UNIVERSITÀ POLITECNICA DELLE MARCHE
FACOLTÀ DI ECONOMIA "GIORGIO FUÀ"

Corso di Laurea Magistrale in Economia e Management
Curriculum in Economia e Diritto d'Impresa

IL PASSAGGIO GENERAZIONALE NELLE IPOTESI DI INCAPACITA' NATURALE E DI AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO DELL'IMPRENDITORE

Relatore:
Chiar.mo Prof.: Daniele Mantucci

Tesi di laurea di:
Diletta Gabbianelli

Anno Accademico 2019-2020

INDICE

Introduzione 1

CAPITOLO 1: Incapacità naturale e gestione d'impresa

1. Disamina dell'articolo 428 c.c.: l'incapacità naturale. Differenze fra primo e secondo comma 8
2. Incapacità naturale processo 26
3. Impresa gestita dall'incapace naturale: la senilità dell'imprenditore 37

CAPITOLO 2: Amministrazione di sostegno e gestione d'impresa

1. Generalità e presupposti della Legge n.6/2004 52
2. Decreto di nomina 61
2.1 Legittimazione a proporre il ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno 69
2.2. Scelta dell'amministratore di sostegno 73
3. Esercizio d'impresa da parte del beneficiario di un'amministrazione di sostegno 76
3.1 Amministrazione di sostegno e procura institoria 85
3.2 Beneficiario di amministrazione di sostegno e impresa agricola 88
4. Partecipazione del beneficiario di amministrazione di sostegno a società 89
4.1 Amministrazione di sostegno e società di persone 91
4.2 Amministrazione di sostegno e società di capitali 96
4.3 Applicabilità dell'art. 2382 c.c. nell'ipotesi di amministrazione di sostegno 100
4.4 Applicabilità dell'art. 2382 c.c. agli amministratori di società a responsabilità limitata nell'ipotesi di amministrazione di sostegno 102
5. Disamina di alcuni casi concreti 104

CAPITOLO 3: I principali strumenti di pianificazione del passaggio generazionale a tutela delle sorti dell'azienda

1. L'importanza di una consapevole predisposizione del passaggio generazionale 113
2. Donazione di azienda e di partecipazioni 123
2.1 Donazione indiretta 131
2.2 La polizza "Donazione sicura" 136
2.3 Capacità del beneficiario di amministrazione di sostegno di donare 137
3. Il patto di famiglia 145

3.1 Capacità del beneficiario di amministrazione di sostegno di disporre tramite il patto di famiglia 156
4. Il Trust 160
4.1 Compatibilità del trust con l'amministrazione di sostegno 174

Conclusioni 181

Bibliografia 196

Sitografia 209

INTRODUZIONE

Le aziende familiari sono una realtà pervasiva della nostra economia non solo per la loro numerosità ma, soprattutto, per il loro contributo alla formazione del PIL e al mantenimento dei livelli occupazionali.

In Italia, infatti, operano circa 784.000 aziende familiari -pari all' 85% del totale delle aziende- ma solo lo 0,51% di queste rientra nel segmento delle aziende di medie e grandi dimensioni. Il restante 95%, invece, è costituito da piccole imprese e microimprese caratterizzate dal ruolo dominante assunto dalla persona fisica dell'imprenditore-proprietario che concentra nelle sue mani l'attività di gestione, controllo e coordinamento e che sovrappone, quindi, il ruolo di management a quello di imprenditore.

Quest'ultimo, principale attore del processo di transizione, è consapevole della necessità di affrontare il passaggio intergenerazionale dell'attività: tuttavia, detta pianificazione non è semplice da affrontare.

Da un lato, situazioni familiari complesse o conflittuali con figli e coniuge acuiscono le difficoltà connesse al passaggio intergenerazionale dell'impresa; dall'altro, l'imprenditore stesso tende a rinviare il momento della scelta sino ad età avanzata e accompagnata, eventualmente, da uno *status* di incapacità.

L'innegabile allungamento della vita media, difatti, non sempre implica il protrarsi qualitativo della stessa: frequentemente accade che l'imprenditore anziano non sia più in grado di gestire la sua azienda configurandosi fattispecie in cui il soggetto presenta una incapacità di intendere e di volere non tanto grave da tradursi in una interdizione giudiziale. L'ambito di applicazione in cui vengono ricomprese queste ipotesi è quello previsto dall'art. 428 c.c. che disciplina gli stati non dichiarati di incapacità c.d. incapacità naturale.

Infatti, nel primo capitolo della tesi si analizzerà il dettato dell'art. 428 c.c. e si porrà l'accento sulla differenza tra il primo e il secondo comma. La formulazione della rubrica dell'art. 428 c.c., apparentemente chiara, crea profili problematici circa la valutazione del rapporto (il primo che disciplina gli atti, il secondo che disciplina i contratti) e circa l'annullabilità degli atti posti in essere dall'incapace naturale nel caso di grave pregiudizio e di malafede.

Di seguito si procederà con l'analisi delle conseguenze della partecipazione al processo di un incapace naturale: questi contenuti generali consentiranno di approcciarsi all'ultimo paragrafo del primo capitolo incentrato sulla fattispecie dell'imprenditore che, non più perfettamente *compos sui*, a causa dell'età avanzata, continui ad esercitare la propria attività.

Nonostante il tema dell'incapacità naturale sia oggetto di approfondimenti dottrinali e pronunce giurisdizionali, mancano studi dettagliati che analizzino in maniera

organica la gestione d'impresa da parte di un soggetto colpito da incapacità naturale.

Anche la giurisprudenza di merito e di legittimità al riguardo sono quasi inesistenti, probabilmente perché si configurano più come ipotesi di fatto che di diritto. Al contrario, la partecipazione di soggetti formalmente incapaci che partecipano all'impresa è materia più diffusa, anche per la previsione normativa presente nel Codice civile.

Lo scopo del primo capitolo della tesi sarà quello di verificare la possibilità di attribuire l'attività di impresa all'imprenditore incapace di intendere o di volere e di analizzare le conseguenze scaturenti dall'eventuale promozione dell'azione, da parte di discendenti e aventi causa, per richiedere l'annullamento degli atti o i contratti posti in essere dall'imprenditore di attenuate capacità.

Lo s*tatus* di incapacità naturale che colpisce l'imprenditore comporta la probabile richiesta da parte dello stesso beneficiario, del coniuge oppure dei figli della nomina di un amministratore di sostegno. Infatti, soprattutto quando nel patrimonio del soggetto non più completamente capace di intendere o volere sia ricompresa un'azienda o un pacchetto considerevole di partecipazioni, è irreale che l'imprenditore possa continuare a lungo la gestione dell'attività autonomamente e "indisturbato" non essendo più completamente lucido.

Per questo motivo, il secondo capitolo si soffermerà sulla partecipazione del beneficiario di amministrazione di sostegno ad un'impresa. Dapprima sarà trattato un *excursus* sulle caratteristiche generali dell'istituto dell'amministrazione di sostegno introdotto dalla Legge n. 6 del 9 gennaio 2004, esplicitando i tratti peculiari che rendono "rivoluzionaria" questa misura di protezione rispetto a quelle tradizionalmente previste dal Codice civile.

L'ipotesi che il beneficiario di amministrazione di sostegno prosegua un'impresa commerciale non è stata sottoposta a una disciplina rigida -come avviene per le altre misure di protezione poste a tutela degli interdetti e degli inabilitati-: la motivazione risiede nella volontà del legislatore del 2004 di valorizzare, quasi in maniera esclusiva, l'apprezzamento del giudice tutelare. E' proprio quest'ultimo, infatti, a valutare l'eventualità di una prosecuzione dell'attività in modo tale da "confezionare un vestito su misura".

Si valuterà, inoltre, il peso che il giudice tutelare affida all'amministratore di sostegno e la sua interazione con il beneficiario titolare di un'impresa individuale o partecipante ad una società. Per tali motivi, lo scrivente ha condotto una disamina di alcuni provvedimenti di giudici tutelari che hanno gestito la nomina di un amministratore di sostegno nei casi di beneficiario-imprenditore.

Considerando che, attualmente, oltre il 50% degli imprenditori ha più di 60 anni, si deduce che buona parte delle aziende italiane dovrà affrontare in tempi non lontani

le tematiche connesse alla pianificazione e alla predisposizione del passaggio generazionale. La vera problematica consiste nell'attitudine di numerosi imprenditori italiani ad avere un approccio contingente alla tematica successoria, senza considerarla come un vero e proprio processo di pianificazione strategica.

Detto *modus operandi* non solo comporta una riduzione delle probabilità di successo del trasferimento di azienda da una generazione all'altra ma anche il rischio della sopravvenienza di un deficit cognitivo dell'imprenditore anziano che necessiti di un ADS.

Il testamento, che in passato era lo strumento principale attraverso cui disporre del proprio patrimonio, oggi risulta inadeguato per la gestione successoria dell'impresa poiché rischia di lasciare l'azienda senza una guida adeguata per un numero potenzialmente considerevole di anni: il passaggio generazionale dell'attività deve necessariamente essere anticipato rispetto alla morte del testatore.

Per tali ragioni, nel terzo capitolo - di taglio più pratico - si analizzerà la tematica del passaggio generazionale attraverso l'esame di alcuni istituti utili al processo di transizione e precisamente la donazione di azienda o di partecipazioni sociali, il patto di famiglia e il trust.

La scelta di fondo di esaminare proprio questi tre istituti è data dal fatto che la donazione continua ad essere l'istituto tradizionale più diffuso, il patto di famiglia - introdotto nel 2006- ha comportato la deroga del divieto dei patti successori

consentendo, al contempo, di anticipare il momento del trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni sociali ai discendenti e il trust perché caratterizzato da un elevato grado di flessibilità e adattabilità ai singoli casi concreti.

La sottoscritta valuterà come interagisce ognuno di questi istituti in presenza di un imprenditore anziano affiancato da un amministratore di sostegno. Ci si interrogherà non solo sull'utilizzo di uno di questi strumenti in caso di imprenditore beneficiario di ADS, ma anche sulle implicazioni derivanti dall'eventuale ricorso a questi istituti da parte dell'imprenditore sottoposto alla misura di protezione.

Lo scrivente ha avuto la possibilità di interloquire con un Dottore in legge che esercita presso lo studio notarile Morico di Fano e di analizzare alcuni atti notarili con cui imprenditori della provincia di Pesaro e Urbino hanno predisposto il passaggio generazionale della loro attività.

Inoltre, sono stati contattati quattro Dottori Commercialisti per verificare gli strumenti cui si ricorre maggiormente in tema di trasferimento del controllo e della proprietà dell'azienda di famiglia e per confrontarli con i risultati di un'indagine empirica del 2014 finalizzata all'evidenziazione delle operazioni più proposte dai Dottori Commercialisti marchigiani ai loro clienti per attuare il passaggio generazionale.

Attraverso la disamina di pronunce giurisdizionali, laddove presenti, e il confronto di posizioni dottrinali differenti, questo elaborato mira ad analizzare le

problematiche suddette per far chiarezza nell'astrattismo teorico che connota il passaggio generazionale dell'impresa nelle ipotesi di incapacità naturale e di amministrazione di sostegno dell'imprenditore.

