effettuata unicamente con finalità predatorie di accaparramento (e distruzione) di ricchezza; nell'ottica del socio che vende la propria partecipazione invece, il prezzo incamerato, prelevato e separato dal patrimonio della società la cui partecipazione è ceduta, costituisce nella sostanza un conferimento indebitamente, ed in forma simulata, restituito. La tesi sostenuta da Sorbello è stata recentemente ripresa dalla dottrina, con taluni spunti critici (cfr. sul punto P. Montalenti, *Il leveraged buyout nel nuovo diritto penale commerciale e nella riforma del diritto societario*, in *op. cit.*, 809 e ss.). Al riguardo viene fatto osservare, anche alla luce della migliore dottrina penalistica, che la ricostruzione all'esame si fonderebbe su di un concetto di conferimento (in senso tecnico-economico allargato e comprensivo, oltre che del nominale, degli accantonamenti, riserve, anche occulte, avviamento, etc.) che non corrisponde a quello comunemente accolto, da intendersi cioè come frazione del capitale sociale nominale. La tesi, peraltro, non terrebbe conto del fatto che nella specie sarebbe assente il presupposto soggettivo del reato, ossia la qualità di socio al momento del compimento reato (il venditore, socio della *target*, non è socio della società che, pagando il prezzo, "restituisce", in ipotesi, il valore della partecipazione), e non vi è alcuna relazione fra il venditore e la *newco* la cui gestione ed i cui processi decisionali sono completamente al di fuori del suo potere di controllo; inoltre, assumendosi che si tratti di restituzione simulata, si dovrebbe altresì assumere che tutti i negozi in cui può scomporsi l'operazione di LBO (i.e.: trasferimento della partecipazione, costituzione della *newco*, e successiva fusione) siano parimenti simulati, ove per contro dissimulata sarebbe la restituzione al socio venditore del conferimento nella *target*, il che evidentemente risulta in contrasto con la volontà, manifestata dai contraenti i quali intendono conseguire, esattamente, gli effetti tipici e normali dei singoli negozi posti in essere, rispetto ai quali peraltro, alcuna controdi chiarazione viene dagli stessi formulata. Da ultimo, neanche il ricorso all'analogia, inammissibile nell'ordinamento penale, consentirebbe di riferire l'operazione di LBO alla norma incriminatrice qui considerata. Il tutto, con un giudizio di totale irrilevanza del progetto economico a sostegno dell'operazione, che, anche ove presente, non varrebbe a modificare le illustrate conclusioni.

Società a responsabilità limitata

Su alcuni aspetti dell'invalidità delle delibere assembleari

di LUIGI ZAMPAGLIONE

La riforma del diritto societario ha riscritto la disciplina dell'invalidità delle delibere assembleari, senza, peraltro, stravolgere le linee di fondo del sistema previgente e senza mutare il ruolo del notaio nella sua attività di soggetto verbalizzante. Quali sono le problematiche più attuali e gli aspetti più controversi delle invalidità delle delibere assembleari (con particolare attenzione alle società a responsabilità limitata) alla luce della nuova disciplina?

Una delle caratteristiche della riforma del diritto societario in materia di invalidità delle delibere è stata quella di rendere tipiche le cause di invalidità e di escludere le categorie di creazione giurisprudenziale.

Tale volontà è stata realizzata aumentando le cause di invalidità (allo scopo di individuare tutte le possibili ipotesi) e, quindi, tipizzando le stesse.

Conseguentemente sono stati diminuiti gli aspetti di discrezionalità dell'interprete e quindi del giudice.

La riforma si è però caratterizzata anche per una maggiore autonomia dei soci a tutto vantaggio, nelle S.r.l., di una semplificazione e flessibilità della relativa disciplina in modo che possa andare incontro alle esigenze della piccola e media impresa. È indubbio che la riforma ha esaltato l'autonomia privata ma è anche vero che pur riducendo le norme imperative non le ha completamente eliminate. Semmai è mutata l'area di protezione di dette norme dalle ragioni dei creditori alla tutela delle minoranze e del risparmio (1).

Queste imprese (per lo più di piccole o medie dimensioni) hanno bisogno di uno strumento societario flessibile e personalizzabile adatto a soddisfare le esigenze di efficienza e di semplicità della gestione e per questo il legislatore ha previsto nuove regole, sia in tema di formazione della volontà dei soci sia in tema di amministrazione (2).

In questo quadro è divenuto determinante il ruolo del consulente (notaio, commercialista, ecc.) che deve adattare le norme di funzionamento alle esigenze dei soci, connotandole in senso capitalistico o personalistico.

Questo sforzo di semplificazione e valorizzazione dell'autonomia dei soci comporta, per il notaio, un'attività di consulenza tendente a sfruttare le peculiarità della nuova normativa, senza che lo stesso debba rinchiudersi in scelte tradizionali e meno rischiose. In altri termini, la riforma consente di esaltare il ruolo del professio-

nista chiamato a plasmare le regole sociali alle esigenze dei soci e alle caratteristiche delle imprese (accentuando gli aspetti capitalistici o personalistici della disciplina statutaria, applicando quelle norme che più si adattano alle dimensioni dell'impresa).

Non si deve, pertanto, essere indotti a redigere gli atti costitutivi e gli statuti senza applicare le novità della riforma, con la dovuta prudenza che deve caratterizzare l'attività dei notai e che spesso spinge gli stessi a scegliere soluzioni tradizionali, ma di cui si conoscono le problematiche e gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali e, soprattutto, gli effetti e le dinamiche operative.

Si deve pertanto attentamente valutare quali norme sono inderogabili, quali sono i principi che caratterizzano il tipo sociale prescelto e non limitare l'autonomia dei soci.

In questo panorama si dovrà muovere l'attività del notaio che dovrà verbalizzare le decisioni dei soci ed interpretare la normativa che, come vedremo, presenta difficoltà e spazi di discrezionalità per l'operatore. Spetterà

Note:

(1) F. D'Alessandro, *La provincia del diritto societario (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. delle Soc.* 2003, p. 34 ss. Le norme inderogabili si spiegano con la volontà di non affidare all'autonomia privata interessi considerati meritevoli di tutela e superiori alla stessa.

(2) Sul punto G. Laurini, *Autonomia e controllo di legalità dopo la riforma delle società di capitali* in *Riv. Not.*, 2004, p. 15, scrive: "Il vento di riforma che ha investito il diritto societario, dapprima con la legge Draghi del 24 febbraio 1998 poi, il 24 novembre 2000, con la legge Bassanini e, infine, con la legge delega Castelli del 3 ottobre 2001, n. 366, seguita dai D.Lgs. del gennaio 2003, ha ridisegnato i tipi societari disciplinati dal legislatore del '42, incidendo più o meno fortemente sulla loro struttura codicistica, senza però mai arrivare a ridurre i "tipi" a semplici "modelli". E ciò nemmeno nella S.r.l., che è la società per la quale più si avvertiva il bisogno di un forte intervento riformatore per differenziarla marcatamente, nella forma e nella sostanza, dalla S.p.a., rispondendo all'esigenza molto sentita nel mondo della piccola e media impresa, di disporre di uno strumento più agile, flessibile e "personalizzato" per l'esercizio dell'attività in regime di responsabilità limitata".

molte volte, in prima battuta, allo stesso notaio stabilire se quella determinata decisione o clausola dell'atto costitutivo (o statuto) è conforme ai principi ed agli interessi protetti in materia societaria o è al di fuori degli spazi di operatività dell'autonomia privata.

All'uopo si evidenzia come il notaio non sia "controllore di un proprio atto" (3) ma garante della sua legittimità e, pertanto, non dovrà immettere nel traffico giuridico atti contrari alla legge perché, altrimenti, porrebbe in essere un controllo errato venendo meno ai suoi doveri istituzionali (4).

È noto che la riforma ha mantenuto in capo al notaio il controllo delle "condizioni stabilite dalla legge" per l'iscrizione (art. 2436 3° comma c.c.) e non ha definito i principi, i limiti e l'oggetto del controllo notarile (o giudiziario in caso di diniego di omologazione da parte del notaio verbalizzante) sull'iscrivibilità di una delibera.

Tale attività, pur nel lodevole sforzo del legislatore di tipizzare e limitare le cause di invalidità, rimane un'attività complessa, difficile e piena di insidie, anche perché, come si vedrà, non sempre vi è chiarezza sugli effetti e sulla disciplina applicabile in conseguenza di un determinato vizio e non sempre il legislatore ha stabilito quando si rientri in un determinato vizio della delibera e quando in un altro considerato meno grave.

Invalidità delle delibere assembleari

Seguendo il dettato della riforma, si affronta la trattazione dell'invalidità delle delibere assembleari, distinguendo la trattazione delle S.p.a. da quella delle S.r.l. in quanto la novità principale di detta riforma è stata la completa affrancazione delle S.r.l. dalle S.p.a.: fenomeno questo ravvisabile anche nella disciplina dell'invalidità (5).

La Legge Delega, (ed in particolare la Relazione Tecnica) per le S.p.a. in riferimento alle delibere assembleari, ha fissato come criterio quello di "disciplinare i vizi delle deliberazioni in modo da contemperare le esigenze di tutela dei soci e quelle di funzionalità e certezza dell'attività sociale, individuando le ipotesi di invalidità...".

In ottemperanza a ciò, il legislatore ha fissato il principio generale dell'annullabilità delle delibere che non sono prese in conformità della legge e dello statuto (art. 2377 2° comma c.c.) e ha stabilito le ipotesi che determinano il vizio più grave della nullità (art. 2379 c.c.).

Nelle srl, libero da vincoli imposti dalla legge e, evitando qualsiasi qualificazione in ordine alla natura del vizio, il legislatore ha disciplinato all'art. 2479-ter c.c. l'invalidità delle decisioni dei soci.

La società a responsabilità limitata, nell'intenzione del legislatore della riforma, è un tipo sociale ben diverso da quello della società per azioni, da cui si differenzia, tra l'altro, per una maggiore discrezionalità ed autonomia statutaria attribuita ai soci.

L'autonomia organizzativa attribuita ai soci spazia dalla possibilità di adottare norme previste in tema di società di persone a quelle previste in tema di S.p.a.

Spetta, quindi, all'autonomia delle parti, senza comunque stravolgere il tipo S.r.l. (ad esempio prevedendo una responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali), avvicinarsi all'uno o all'altro tipo sociale.

Il Codice Civile del 1942 trattava l'invalidità delle delibere assembleari in modo "inverso" rispetto all'invalidità dei contratti.

Per questi ultimi la nullità era (ed è) sanzione virtuale applicabile ogni qual volta il contratto era contrario a norme imperative (6) mentre, l'annullabilità era sanzione testuale e cioè applicabile solo ove la legge disponeva espressamente in tal senso.

Al contrario nelle decisioni assembleari delle S.p.a., e di conseguenza per il noto sistema del richiamo, anche in tema di S.r.l., i casi di nullità (c.d. sanzione testuale) si limitavano alle ipotesi di illiceità e impossibilità dell'oggetto della delibera (ex art. 2379 c.c.); l'annullabilità aveva carattere generale (c.d. sanzione virtuale), facendo rientrare al suo interno ogni diverso vizio rispetto all'impossibilità e illiceità dell'oggetto della deliberazione, e quindi comminabile tutte le volte che la deliberazione non fosse presa in conformità della legge o dell'atto costitutivo.

Tutti i casi di annullabilità erano sottoposti a regole diverse in tema di sanabilità, termine di decadenza per l'impugnativa, prescrittibilità o meno dell'azione.

L'impostazione del Codice Civile rispecchiava la volontà del legislatore di privilegiare la stabilità degli atti societari e di limitare la loro caducazione per effetto dell'invalidità.

Ecco perché la dottrina tendeva ad individuare negli art. 2377 e 2379 c.c. l'ambito e i limiti in cui doveva esaurirsi la tematica dell'invalidità assembleare non

Note:

(3) L. Milone, *La verifica di legalità*, in *Italia Oggi* del 2 luglio 2003, *Guida completa al nuovo diritto societario* - (Seminari della Cassa Forense), p. 206.

(4) G. Laurini, *Dal controllo giudiziale al controllo notarile: la Legge 24 novembre 2000 n. 340*, in *Riv. Not.* n. 4, Milano, 2001.

G. Casu, *Controllo di iscrivibilità nel registro delle imprese di atti societari*, da *"Dizionario Enciclopedico del Notariato"* Vol. 1, Roma, 1973. S. Fortunato, saggio riprodotto la relazione svolta in occasione della tavola rotonda sul tema "L. n. 340/2000 sulla semplificazione del procedimento di controllo in materia societaria: problemi interpretativi ed applicativi" tenutasi a Bari il 6 giugno 2001 e organizzata dal Comitato regionale fra i Consigli notarili distrettuali della Puglia.

S. Tondo, *Nuovo regime del controllo per l'iscrizione di atti di società di capitali*, da *Studi e Materiali - Materiali Civilistici*, Milano, 2/2002, p. 630 ss.

(5) G. Presti e M. Rescigno, *5. L'invalidità delle deliberazioni assembleari e delle decisioni dei soci*, da *Il nuovo ordinamento delle società*, Milano, 2003, p. 134.

(6) L'articolo 1418 c.c. prevede tra le altre cause di nullità la mancanza dei requisiti essenziali del contratto, l'illiceità della causa, l'illiceità del motivo nel caso di cui all'art. 1345 c.c. e la mancanza nell'oggetto dei requisiti previsti dall'art. 1346 c.c..

ammettendo la possibilità di costruire nuove fattispecie (7).

Relegare nella categoria dell'annullabilità tutti i vizi diversi dall'impossibilità o illiceità dell'oggetto della delibera apparve però alla giurisprudenza come una compressione eccessiva della tutela reale dei soci e di chi aveva interesse ad impugnare la delibera. Conseguentemente la stessa ampliò le ipotesi di invalidità, costruendo la nota categoria dell'"inesistenza" delle deliberazioni assembleari (8); inoltre, interpretando in senso non letterale il termine illiceità della delibera (o del suo oggetto) fece rientrare in tale vizio le ipotesi più disparate caratterizzate da una illiceità del contenuto (es. approvazione di un bilancio falso) o dalla violazione di precetti quali quello della buona fede e della correttezza.

Il campo delle delibere viziate spaziava dalle delibere inesistenti (nel cui novero si facevano, come detto, rientrare i casi più vari), alle delibere nulle e annullabili, a quelle inefficaci (perché ad esempio lesive dei diritti soggettivi dei soci su cui l'assemblea non aveva potere), e quelle viziate per eccesso di potere, abuso di diritto fino a giungere a quelle in contrasto con i principi generali del nostro ordinamento (correttezza ex art. 1175 c.c. e buona fede ex art. 1375 c.c.).

Il quadro applicativo era, sotto il profilo della certezza del diritto, alquanto desolante e proprio per porre rimedio a tale sistema di incertezza il legislatore delegato ha voluto rendere positivi i casi di invalidità, limitando la discrezionalità dei giudicanti allo scopo di dare certezza al diritto.

Tali principi, sebbene espressamente indicati per le S.p.a. nella relazione tecnica che accompagna la Riforma, sono presenti anche nella disciplina delle S.r.l.

Tutto ciò, comunque, sempre nel contemperamento degli interessi dei soci con quello di certezza dell'attività sociale; salvaguardando anche gli interessi della maggioranza, ma imponendo, nei casi più gravi ed insanabili, comunque, l'eliminazione della delibera viziata.

Esposti i principi della legge delega è necessario verificare se il legislatore li ha rispettati ed attuati.

Si è visto, innanzitutto, che sono state ampliate le cause di invalidità allo scopo di disciplinare e sanzionare con la nullità quelle delibere che la giurisprudenza aveva definito inesistenti.

La giurisprudenza qualificava inesistenti quelle ipotesi in cui vi era solo apparentemente un'assemblea poiché mancavano gli elementi costitutivi di formazione della stessa: ad esempio, la convocazione, la votazione o verbalizzazione o addirittura la stessa società in quanto non ancora iscritta (9).

Ora il legislatore ha cercato di ricomprendere tali casi nelle ipotesi di nullità della delibera (10) definendo nulle, ai sensi dell'art. 2379 c.c., le delibere non precedute da convocazione e quelle prive del verbale o caratterizzate dall'impossibilità o illiceità dell'oggetto.

Nella S.r.l. dette ipotesi vengono disciplinate nell'ambito dell'unico articolo (art. 2479-ter c.c.) che si riferi-

sce all'invalidità delle delibere dove sostanzialmente vengono in considerazione i medesimi vizi salvo la mancata previsione dell'assenza del verbale.

Possano dar luogo all'impugnativa della delibera sia vizi di sostanza che di procedimento.

L'esigenza di certezza e il tentativo di mantenere ferma la delibera pure in presenza di vizi formali hanno dato luogo alla creazione di vizi cosiddetti "non invalidanti" (11), generalizzando la prova di resistenza (prima prevista solo in tema di conflitto di interessi) e prevedendo la non impugnabilità della delibera a causa della partecipazione di persone non legittimate al voto (salvo la prova di resistenza ai fini del raggiungimento del quorum costitutivo) (ex art. 2377 n. 3 c.c.).

Sempre in omaggio al principio di stabilità e quindi alla volontà di mantenere in vita comunque la delibera viziata se ne è esclusa la caducazione ex art. 2377, 5° comma (richiamato per le S.r.l. dall'art. 2479-ter ult.co.) nel caso di invalidità dei singoli voti o per il loro errato conteggio (a meno che tali voti non siano stati determinanti).

Note:

(7) G. Presti e M. Rescigno, *5. L'invalidità delle deliberazioni assembleari e delle decisioni dei soci.*, op. cit., p. 135.

(8) Per una ricostruzione del detto fenomeno Cfr. G. Presti e M. Rescigno, *5. L'invalidità delle deliberazioni assembleari e delle decisioni dei soci.*, op. cit., p. 137 ss, e F. Magliulo, in C. Caccavale, F. Magliulo, M. Maltoni, F. Tassinari, *La riforma delle società a responsabilità limitata*, in *Notariato e nuovo diritto societario* - Collana diretta da G. Laurini - Milano, 2004, p. 311. Cfr. G. Casu, *Inesistenza, nullità e annullabilità delle delibere assembleari*, in *Riv. Not.*, Milano, 1999, 6, pt. 2, pp. 1553-1557: in passato la teoria di creazione giurisprudenziale dell'inesistenza ha ottenuto un certo successo anche in dottrina, ove è stata seguita da diversi sostenitori, tra i quali Buttarò e Damiani. La Cassazione dopo diverse incertezze ricostruì la *delibera inesistente* intorno a determinate fattispecie, quali la *mancata convocazione non seguita da assemblea totalitaria*, la *mancata verbalizzazione*, (Cass. 7 febbraio 1979, n. 818; Cass. 28 novembre 1981, n. 6340; Cass. 15 marzo 1986, n. 1768; Cass. 4 dicembre 1990, n. 11601; Cass. 24 gennaio 1995, n. 835; Cass. 5 settembre 1997, n. 8592). Accanto all'inesistenza era altresì possibile parlare di inefficacia di tutte quelle deliberazioni che ledevano i diritti soggettivi dei soci (es. il diritto di voto, di recesso, di impugnativa delle deliberazioni); inefficacia ed inesistenza producevano conseguenze pratiche tutto sommato analoghe: in entrambe le ipotesi, infatti, la deliberazione assunta era assolutamente inidonea a sortire qualsiasi effetto, lasciando del tutto immutata la situazione preesistente.

(9) G. Presti e M. Rescigno, *5. L'invalidità delle deliberazioni assembleari e delle decisioni dei soci.*, op. cit., p. 137: "...l'inesistenza viene ipotizzata come ipotesi più grave di invalidità, allorché vi siano "macrocarenze" che impediscano di definire giuridicamente la riunione come assemblea. La Cassazione poi, in uno dei suoi più recenti interventi (che possono definirsi stabilizzati), ravvisa l'inesistenza nella mancanza dei requisiti procedurali indispensabili per la formazione di una deliberazione imputabile alla società; carenza che produce il risultato di determinare una fattispecie apparente, non assumibile nella categoria giuridica delle deliberazioni assembleari per inadeguatezza strutturale o funzionale rispetto al modello normativo".

(10) F. Magliulo, *La riforma delle società a responsabilità limitata*, op. cit., p. 315, si legge come la riforma abbia bandito dal sistema positivo la categoria dell'inesistenza.

(11) In questi termini F. Magliulo, *La riforma delle società a responsabilità limitata*, op. cit., p. 310 ss.

È stata, infine, esclusa l'impugnabilità della delibera il cui verbale è stato redatto in modo incompleto ed inesatto, quando ciò però non impedisca l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della stessa (sempre ex art. 2377, 5° co. c.c.)

La nuova normativa ha reso sempre più sottile la differenza tra nullità ed annullabilità e, pertanto, quando si usa l'uno o l'altro termine bisogna discostarsi dalle caratteristiche note in tema di contratti e che sostanzialmente differenziano nella sostanza tali diverse ipotesi di invalidità.

Per le S.r.l. il legislatore parla di impugnabilità, escludendo espressamente (e probabilmente volutamente) l'uso dei termini nullità ed annullabilità, anche se per effetto del richiamo alla disciplina delle spa contenuto nell'ult. co. dell'art. 2479-ter c.c. tali termini finiscono per essere indirettamente applicati anche a tale tipo sociale.

Ritornando all'art. 2479-ter c.c., norma che disciplina l'invalidità delle delibere nelle S.r.l., non distinguendo più le ipotesi di nullità da quelle di annullabilità, spetterà all'interprete stabilire se le ipotesi contemplate sono di nullità o annullabilità o ancor meglio stabilire se il vizio in cui è incorsa la delibera determini l'impugnabilità della delibera stessa nel termine di 90 giorni o 3 anni (e le altre conseguenze connesse al maggior termine).

Qualificare una delibera come nulla, annullabile o viziata da una forma di invalidità diversa è importante non solo in relazione ai profili procedurali (legittimazione, termini ecc.), ma anche in ordine ai limiti del controllo e all'iscrivibilità della stessa, se si accoglie quella opinione che fa discendere dalla qualificazione della delibera come nulla o annullabile l'iscrivibilità o meno della stessa da parte del notaio rogante.