CAPITOLO 1

INCAPACITA' NATURALE E GESTIONE D'IMPRESA

SOMMARIO: 1. Disamina dell'articolo 428 c.c.: l'incapacità naturale. Differenze fra primo e secondo comma. - 2. Incapacità naturale e processo. - 3. Impresa gestita dall'incapace naturale: la senilità dell'imprenditore.

1.Disamina dell'articolo 428 c.c.: l'incapacità naturale. Differenze fra primo e secondo comma

L'ordinamento italiano presta attenzione alla cura dei soggetti incapaci di agire. Infatti, il libro I, titolo XII del Codice civile, disciplina le misure di protezione di coloro che sono privi, in tutto o in parte di tale capacità. Ragion per cui, sono stati predisposti degli strumenti normativi di tutela declinati in base allo *status* in cui si trova il soggetto che deve essere salvaguardato. Gli istituti del diritto civile più tradizionali, in quanto già previsti dal legislatore del 1942, sono quelli riconducibili all'interdizione e inabilitazione, rispettivamente disciplinati dagli artt. 414, 415 e seguenti c.c.

L'interdizione giudiziale è disposta nei confronti di quei soggetti in condizioni di abituale infermità di mente, che non rende possibile provvedere ai propri interessi. Viene nominato un tutore che, solitamente, può compiere gli atti di ordinaria e

straordinaria amministrazione; tuttavia, nella sentenza che dichiara l'interdizione, o in provvedimenti successivi, può stabilirsi che alcuni atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'interdetto senza l'intervento del tutore. Diversamente da questa ipotesi, gli atti esercitati dall'interdetto sono annullabili.

L'inabilitazione è prevista nel caso in cui l'infermità «*non è talmente grave da far luogo all'interdizione*»[1]. La capacità di agire del soggetto è sottoposta a limiti per quanto riguarda gli atti di straordinaria amministrazione anche se, per alcuni di essi, l'inabilitato potrebbe essere dichiarato idoneo ad agire autonomamente. Nella sentenza che dichiara l'inabilitazione è contenuta anche la nomina di un curatore. Qualora l'inabilitato agisca senza l'assistenza del curatore, gli atti di straordinaria amministrazione da esso compiuti sono annullabili[2].

Accanto a questi istituti giuridici, si inserisce la Legge n. 6 del 9 gennaio 2004 che ha attuato una rivoluzione giuridica e culturale poiché, introducendo l'istituto dell'amministrazione di sostegno[3], ha fatto sì che venisse a modificarsi anche il modo di approcciarsi alle storiche discipline dell'interdizione e dell'inabilitazione.

[1] Art. 415, comma 1°, c.c.
[2] Per un'analisi più approfondita si consiglia: G. FERRANDO, *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione, incapacità naturale,* Bologna, 2012.
[3] §Capitolo 2

La breve digressione esposta è stata riportata per consentire di introdurre al meglio la fattispecie di incapacità, prevista dall' art. 428 c.c., su cui si focalizzerà il presente elaborato.

Di seguito si riporta il testo integrale di questo articolo, oggetto di analisi, intitolato "Atti compiuti da persona incapace di intendere o volere":

«*Gli atti compiuti da persona che, sebbene non interdetta, si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere al momento in cui gli atti sono stati compiuti, possono essere annullati su istanza della persona medesima o dei suoi eredi o aventi causa, se ne risulta un grave pregiudizio all'autore.*

L'annullamento dei contratti non può essere pronunziato se non quando, per il pregiudizio che sia derivato o possa derivare alla persona incapace d'intendere o di volere o per la qualità del contratto o altrimenti, risulta la malafede dell'altro contraente.

L'azione si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui l'atto o il contratto è stato compiuto.

Resta salva ogni diversa disposizione di legge».

Alla figura dell'incapacità legale di agire[4], quindi, si affianca quella dell'incapacità naturale.

L'espressione "incapacità naturale" è stata coniata dalla dottrina ed usata, per anni, anche nelle massime giurisprudenziali nonostante non vi fosse un rinvio normativo specifico; solo con la Legge n. 6 del 9 gennaio 2004 è stata introdotta in "chiave normativa." Infatti, l'art. 4, comma 1° di tale legge, ha disposto che nel titolo XII del libro I del Codice civile, prima dell'articolo 414, fossero inserite le seguenti parole: "Capo II. - Della interdizione, della inabilitazione e della incapacità naturale". Prima di allora, il termine veniva utilizzato convenzionalmente dalla dottrina e giurisprudenza.

La cosiddetta incapacità naturale è oggetto di studio da tempi risalenti, infatti, i primi approfondimenti sul tema, condotti da autorevole dottrina, risalgono agli inizi del secolo scorso[5].

L'incapacità naturale, prevista dall'art. 428 c.c., indentifica la condizione di un soggetto che, sebbene non sia legalmente incapace di agire, risulti essere «*per*

[4] G.ALPA, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2017, p. 208 ss.
[5] Fra i primi studi pubblicati sul tema si vedano: L. COVIELLO, *L'incapacità naturale di contrarre*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1908, p. 273 ss.; DEGNI, *L'infermità di mente nella teoria del negozio giuridico*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1911, p.149 ss.

qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere al momento in cui gli atti sono stati compiuti».

La portata di tale articolo non è meramente scolastica ma anzi, prevedendo l'annullabilità degli atti compiuti dall'incapace naturale, ha un contenuto altamente pratico. In questa disciplina si cerca di contemperare la protezione del soggetto incapace con quella dell'affidamento dei terzi e della speditezza e certezza del traffico giuridico[6]visto che, non essendo l'incapacità naturale documentata in maniera ufficiale dai registri dello stato civile, non sempre risulta agevole la sua conoscibilità.

Di seguito, lo scrivente tenterà di fornire un'interpretazione della norma sintetizzando approfondimenti dottrinali e massime giurisprudenziali.

In primis, appare opportuno delineare la nozione di incapacità naturale, ricordando che, negli anni, si sono avuti orientamenti giurisprudenziali non sempre concordi. Il nucleo del dibattito risiede nel comprendere se, ai fini dell'invalidità degli atti e/o dei negozi, le facoltà psichiche debbano essere quasi totalmente annullate oppure sia sufficiente un'alterazione delle proprie facoltà.

Ripercorrendo un *excursus* storico della norma in esame, il corrispondente originario, rappresentato dall'art. 422 c.c. del testo separato del libro I del Codice

[6]A. VENCHIARUTTI, *L'incapacità contrattuale*, Torino, 2000, cit., p.28.

civile, prevedeva l'annullabilità degli atti compiuti da persona «*non sana di mente*», requisito non richiesto dall'attuale art. 428 c.c.[7] Nonostante la nuova riformulazione dell'articolo, parte della giurisprudenza (anche se, da tempo, pacificamente superata) tendeva ad associare l'incapacità naturale al presupposto dell'interdizione, distinguendoli esclusivamente per il carattere dell'abitualità richiesto ai fini dell'interdizione[8]. La lettura dell'inciso «*sebbene non interdetta*» del comma 1° dell'art. 428 c.c., in stretta analogia semantica con il contenuto dell'art. 427, ultimo comma, c.c. «*per gli atti compiuti dall'interdetto prima della sentenza di interdizione o prima della nomina del tutore provvisorio si applicano le disposizioni dell'articolo seguente*», ha portato a ritenere che si identificasse nel contenuto dell'art. 428 c.c. una particolare configurazione del medesimo rimedio per la tutela dell'interdetto[9]. Attualmente, per la maggior parte della dottrina, non vi è alcun dubbio nel ritenere che il legislatore abbia previsto gli artt. 414 e 428 c.c. su piani differenti e che il comma 1° dell'art. 428 c.c. non si riferisca ad una definizione di incapacità naturale identificabile con l'infermità totale se non per la sola connotazione di abitualità prevista ai sensi dell'art. 414 c.c. Tuttavia, non mancano autori di opinione discordante[10], secondo i quali, se si prescinde dal

[7] R. CARACCIOLO, *L'incapacità naturale fra questioni di sostanza e problemi di prova,* in *La nuova giurisprudenza civile commentata,* 2007, fasc. 1, cit., p.1066.
[8] Cfr. Cass., 14 aprile 1958, n.1258; Cass., 2 marzo 1971, n.522, Cass., 11 maggio 1979, n. 2692.
[9] P. FORCHIELLI, *Infermità di mente, interdizione e inabilitazione*, Bologna, 1988, cit., p. 57 ss.
[10] V.SICILIA, *L'annullamento del contratto: incapacità naturale e malafede*, in *Rivista del notariato*, 2005, fasc. 3, p.590.

carattere transitorio, lo stato mentale presupposto dall' art. 428 c.c. non risulta diverso, qualitativamente, da quello previsto per l'interdizione, anzi, il grado della malattia necessaria e sufficiente per la pronuncia di inabilitazione è minore di quello richiesto ai fini dell'accertamento dell'incapacità naturale.

Lo scrivente del presente elaborato si discosta da questa interpretazione, ritenendo più coerente il percorso logico condiviso dalla dottrina e giurisprudenza. Infatti, seguendo questa conclusione minoritaria, la tutela prevista per l'incapace naturale sarebbe rivolta esclusivamente ai quei soggetti che sono totalmente incapaci di intendere o volere a causa di una malattia mentale, anche non durevole; sarebbero dunque esclusi dall'ambito applicativo della suddetta norma tutti coloro che siano affetti da deficit parziali che non consentono una valutazione compiuta e razionale degli atti che si pongono in essere. La locuzione «*sebbene non interdetta*» indica semplicemente che l'esercizio dell'azione di annullamento è esperibile anche da parte di coloro che sono legalmente capaci di agire. I tratti caratterizzanti l'incapacità naturale si riassumono in una menomazione della sfera dell'intelligenza o in una menomazione della sfera della volontà che si cristallizza nell'istante del compimento dell'atto. L'istituto in commento, quindi, non richiede una specifica nosografia del deterioramento mentale.

Ad ogni modo, esistono massime della Corte di cassazione che, ad opinione di chi scrive, fanno chiarezza sulla questione senza lasciare dubbi a riguardo. Nella

sentenza del 30 maggio 2017, n. 13659, infatti, emerge che ai sensi dell'art.428 c.c. « *non occorre la totale privazione delle facoltà intellettive e volitive, essendo sufficiente la loro menomazione, tale comunque da impedire la formazione di una volontà cosciente. Al fine dell'invalidità del negozio per incapacità naturale, non è quindi necessaria la prova che il soggetto, nel momento del compimento dell'atto, versava in uno stato patologico tale da far venir meno, in modo totale e assoluto, le facoltà psichiche, essendo sufficiente accertare che tali facoltà erano perturbate al punto da impedire al soggetto una seria valutazione del contenuto e degli effetti del negozio, e quindi il formarsi di una volontà cosciente*».

Lo stesso principio è stato ribadito in altre numerose pronunce della Corte Suprema.[11]

Una via interpretativa *sui generis,* che si discosta dal classico dibattito sopra esposto, è quella fornita dall' Avv. Agnese Querci, che sostiene che il contrasto fra massime giurisprudenziali di diverso tenore, sulla natura e sul *quantum* della menomazione richiesta per integrare l'incapacità naturale, sia più apparente che reale[12]. La maggior parte delle pronunce[13] in cui l'incapacità richiesta per annullare l'atto è equiparabile a quella prevista dall'art. 414 c.c., si esprimono sulla validità

[11] *Ex multis*, Cass. 25 giugno 2019, n. 16998; Cass. 21 novembre 2018, n. 30126; Cass. 1° settembre 2011, n.17997.
[12] A. QUERCI, *L'incapacità naturale all'esame della giurisprudenza: un contrasto fra massime*?, in *Contratto e impresa*,2012, fasc. 6, p. 1466 ss.
[13] Cass. 11 maggio 1979, n.2692; Cass.10 luglio 1986, n.4499; Cass.,11 marzo 1995, n.2865.

del testamento. Nel caso del testamento, l'incapacità naturale è disciplinata dall'art. 591, n.3 c.c. che prevede l'annullabilità dalla sola verifica dell'incapacità, senza richiedere la presenza degli altri presupposti. Per questo motivo, l'accertamento dell'unico presupposto richiesto è più rigido. In conclusione, se si seguisse questa tesi, si potrebbe sintetizzare che, nella nozione di incapacità naturale, rientra qualsiasi perturbazione delle capacità psichiche del soggetto che ostacoli una valutazione compiuta e razionale del contenuto e degli effetti degli atti che sta compiendo, tuttavia, per rendere annullabili le disposizioni di ultima volontà, occorrerà una totale incapacità.

Il Tribunale, per una valida applicazione dell'art. 428 c.c., dovrà considerare l'esistenza o meno di elementi di prova che evidenzino che il soggetto non era in grado di una ponderata valutazione dell'atto compiuto o del contratto stipulato. Risulta opportuno domandarsi come si possa dimostrare la sussistenza di questa specifica condizione personale. Escludendo l'ipotesi in cui l'incapace sia stato vittima di circonvenzione[14], l'azione di annullamento, di atti unilaterali o contratti, posti in essere da un soggetto che non sia formalmente interdetto o inabilitato,

[14] La fattispecie della c.d. circonvenzione di incapace, regolata dall'art. 643 c.p., si diversifica dalla incapacità naturale in quanto, nel caso della circonvenzione, l'incapacità è usata con dolo dal soggetto agente. Infatti, secondo l'orientamento della giurisprudenza, il contratto frutto della circonvenzione di incapace è nullo ai sensi dell'art. 1418, comma 1°, c.c. e non semplicemente annullabile.

prevista combinando il dispositivo dell'art. 428 c.c. con quello dell'art. 1425, comma 2°, c.c.[15], presuppone un'incapacità di fatto.

Il giudice di merito dovrà, dapprima, verificare gli aspetti direttamente riferibili alle funzionalità dell'intelletto e/o della volontà: un'indagine sulle cause e sulle manifestazioni è molto importante in campo probatorio ma non consente di giungere ad una definizione di incapacità di intendere o di volere. Il giudice valuterà, caso per caso, la capacità dell'individuo di esercitare le funzioni dell'intelletto e/o della volontà e, qualora riscontrasse una notevole limitazione della capacità di intendere o di volere, pronuncerà una declaratoria di incapacità naturale anche se questo *status* mentale non sia riconducibile ad una specifica connotazione di inefficienza mentale. Il citato articolo di legge risulta essere uno strumento rimediale che mira a tutelare tutte quelle fattispecie di incapacità non legale salvaguardando gli interessi di coloro che compiono un'attività negoziale comprendendone il senso e gli effetti. Lo scopo è quello di far sì che il soggetto in possesso di capacità di agire non sia limitato nell'espressione della propria volontà negoziale.

Il decadimento psichico può essere accertato attraverso elementi di prova anche di natura indiretta. A far chiarezza sul tema probatorio è intervenuta la Corte Suprema,

[15] Art. 1425 c.c. «*E' parimenti annullabile, quando ricorrano le condizioni stabilite dall'articolo 428, il contratto stipulato da persona incapace di intendere o volere*».

la quale con sentenza del 28 marzo 2002 n. 4539, ha affermato che «*la prova dell'incapacità naturale può essere data con ogni mezzo o in base a indizi e presunzioni, che anche da soli, se del caso, possono essere decisivi ai fini della sua configurabilità, e il giudice è libero di utilizzare, ai fini del proprio convincimento, anche le prove raccolte in un giudizio intercorso tra le stesse parti o tra altre*».

Infatti, è frequente che lo stato di incapacità del soggetto che abbia concluso il contratto di cui si richiede l'annullamento *ex* art. 428 c.c. si manifesti in una «*condizione personale dell'individuo, che solo quando assume connotazioni eclatanti può essere provata in modo diretto; il più delle volte va invece accertata in base ad indizi e presunzioni, che anche da soli, se del caso, possono essere decisivi*»[16].

I contenuti del concetto di incapacità devono essere individuati esclusivamente dall'analisi dell'art. 428 c.c. senza assimilarlo ad altri istituti previsti in tema di incapacità legale. Tuttavia, in sede di merito, alcuni errori di valutazione continuano ad essere presenti soprattutto perché le corti territoriali assumono come standard di riferimento situazioni soggettive ben caratterizzate[17].

---

[16] *Cass., 16 gennaio 2007, n. 856.*

[17] Si veda, a titolo esemplificativo, la pronuncia della Corte di Appello di Milano del 4 giugno 2002 la quale è stata poi oggetto di ricorso accolto favorevolmente dalla Corte di cassazione con sentenza del 16 gennaio 2007, n. 856. La Corte Suprema si è pronunciata affermando che la corte territoriale aveva commesso, oltre ad un *error in procedendo*, un errore nel formare una decisione verificando l'idoneità di prove che dimostrassero la presenza di un "dedotto stato di deficienza mentale senile" facendo trapelare una nozione ristretta del concetto di incapacità di intendere e di volere.

Sono state delineate da dottrina e giurisprudenza tre principali linee guida che sono di supporto alla ricerca e valutazione delle prove sull'incapacità di intendere o volere[18].

La prima riguarda la relatività del concetto di incapacità: la presenza della condizione di incapacità naturale è da valutare in riferimento al singolo atto o contratto di cui si richiede l'annullamento; pertanto, la menomazione dell'intelletto o della volontà deve essere relazionata con il contenuto del singolo atto. Infatti, le capacità mentali richieste per concludere quei contratti rientranti nella cosiddetta attività contrattuale minima sono ben diverse da quelle richieste per la consapevole conclusione di un contratto ben più complesso come potrebbe essere quello di cessione d'azienda.

La seconda, invece, inerente al concetto di ammissibilità della prova sullo stato di incapacità per mezzo di indizi e presunzioni semplici: non essendo sempre possibile avere prove dirette dello stato di deficit, è possibile ricorre all'utilizzo delle presunzioni semplici *ex* art. 2729 c.c. e, quindi, purché siano gravi, precise e concordanti. Tale applicazione consente di risalire ad un fatto non noto come conseguenza dei fatti conosciuti. Anche una sola presunzione, qualora abbia le connotazioni richieste dall' art. 2729 c.c., ha valore probatorio[19].Di conseguenza,

[18] R. CARACCIOLO, *L'incapacità naturale fra questioni di sostanza e problemi di prova,* in *La nuova giurisprudenza civile commentata,* 2007, fasc. 10. p.1069 ss.
[19] L.P. COMOGLIO*, Le presunzioni*, in T*rattato di diritto privato,* a cura di P. Rescigno, Torino, 1997, cit., p. 432 ss.

sono ammesse prove atipiche come perizie stragiudiziali, scritti provenienti da terzi, chiarimenti resi al CTU, prove acquisite in altri processi tra le stesse o altre parti, ecc.

Infine, la possibilità di dimostrare la sussistenza dello stato di incapacità, nel momento in cui fu compiuto l'atto da annullare, anche mediante elementi di prova attinenti alle condizioni dell'interessato in epoca anteriore e/o successiva a tale momento: la dimostrazione della sussistenza del deficit psichico nel preciso momento in cui è compiuto l'atto o concluso il contratto è onere dell'interessato. Tuttavia, la Corte di cassazione con sentenza del 21 novembre 2018, n. 30126, ha stabilito che «*in presenza di una malattia psichica, se sia stata accertata la totale incapacità di un soggetto in due determinati periodi, prossimi nel tempo, per il periodo intermedio la sussistenza dell'incapacità è assistita da presunzione "iuris tantum"*»; assiste così ad un'inversione dell'onere della prova.

I principali errori in giudicando tuttora presenti, sebbene sul tema sia ormai presente una giurisprudenza consolidata, hanno origine dal fatto che il materiale istruttorio è analizzato per verificare il riscontro di una determinata patologia o una causa specifica che giustifichi la presenza di un'incapacità psichica *ex ante*. Tuttavia, il giudice deve compiere le proprie valutazioni non dimenticando che il presupposto necessario e sufficiente, affinché possa operare quanto previsto dall' art 428 c.c., è l'inettitudine nel comprendere ciò che si sta facendo e i relativi effetti,

indipendentemente dall'origine che ha causato tale menomazione. Infatti, la presenza di una determinata sindrome non necessariamente è significativa dell'aver agito in stato di incapacità naturale. L' inciso «*per qualsiasi causa*» ha un contenuto altamente generico, che consente di accettare anche l'ipotesi di incapacità imputabile al soggetto stesso e quindi rende esperibile l'azione di annullamento anche da parte del soggetto che, consapevolmente, si sia posto in una condizione che lo abbia reso incapace di intendere o volere (es: soggetto sotto effetto di stupefacenti). È indubbio che non rientri in questo caso l'ipotesi in cui l'interessato si sia posto di proposito in uno stato psicofisico per ricreare appositamente le condizioni per l'annullamento. Per il comma 1° dell'art 428 c.c. ciò che è rilevante è la ricorrenza dell'incapacità e solo secondariamente le cause che la abbiano generata.

Oltre alla prova dell'incapacità di intendere e di volere, ai fini dell'annullamento, la normativa richiede ulteriori requisiti. Da tempo, si sono susseguiti autorevoli dibattiti sulla necessità o meno del requisito del grave pregiudizio, oltre a quello della malafede, per l'annullamento dei contratti previsto dal comma 2° dell'art. 428 c.c. Il comma 1° del citato articolo, prevede che gli atti dell'incapace sono annullabili, su istanza dell'incapace, o dei suoi eredi o aventi causa qualora si dimostri che dall'atto derivi un grave pregiudizio all'incapace. Il comma 2°, invece, stabilisce l'annullabilità dei contratti in presenza della malafede. La valutazione

della sussistenza del grave pregiudizio è affidata all'analisi del giudice di merito. La nozione di grave pregiudizio ha un'ampia portata in quanto non è compreso solo il danno economico derivato all'incapace (es. sproporzione fra prestazioni) ma tutti quegli effetti negativi dell'atto che incidono sulla persona incapace[20](anche danni morali). Il termine malafede, sebbene possa indurre l'interprete a pensare a tale concetto come ad una sorta di raggiro o inganno, consiste semplicemente nella consapevolezza che la controparte abbia del deficit dell'altro contraente o nella possibilità di poter accertare, con l'ordinaria diligenza, lo stato di menomazione dell'altrui sfera[21]; in questo modo la protezione fornita dall' art. 428 è maggiore. A conferma di tale spiegazione si riporta l'estratto della sentenza della Cassazione n. 26729 del 13 gennaio 2011 «*la malafede consiste nella consapevolezza - o, addirittura, delle conoscenza - che questi abbia avuto della menomazione della sfera intellettiva o volitiva dell'altro*.[22]»

I più interessanti problemi interpretativi nascono dal coordinamento fra il comma 1° e 2°. Una parte della dottrina supporta l'applicazione del comma 1°, e quindi del

[20] B. RONCHI, *L'incapacità naturale e l'annullamento del contratto di compravendita immobiliare,* in *Notariato*, 2005, fasc.5, cit., p. 482.
[21] B. RONCHI, *L'incapacità naturale e l'annullamento del contratto di compravendita immobiliare*, in *Notariato*, 2005, fasc.5, cit., p. 482.
[22] Principio ribadito anche in altre sentenze*, ex multis:* Cass., 25 ottobre 2018, n. 27061.

requisito del grave pregiudizio, anche in ambito contrattuale, un'altra, invece, sostiene la reciproca autonomia dei due commi[23].