L'esistenza di una disciplina diversa rispetto a quella generale in tema di contratti in ordine soprattutto ai termini di impugnabilità, alla rilevabilità di ufficio e ai soggetti legittimati, ha fatto sì che una parte della dottrina, (12) qualificasse come casi di "invalidità intermedia" alcune ipotesi di delibere viziate.

L'art. 2479-ter c.c. si compone di una prima parte preceettiva (rappresentata dai primi tre commi) nei quali sono tassativamente indicate le ipotesi di invalidità delle delibere e da una parte procedimentale e cioè dall'ultimo comma ove è previsto il richiamo alle norme di S.p.a. (art. 2377 commi 1, 5, 7, 8 e 9, 2378, 2379-bis, 2379-ter e 2434-bis c.c.).

Tale richiamo comporta difficoltà di coordinamento tra le diverse fattispecie, attinenti per lo più ai profili procedurali (13).

Scompare nella norma il termine "delibere assembleari" per far posto al nuovo termine di "decisioni dei soci", che trova giustificazione nell'art. 2479 c.c. dove si introduce, quale modo di espressione della volontà dei soci, in luogo del solo metodo assembleare (collegialità delle decisioni) la consultazione scritta o il consenso espresso per iscritto.

Come è noto, con la riforma, nelle S.r.l. non è più necessario ricorrere ad una riunione in quanto è previsto nell'art. 2479 terzo comma che le decisioni dei soci siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto e, quindi, senza far ricorso al sistema assembleare.

Il legislatore della Riforma ha ampliato per le S.r.l. le ipotesi di invalidità prevedendo la mancanza assoluta di informazione come nuova ipotesi di invalidità (ipotesi che non era contemplata espressamente e che si faceva rientrare tra le delibere inesistenti).

L'art. 2479-ter c.c. considera tre ipotesi di invalidità e più precisamente:

- a) le decisioni dei soci prese non in conformità alla legge o all'atto costitutivo;
- b) le decisioni assunte con la partecipazione determinante dei soci che hanno, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società;
- c) le decisioni aventi oggetto illecito o impossibile, quelle prese in assenza assoluta di informazioni e quelle che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività impossibili o illecite.

Decisioni non conformi alla legge o all'atto costitutivo

La prima fattispecie di delibera invalida rientra nel precetto generale dell'art. 2479-ter c.c. che prevede l'ipotesi di decisioni non conformi alla legge o all'atto costitutivo, le quali possono essere impugnate entro il termine di 90 giorni (dalla trascrizione della delibera nel libro delle decisioni dei soci).

Si può ritenere, se proprio si vuole continuare ad usare tale qualificazione anche in materia societaria ed in particolare nelle S.r.l., che il vizio in oggetto sia un'ipotesi di annullabilità della delibera, in analogia con la disciplina in tema di S.p.a. dove la stessa ipotesi è espressamente qualificata come delibera annullabile ex art. 2377 secondo comma c.c..

A conferma di tale ricostruzione anche il breve termine di impugnazione (90 giorni) e la non rilevabilità d'ufficio (da parte del giudice) del vizio.

La norma a differenza di quella in tema di S.p.a. fa riferimento alla contrarietà all'atto costitutivo e non allo statuto perché nelle srl le norme di funzionamento della stessa sono contenute nell'atto costitutivo.

La legittimazione ad impugnare la delibera è riconosciuta ai soci che non vi hanno consentito, a ciascun amministratore e al collegio sindacale (e dovrebbe essere estesa anche al revisore pur mancando tale espressa previsione).

Note:

(12) F. Magliulo, *La riforma delle società a responsabilità limitata*, op. cit., p. 313 ss.

(13) F. Di Sabato, *Diritto delle società*, Milano, 2003, p. 433-434, evidenzia come il raccordo con la disciplina in tema di spa non sempre sia di facile ricostruzione.

Il legislatore per l'S.r.l. fa riferimento ai “soci che non vi hanno consentito” a differenza di quanto previsto in tema di S.p.a. dove si parla di “soci assenti, astenuti e dissenzienti”, ancora una volta perché nelle S.p.a., a differenza che nelle S.r.l., vi è necessariamente un'assemblea.

Nonostante ciò, la legittimazione ad impugnare la delibera sostanzialmente coincide nelle due forme sociali e si riferisce ai soci, che non hanno espresso parere favorevole alla deliberazione assunta.

Il procedimento di impugnazione è quello previsto in tema di S.p.a.: infatti, l'art. 2479-ter ultimo comma c.c., rinvia all'art. 2378 c.c. che disciplina il procedimento nelle S.p.a.

Questa disposizione ha carattere generale, non contemplando uno specifico vizio della delibera, e per cui spetterà all'interprete individuare quando la delibera incorre in questo vizio ed in particolare quando la decisione dei soci non è presa in conformità alla legge.

Le conclusioni devono essere uguali, visto anche il tenore letterale delle norme, per le S.p.a. (art. 2377 2° comma c.c.) e per le S.r.l. (Art. 2479-ter 1° co. c.c.).

Sembra che il legislatore con tale previsione si sia riferito ad un vizio attinente alla fase procedimentale volta alla configurazione di un corretto atto deliberativo (intendendosi per fase procedimentale tutto ciò che concerne la convocazione, la presenza dei *quorum* fino alla concreta verbalizzazione). Tutto ciò si iscrive nella più ampia ottica degli interessi protetti dalle norme.

Se tale vizio lede un interesse non disponibile e tutelato da norme imperative poste a tutela di interessi c.d. superiori (tutela del risparmio, dell'integrità patrimoniale, minoranze, creditori) allora il vizio determinerà una reazione più forte dell'ordinamento e quindi l'ipotesi diversa prevista dal 3° co. dell'art. 2479-ter c.c. con il conseguente maggior termine per l'impugnazione e con la più ampia legittimazione ad agire.

Se, al contrario, la norma “procedimentale” violata è posta a tutela di interessi minori allora il termine di impugnazione sarà di 90 giorni e si rientrerà nella disposizione in oggetto (14).

Conflitto di interessi

La seconda ipotesi è quella del conflitto di interessi (15), che può qualificarsi come causa di annullabilità della delibera sia perché sono previsti termini “brevi” di impugnativa, sia per la sua rilevanza solo in determinate ipotesi (c.d. prova di resistenza), sia per analogia alla disciplina in tema di S.p.a. dove il conflitto di interessi è regolato dall'art. 2373 c.c. richiamato dall'art. 2377 c.c. a cui fa rinvio l'art. 2479-ter ultimo comma c.c. in tema di S.p.a.

Si ha conflitto di interessi quando un socio è portatore di un interesse in conflitto proprio o di un terzo in contrasto con quello della società (16).

La disciplina prima della riforma era contenuta unicamente nell'art. 2373 c.c. in tema di S.p.a.; per le S.r.l.

con il noto sistema del rinvio alle norme delle S.p.a., l'articolo 2486 2° comma c.c., rendeva applicabile la stessa disciplina.

Ora il codice prevede espressamente il conflitto di interessi anche in tema di S.r.l.

La disciplina previgente stabiliva che le delibere prese con il voto favorevole del socio in conflitto di interessi erano impugnabili solo se tale voto era determinante; occorreva cioè la cosiddetta prova di resistenza ossia la verifica dell'incidenza determinante di tale voto sul *quorum* costitutivo e/o deliberativo.

Ora il codice distingue la disciplina delle S.p.a. da quella delle S.r.l., prevedendo per la prima nuovamente la disciplina all'interno dell'art. 2373 c.c., il quale prescrive che “la deliberazione approvata con il voto determinante di soci che abbiano, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società è impugnabile a norma dell'art. 2377 qualora possa recarle “danno” e ai sensi dell'art. 2377 c.c. la delibera è annullabile.

Nel nuovo testo dell'art. 2373 c.c. non si fa più esplicito riferimento alla c.d. prova di resistenza (annullabilità se, senza il voto dei soci che avrebbero dovuto astenersi dalla votazione, non si sarebbe raggiunta la necessaria maggioranza), ma comunque si mantiene fermo tale principio (presente anche nelle S.r.l.), perché si chiede per l'annullabilità della delibera il voto

Note:

(14) Nel vigore del Codice previgente la giurisprudenza ha ritenuto annullabile la deliberazione di azzeramento e ricostituzione del capitale sociale di spa adottata dall'assemblea ordinaria e non straordinaria, in quanto i vizi dell'iter formativo della volontà dei soci non sono riconducibili ad illiceità dell'oggetto. Cfr. Cass. 15 novembre 2000, n. 1479.

(15) G. F. Campobasso, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003, p. 100, sottolinea l'importanza della disciplina del conflitto di interessi, sostenendo che essa consente di “reprimere gli abusi della maggioranza a danno del patrimonio sociale. Si può tuttavia verificare che una deliberazione sia adottata dalla maggioranza per danneggiare non la società, bensì i soci di minoranza. Ad esempio, si delibera di aumentare il capitale sociale a pagamento al solo fine di ridurre la quota di partecipazione di un socio di minoranza impossibilitato a sottoscrivere l'aumento. Ancora, si delibera sistematicamente di non distribuire dividendi per non deprimere il valore di mercato delle azioni e costringere il socio di minoranza a svendere i propri titoli. Altro caso classico: la maggioranza delibera lo scioglimento anticipato della società per ricostituirla subito dopo un'altra senza un socio sgradito. In tutti questi casi l'art. 2373 non è invocabile, dato che la società non subisce alcun danno patrimoniale né attuale né potenziale... Dottrina e giurisprudenza non sono però insensibili all'esigenza di reprimere gli abusi della maggioranza a danno esclusivo della minoranza e desumono dal principio generale di correttezza e buona fede nell'attuazione del contratto (art. 1375) un ulteriore limite alla libertà di voto. Si perviene così ad affermare l'annullabilità della delibera quando la stessa sia ispirata dal solo scopo di danneggiare singoli soci”.

(16) G. F. Campobasso, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, op. cit., p. 100; F. Di Sabato, *Diritto delle società*, Milano, 2003, p. 265, scrive: “... c'è conflitto d'interessi fra socio e società quando il socio si trova nella condizione di essere portatore, di fronte ad una data deliberazione, di un duplice interesse: del suo interesse di socio e, inoltre, di un interesse esterno alla società; e questa duplicità d'interessi è tale per cui egli non può realizzare l'uno se non sacrificando l'altro interesse”.

“determinante” del socio e oltre al voto determinante occorre il danno (17).

La giurisprudenza sviluppatasi nel vigore del vecchio codice ha sempre affermato che per danno debba intendersi il danno potenziale, non essendo necessaria l'effettiva esistenza dello stesso e che non sia, altresì, necessario che lo stesso sia qualificabile come danno necessariamente patrimoniale (18).

Infatti, a differenza di quanto previsto per il conflitto d'interessi degli amministratori (art. 2435-ter, secondo comma c.c.) dove si parla di danno “patrimoniale” qui non vi è cenno a tale carattere del danno.