I sostenitori della cosiddetta "teoria del cumulo" pongono a fondamento delle loro considerazioni il fatto che il comma 1° disciplini tutti gli atti tra vivi (sia unilaterali che bilaterali) e quindi, anche i contratti: nelle ipotesi contrattuali si dovrà verificare, oltre al requisito della malafede, anche la presenza del grave pregiudizio; l'enunciato del comma 2° costituirebbe una specificazione a quanto previsto nel comma 1° del medesimo articolo. Se si seguisse questa corrente di pensiero non sarebbe possibile impugnare il contratto in caso di malafede della controparte ma in difetto del presunto requisito del grave pregiudizio, la cui prova non è sempre facile da dimostrare; inoltre, non verrebbe dato peso ad una condotta (la malafede) che, in qualsiasi accezione considerata, dovrebbe essere repressa in quanto contrastante con i valori cari al legislatore[24] (artt. 1175, 1337, 1375 c.c.). Tale orientamento giustificherebbe l'annullamento del contratto solo per l'ipotesi in cui il contraente debole subisca un pregiudizio dall'attività negoziale risultando quindi tutelato solo *tamquam laesus*[25]. Seguendo questo approccio, la tutela dell'incapace non rappresenta la priorità ma un interesse che si interseca con la tutela dell'altrui

[23] V.SICILIA, *L'annullamento del contratto: incapacità naturale e malafede*, in *Rivista del notariato*, 2005, fasc. 3.
[24] V. MAURINI, *L'incapacità naturale*, Padova, 2002, p. 71.
[25] E. BERTAGNONI, *Pregiudizio dell'incapace e malafede della controparte*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1946, fasc.1, p.490.

affidamento. La sopraesposta corrente interpretativa è avvalorata molto più in dottrina[26] che in giurisprudenza tanto è vero che le pronunce di merito[27] e di legittimità[28] che adottano questo criterio sono quantitativamente limitate[29] e ormai molto datate.

La tesi "diacronica" è quella dominante in giurisprudenza ma meno condivisa dalla dottrina. La giurisprudenza ha, ormai, un orientamento consolidato in questa direzione: essendo i contratti specificatamente disciplinati dal comma 2° in cui è richiesto il "solo" accertamento della malafede, il grave pregiudizio, di cui al comma 1°, attiene esclusivamente agli atti unilaterali. Infatti, nelle principali massime della Cassazione, si legge chiaramente che, ai fini dell'annullamento del contratto concluso in stato di incapacità naturale, non si richiede l'esistenza del grave pregiudizio, così come è invece stabilito per gli atti unilaterali[30]. Anche la costruzione sintattica dell'articolo sembra avvalorare questa interpretazione da cui risulta che, per richiedere l'annullamento del negozio giuridico, è sufficiente la malafede della controparte, la quale può derivare dalla qualità del contratto o dal pregiudizio derivato. Si nota, dunque, che il significato da attribuire al grave

[26] P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli,1982, cit., p.38; P. FORCHIELLI, *Infermità di mente, interdizione e inabilitazione*, Bologna, 1988, cit., p. 63; G.ALPA, G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità, le persone e la famiglia*, Torino, 2006, p. 26.
[27] App. Venezia, 31 luglio 1956, App. Milano, 5 giugno 1962, App. Napoli, 22 aprile 1970.
[28] Cass., 26 febbraio 1992, n.2374.
[29] A. QUERCI, *L'incapacità naturale all'esame della giurisprudenza: un contrasto fra massime*?, in *Contratto e impresa*,2012, fasc. 6, Cit., p.1483.
[30] *Ex multis*: Cass., 25 ottobre 2018, n. 27061; Cass., 30 agosto 2017, n.20545.

pregiudizio trasla da requisito essenziale a mero indizio, infatti «*il grave pregiudizio a carico dell'incapace costituisce elemento indiziario dell'ulteriore requisito della malafede dell'altro contraente, ma, di per sé, non è idoneo a costituirne la prova*»[31]. La malafede, essendo un qualcosa di intrinseco al soggetto, sarebbe difficile da provare se non fosse possibile ricavarla dal pregiudizio cagionato all'incapace, oltre che da altri comportamenti esteriori. La netta distinzione fra primo e secondo comma potrebbe essere dedotta anche dalla disamina del comma 3°. Infatti, nella previsione del termine prescrizionale di cinque anni per l'istanza dell'azione di annullamento, ci sono due distinti riferimenti: l'uno al compimento dell'atto, l'altro alla conclusione del contratto, evidenziando l'indipendenza fra i due commi del medesimo articolo[32]. Questo orientamento facilita l'esperimento dell'azione di annullamento per l'incapace, dovendo dimostrare la sola malafede e per farlo potrebbe servirsi, come indizio, del pregiudizio subito; di converso, il contraente che abbia agito in malafede è meno protetto dalla dichiarazione di annullamento.

In estrema analisi si tratta di definire se il *favor* della norma sia maggiormente rivolto alla tutela dell'incapace o alle esigenze di sicurezza dei traffici giuridici. Qualora l'altro contraente abbia agito in buona fede è completamente protetto,

[31] Cass., 30 settembre 2015, n. 19458.
[32] P. DE LISE, *Sulla rilevanza del pregiudizio nei contratti conclusi dall'incapace di intendere e di volere*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1964, p. 259.

coerentemente con i principi, cari al legislatore, sulla salvaguardia dei negozi nel contesto economico e sociale. Ad opinione di chi scrive *la ratio legis*, supportata anche dal tenore letterale della norma, è quella, *in primis*, di una protezione il più vasta possibile del soggetto incapace e la distinzione netta far primo e secondo comma sembra più coerente con tale fine.

Il comma 4° dell'articolo 428 c.c. rinvia alla disciplina in tema di donazione, testamento e matrimonio. Coerente con l'oggetto del presente elaborato è la previsione normativa in tema di donazione. L'art. 775 c.c. dispone che la donazione compiuta da soggetto incapace di intendere o volere, anche se non ufficialmente interdetto, è annullabile nel termine di cinque anni dal compimento della donazione, su istanza del donante, degli eredi o degli aventi causa. Diversamente da quanto previsto per l'annullamento di atti unilaterali e dei contratti, l'unico presupposto è lo stato di incapacità naturale al momento della donazione, non è richiesta, quindi, la prova del grave pregiudizio o della malafede.

2. Incapacità naturale e processo

Il Codice di procedura civile non dispone in maniera esplicita l'eventualità che un incapace naturale partecipi al processo. Nonostante la mancanza di uno specifico riferimento normativo, risulta utile fornire un'interpretazione soprattutto perché questo "vuoto" potrebbe ostacolare l'applicazione del principio del contraddittorio

previsto dagli artt. 111 Cost. e 101 c.p.c. L'incapace naturale, oltre ad essere destinatario di valide notificazioni[33], può conferire la procura *ad litem* al difensore, rinunciare agli atti del giudizio, dichiarare di accettare la sentenza, etc. Poiché la condizione di incapacità naturale ha ripercussioni sulle facoltà intellettive o volitive, provocherà degli effetti sull'attività processuale. L'irrilevanza processuale dell'incapacità naturale può essere dedotta proprio dalla lacuna del codice di rito. Risulta importante comprendere se e come l'incapace naturale possa partecipare al processo ovvero se l'incapace naturale sia comunque in possesso della capacità processuale nonostante il deficit psichico; in sintesi, si analizzerà se possa essere validamente autore e destinatario degli atti processuali e dei relativi effetti. L'incapace naturale ha una totale capacità di agire, e quindi una capacità processuale, in quanto non è prevista l'incapacità processuale se non nei casi di interdizione e inabilitazione, il cui ambito di applicazione non viene esteso alla fattispecie prevista dall'art. 428 c.c. Infatti, l'art. 75 c.p.c., nell'escludere la capacità processuale delle persone che non hanno il libero esercizio dei propri

[33] Per quanto riguarda tale aspetto, la Corte di Cassazione si è più volte pronunciata affermando che, ai fini dell'interruzione della prescrizione, è valida la notifica ad un soggetto che sia in uno stato di incapacità naturale. Infatti, «*l'atto interruttivo della prescrizione produce i suoi effetti anche quando il destinatario sia un incap*ace *naturale, a condizione che gli pervenga nel rispetto delle previsioni di cui agli artt.1334 e 1335 c.*c.», così Cass., 23 maggio 2018, n. 12658. Infatti, la Cassazione ha rilevato che, essendo l'atto interruttivo della prescrizione un atto unilaterale recettizio, produce i suoi effetti indipendentemente dall'eventuale stato di incapacità naturale in cui versi il soggetto a cui è indirizzato. Sull'argomento si veda anche: Cass., 4 marzo 2002, n. 3085; Cass., 30 luglio 2010, n. 17912; Cass., 9 giugno 2017, n. 14434.

diritti, si riferisce solo a quelle che siano state legalmente private della capacità di agire con una sentenza di interdizione o di inabilitazione o con provvedimento di nomina di un tutore o di un curatore provvisorio, e non alle persone colpite da incapacità naturale[34]. Poiché l'incapacità processuale è collegata all' incapacità di agire di diritto sostanziale e non alla mera incapacità naturale, la diretta conseguenza è che l'incapace naturale conserva la piena capacità processuale sino a quando non sia stata pronunciata nei suoi confronti una sentenza di interdizione, ovvero non gli sia stato nominato, durante il giudizio che fa capo a tale pronunzia, il tutore provvisorio ai sensi dell'art. 419 c.p.c[35].

In ogni caso il giudice non potrà rilevare d'ufficio l'incapacità della parte, anche qualora emerga dagli atti, in mancanza di una sentenza di interdizione o inabilitazione[36].