Non è impugnabile la delibera qualora con la stessa il socio raggiunga un interesse proprio senza recare alcun danno alla società stessa (19).

Nelle S.r.l., come detto, è stata per la prima volta disciplinata espressamente la delibera presa con il voto del socio in conflitto di interessi e ciò avviene all'interno della disciplina dell'invalidità delle delibere assembleari (art. 2479-ter 2° comma c.c.).

La norma è simile nel suo contenuto a quella delle S.p.a. e prevede i due presupposti del voto determinante e del danno per la società.

Pertanto, sia per le S.p.a. che per le S.r.l., non compare più il divieto di voto per il socio in conflitto di interessi di cui all'art. 2373 comma 1 c.c.

Ne consegue che la riforma consente, anche al socio portatore di un interesse extra sociale, di votare (20).

Ciò non toglie che il socio, essendo consapevole del conflitto di interessi, possa astenersi dal voto, come del resto risulta dal 3° comma del nuovo art. 2368 c.c.; se il socio vota ed il suo voto è determinante, la delibera potrà essere annullata qualora danneggi la società; se, invece, il voto è determinante, ma la delibera non reca danno alla società, la stessa delibera è perfettamente valida.

Con la normativa in tema di conflitto di interessi si mira a tenere al di fuori della società interessi personali del socio ma, comunque, non si evitano quelle operazioni che i soci compiono a danno della maggioranza, ossia non per danneggiare la società, ma gli altri soci.

Contro i vizi di tali delibere, che non recano danno alla società (anzi potrebbero avvantaggiarla) vi sono altri rimedi e cioè l'impugnativa per abuso di diritto, eccesso di potere e violazione del principio di correttezza, ipotesi che la giurisprudenza ha spesso fatto rientrare nell'ambito delle delibere nulle o inesistenti.

Ma, tornando al tema del conflitto di interessi, è ora opportuno evidenziare in quali vizi incorre la delibera presa con il voto determinate del socio in conflitto di interessi.

La delibera viziata da conflitto di interessi è annullabile, analogamente a quelle non conformi alla legge ed all'atto costitutivo, e potrà essere impugnata dai soci che non vi hanno consentito (per le S.r.l.) e dai soci dissenzienti, assenti o astenuti nelle S.p.a. (21).

Per le S.p.a., oltre ai soci, potranno impugnarla gli amministratori, il consiglio di sorveglianza e il collegio sin-

dacale, mentre per le S.r.l. gli amministratori e il collegio sindacale.

Il termine di 90 giorni previsto per l'impugnabilità, per le S.p.a. decorrerà dalla data della deliberazione ovvero dalla data dell'iscrizione al Registro delle Imprese o, se soggetta solo a deposito presso l'Ufficio del Registro delle Imprese, dalla data di questo.

Per le S.r.l. il termine di 90 giorni, a differenza di quanto previsto in tema di S.p.a., decorre sempre dalla sola trascrizione della delibera nel libro delle decisioni dei soci. Ciò ancora una volta si giustifica con il diverso procedimento di manifestazione della volontà dei soci che non sempre può dare certezza ai terzi sull'effettivo momento in cui è stata assunta la decisione viziata.

Possono essere evidenziate alcune sostanziali differenze tra S.p.a. e S.r.l., che sono presenti anche nella disciplina dell'invalidità delle delibere per conflitto d'interessi.

Innanzitutto, per le S.r.l. qualunque socio non consenziente, potrà impugnare la delibera assunta con il voto determinante del socio in conflitto di interessi.

Nelle S.p.a., invece, solo un numero di soci che rappresenti almeno il 5% del capitale sociale (uno per mille nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio) potrà impugnare la delibera.

Per le S.p.a., inoltre, si parla di amministratori e non di ciascun amministratore per cui potrebbe intendersi il termine amministratori riferito all'intero organo amministrativo.

Sia per le S.p.a. che per le S.r.l., ai sensi dell'art. 2377 8° comma c.c. (richiamato per le S.r.l. dall'art. 2479-ter c.c.), sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione delle deliberazioni stesse e, pertanto, nessun vizio coinvolgerà l'atto stipulato a seguito di una delibera viziata per conflitto di interessi.

Ora, qual è la posizione del Notaio, nel caso di presa in evidente conflitto di interesse? Può il Notaio ricevere la delibera?

Può il Notaio depositarla presso il Registro delle Imprese, ritenendola conforme a legge?

Note:

(17) F. Di Sabato, *Diritto delle società*, op. cit., p. 265.

(18) A.A.V.V., *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, *Società per azioni*, Vol. IV, Milano, 2003, p. 349-350.

(19) G. F. Campobasso, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, op. cit., p. 100.

(20) G. F. Campobasso, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, op. cit., p. 100, sottolinea che: “La delibera adottata col voto del socio in conflitto di interessi non è perciò senz'altro annullabile. A tal fine è necessario che ricorrano due ulteriori condizioni: a) che il suo voto sia stato determinante (*prova di resistenza*); b) che la delibera possa danneggiare la società (*danno potenziale*). In particolare, se non ricorre quest'ultima condizione la delibera resta inattuabile anche se approvata col voto determinante del socio in conflitto di interessi”.

(21) Anche qui la distinzione si spiega con i diversi modi di formazione del procedimento di manifestazione della volontà dei soci. Anche in questa ipotesi non è prevista una competenza del revisore.

Senza dubbio il notaio è tenuto a verbalizzare la delibera ed iscriverla.

Sul piano professionale potrà avvertire le parti sui rischi di impugnativa quando il voto è stato determinante (al più facendolo constare nel verbale), ma ciò non è obbligatorio.

Nessuna conseguenza poi sugli atti stipulati in forza di tale delibera in presenza di un terzo in buona fede, cioè non a conoscenza che la delibera è stata presa in conflitto di interessi con quelli della società.

Valgono qui i principi generali in tema di conflitto di interessi in materia di contratti.

Ai sensi dell'art. 1394 c.c. secondo il quale "il contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo".

E da ultimo l'art. 1431 c.c. per il quale: "L'errore si considera riconoscibile quando in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo".

Decisioni aventi oggetto illecito o impossibile o che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività impossibili o illecite - assenza assoluta di informazione

Questa ipotesi di invalidità della delibera è quella che si fa normalmente rientrare nell'ipotesi di nullità poiché in tema di S.p.a. sono contemplate nell'art. 2379 e poiché i termini di impugnazione sono maggiori rispetto al termine ordinario (tre anni o senza limiti di tempo nel caso di oggetto sociale impossibile o illecito) e perché la legittimazione attiva è estesa a chiunque vi abbia interesse.

Sono, evidentemente, presenti gli elementi caratterizzanti la disciplina in tema di nullità dei contratti con le seguenti eccezioni:

– l'azione di nullità è imprescrittibile mentre qui, per l'esigenza di certezza dell'attività sociale, è previsto comunque, un termine (di decadenza) di tre anni per l'impugnazione (salvo per quelle che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili per le quali non vi è limitazione di tempo);

– la delibera nulla è comunque sanabile quando la società rimuove la stessa sostituendola con altra.

Per quanto concerne il termine triennale, sono state sollevate critiche circa la possibilità che le violazioni più gravi di norme imperative possano essere sanate decorso inutilmente il termine per l'impugnazione (ad es., prevedere nell'atto costitutivo il divieto di distribuire gli utili o la non necessità di non approvazione del bilancio, ecc. diventerebbero clausole valide o comunque non impugnabili decorso tale termine).

Autorevole dottrina, infatti, sostiene che per tali vizi sia auspicabile l'impugnazione "senza limiti di tempo" di

ogni delibera/decisione con oggetto impossibile od illecito (22).

Più conforme al dettato legislativo appare l'opinione di chi ritiene applicabile in via analogica ad ogni ipotesi di nullità l'art. 1442 ultimo comma c.c.

Secondo quest'ultima ricostruzione, il vizio (es. divieto di distribuire gli utili o non necessità di non approvazione del bilancio) resterebbe opponibile in via di eccezione nonostante il decorso infruttuoso del termine triennale, in qualsiasi momento la società o i soci pretendessero dare esecuzione alla delibera nulla (23).

I vizi contemplati nel secondo comma dell'art. 2479-ter terzo comma, vanno trattati separatamente perché presentano una disciplina diversa.

a) Decisioni aventi oggetto illecito o impossibile

La previsione dell'articolo in oggetto riproduce sostanzialmente quella in tema di S.p.a. e quella del codice previgente e quindi possono essere riprese le definizioni e gli esempi sviluppatasi sotto il vigore della normativa ante Riforma.

La giurisprudenza formatasi sull'art. 2379 c.c. in tema di società per azioni, applicabile alle società a responsabilità limitata in virtù del richiamo operato dall'art. 2486 c.c., sanciva che la deliberazione assembleare fosse da considerarsi nulla quando aveva un oggetto impossibile o illecito, cioè contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

L'illiceità dell'oggetto ricorreva, quindi, quando la delibera contrastava con norme dettate a tutela di interessi generali, ossia nel caso in cui le disposizioni trascendano l'interesse del singolo socio (24).

Per oggetto della deliberazione doveva intendersi la materia intorno alla quale l'assemblea era chiamata a deliberare.

La deliberazione assembleare viene definita illecita quando il suo oggetto sia contrario a norme di buon costume, o di ordine pubblico, od imperative, dovendosi intendere per norma imperativa, ai sensi dell'art. 1343 c.c. (causa illecita) e 1418 c.c. (cause di nullità del contratto), una disposizione cogente o inderogabile, da osservarsi, dunque, nonostante qualsiasi patto contrario.

L'illiceità, in particolare, deve essere valutata oggettivamente, in riferimento al contenuto dispositivo della deliberazione, non anche in relazione alla funzione o allo scopo che in concreto la deliberazione stessa persegue.

Così, ad esempio, configurano ipotesi di oggetto illecito le deliberazioni assembleari che escludano la distribu-

Note:

(22) M. Cian, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto societario*, in *Rivista delle società*, 2004, p. 775.

(23) V. Salafia, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari nella riforma societaria*, in *Le Società*, 2003, p. 1181 ss.

(24) V. per es. Cass. 9 aprile 1999 n. 3457, in *Foro It.*, 1994, I, 2248; Cass. 23 marzo 1993, n. 3458, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, 10.

zione degli utili ai soci o rendano più gravoso l'esercizio del recesso.

È, altresì, certamente nulla per illiceità dell'oggetto la deliberazione con la quale l'assemblea delibera di non redigere il bilancio di esercizio.

È, inoltre, opinione consolidata in dottrina ed in giurisprudenza che nullità si abbia quando la delibera ha oggetto lecito ma contenuto illecito, come nel caso in cui l'assemblea approva un bilancio falso o redatto violando i principi di chiarezza e precisione (25).

In tal caso, è agevole osservare che l'oggetto della delibera (nella specie l'approvazione del bilancio) è lecito, mentre il suo contenuto (bilancio falso o non chiaro) è illecito.

Quindi l'illiceità dell'oggetto si ha quando le delibere contrastano con norme imperative che tutelano interessi generali, o dirette ad impedire una deviazione dallo scopo economico-pratico della società (26).

Come sopra anticipato, l'art. 2479-ter 3° comma c.c. sancisce la nullità della delibera, oltre che per illiceità, anche per l'impossibilità dell'oggetto, precisandosi che la stessa si divide in impossibilità giuridica e materiale.

In altre parole, l'attività che le parti si impegnano a svolgere deve poter realizzarsi sia materialmente che giuridicamente (27).

Anche se le conseguenze sono identiche, tra l'illiceità dell'oggetto della delibera e l'impossibilità giuridica dello stesso vi è una sottile differenza.

Per illiceità si intende la contrarietà a norme imperative poste a tutela di interessi generali, mentre per impossibilità giuridica si fa riferimento ad un oggetto di per sé lecito ma non inseribile in un rapporto giuridico (28).

Si avrà quindi:

- delibera con oggetto illecito, nel caso di delibera che escluda la distribuzione degli utili, o che introduca il patto leonino, od emissioni di azioni a voto plurimo;
- delibera con oggetto giuridicamente impossibile, nel caso di trasferimento della sede sociale in uno stato non più esistente;
- delibera con oggetto materialmente impossibile, nel caso di nomina di un amministratore o di un sindaco defunto.

Va notato che, mentre nella disciplina in tema di S.p.a. l'art. 2379 co. 2 c.c. prevede la rilevabilità del vizio in oggetto anche d'ufficio, in tema di S.r.l. manca una disposizione analoga e ne vi è un richiamo alla disciplina in tema di S.p.a.

b) Assenza assoluta di informazione

L'art. 2479-ter c.c. al comma 3 (29) prevede, tra i vizi, quello delle decisioni prese in "assenza assoluta di informazione" (30).

La norma in esame rientra, insieme ai primi due commi, nel contenuto precettivo autonomo dell'art. 2479-ter.

Tale contenuto precettivo, che conserva una sua coerenza interna, non sempre è di facile interpretazione.

L'introduzione di tale specifica invalidità determina,

ancora una volta, un'emancipazione della disciplina delle S.r.l. da quella delle S.p.a. Emancipazione, va detto, non completa visto che l'ultimo comma dell'art. 2479-ter c.c. finisce ugualmente per richiamare la disciplina della S.p.a. in ordine al procedimento di impugnazione, alla sanabilità dei vizi, all'invalidità delle deliberazioni di aumento e riduzione del capitale e della emissione di obbligazioni, nonché in merito all'invalidità della deliberazione di approvazione del bilancio.

Note:

(25) G. Presti e M. Rescigno, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari e delle decisioni dei soci.*, op. cit., p. 140: "La deliberazione che avrebbe come oggetto formale l'approvazione di bilancio, diventa dunque illecita in relazione al concreto contenuto del bilancio".

(26) Cass. 22 luglio 1994 n. 6824.

(27) M. C. Diener, *Il contratto in generale*, 2002, Milano, p. 346. Tradizionalmente si ritiene che l'impossibilità materiale, per rendere nullo il contratto, debba consistere in una prestazione che nessuno sarebbe in grado di eseguire, la quale, cioè, abbia per oggetto cose non esistenti in natura o attività praticamente irrealizzabili (ad esempio, trasportare in automobile della merce da Napoli a Roma in dieci minuti); ciò vale se si tratta di un fare fungibile.

Qualora, invece, si tratti di una prestazione infungibile, normalmente basta un'impossibilità relativa, ossia un'impossibilità del soggetto indicato quando non derivi da causa a lui imputabile.

Si ritiene, infine, che l'impossibilità giuridica si abbia quando la prestazione ha per oggetto beni od attività che non possono essere dedotti in un rapporto giuridico [per esempio, contratti aventi ad oggetto beni demaniali o cose fuori commercio, costituzione di una società per lo svolgimento di un'attività economica per la quale non si può ottenere la concessione (Cass. 413/1961), vendita della c.d. colonna d'aria (Cass. Sez. Un. 2084/1989), trasferimento del solo possesso disgiunto dal diritto di cui costituisce esercizio (Cass. 8528/1996)].

Sul concetto di impossibilità materiale, tuttavia, taluno (E. Gabrielli, *I contratti in generale*, I, in *Tratt. Dei Contr.*, dir. da P. Rescigno, 1999, Torino, p. 676; l'autore ripropone il pensiero di Bianca *Diritto Civile*, 3, p. 323 ss.) si è discostato dall'opinione tradizionale; viene individuata l'impossibilità materiale nell'astratta insuscettibilità di attuazione dell'oggetto: in sostanza, sempre secondo l'autore, il giudizio circa la possibilità o l'impossibilità dell'oggetto del contratto non riguarda la concreta e reale attitudine delle parti ad assolvere l'impegno assunto (posizione, questa, sostenuta dalla dottrina tradizionale), bensì l'astratta realizzabilità di tale impegno sia pure con l'adozione di uno sforzo diligente superiore al normale.

(28) F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. Di Dir. Comm. e Dir. Pubb. Econ.* diretto da Galgano XXIX Padova, 2003, p. 246.

(29) Art. 2479-ter, comma 3: "Le decisioni aventi oggetto illecito o impossibile e quelle prese in assenza assoluta di informazione possono essere impugnate da chiunque vi abbia interesse entro tre anni dalla trascrizione indicata nel primo periodo del secondo comma...".

(30) Trattasi di una fattispecie del tutto nuova riconducibile all'ipotesi di "decisioni assunte con metodo collegiale o mediante consultazione scritta, perché nel caso di decisione presa mediante consenso scritto non è necessario che tutti i soci siano informati sull'intento di adottare la decisione" (F. Magliulo, *La riforma delle società a responsabilità limitata*, op. cit., p. 314). Al contrario, G. Presti e M. Rescigno, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari e delle decisioni dei soci.*, op. cit., p. 168: "... In assemblea ... anche se si arriva non informati, si può innestare un meccanismo di richiesta di informazioni e, quindi, dal verbale dell'assemblea è di solito agevole comprendere se e in che misura l'informazione sia stata data e sia adeguata alla deliberazione a assumere. Quando invece la decisione viene raccolta tramite lettere o manifestazioni di consenso, evidentemente il rischio di un difetto assoluto di informazione sulla decisione viene assai più concreto".

L'articolo 2479-ter c.c. per le S.r.l. stabilisce che nel caso di decisione presa "in assenza assoluta di informazione" la stessa sarà impugnabile, da chiunque vi abbia interesse, entro tre anni dalla sua trascrizione nel Libro delle decisioni dei soci.

In tema di S.p.a., invece, l'art. 2379 c.c. prevede il diritto ad impugnare la delibera assembleare nel caso di *mancaza di convocazione* e non di assenza assoluta di informazione.

Inoltre nelle S.p.a. il termine di tre anni decorre dall'iscrizione e deposito della delibera al Registro Imprese, se la deliberazione vi è soggetta, o dalla trascrizione nel libro delle decisioni dei soci nel caso in cui la delibera non sia soggetta ad iscrizione o deposito al Registro Imprese.

Si è detto che il riferimento, nelle S.r.l., alla trascrizione nel libro delle decisioni dei soci si giustifica con il diverso sistema decisionale ivi previsto, che prescinde dalla presenza necessaria di un'assemblea che deliberi collegialmente.

Le differenze, quindi, sono evidenti: nelle S.p.a. il vizio è quello della mancata convocazione, nelle S.r.l., invece, la mancanza assoluta di informazioni.

Tale disposizione rappresenta una novità assoluta introdotta dalla riforma delle società di capitali: infatti, nella disciplina anteriore alla riforma non vi era una norma che menzionava espressamente tale vizio, ed erano considerati motivi di inesistenza (od inefficacia) (31) della deliberazione le violazioni del procedimento assembleare, quali la mancanza di convocazione o di verbale.

Nella nuova disciplina della S.p.a., invece, la mancata convocazione dell'assemblea e la mancanza del verbale danno luogo a nullità della deliberazione (art. 2379 c.c.), mentre nella S.r.l. si fa riferimento alla sola assenza assoluta di informazioni (32) (art. 2479-ter comma 4 c.c.) (33) - e, come detto, il legislatore usa il termine di "invalidità" nella rubrica dello stesso art. 2479-ter c.c.

Nelle S.p.a. l'attenzione è posta su di un elemento oggettivo: non andrà verificata l'effettiva conoscenza degli argomenti all'ordine del giorno da parte del socio (che potrà pure conoscerli meglio di tutti gli altri), quanto piuttosto il rispetto delle forme previste dalla legge o dallo statuto relativamente alla convocazione dell'assemblea; la delibera sarà perciò invalida (nulla ex art. 2379 c.c.), fermo restando che l'irregolarità della convocazione non determinerà comunque la nullità della delibera quando l'avviso proviene da un componente dell'organo di amministrazione o di controllo della società ed è idoneo a consentire, a coloro che hanno diritto di intervenire, di essere preventivamente avvertiti della convocazione e della data dell'assemblea. (art. 2379-bis c.c., precisandosi che tale sanabilità non è stata espressamente prevista per le S.r.l. dal richiamo di cui all'2479-ter ult. comma c.c. nella parte in cui fa rinvio alla disciplina delle S.p.a.).

Inoltre, vi è sempre il generale principio di sanabilità

delle delibere assembleari secondo il quale la delibera non può essere impugnata da chi abbia anche successivamente dichiarato il suo assenso allo svolgimento dell'assemblea (art. 2379-bis comma 1 c.c. richiamato per le S.r.l. dall'ultimo comma dell'art. 2479-ter c.c.).

Bisogna chiedersi le ragioni della diversa disciplina per il vizio in esame e del perché il legislatore non ha parlato di mancanza di convocazione.

Può dirsi che i motivi sono diversi.

Ancora una volta questa disciplina si giustifica per il diverso procedimento decisionale rispetto alle S.r.l.

Nella S.r.l. si fa riferimento alla mancanza assoluta di informazione, come vizio del procedimento decisionale, perché in questo tipo di società vi è un duplice procedimento: quello assembleare e quello mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto. Quindi una convocazione non ci sarà quando non si decide in sede di assemblea ma mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto.

Ma anche quando ci si riferisce al procedimento assembleare le giustificazioni tra le norme in esame hanno una loro *ratio*. Vi è ancora una volta la volontà del legislatore di evitare, quando possibile, la caducazione della delibera soprattutto per vizi formali e non sostanziali.

Inoltre le differenze tra i due tipi sociali sono evidenti.

Per le società a responsabilità limitata, il legislatore ha immaginato una partecipazione più assidua dei soci alla vita sociale, ed una società di tipo prevalentemente personalistico con una compagine sociale tradizionalmente meno aperta al mercato rispetto alle S.p.a. e più presente alle scelte decisionali della stessa.

Pertanto il legislatore ha fatto riferimento non alla mancanza di un mero elemento formale (la convocazione) ma ad un elemento sostanziale quale la mancanza di informazione.