Ne deriva anche che, in virtù della piena capacità processuale delle persone colpite da incapacità naturale, non si può impedire il decorso del termine breve di decadenza dell'impugnazione, poiché l'art. 328 c.p.c., attraverso il rinvio agli eventi previsti dall'art. 299 c.p.c., ricollega tale termine alla morte o alla perdita

[34] Cass., 20 agosto 2019, n. 21507.
[35] Cass., 14 dicembre 2015, n. 25098.
[36] Cass., 2 ottobre 2014, n. 20846.

della capacità di stare in giudizio della parte o del suo rappresentante con esclusivo riferimento alle ipotesi di incapacità processuale indicate dall'art. 75 c.p.c.[37]

Parte degli studiosi del diritto, ritiene che la mancata applicazione dell'incapacità processuale al soggetto con incapacità naturale, indurrebbe a pensare ad una disparità di trattamento tra gli incapaci legali e gli incapaci di intendere e di volere. Infatti, entrambe le categorie presuppongono una menomazione della sfera intellettiva (anche se di diverso grado) ma solo per gli incapaci legali è prevista la figura del tutore che, anche se provvisorio, assolve una funzione di protezione del soggetto debole; coloro che sono incapaci di intendere e volere dovranno, per cui, stare in giudizio da soli in quanto non privi della capacità di agire. Tuttavia, la Corte costituzionale si è espressa sostenendo che la capacità processuale di cui non è privo l'incapace naturale «*non crea alcuna disparità di trattamento fra gli incapaci legali e gli incapaci naturali, trattandosi di situazioni fra loro diverse che, pertanto, richiedono una differente disciplina*[38]», superando in questo modo le critiche sull'eventuale violazione del diritto alla difesa degli "incapaci di fatto".

Sul piano processuale un soggetto incapace di intendere o di volere è perfettamente equiparabile al soggetto completamente *compos sui.* Comunque, per la Corte costituzionale, i diritti dell'incapace naturale non risultano sprovvisti di tutela

[37] Cass.,3 dicembre 1994, n.10425.

[38] C. cost., 13 gennaio 1988, n.41.

grazie alla presenza del pubblico ministero che rappresenta l'organo previsto appositamente dall'ordinamento per i soggetti deboli. Infatti, «il *giudice innanzi al quale è proposta una causa con una parte della cui incapacità naturale si dubita*[39]» deve darne informazione al pubblico ministero affinchè intervenga. La questione è critica soprattutto se si considera che l'incapace naturale potrebbe anche non rendersi conto che sia stato instaurato un giudizio contro di lui[40]. Altre problematiche caratterizzano la questione: dapprima *«il giudice del merito non rileva d'ufficio la incapacità della parte, anche ove risultante dagli atti, in assenza di una sentenza di interdizione o di inabilitazione.»*; inoltre, non sempre accade che il giudice abbia la documentazione che gli consente di stabilire l'incapacità naturale della parte e quindi, in assenza di specifici atti, non si può pretendere che sia proprio lui a dover rilevare questo stato. D'altronde, l'accertamento di una incapacità di intendere o di volere richiede un'indagine clinica effettuata da un soggetto specializzato come potrebbe essere un consulente tecnico che, non necessariamente, si inserirà nel processo in cui è coinvolto l'incapace. Le complicazioni non si esauriscono ancora, infatti, ammesso che la prova dell'incapacità naturale sia stata appurata, non è detto che il giudice trasmetta automaticamente gli atti al pubblico ministero, così come non è sicuro che il pubblico ministero partecipi al giudizio una

[39] C. cost., 18 maggio 1995, n.206.
[40] E. DALMOTTO, *Nota sulla tutela dell'incapace naturale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1994, p.19 ss.

volta ricevuti gli atti[41]. Anche se l'ordinamento ha previsto delle tutele attribuendo poteri al Pubblico Ministero, non necessariamente si traducono in una salvaguardia del diritto di difesa della parte debole. Si potrebbe giungere alla conclusione che la tutela dell'incapace naturale dipenda dall'esercizio di poteri discrezionali di cui il giudice dispone, confinandone l'effettività ad una mera eventualità[42].

Sulla scia delle considerazioni appena riportate, si sono formate opinioni che sostengono la necessità di un vigoroso cambiamento in grado di rimediare all'indifferenza mostrata dalla normativa processualcivilistica nei confronti del soggetto incapace che è parte di un processo.[43] La presenza del giudice, eventualmente affiancata dal pubblico ministero, forse non riesce a fornire una sufficiente difesa degli "incapaci di fatto ma non di diritto", comunque bisognosi di una tutela effettiva in quanto psichicamente deboli.

Un altro aspetto da analizzare riguarda la procura alle liti conferita dall'incapace naturale. La procura alle liti è la dichiarazione formale rilasciata dalla parte con la quale essa conferisce al suo difensore il potere di rappresentarla nel processo e di esercitare tutti quei poteri riconosciutigli dalla legge. Gran parte della giurisprudenza di legittimità ammette la validità della procura *ad litem*[44] rilasciata

[41] F. MIGLIAZZO, *Incapacità naturale e processo*, in *Studium iuris*, 2015, fasc.5, cit., p. 549.
[42]G. COSTANTINO, *Il giubileo del medico dei pazzi: l'incapacità naturale nel processo civile*, in *Foro italiano*, 1993, cit., p.1044.
[43]E. VULLO, *Nuove prospettive per la tutela processuale dell'incapace naturale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, p. 1849.
[44] *Ex multis*: Cass.,4 marzo 2002, n. 3085; Cass., 22 giugno 2002, n. 9146.

dal soggetto incapace di intendere e di volere. Il conferimento della procura alle liti al difensore, qualora questo avvenga ad opera di un incapace naturale, è certo suscettibile di divenire oggetto di interesse in quanto configura problematiche tutt'altro che trascurabili. Il soggetto non in grado di intendere o di volere non potrà consapevolmente conferire un incarico professionale. Infatti, non è scontata la validità del contratto d'opera professionale[45] concluso fra procuratore e incapace naturale che diviene annullabile *ex* art. 428, comma 2°, c.c. Tuttavia, nonostante la ragionevolezza delle considerazioni appena riportate, la normativa cerca di bilanciare interessi contrapposti: qualora fosse nulla la procura conferita si verrebbero a creare problematiche sia per l'incapace naturale sia per la parte in giudizio contro l'incapace stesso. Infatti, se la procura conferita dall' incapace naturale fosse invalida, si verificherebbe anche l'inesistenza giuridica delle attività compiute dal difensore in conformità della procura che gli è stata rilasciata. Le dirette conseguenze sarebbero l'impossibilità per l'incapace naturale di instaurare un valido giudizio ma, soprattutto, di difendersi in quei giudizi instaurati contro di lui. Gli effetti che ne derivano sono di portata notevole poiché la costituzione in giudizio, la proposizione di una domanda riconvenzionale, un'impugnazione, non produrrebbero alcun effetto. Risulta logico un orientamento ormai stabile della giurisprudenza di legittimità in conformità con quanto stabilito dalla Corte

[45] Art. 2229 c.c.

costituzionale riguardo alla capacità processuale dell'incapace naturale; se non fosse valida la procura *ad litem* conferita da un incapace naturale, non ci sarebbe coerenza con il sistema processuale che prevede l'incapacità processuale solo nei casi di incapacità di agire. Considerando la mancanza di una figura istituzionalmente prevista per la rappresentanza processuale nelle fattispecie di incapacità naturale e l'inapplicabilità degli istituti di tutela previsti specificatamente per l'incapacità di agire, risulta tanto più necessario consentire la validità del conferimento della procura; diversamente l'incapace sarebbe solo in un giudizio comunque inarrestabile[46]. Infatti, in relazione a soggetti colpiti da incapacità naturale non è prevista neanche la sospensione del processo *ex* art. 295 c.p.c. per il promovimento della procedura di interdizione con rito camerale ai sensi dell'art. 712 c.p.c. poiché si vuol far sì che le limitazioni della capacità di agire possano avere effetti solo alla fine di uno specifico procedimento e anche perché si vuole impedire che i processi subiscano interruzioni o sospensioni a causa di situazioni il cui accertamento non è agevole pregiudicando il diritto di tutela giurisdizionale della parte che ha proposto la domanda[47].

Ulteriori dibattiti vertono sulla possibilità di nominare un curatore speciale in favore dell'incapace naturale. Ai sensi dell'art. 78, comma 1°, c.p.c. per la nomina del

[46] Corte costituzionale sentenza del 5 novembre 1992, n. 468 «*l'incapacità naturale non costituisce una causa interruttiva del processo».*
[47] Cass., 20 agosto 2019, n.21507.

curatore speciale è necessario che manchi la persona cui spetta la rappresentanza o l'assistenza e che vi siano ragioni di urgenza, determinate dalla mancanza dell'appena citato rappresentante o curatore[48]. Si evince che questa disposizione sia applicabile ai soli casi di interdizione o inabilitazione e fin quando non sia presente il soggetto istituzionalmente preposto alla rappresentanza o all'assistenza di tali soggetti. Pare che questa norma non possa estendersi alla tutela dell'incapace naturale in capo al quale sussiste la capacità processuale. *Ex lege*, non è stata predisposta alcuna figura cui spetti la rappresentanza o l'assistenza dell'incapace naturale. Il non poter nominare un curatore speciale all'incapace naturale ha delle conseguenze: si rischia di lasciare privo di tutela l'incapace naturale, soprattutto in quelle ipotesi in cui sarebbe necessario un intervento urgente. Il nostro ordinamento giuridico colma, in parte, questa lacuna ponendo a tutela dell'incapace naturale degli strumenti previsti dall'art. 35, comma 6°, della Legge n. 833 del 23 dicembre 1978. La disposizione menzionata è un rimedio esperibile per garantire la tutela dei soggetti sottoposti a trattamenti sanitari obbligatori, in particolare dei soggetti c.d. "compulsivamente" ospedalizzati. La lettera della norma, tuttavia, sembra chiara nel circoscrivere l'ambito soggettivo di applicazione: si riferisce a fattispecie molto specifiche pertanto risulta applicabile al caso dell'incapace naturale solo in determinate circostanze e quindi tutta' altro che in maniera generalizzata.

[48] R. VACCARELLA, *Codice di procedura civile ipertestuale*, 2ª ed., Torino 2008, p. 367.

Per quanto riguarda l'attività processuale compiuta da un incapace naturale è valida parimenti a quella posta in essere da un soggetto pienamente capace. Per questo motivo viene a crearsi un disallineamento fra il piano sostanziale e quello processuale. Da qualsiasi tipologia di atto processuale derivano effetti giuridici, lo stesso vale per gli atti posti in essere in mancanza di consapevolezza degli effetti da essi scaturenti. Il compimento (o l'omissione) di un atto processuale potrebbe essere pregiudizievole. Ne deriva che, sul piano sostanziale, qualora quell'atto di disposizione del diritto pregiudichi gravemente l'incapace, questo può chiederne l'annullamento, così come previsto dall'art. 428 c.c. Ma, sul piano processuale, qualora il medesimo effetto pregiudizievole discenda da un atto del procedimento, l'incapace naturale non potrà dolersi in alcun modo degli effetti di tale atto nonché di altri atti processuali[49]. Tanto meno la controparte potrà far valere l'incapacità naturale come ragione di invalidità e di inammissibilità delle iniziative processuali del soggetto affetto da tale tipologia di incapacità.

Questa differenza di trattamento fra piano sostanziale e processuale potrebbe essere giustificata dalle esigenze di certezza richieste dal giudizio civile. Risulta evidente la mancanza di una disciplina processulcivilistica appositamente prevista per l'incapace naturale. Per il pieno rispetto dei principi del giusto processo, del principio del contraddittorio, del diritto di difesa risulterebbero necessari degli

[49] F. MIGLIAZZO, *Incapacità naturale e processo*, in *Studium iuris*, 2015, fasc.5. cit., p.553

strumenti processuali *ad hoc* poiché i soli organi giurisdizionali potrebbero rilevarsi non sufficienti.

Proprio in riferimento all'ossequio dovuto ai predetti principi, se da un lato è emerso che l'ordinamento giuridico non rimanga indifferente alle esigenze di chi versi in stato di incapacità naturale, al contempo è evidente la necessità di un intervento del legislatore al fine di dare una risposta alle ridotte tutele previste per gli incapaci di fatto.

È stata inserita questa breve analisi poiché anche l'imprenditore con una grave menomazione della sfera intellettiva o volitiva potrebbe porre in essere atti processuali sia attivi che omissivi. Solo a titolo esemplificativo, si pensi al caso dell'imprenditore, incapace di fatto, che sia destinatario di un decreto ingiuntivo; a causa del suo deficit potrebbe far passare il termine di cui all'art. 641c.p.c. senza compiere alcuna opposizione con il conseguente passaggio in giudicato del provvedimento monitorio.

Le ipotesi di omissione e compimento di determinate attività processuali da parte dell'imprenditore non perfettamente *compos sui* necessariamente hanno delle ricadute anche sull'attività d'impresa.

3. Incapacità naturale e gestione d'impresa: la senilità dell'imprenditore

Il seguente paragrafo mira ad analizzare gli aspetti collegati all'esercizio d'impresa da parte di un imprenditore che, a causa dell'età avanzata, perda parte delle proprie facoltà intellettive o volitive, diventando un imprenditore non più perfettamente *compos sui*.

Dapprima si procederà verificando la connessione fra incapacità naturale e senilità soprattutto perché l'aumento del numero di anziani, registratosi negli ultimi anni nel nostro paese, ha generato una crescita parallela degli imprenditori di età senile destinata ad acuirsi, secondo le previsioni demografiche, anche in futuro. L'anzianità non è di per sé prova dell'incapacità naturale, ma nel caso in cui all'età avanzata si aggiungano anche ipotesi di demenza senile, è ragionevole ricondurre tali fattispecie al campo applicativo dell'art. 428 c.c. Inoltre, in alcune sentenze, anche l'arteriosclerosi e altri disturbi che frequentemente connotano la vecchiaia sono state ritenute sufficienti a menomare le capacità del soggetto anziano pur non essendo specificatamente attinenti alle aree dell'encefalo che presiedono al funzionamento della memoria, del ragionamento e della comunicazione.[50] Si ribadisce che l'anomalia psichica, che può essere anche transitoria, non deve necessariamente annientare in modo totale le capacità intellettive o volitive. È comunque più opportuno che il deficit psichico non sia valutato in maniera assoluta ma sempre in rapporto alla qualità dell'atto suscettibile di annullamento e alle

[50] M. BERSI, *Incapacità naturale e senilità*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, fasc.1, cit., p. 3.

capacità richieste per compierlo consapevolmente: tanto più il negozio risulterà complesso, tanto meno sarà la compromissione delle facoltà intellettive o volitive necessaria ai fini dell'annullamento. Ciò che rileva non è tanto l'entità e la gravità della malattia in sé e per sé considerata, quanto l'influenza che questa ha determinato nell'impedire al soggetto un'adeguata e funzionale valutazione dei propri atti e una libera autodeterminazione.

È bene precisare che il nostro ordinamento non ha previsto delle norme particolari per l'argomento di cui si sta trattando. Se per gli interdetti e gli inabilitati, siano essi a capo di un'impresa individuale o siano soci di una società, il legislatore ha predisposto degli specifici strumenti normativi per disciplinare tali fattispecie, come, ad esempio, l'art 424 c.c. che rinvia parte della disciplina agli artt. 343 e seguenti c.c., oppure l'art. 2294 c.c. sulla partecipazione di incapaci a società in nome collettivo, nulla è previsto per l'esercizio d'impresa da parte dell'incapace di fatto. La giustificazione risiede nella stessa disciplina che regola l'incapacità naturale: infatti, tale incapacità produce i sui effetti esclusivamente in atti isolati, non nell'attività imprenditoriale, che consta di attività negoziali, unilaterali e contrattuali, potenzialmente vaste quanto la vita degli affari[51].

Si procederà, dapprima, con l'esame dell'incapace naturale che abbia la qualifica di imprenditore individuale, e poi si proseguirà con il caso in cui il medesimo

[51] C. MANZINI, *Incapacità del socio nelle società di persone* in *Giurisprudenza commerciale*, 1984, cit., p. 572

soggetto abbia la qualifica di socio, sia di società di persone, sia di società di capitali.

L'incapacità di intendere e di volere non impedisce di proseguire tutte quelle attività che orbitano nella gestione d'azienda in quanto non si verifica un'interruzione nella legittimazione a proseguire l'attività d'impresa[52]. Infatti, gran parte della dottrina[53], supportata da pronunce della Corte Suprema[54], sostiene che l'incapacità di intendere o di volere non ostacoli né l'imputazione al soggetto dell'attività d'impresa, né la ricaduta dei relativi effetti in capo all'incapace stesso. L'imprenditore che verta in uno stato di incapacità, riconducibile alla fattispecie prevista dall'art. 428 c.c., non è in grado di svolgere correttamente i singoli atti dell'attività d'impresa ma non l'attività d'impresa in senso generale, intesa come serie di atti coordinati così come previsto dall'art. 2082 c.c.[55] Se l'attività d'impresa è già in essere nel momento in cui subentra l'incapacità di fatto dell'imprenditore, la conseguenza che ne deriva è la possibilità dell'annullamento degli atti, qualora ricorra il grave pregiudizio per l'imprenditore, e dei contratti, qualora risulti la malafede della controparte. Infatti, anche nell'ipotesi estrema in cui tutti gli atti posti in essere siano annullabili *ex* art. 428 c.c., l'impresa continuerebbe a

[52] Cass., 8 novembre 1966, n.1140.
[53] P. CEDON*, Commentario al Codice civile*, Milano, 2009, p. 515 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, volume 2, Padova, 2010, p. 341 ss.; G. GIUNTA, *Incapacità di agire: interdizione, inabilitazione e incapacità naturale*, Milano 1965, p. 162;
[54] Cass., 23 Febbraio 1954, n. 519; Cass.16 gennaio 1964, n. 101.
[55] P. CEDON, *Profili dell'infermità di mente nel diritto privato*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1986, p. 53

sussistere. Ne deriva che tutti i risultati provenienti dall'esercizio dell'attività ricadranno, siano essi positivi o negativi, in calce all'imprenditore incapace naturalmente.

In riferimento a tale aspetto, merita una menzione separata l'indagine dei profili fallimentari connessi a tale fattispecie. Sia per gli studiosi del diritto[56], sia per la Cassazione[57], non ha ragione di sussistere alcun dubbio sulla possibilità di emettere validamente una sentenza dichiarativa di fallimento nei confronti dell'incapace, in virtù della sussistenza dell'attività d'impresa che consente di imputare all'imprenditore la totalità delle conseguenze che da essa scaturiscono, ivi compreso il fallimento.

Risulta comunque difficile pensare ad un'impresa a lungo gestita da un incapace naturale ma, nell'arco temporale in cui la conduzione sia protratta dall'imprenditore di attenuate capacità, potrebbero essere condotte scelte gestionali irrazionali con ricadute economicamente rilevanti.

D'altra parte, si potrebbe anche verificare che la gestione continui a sussistere in presenza di un imprenditore incapace naturalmente. Ciò accade poiché la gestione effettiva dell'azienda viene intrapresa da soggetti che subentrano in qualità di gestori di fatto. Si tratterebbe, ovvero, di rapporti sostitutivi non formalizzati[58]

---

[56] T. ZANUCCHI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1955, p. 336; A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, 1ª ed, Milano, 1959, p. 178

[57] Cass., 23 febbraio 1954, n. 519; Cass.,16 gennaio, n. 101; Cass., 25 luglio 1964, n. 2039

[58] A. TENCATI, *Incapacità per infermità e attività d'impresa*, Napoli, 1988, p.249 ss.

riferibili a quanto previsto dall'art. 2028 c.c. relativo alla gestione d'affari altrui[59]. Tuttavia, non poche sono le critiche mosse a tale posizione. Alcune si fondano sull'impossibilità di applicare l'art 2028 c.c. agli atti imprenditoriali che afferiscono prevalentemente alla sfera della straordinaria amministrazione mentre, secondo tali pareri, la gestione d'affari si applica alle questioni riguardanti l'ordinaria amministrazione. Però, contrariamente a quanto ritenuto dalla giurisprudenza, la dottrina prevalente è dell'opinione che il gestore possa compiere anche atti di straordinaria amministrazione, purché siano utili e rivestano un carattere di urgenza. Ulteriori contestazioni si aggiungono aventi per fondamento l'argomentazione che l'incapacità di intendere o volere non costituisca una situazione a cui possa essere applicato l'art. 2028 c.c. Attualmente, tuttavia, sembra essere ammessa un'interpretazione estensiva dell*'absentia domini*, uno dei presupposti richiesti dall'articolo in esame. Su questa scia, l'a*bsentia* può essere intesa non come assenza fisica, ma come impedimento materiale, o come mancanza di opposizione, o, ancora, come semplice inattività[60].

Secondo lo scrivente, sulla base dell'interpretazioni fornite sul presupposto appena menzionato, l'incapacità in questione può, eventualmente, essere paragonata al concetto di *absentia* o quando l'imprenditore abbia una vera e propria infermità

[59] Fattispecie simile a quella contenuta nella sentenza del Tribunale di Bologna, 21 luglio 1951 . La motivazione della sentenza, non del tutto chiara, si riferisce sia a società di fatto tra il marito, imprenditore colpito da arteriosclerosi, e la moglie, (che aveva effettivamente continuato l'impresa), sia a mandato del primo alla seconda, ad amministrare l'azienda.

[60] P. FRANCESCHETTI, *Gestione di affari*, su Altalexpedìa, 2016.

mentale che lo renda totalmente incapace o quando sia in cura presso strutture ospedaliere.

Gli altri presupposti necessari sono: l'*animus aliena negoti gerendi* (ovvero l'intenzione di gestire un affare altrui), la spontaneità della gestione (cioè la mancanza di un'obbligazione contrattuale) e l'*utiliter coeptum*, ovvero l'utilità dell'inizio della gestione. Detta utilità è da valutarsi in senso oggettivo, in quanto l'istituto soddisfa la necessità di tutelare il pubblico interesse ovvero la conservazione dei patrimoni. In quest'ottica sembra pertinente l'ingerenza di terzi nell'attività imprenditoriale dell'incapace.

L'alienità dell'affare intrapreso -ossia l'affare gestito- deve essere estraneo altrimenti si avrebbe la gestione di un proprio affare. La giurisprudenza si è espressa in termini vasti sull'argomento sostenendo che si possa avere *negotiorum gestio* anche qualora l'affare curato sia stato intrapreso sia nell'interesse altrui sia nell'interesse proprio. Seguendo questa interpretazione potrebbe essere ammessa l'ingerenza di un consorte, di un figlio dell'imprenditore incapace oppure di un fidato dipendente o consulente.

La Cassazione si è espressa affermando che il compimento di un'attività negoziale in favore di un soggetto che versa in situazione (ancorché transitoria)

di incapacità naturale, va qualificato, qualora vi sia l'ulteriore requisito *dell' utiliter coeptum*, come gestione di affari altrui[61].