Pertanto, nelle S.r.l. qualora difetti la convocazione ma comunque il socio sia preventivamente informato della riunione assembleare e degli argomenti posti all'ordine del giorno (od oggetto di decisione), lo stesso potrà ugualmente agire ed impugnare la delibera, ma dovrà farlo nel termine di 90 giorni ex art. 2479-ter comma 1 c.c. (difettando il requisito dell'"assoluta mancanza di informazioni"), sussistendo il vizio della "decisione presa non in conformità della legge" (qualora la convocazione sia regolata ex art. 2474-bis c.c.) "o dell'atto costi-

Note:

(31) Cfr. *supra* nota n. 8.

(32) Nell'"assenza assoluta di informazioni" si tende a far rientrare le ipotesi di mancata convocazione dell'assemblea e di assenza del verbale. E. Calice, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società di capitali nel quadro delle nullità speciali*, in *Riv. Not.*, LIX, I, 2005, Milano, p. 43, vi fa rientrare espressamente anche l'assenza dell'avviso di convocazione o la non conoscenza dell'oggetto della riunione assembleare".

(33) Probabilmente è questo il motivo per il quale non è stato richiamato l'art. 2379 c.c. dall'art. 2479-ter ultimo comma.

tutivo”(qualora le modalità di convocazione siano contenute nello stesso).

Ne consegue che, in caso di delibera assunta con metodo collegiale, qualora i soci siano stati comunque informati della riunione, la delibera sarà comunque viziata perché in contrasto con la previsione generale dell'art. 2479-ter c.c. che viene, per i termini ridotti, tradizionalmente fatta rientrare nel precetto generale dell'annullabilità delle delibere (34).

Viceversa, una riunione assembleare non convocata di cui il socio non aveva alcuna conoscenza è invalida ed impugnabile, da chiunque vi abbia interesse, nel termine “lungo” di tre anni dalla trascrizione della delibera nel libro delle decisioni dei soci.

Quindi solo l'assenza assoluta di informazione, che a sua volta ingenera la totale mancanza di consapevolezza circa l'esistenza di una riunione assembleare (o di una decisione societaria), giustifica il maggior termine di tre anni previsto dall'art. 2479-ter comma 3 c.c..

Nelle società a responsabilità limitata ove, come già detto, la compagine sociale e il rapporto tra i soci e gli organi sociali è di tipo più strettamente personalistico (rispetto alle S.p.a. almeno tendenzialmente), la convocazione, seppur fatta in modo diverso da quanto previsto dallo statuto (es. telegramma inviato al socio in tempo utile, non contemplato come prova di convocazione) non potrà rientrare nell'ambito più rigoroso che consente l'impugnabilità della delibera nel termine di tre anni. Se tutta la normativa in tema di S.r.l. è orientata nel senso di garantire al socio ampi diritti di informazione, anche a mezzo di professionisti, a maggior ragione è preferibile sostenere che solo la mancanza assoluta di informazione consente l'impugnativa in oggetto nei tempi previsti per la dichiarazione di nullità.

Invece, in caso di delibera assunta collegialmente, quando i soci, pur non essendo convocati nelle forme della legge o dell'atto costitutivo, sono comunque a conoscenza della convocazione, gli stessi potranno impugnare, nel più ristretto termine di 90 giorni (ai sensi dell'art. 2479-ter comma 1 c.c.), la delibera secondo i principi generali in tema di annullabilità delle delibere assembleari e salvo la sanabilità ex art. 2379-bis c.c. richiamato per le S.r.l. dall'art. 2479-ter ultimo comma c.c..

Nelle S.r.l. si fa generico riferimento alla “mancanza assoluta di informazioni” e cioè alla mancanza totale dell'adozione dei meccanismi informativi previsti dalla legge o dall'atto costitutivo, al fine di rendere noto ai soci l'intenzione di addivenire ad una determinata decisione. Ciò significa che è da escludere la “mancanza assoluta” qualora i meccanismi informativi siano stati comunque posti in essere anche se in modo difforme da quanto prescritto dallo statuto o dalla legge, e si giustifica perciò il minor rigore dei termini per l'impugnazione di cui al 2479-ter comma 1. c.c. (35).

Il *discrimen* consiste in definitiva nel fatto che si dia oppure no la possibilità ai soci di venire a conoscenza e di poter partecipare alla riunione assembleare: la mancata

convocazione che rileva come causa di nullità in tema di S.p.a. assume la stessa rilevanza nell'ambito della S.r.l. solo laddove acquisisca le forme della assoluta assenza di informazione preventiva ai soci; se i soci sono messi nella condizione di sapere quando e dove si tiene l'assemblea non ricorre l'ipotesi del terzo comma dell'art. 2479-ter c.c., ma può, nella peggiore delle ipotesi, concretizzarsi ove ne ricorrano i presupposti una fattispecie sussumibile nel primo comma della stessa norma. Nella S.p.a. opera solo il meccanismo oggettivo della mancata convocazione, nella S.r.l. invece anche il meccanismo soggettivo dell'assenza assoluta di informazione che si concretizza nella totale inconsapevolezza da parte dei soci dell'esistenza di una riunione assembleare o della relativa delibera. Se però la delibera è stata regolarmente convocata ovviamente il socio non potrà eccepire il difetto di informazione e la delibera sarà valida. Potendo il socio non sapere neppure l'esistenza di una delibera assembleare e potendone venire a conoscenza solo a deliberazione avvenuta e magari con molto ritardo, si è ritenuto di tutelarla con un termine lungo di impugnazione.

c) Deliberazioni che modificano l'oggetto sociale con previsione di attività illecite o impossibili.

Altra ipotesi di nullità, questa volta non sottoposta ad alcun limite temporale, è quella contenuta nell'ultima parte del terzo comma dell'art. 2479-ter c.c., e cioè quella riferita alle deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività impossibili od illecite (36).

Qui la reazione dell'ordinamento è più forte non prevedendo limiti temporali all'impugnabilità della delibera né per le S.r.l. né per le S.p.a.

Delibere che introducono nell'oggetto sociale un'attività illecita sono evidentemente quelle che prevedono un'attività vietata a quel tipo di società, e cioè contraria a divieti imposti da norme imperative; tra queste potrebbe farsi rientrare l'ipotesi in cui nell'oggetto sociale vi sia, oltre che al commercio, l'intermediazione nello stesso settore di attività vietato *ex lege* n. 39 del 3 febbraio 1989 (37).

Note:

(34) F. Magliulo, *La riforma delle società a responsabilità limitata*, op. cit., p. 313 ss.

(35) Quindi, un'assemblea convocata in un luogo diverso da quello previsto dallo statuto, su di un ordine del giorno diverso, senza il rispetto dei termini e delle prescrizioni di legge, non integra gli estremi dell'“assenza assoluta di informazioni”, e sarà impugnabile nel termine “breve” dei novanta giorni prescritto dal primo comma dell'art. 2479-ter.

(36) Per la distinzione tra impossibilità ed illiceità si veda *supra*, *sub a*).

(37) Uno dei casi controversi è quello della previsione nell'oggetto sociale dell'attività di commercio e di intermediazione nello stesso settore, senza escludere il loro esercizio contemporaneo in violazione dei divieti della Legge n. 39 del 3 febbraio 1989.

Tale divieto, con riferimento alla responsabilità disciplinare del Notaio, è stata sollevata dall'Archivio Notarile di Milano ed è stata oggetto di una sentenza della Corte d'App. di Milano n. 51/2004, in *Fedemotizie*, Milano luglio 2004, p. 193 ss.

Esempi di delibere che introducono nell'oggetto sociale un'attività impossibile, invece, potrebbero essere quelle in cui si preveda il trasporto su gomma di merci da Napoli a Milano in soli dieci minuti, oppure la distribuzione dei prodotti su Saturno.

Va infine osservato che nessun riferimento in tema di S.r.l. è stato fatto dal legislatore all'ipotesi di nullità per mancanza del verbale, contemplata in tema di S.p.a. dall'art. 2379 c.c..

Tale differenza si giustifica dal diverso sistema di assunzione delle decisioni dei soci nelle S.r.l. dove, non necessariamente vi è un verbale visto che i soci possono decidere oltre che nel tradizionale metodo assembleare anche mediante consenso scritto e scambio di consensi.

Tuttavia, è stato anche sostenuto che data l'indifferenza del legislatore, rimane incerto se la mancanza del verbale, comporti la nullità *ex art. 2479-ter* comma 3, oppure l'annullabilità ai sensi del primo comma (38).

Parte della dottrina, nonostante l'ambiguità, sostiene non si possa comunque parlare di inesistenza della delibera; tornerebbe in tal modo in auge, nonostante i tentativi fatti dal legislatore per escluderla, la categoria dell'inesistenza.

Secondo altri è stato affermato (39) che, nel caso di delibera assembleare, la mancata redazione del verbale costituirà comunque causa di impugnabilità secondo il precetto generale del 3° comma dell'art. 2479-ter c.c. (nullità) trattandosi di "grave" vizio procedimentale e pertanto, secondo quanto sopra meglio specificato, non rientrante nella categoria dell'annullabilità.

Diverso ancora il caso della omissione della riunione dei soci nel caso la decisione debba essere assunta mediante deliberazione. Secondo parte della dottrina non vi è ragione per la quale quest'ultima fattispecie e non l'assenza della verbalizzazione, non debba continuare ad essere qualificata come ipotesi di decisione inesistente, anche nel rinnovato quadro normativo (40).

Taluno, infatti, ipotizza di farvi rientrare nella suddetta categoria, ipotesi quali la deliberazione risultante da un verbale che attesta falsamente la formazione di un'assemblea mai tenutasi, oppure la deliberazione assunta dai soci-amministratori senza alcuna preventiva convocazione degli altri azionisti, ma dai primi verbalizzata e trascritta nel libro delle adunanze assembleari; con riferimento specifico a queste ipotesi, è stato affermato che la teoria dell'inesistenza degli atti deliberativi possa riemergere (41).

In realtà si è visto che, sulla base del criterio dell'interesse tutelato dalla norma che si assume violata, tutte le ipotesi di invalidità delle S.r.l. pur potendo essere ricondotte a nullità o ad annullabilità della deliberazione, si discostano dai caratteri tipici di tali "istituti" vigenti in ambito negoziale.

Del resto questa non è una novità della sola materia societaria perché è noto che il diritto moderno e lo stesso codice civile contemplano varie ipotesi di c.d. nullità

speciali che si distinguono nei caratteri dai principi generali del negozio giuridico (42).

Probabilmente è proprio la dicotomia annullabilità/nullità che mal si adatta alle decisioni assembleari laddove prevalgono esigenze diverse dalla mera caducazione dell'atto (43).

Il legislatore infatti ha inteso in materia societaria tutelare la certezza delle situazioni giuridiche, garantire l'affidamento che i terzi hanno nelle delibere assunte e, quindi, ha rinunciato alla caducazione dell'atto secondo le regole del diritto comune; in definitiva, ha preferito nelle S.r.l. usare il termine impugnazione e limitare, in materia societaria, il più possibile la caducazione della delibera, derogando ai principi generali in materia di nullità degli atti negoziali (44).

Non bisogna dimenticare che nel sistema societario la regola pattizia "disciplina un'attività che è impresa e quindi insieme indefinito di rapporti" (45).

È quindi maggiore l'esigenza di stabilizzazione degli effetti degli atti posti in essere difficilmente potendo essere ripristinata la situazione esistente all'epoca della violazione in quanto travolta dagli eventi successivi.