Anche se alla luce di queste considerazioni potrebbe sembrare applicabile l'art. 2028 c.c., sono presenti argomentazioni secondo cui la gestione d'affari non possa concretarsi nell'amministrazione di un intero patrimonio[62], nel quale rientra il compendio aziendale. Inoltre, l'espressione inclusa nell'articolo «*condurla a termine»* potrebbe far pensare all'implicazione di porre un momento finale all'affare, poco conciliabile con la natura dell'azienda che, per definizione, è considerata un istituto economico atto a perdurare nel tempo. È però anche vero che il terzo subentra nella gestione di singoli atti riferibili alla gestione dell'impresa, i quali vengono posti in essere come elementi "isolati" e non riferibili all'attività d'impresa complessivamente considerata. Inoltre, il gestore potrebbe aver individuato un limitato arco temporale in cui proseguire la conduzione dell'azienda. Durante questo tempo, agirà sempre con l'obiettivo di una conduzione utile della gestione i cui effetti ricadranno, in conformità con le precedenti osservazioni, in capo all'incapace. Non si assisterà ad una cessazione della qualifica d'imprenditore rispetto all'incapace naturale, in quanto sono stati compiuti dal gestore affari relativi all'impresa e non l'attività d'impresa complessivamente considerata.

[61] Cass,.3 novembre 2016, n. 22302.
[62] A. TENCATI, *Incapacità per infermità e attività d'impresa*, Napoli,1988, p. 254.

Ad opinione di chi scrive, la gestione d'affari altrui, qualora si possa invocare in merito all'imprenditore di attenute capacità, si potrebbe verificare solo per un periodo di tempo limitato, appartenente ad una pura fase di transizione, nell'attesa che vengano predisposte misure idonee per la futura gestione dell'azienda

Accanto a questa ipotesi si può inserire quella in cui l'imprenditore, ancora non colpito da deficit psichico, abbia provveduto a nominare un institore o, più in generale, un rappresentante tramite mandato.

Nel primo caso la disciplina, contenuta negli art. 2203 e seguenti c.c., prevede la possibilità per l'imprenditore, attraverso la preposizione institoria, di dotare uno o più institori di un potere di gestione a carattere generale, che consente di compiere, in nome dell'imprenditore, tutti gli atti pertinenti all'esercizio dell'impresa o della sede o ramo cui sono preposti, escluse le eventuali limitazioni contenute nella procura. In ogni caso, l'institore non può oltrepassare il limite della pura gestione dell'impresa, non potendo, pertanto, alienare o affittare l'impresa. L'institore ha inoltre il potere di rappresentanza anche processuale. In caso di fallimento dell'imprenditore saranno applicate anche nei confronti dell'institore le sanzioni penali a carico del fallito (*ex* art. 227 l.f.), ma solo l'imprenditore potrà essere dichiarato fallito e soltanto lui sarà esposto agli effetti personali e patrimoniali

scaturenti dal fallimento[63]. Anche in seguito alla menomazione della sfera psichica dell'imprenditore, l'attività dell'institore può proseguire senza mutamenti poiché tali episodi di instabilità sono privi di importanza per il diritto qualora non siano seguiti da delle pronunce del giudice[64].

Per gran parte della dottrina[65] fra imprenditore e institore vi deve essere un rapporto di lavoro subordinato. Secondo considerazioni diverse, condivise anche in giurisprudenza, la preposizione institoria non richiede necessariamente questa tipologia di rapporto ma può collegarsi a forme di rapporto di lavoro autonomo[66]. Risulta pertinente con l'argomentazione discussa in tale elaborato, la decisone della Corte Suprema che ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto non realizzata una preposizione institoria rilasciata da un imprenditore al proprio figlio per motivi di salute[67].

Ad ogni modo, la presenza di un soggetto che possa validamente gestire l'impresa quando subentri uno *status* di incapacità dell'imprenditore, costituisce una buona protezione di carattere economico.

[63] Per ulteriori approfondimenti sul tema: M. CIAN, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2016 p.63.
[64]A. TENCATI, *Incapacità per infermità e attività d'impresa*, Napoli, 1988 cit., p.255.
[65] F. CORSI, F. FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2011, p. 156.
[66] Cass., 27 febbraio 2003, n. 3022.
[67] Ibidem.

Nel caso più generale in cui l'imprenditore ancora perfettamente *compos sui* avesse provveduto alla nomina di un suo rappresentante tramite mandato, quest'ultimo agirà in nome del rappresentato e tutti gli effetti negoziali si produrranno direttamente sulla sfera giuridica del soggetto che gli ha conferito il mandato.

Anche se, nella sostanza, è il rappresentante che sta esercitando l'attività d'impresa spendendo il nome dell'imprenditore, per effetto del potere di rappresentanza conferitogli dall'interessato o riconosciutogli dalla legge, non assumerà la qualifica di imprenditore. In ogni caso l'art. 1722 c.c. prevede lo scioglimento del mandato solo nei casi di pronuncia di interdizione o inabilitazione, nulla invece è previsto per l'incapacità naturale, per cui essa non produce l'estinzione del mandato. Anzi, l'art.1722, n. 4, c.c. dichiara che qualora il mandato abbia per oggetto atti relativi ad un'impresa, questo non si estingue se l'impresa continua. Quindi se il mandato rimane valido nonostante la morte, interdizione o inabilitazione dell'imprenditore, tanto più rimarrà in vigore qualora l'imprenditore diventi un incapace di fatto. È come se si volesse distaccare l'impresa dalle vicende personali che colpiscono l'imprenditore. Ciò nonostante, gli atti d'impresa avranno i loro effetti sul soggetto incapace.

Sicuramente la presenza di "ausiliari", siano essi di fatto o di diritto, è di vitale importanza per l'attività in quanto consentono che i rapporti con tutti gli

stakeholders subiscano in misura ridotta le conseguenze che potrebbero scaturire dall'incapacità sopravvenuta dell'imprenditore.

Uno scenario differente si ha nel caso in cui l'imprenditore, già incapace di intendere o di volere, abbia rilasciato una procura; la giurisprudenza ha ammesso l'annullamento della procura[68].

Ora si procederà con una breve analisi sugli incapaci naturali che assumono la qualifica di socio.

Nelle società di persone la posizione dell'incapace non si discosta da quella vista per l'impresa individuale, con la consueta distinzione fra contratti e atti unilaterali. Interessanti sono le conseguenze derivanti dagli atti, rientranti nell'ambito contrattuale, posti in essere dal socio divenuto incapace e che sia amministratore della società. Tali contratti, in perfetta corrispondenza con quanto previsto dall'art. 428, comma 2°, c.c. potranno essere annullati se risulta presente la malafede della controparte. Fra gli atti unilaterali rientra l'eventuale dichiarazione di recesso che costituisce manifestazione unilaterale del socio, la quale risulta annullabile qualora arrechi un grave pregiudizio. È lecito domandarsi se l'incapacità naturale costituisca un'ipotesi di esclusione facoltativa cioè se possa essere causa di scioglimento del singolo rapporto sociale. L'art. 2286 c.c. prevede l'esclusione del

[68] Cass., 9 marzo 2012, n.3787.

socio nei casi di interdizione e inabilitazione poiché hanno dei riflessi indiretti sulla base sociale qualora si verifichi il subingresso del tutore o l'affiancamento al socio del curatore. È corroborata, per alcuni, anche l'estensione dell'applicazione di tale disposizione nel caso di nomina di un amministratore di sostegno[69]. Tuttavia, nulla è specificatamente previsto per l'incapace naturale e quindi, in mancanza di un preciso riferimento normativo, lo scrivente è dell'idea che la sopraggiunta incapacità di fatto non possa costituire una valida motivazione per l'esclusione di tale socio.

La posizione dell'incapace naturale che sia socio di una società di capitali ha ripercussioni soprattutto per quanto riguarda il diritto di voto in assemblea. La volontà sociale si plasma grazie ai voti dei soci, voti che sono atti unilaterali. Un'altra tipologia di atto unilaterale esercitabile dall'incapace è il recesso *ex* art. 2437 c.c.; la volontà unilaterale manifestata dal socio, anche in questo caso, è soggetta ad annullamento qualora l'uscita dalla compagine sociale arrechi un grave pregiudizio al socio stesso. In questa circostanza il pregiudizio potrebbe essere inteso non solo in chiave meramente economica ma anche come conseguenze psicologiche negative derivanti dalla cessata appartenenza ad una realtà a cui si collega un determinato *status* sociale. Il socio affetto da incapacità naturale potrebbe rivestire anche il ruolo di amministratore della società di capitali. Si

[69]M. CIAN, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2016, cit., p.308.

ricorda che, data la personalità giuridica di questi enti, è proprio per il tramite degli amministratori che la società può agire. Gli effetti delle attività unilaterali e negoziali compiute dall'amministratore incapace ricadranno sulla società. Per questo motivo, nel caso di specie, il grave pregiudizio sarà da valutarsi relativamente alla compagine sociale e non tanto in ordine al socio amministratore pur essendo stato lui il diretto agente[70].

Nella prassi non mancano vicende di imprenditori, colpiti da un vizio di mente, che si trovino in condizioni di incapacità pur non essendo intervenuta alcuna pronuncia di interdizione, inabilitazione o di nomina di un amministratore di sostegno. L'imprenditore anziano che continui a gestire la sua azienda potrebbe porre in essere atti e contratti con ripercussioni economiche sull'attività aziendale, i quali rimarranno validi fin tanto che qualcuno non agirà. Spesso sono gli stessi familiari[71] ad agire per richiedere l'annullamento di una serie di atti o negozi compiuti dall'imprenditore non più lucido. L'azione degli eredi potrebbe essere mossa da ragioni diverse. Potrebbero agire perché desiderosi di tutelare le sorti aziendali e per evitare che quanto compiuto dall'imprenditore, di fatto incapace, qualora sia economicamente impattante sull'attività, possa paventare un rischio di fallimento

[70] A. TENCATI, *Incapacità per infermità e attività d'impresa*, Napoli, 1988, cit., p. 259.
[71] Come è accaduto nel fatto deciso dalla Cassazione con sentenza del 2 novembre 2004, n, 21050. Nel caso di specie, un imprenditore con segni di incapacità naturale aveva venduto l'azienda commerciale ad uno dei figli ad un prezzo notevolmente inferiore rispetto all'effettivo valore; l'altro figlio promuove un giudizio per richiedere l'annullamento dei contratti per incapacità naturale.

dell'impresa stessa oppure potrebbero essere spinti dalla mera ambizione di ricevere l'azienda in eredità o quanto più da essa ricavabile.

L'impresa è frequentemente cornice di contrasti interni fra i membri della famiglia che sfociano spesso in rivalità: i figli potrebbero voler estromettere il genitore che non ha voluto trasferire l'attività di famiglia alla sua prole, oppure il/la consorte o gli altri eredi potrebbero temere anche una liquidazione dell'impresa da parte dell'imprenditore anziano con un possibile depauperamento dell'eredità. Chiaramente gli strumenti a disposizione degli eredi sono quelli previsti dall'art. 428 c.c., per cui, i familiari dell'imprenditore, di cui sia appurata l'incapacità naturale, e che nulla abbia disposto in favore della nuova generazione, potranno esclusivamente agire in relazione ai singoli atti. Qualora gli eredi volessero privare il genitore dell'impresa, l'unica via percorribile è quella di proporre un ricorso per l'amministrazione di sostegno (o per l'interdizione o inabilitazione). Tuttavia, il giudice potrebbe ravvisare utile per l'imprenditore la continuazione dell'attività con la conseguenza che la gestione sarà protratta da legale rappresentate, il quale potrebbe anche essere uno dei figli.