Spetterà all'interprete, in mancanza di una disciplina di diritto positivo, stabilire se quella determinata delibera, pur se nulla (o impugnabile nei tre anni), sarà produttiva di effetti o se, una volta dichiarata l'invalidità della stessa perderà efficacia *ex tunc* (salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede).

Il ricorso alla caducazione dell'atto e la possibilità di porre nel nulla atti che incidono sulla sfera di altri sog-

Note:

(38) M. Cian, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto societario*, in *Rivista delle società*, 2004, p. 762 ss.

(39) M. Maltoni, *Il verbale di assemblea*, in questa *Rivista*, 6, 2003, p. 607.

(40) Codice Civile Commentato a cura di G.Alpa e V.Mariconda, 2005, Milano, p. 1715.

(41) M. Cian, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto societario*, cit., p. 765.

(42) Si è sostenuto in dottrina che le delibere assembleari rientrano tra le c.d. nullità speciali. Conseguentemente vi è una pluralità di statuti speciali del negozio nullo tanto che come sosteneva Pugliatti per la proprietà, anche per la nullità si deve parlare piuttosto di *le nullità* intendendo con ciò far riferimento ad uno regime speciale di volta in volta applicabile che si distingue caso per caso anche nella sua disciplina. Per tale teoria e per una disamina completa delle varie ipotesi di nullità cfr. E. Calice, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società di capitali nel quadro delle nullità speciali*, op. cit., p. 21ss.

(43) Per una irriducibilità della nullità assembleare a quella negoziale cfr. A.Pisani Massamormile, *Statuti speciali di nullità ed "illegalità" delle delibere assembleari di s.p.a.*, in *Giur.it.*, 2003 p. 400 ss.

(44) In tal modo si spiegano tutte quelle norme che consentono una sanabilità della delibera, che limitano fortemente, con ristretti limiti di tempo, la possibilità di invalidare una delibera o addirittura la escludono una volta che la stessa è stata iscritta al registro Imprese (Art. 2500-bis c.c. per la trasformazione).

(45) M.Maltoni, *Il valore della stabilità degli atti societari dopo la riforma, tra rimedi risarcitori ed invalidità sanabili. Chi proteggerà le norme inderogabili?*, XLI Congresso Nazionale del Notariato - Pesaro, 18-21 settembre 2005, in www.notariato.it.

getti e su interessi di grande rilievo, può divenire un mezzo eccedente lo scopo che il legislatore ha inteso tutelare.

Questi sono i motivi per i quali ricorrere all'invalidazione dell'atto senza limiti di tempo e con effetti retroattivi, mal si adatta, se non per casi estremi, al sistema societario (46).

Vi sono norme che per la natura degli interessi protetti, presentano un "maggior grado" di imperatività e quindi giustificano il maggior rigore riservato dall'ordinamento per la loro violazione; vi sono altre norme che giustificano più ristretti termini di impugnazione e la tutela davanti all'autorità giudiziaria ordinaria e non da parte del notaio rogante prima dell'iscrizione al registro imprese.

Per quelle disposizioni che vengono considerate portatrici di interessi che si considerano superiori ed essenziali per un ordinato svolgimento dell'attività economica del paese, la tutela deve essere anche e soprattutto preventiva (47).

Proprio perché l'ordinamento non può reagire con la semplice caducazione dell'atto viziato deve essere marcata l'importanza del controllo *ex ante* della delibera (inteso come controllo successivo alla verbalizzazione ma precedente all'iscrizione).

Sarà il controllo preventivo di legittimità della delibera che consentirà il rispetto delle norme inderogabili e di evitare tutte quelle distorsioni che discendono dall'iscrizione di una delibera in contrasto con gli interessi protetti dal nostro ordinamento (tutela delle minoranze, del risparmio popolare e dei creditori sociali) (48).

In tale delicato compito, affidato come è noto ora al notaio, dovrà essere comunque privilegiata l'autonomia privata costruendo modelli efficienti che si adattano alle esigenze e caratteristiche dell'impresa e limitare i casi di rifiuto di iscrizione delle delibere, oltre che ai casi espressamente previsti come cause di nullità o impugnabilità estesa della delibera a quelli in cui la decisione dei soci contrasti con gli interessi protetti dalla normativa in materia.

Note:

(46) F. D'Alessandro, *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, in *Le Grandi Opzioni della Riforma del Diritto e del Processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 456 ss.

(47) M. Maltoni, *Il valore della stabilità degli atti societari dopo la riforma, tra rimedi risarcitori ed invalidità sanabili. Chi proteggerà le norme inderogabili?*, cit. che sottolinea l'importanza del controllo preventivo affidato al notaio. L'Autore raffronta il sistema di *Civil Law* con quello di *Common Law* dove manca la funzione notarile e quindi il controllo preventivo di legalità e dove la tutela è successiva affidata all'autorità giudiziaria con strumenti reali uniti a quelli risarcitori e dove al socio è riconosciuto il diritto di recesso a sua tutela. L'Autore sottolinea l'importanza del filtro compiuto dal controllo notarile che consente di evitare che l'atto lesivo di quegli interessi considerati meritevoli dall'ordinamento sia fermato prima che abbia prodotto i suoi effetti e creato l'affidamento nei terzi. Proprio per questo la delibera soggetta all'iscrizione nel registro delle imprese non produce effetti ex art. 2436 c.c. comma 5 prima della sua iscrizione e quindi prima che sia stato completato il controllo da parte del notaio.

(48) M. Maltoni, *Il valore della stabilità degli atti societari dopo la riforma, tra rimedi risarcitori ed invalidità sanabili. Chi proteggerà le norme inderogabili?*, cit.

Legge di semplificazione 2005

Delega per la riforma dell'ordinamento del notariato e disposizioni in materia di atti notarili

DISEGNO DI LEGGE N. 3186-B

Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005

(approvato dal Senato il 22 novembre 2005 in attesa di pubblicazione in G.U.)

(omissis)

Art. 7.

(Riassetto normativo in materia di ordinamento del notariato e degli archivi notarili)

1. Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto e la codificazione delle disposizioni vigenti in materia di ordinamento del notariato e degli archivi notarili, secondo i principi, i criteri direttivi e le procedure di cui all'articolo 20 della legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni, nonché nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

a) semplificazione mediante riordino, aggiornamento, accorpamento o soppressione di adempimenti e formalità previsti dalla legge 16 febbraio 1913, n. 89, dal regio decreto 10 settembre 1914, n. 1326, e dalla legislazione speciale, non più ritenuti utili, anche sulla base di intervenute modifiche nella legislazione generale e in quella di settore, in particolare in materia di:

1) redazione di atti pubblici e di scritture private autentiche, anche in lingua straniera o con l'intervento di soggetti privi dell'udito, muti o sordomuti;

2) nullità per vizi di forma e sostituzione delle nullità, salvo che sussistano esigenze di tutela di interessi primari, con sanzioni disciplinari a carico del notaio, graduate secondo la gravità dell'infrazione;

3) tirocinio professionale, concorsi, iscrizione al ruolo anche del notaio trasferito, con abolizione della cauzione e sua sostituzione con l'assicurazione e il fondo di garanzia di cui alla lettera e), numero 5);

4) determinazione e regolamentazione delle sedi e assistenza alle stesse, permessi di assenza e nomina di delegati e coadiutori;

5) custodia degli atti e rilascio di copie, estratti e certificati;

b) aggiornamento e coordinamento normativo degli ordinamenti del consiglio nazionale del notariato, dei distretti notarili, dei consigli distrettuali e degli archivi notarili;

c) ricorso generalizzato ai sistemi ed alle procedure informatiche, assicurando in ogni caso la certezza, sicurezza e correttezza dello svolgimento della funzione notarile, e attribuzione al notaio della facoltà di provvedere, mediante propria certificazione, a rettificare inequivocabili errori di trascrizione di dati preesistenti alla redazione dell'atto, fatti salvi i diritti dei terzi;

d) previsione che i controlli sugli atti notarili, compresi quelli stabiliti dal codice civile, da effettuare in sede di deposito per l'esecuzione di qualsiasi forma di pubblicità civile e commerciale, abbiano per oggetto solo la regolarità formale degli atti;

e) revisione dell'ordinamento disciplinare, mediante:

1) istituzione, a spese dei consigli notarili distrettuali, di un organo di disciplina collegiale di primo grado, regionale o interregionale, costituito da notai e da un magistrato designato dal presidente della corte d'appello ove ha sede l'organo e previsione della competenza della stessa corte d'appello in sede di reclamo nel merito, ove previsto e comunque nei casi di infrazioni punite con sanzioni incidenti sull'esercizio della funzione notarile;

2) aggiornamento, coordinamento e riordino delle sanzioni, con aumento di quelle pecuniarie all'attuale valore della moneta;

3) previsione della sospensione della prescrizione in caso di procedimento penale e revisione dell'istituto della recidiva;

4) attribuzione del potere di iniziativa al procuratore della Repubblica della sede del notaio, al consiglio notarile e, relativamente alle infrazioni rilevate, al conservatore dell'archivio notarile;

5) previsione dell'obbligo di assicurazione per i danni cagionati nell'esercizio professionale mediante stipula di polizza nazionale, individuale o collettiva, e costituzione di un fondo nazionale di garanzia per il risarcimento dei danni di origine penale non risarcibili con polizza, con conferimento al consiglio nazionale del notariato di tutte le necessarie e opportune facoltà anche per il recupero delle spese a carico dei notai.

2. Con uno o più regolamenti, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, sono emanate, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, norme di attuazione ed esecuzione dei decreti legislativi di cui al comma 1.

(omissis)

Art. 12.

(Disposizioni in materia di atti notarili)

1. Alla legge 16 febbraio 1913, n. 89, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 28, primo comma, dopo la parola: «ricevere» sono inserite le seguenti: «o autenticare»;

b) l'articolo 47 è sostituito dal seguente:

«Art. 47. - 1. L'atto notarile non può essere ricevuto dal notaio se non in presenza delle parti e, nei casi previsti dall'articolo 48, di due testimoni.

2. Il notaio indaga la volontà delle parti e sotto la propria direzione e responsabilità cura la compilazione integrale dell'atto»;

c) l'articolo 48 è sostituito dal seguente:

«Art. 48. - 1. Oltre che in altri casi previsti per legge, è necessaria la presenza di due testimoni per gli atti di donazione, per le convenzioni matrimoniali e le loro modificazioni e per le dichiarazioni di scelta del regime di separazione dei beni nonché qualora anche una sola delle parti non sappia o non possa leggere e scrivere ovvero una parte o il notaio ne richieda la presenza. Il notaio deve fare espressa menzione della presenza dei testimoni in principio dell'atto»;

d) all'articolo 51, secondo comma, numero 3, le parole: «e la condizione» sono soppresse;

e) all'articolo 72, terzo comma, dopo le parole: «delle parti», sono inserite le seguenti: «e salvo per quelle soggette a pubblicità immobiliare o commerciale,»;

f) l'articolo 77 è abrogato.

2. L'indice alfabetico dei nomi e cognomi delle parti previsto a corredo dei repertori degli atti notarili non trova applicazione per il repertorio speciale dei protesti cambiari.

3. L'articolo 1 della legge 2 aprile 1943, n. 226, è sostituito dal seguente:

«Art. 1. - 1. Nell'autenticazione delle sottoscrizioni delle scritture private è necessaria la presenza dei testimoni, qualora lo ritenga il notaio o una parte ne richie-

da la presenza. In tal caso il notaio deve farne espressa menzione nell'autenticazione».

4. All'articolo 30 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, dopo il comma 4, è inserito il seguente:

«4-bis. Gli atti di cui al comma 2, ai quali non siano stati allegati certificati di destinazione urbanistica, o che non contengano la dichiarazione di cui al comma 3, possono essere confermati o integrati anche da una sola delle parti o dai suoi aventi causa, mediante atto pubblico o autenticato, al quale sia allegato un certificato contenente le prescrizioni urbanistiche riguardanti le aree interessate al giorno in cui è stato stipulato l'atto da confermare o contenente la dichiarazione omessa».

5. Possono essere confermati, ai sensi delle disposizioni introdotte dal comma 4, anche gli atti redatti prima della data di entrata in vigore della presente legge, purché la nullità non sia stata accertata con sentenza divenuta definitiva prima di tale data.

6. Per gli atti formati all'estero, le disposizioni di cui agli articoli 30 e 46 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e successive modificazioni, si applicano all'atto del deposito presso il notaio e le conseguenti menzioni possono essere inserite nel relativo verbale.

7. Dopo l'articolo 5 della legge 25 maggio 1981, n. 307, è inserito il seguente:

«Art. 5-bis. - 1. L'obbligo di iscrizione può essere assolto anche mediante trasmissione in via telematica, direttamente al registro generale dei testamenti, dei dati previsti dall'articolo 5 e dal relativo regolamento di esecuzione di cui al decreto del Presidente della Repubblica 18 dicembre 1984, n. 956; in tal caso l'imposta di bollo, dovuta per ogni richiesta di iscrizione, è corrisposta in modo virtuale.

2. Con regolamento del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono adottate norme di attuazione del presente articolo che assicurino l'invarianza del gettito erariale».

8. È abrogato l'articolo 91 del regolamento di cui al regio decreto 10 settembre 1914, n. 1326.

9. All'articolo 41-sexies della legge 17 agosto 1942, n. 1150, e successive modificazioni, è aggiunto, in fine, il seguente comma:

«Gli spazi per parcheggi realizzati in forza del primo comma non sono gravati da vincoli pertinenziali di sorta né da diritti d'uso a favore dei proprietari di altre unità immobiliari e sono trasferibili autonomamente da esse».

(omissis)

Dell'indegnità

La nuova causa di indegnità a succedere

LEGGE 8 LUGLIO 2005 N. 137

Modifiche all'articolo 463 del codice civile in materia di indegnità a succedere.*(G.U. n. 166, 19 luglio 2005, Serie Generale)*

Art. 1.

1. All'articolo 463 del codice civile sono apportate le seguenti modificazioni:

- a) al numero 2), è soppressa la parola «penale»;
- b) al numero 3), sono sopresse le parole: «con la morte,»;
- c) dopo il numero 3) è inserito il seguente:
«3-bis) chi, essendo decaduto dalla potestà genito-

riale nei confronti della persona della cui successione si tratta a norma dell'articolo 330, non è stato reintegrato nella potestà alla data di apertura della successione della medesima». La presente legge, munita del sigillo dello Stato, sarà inserita nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarla e di farla osservare come legge dello Stato.

TESTO DELL'ART. 463 COD. CIV. DOPO LE MODIFICHE
APPORTATE DALLA L. 8 LUGLIO 2005, N. 137.

Codice civile

LIBRO II
DELLE SUCCESSIONI

TITOLO I
Disposizioni generali sulle successioni

CAPO III
Dell'indegnità

Art. 463
Casi d'indegnità

[1] È escluso dalla successione come indegno:

1) chi ha volontariamente ucciso o tentato di uccidere la persona della cui successione si tratta, o il coniuge, o un discendente, o un ascendente della medesima, purché non ricorra alcuna delle cause che escludono la punibilità a norma della legge penale [c.p. 45 ss.];

2) chi ha commesso, in danno di una di tali persone, un fatto al quale la legge dichiara applicabili le disposizioni sull'omicidio [c.p. 579, 580]; (1)

3) chi ha denunciato una di tali persone per reato punibile con l'ergastolo o con la reclusione per un tempo non inferiore nel minimo a tre anni, se la denuncia è stata dichiarata calunniosa in giudizio penale [c.p. 368]; ovvero ha testimoniato contro le persone medesime

imputate dei predetti reati, se la testimonianza è stata dichiarata, nei confronti di lui, falsa in giudizio penale [c.p. 372]; (2)

3-bis) chi, essendo decaduto dalla potestà genitoriale nei confronti della persona della cui successione si tratta a norma dell'articolo 330, non è stato reintegrato nella potestà alla data di apertura della successione della medesima; (3)

4) chi ha indotto con dolo [1439] o violenza [1434] la persona, della cui successione si tratta, a fare, revocare o mutare il testamento, o ne l'ha impedita;

5) chi ha soppresso, celato o alterato il testamento dal quale la successione sarebbe stata regolata;

6) chi ha formato un testamento falso o ne ha fatto scientemente uso.

Note:

(1) Numero modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a), L. 8 luglio 2005, n. 137.

(2) Numero modificato dall'art. 1, comma 1, lett. b), L. 8 luglio 2005, n. 137.

(3) Numero inserito dall'art. 1, comma 1, lett. c), L. 8 luglio 2005, n. 137.

IL COMMENTO

di Ernesto Briganti

“Chi perde la potestà genitoriale non può succedere” è questa la novità introdotta dalla legge 137 del 2005, con le modifiche all’articolo 463 del c.c., in materia di indegnità a succedere.

“Chi perde la potestà genitoriale non può succedere”: è questa l’unica vera novità introdotta dalla legge n. 137 del 2005, con l’inserimento, nell’art. 463 c.c., del n. 3-bis, con il quale si individua una nuova causa di indegnità a succedere, oltre a quelle tassativamente già previste, che si possono ricondurre in due categorie: atti che costituiscono attentato alla personalità fisica o morale del *de cuius*, del coniuge o di un suo discendente o ascendente (nn. 1-3), e atti che costituiscono attentato alla libertà di testare (nn. 4-6).

Il legislatore ha ritenuto manifestamente iniquo che il genitore il quale avesse tenuto nei confronti del figlio un comportamento così grave da determinarne la decadenza dalla potestà, potesse poi beneficiare dei vantaggi economici derivanti dalla successione al figlio medesimo. Si è voluto, in tal modo, come si desume dai lavori parlamentari, riconoscere la prevalenza del “valore essenziale dei rapporti familiari” sul “valore proprietario”. Pertanto, non si è voluto limitare l’ambito di applicazione della causa d’indegnità alle sole situazioni in cui la decadenza dalla potestà fosse stata dichiarata per fatti penalmente rilevanti. Dunque è sufficiente, secondo la nuova norma, che sia stata pronunciata la decadenza dalla potestà per avere, ad esempio, il genitore omesso di assolvere i propri compiti o rifiutato di far sottoporre il figlio ad interventi sanitari necessari per la sua salute.

Ma il profilo di maggiore interesse è quello relativo al modo di operare dell’indegnità. È noto, infatti, il tradizionale dibattito che vede la dottrina su posizioni distinte. Alcuni (4) configurano l’indegnità come una “causa d’incapacità a succedere”, che impedisce il sorgere della vocazione: operando l’indegnità *ipso iure*, la sentenza che la pronuncia avrebbe così efficacia dichiarativa. La tesi prevalente (5), invece, ravvisa nella indegnità una “causa di esclusione dalla successione” (l’indegno *potest capere sed non potest retinere*), e ritiene necessaria una sentenza costitutiva del giudice che rimuova la delazione e retroattivamente l’acquisto.

Il legislatore avrebbe voluto - come si desume dalla *Relazione* alla proposta di legge (6) - che la nuova causa di indegnità operasse automaticamente (senza aspettare la sentenza costitutiva), ma ben conscio dell’annoso dibattito sulla natura giuridica dell’indegnità, ha abbandonato l’idea (7).

In sintesi:

1) La nuova causa di indegnità non può prescindere dalla sentenza costitutiva che la renda operante, in ossequio all’impostazione tradizionale.

2) La disposizione è in un certo senso “autosufficiente”, contenendo al suo interno tanto la previsione della causa di indegnità (il provvedimento di decadenza dalla potestà), quanto la disciplina della riabilitazione dell’ascendente (l’emanazione del provvedimento di reintegrazione nella potestà ex art. 332 c.c. all’apertura della successione).

3) La previsione di una causa di riabilitazione *ex lege*, diversa da quelle previste dall’art. 466 c.c., secondo cui la riabilitazione dell’indegno (che si basa sul sentimento del perdono) avviene per testamento o per atto pubblico posti in essere dal soggetto offeso, si giustifica poiché tali atti sarebbero preclusi al minore in quanto incapace legale di agire (certamente rispetto al testamento, cfr. art. 591, n. 1 c.c.).

Conseguenze

Emesso il provvedimento di decadenza dalla potestà e apertasi la successione del minore, l’emissione del provvedimento di reintegrazione nella potestà ex art. 332 c.c., escluderà la persistenza della causa di indegnità, così come la non emissione di questo provvedimento renderà definitiva la persistenza della causa di indegnità.

Problematiche

Ci si domanda cosa succede se, emesso il provvedimento di decadenza dalla potestà, all’apertura della successione il minore sia divenuto maggiorenne.

Nell’ipotesi in cui il provvedimento di reintegrazione nella potestà non sia stato emesso, il decreto ex art. 330 c.c. di decadenza dalla potestà è *tamquam non esset*, avendo perso la sua efficacia nel momento in cui il minore è divenuto maggiorenne.

Nell’ipotesi, invece, in cui il provvedimento sia stato emesso, non è chiaro come il nuovo art. 3-bis interagisca con la disciplina sulla riabilitazione dell’indegno prevista dall’art. 466 c.c., non modificata dalla novella: ossia, se per rimuovere la causa di indegnità è sufficiente l’emissione del provvedimento di reintegrazione nella potestà ex art. 332 c.c. o è invece necessario che l’ex minore di età riabiliti l’ascendente, con le modalità dell’art. 466 c.c. (8).

Note:

(4) Cfr., per tutti L. Ferri, *Successioni in generale*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja - Branca, art. 456-511, Bologna-Roma, 1980, p. 161.

(5) Cfr., per tutti, L. Coviello Jr, *Diritto successorio*, Bari, 1962, p.167.

(6) Si era previsto di aggiungere un secondo comma, nel senso che “l’esclusione dalla successione opera automaticamente come conseguenza della pronuncia giudiziale di decadenza dalla potestà genitoriale”.

(7) A. Zaccaria, *Studium iuris*, n. 10, 2005, p. 1150 ss.

(8) M. Leo, *Ampliate le cause di indegnità a succedere*, in *C.N.N. Notizie*, 26 luglio 2005.