Nel capitolo seguente si analizzerà come la disciplina dell'amministrazione di sostegno possa applicarsi al caso in esame. Emerge che il subentro dell'incapacità di intendere o volere dell'imprenditore genera dei riflessi notevoli in quanto alle comuni difficoltà legate all'esercizio d'impresa, si aggiungono ulteriori criticità

derivanti dalla perdita delle capacità della figura cardine dell'impresa: questo vale soprattutto per le piccole realtà che caratterizzano il tessuto imprenditoriale del nostro paese il cui assetto organizzativo è contraddistinto da una sovrapposizione fra imprenditore e management: è nella persona dell'imprenditore-proprietario che si concentra l'attività gestoria, di controllo e coordinamento. A queste problematiche evidenti si possono aggiungere i contrasti familiari che non fanno altro che aggravare la complessità della gestione d'azienda. Ecco perché la predisposizione intelligente del c.d. "passaggio di testimone" rappresenta uno strumento per gestire meglio i rischi derivanti dall'identificazione fra impresa e imprenditore, la quale è al contempo una grande forza ma anche una grande incognita per la continuità aziendale.

CAPITOLO 2

AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO E GESTIONE D'IMPRESA

Sommario: 1. Generalità e presupposti della Legge n.6/2004. - 2. Decreto di nomina. - 2.1 Legittimazione a proporre il ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno. - 2.2 Scelta dell'amministratore di sostegno. - 3. Esercizio d'impresa da parte del beneficiario di un'amministrazione di sostegno. -3.1 Amministrazione di sostegno e procura institoria. - 3.2 Beneficiario di amministrazione di sostegno e impresa agricola - 4. Partecipazione del beneficiario dell'amministrazione di sostegno a società. - 4.1 Amministrazione di sostegno e società di persone. - 4.2 Amministrazione di sostegno e società di capitali. - 4.3 Applicabilità dell'art. 2382 c.c. nell'ipotesi di amministrazione di sostegno. - 4.4 Applicabilità dell'art. 2382 c.c. agli amministratori di società a responsabilità limitata nell'ipotesi di amministrazione di sostegno. - 5. Disamina di alcuni casi concreti.

1. Generalità e presupposti della Legge n.6/2004

A seguito di un *iter* parlamentare lungo e contrastato[72], che ha visto susseguirsi diversi disegni di legge, il nostro Parlamento ha approvato la Legge n.6 del 9

[72] Per approfondimenti si veda E. CALO', *Amministrazione di sostegno*, Milano, 2004, p.51 ss.

gennaio 2004 (entrata in vigore il 19 marzo 2004). Questa legge ha introdotto nell'ordinamento italiano l'istituto dell'amministrazione di sostegno ed ha apportato delle modifiche agli artt. 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del Codice civile in materia di interdizione e di inabilitazione. È stata ridisegnata l'architettura del titolo XII, libro I del Codice civile intitolandolo "Delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia" e prevedendo due distinti capi: il primo capo è rubricato "Dell'amministrazione di sostegno" e comprende gli artt. 404-413 c.c.; il secondo, contiene gli artt. 414-432 c.c. ed è intitolato "Della interdizione, della inabilitazione e della incapacità naturale"

L'introduzione di questa legge ha permesso al nostro ordinamento di conformarsi alle disposizioni degli altri paesi europei che, già da tempo, avevano predisposto degli istituti giuridici affini all'amministrazione di sostegno. Ad esempio, in Germania vi è, già dagli anni novanta, il betreuer[73] (tecnicamente, supervisore o assistente fiduciario), che è una figura molto flessibile prevista in piena sostituzione degli istituti del tutore e del curatore. Altri paesi, come la Francia e la Spagna hanno invece un sistema di protezione più simile al modello italiano in quanto hanno mantenuto anche le più datate figure poste a tutela degli incapaci.

Le numerose critiche mosse agli istituti tradizionali dell'interdizione e dell'inabilitazione, ritenuti spesso inadeguati e poco compatibili con la dignità delle

[73] BGB Libro IV par 1896 e ss.

persone, sono state la causa principale che ha condotto all'introduzione della Legge n.6. del 9 gennaio 2004. La stessa giurisprudenza è concorde nel ritenere che l'amministrazione di sostegno sia una valida alternativa all'interdizione e che l'eventuale scelta di questo istituto al posto di quelli "tradizionali" sarà valutata in base «*alla maggiore idoneità di tale strumento ad adeguarsi alle esigenze di detto soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa*[74]». È proprio questo il discrimine posto a fondamento della decisione fra amministrazione di sostegno e gli istituti classici e non il diverso grado di infermità o di impossibilità a far fronte ai propri interessi del soggetto bisognoso di tutela. Anche la Cassazione[75] ha dichiarato l'interdizione come un istituto residuale; ne deriva la necessità, prima di pronunziare l'interdizione, di valutare l'eventuale conformità dell'amministrazione di sostegno alle esigenze del destinatario. Di fatto, nella pratica giudiziaria, si assiste sempre più ad una sporadica applicazione degli istituti dell'interdizione e inabilitazione come misure di protezione a cui ricorrere nei casi più gravi.

L'obiettivo della nuova figura giuridica è quello della tutela delle persone prive, in tutto o in parte, dell'autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana[76]. L'amministrazione di sostegno può essere disposta anche nel caso in

[74] Cass.,26 luglio 2013, n. 18171.
[75] Cass.,1° marzo 2010, n. 4866.
[76] S. MONOSI, N. TACCONE, *L'amministrazione di sostegno*, in *Consiglio Nazionale del notariato*, 2016.

cui sussistano soltanto esigenze di cura della persona, senza la necessità di gestire un patrimonio, poiché l'istituto non ha lo scopo esclusivo di tutelare i soli interessi patrimoniali del beneficiario, ma è volto, più in generale, a garantire protezione alle persone deboli relativamente alle necessità particolari di ognuna[77].

Questo istituto ha cercato di fornire una misura di protezione che fosse quanto più flessibile per meglio adattarsi alle molteplici e diverse esigenze dei possibili soggetti beneficiari; è proprio questa caratteristica che giustifica la rivoluzione apportata dall'istituto in esame. Occorre però anche precisare che sebbene la flessibilità e la duttilità siano le caratteristiche rivoluzionarie dell'istituto in commento, l'articolazione della disciplina può generare difficoltà e incertezze applicative soprattutto laddove i poteri attribuiti all'amministratore non siano stati dettagliatamente individuati dal decreto di nomina[78]. L'amministrazione di sostegno vuole porsi come strumento in grado di sacrificare il meno possibile la capacità di agire dei soggetti che non riescano, anche in via temporanea, a

[77] Cass., ordinanza del 26 luglio 2018, n. 19866.
[78] Ex multis, M. BERNARDINI, A*mministrazione di sostegno: la gestione del patrimonio amministrato e la responsabilità civile dell' amministratore*, in *Il caso.it*, giugno 2016; S.MONOSI e N. TACCONE, *L'amministratore di sostegno*, in *consiglio nazionale del notariato*, 2016

provvedere ai propri interessi[79]. Infatti, è proprio l'art. 1 della Legge n.6 del 2004[80] che, rendendo esplicita la sua finalità, mostra come questa legge voglia essere il riferimento per l'intero sistema di protezione dei soggetti incapaci. Lo stesso articolo 1 contiene, al contempo, un'indicazione operativa per il Tribunale e per il giudice tutelare, i quali dovranno orientare le loro decisioni sacrificando il meno possibile la capacità del beneficiario.

La nuova misura dell'amministrazione di sostegno evidenzia come il nostro legislatore abbia voluto creare uno strumento per graduare la protezione in base alle "abilità" di cui è dotato il singolo individuo.

L'istituto in commento è stato predisposto sia per la cura degli interessi patrimoniali (anche di modesta entità) del soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno sia per tutto ciò che rientra nella cura del beneficiario, cioè dei bisogni di carattere non patrimoniale.[81] Secondo quanto previsto dall'art. 404 c.c. «*La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella*

[79] Cass.,, 26 ottobre 2011, n.22332 «*L'amministrazione di sostegno - introdotta nell'ordinamento dall'art. 3 della legge 9 gennaio 2004, n. 6 - ha la finalità di offrire a chi si trovi nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi uno strumento di assistenza che ne sacrifichi nella minor misura possibile la capacità di agire, distinguendosi, con tale specifica funzione, dagli altri istituti a tutela degli incapaci, quali l'interdizione e l'inabilitazione, non soppressi, ma solo modificati dalla stessa legge attraverso la novella degli artt. 414 e 427 del codice civile* ».

[80] Art. 1. L. 6/2004 «*La presente legge ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente* ».

[81] Corte d'Appello Milano, 9 agosto 2005 (decreto).

impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio». Il presupposto affinchè si possa applicare la disciplina in tema di amministrazione di sostegno è la presenza di un'infermità o di una menomazione che può essere sia di tipo fisico che psichico. L'inciso «*l'impossibilità anche parziale o temporanea*» consente di far confluire nell'ambito applicativo dell'amministrazione di sostegno anche le incapacità permanenti. Anche l'estratto dell'art. 404 c.c. ha condotto, non solo buona parte degli autori[82],ma anche la Corte costituzionale[83]e la Corte di cassazione[84] a ritenere l'interdizione e l'inabilitazione come alternative residuali all'amministrazione di sostegno. Infatti, anche una recente pronuncia della Cassazione[85] ha affermato che sia possibile ricorrere all' amministrazione di sostegno anche in presenza dei presupposti richiesti per l'interdizione o inabilitazione e anche nei casi di prodigalità.

[82] U. MORELLO, *L'amministrazione di sostegno*, in *Notariato*, 2004, fasc.3; E.CALO', *Il discrimen fra amministrazione di sostegno e interdizione*, in *Notariato*, 2004, fasc.5. A,VENCHIARUTTI in un articolo pubblicato a novembre del 2004 su Altalex, "La previsione d'apertura della legge – ove, nell'indicare le finalità della nuova disciplina, si stabilisce che gli interventi di sostegno sono diretti alle persone prive, in tutto o in parte, di autonomia nell'espletamento delle funzioni delle vita quotidiana – induce, in particolare, ad escludere la pronunciabilità della misure nei confronti di chi, pur colpito da una menomazione di carattere fisico, risulti perfettamente *compos sui."*
[83] Corte Cost., 9 dicembre 2005, n. 440, in famiglia, persone e successioni, 2006.
[84] Cass.,12 giugno 2006, 13584.
[85] Cass., 7 marzo 2018, n.5492.

La stessa modifica apportata agli artt. 414 e 415 c.c. conferma che l'interdizione e l'inabilitazione non sono più gli unici istituti da applicare ai casi di incapacità permanente, infatti nel testo normativo si legge «*possono essere interdette*» o «*possono essere inabilitate*» e non «d*evono*»[86]. L'eliminazione, sul piano letterale, dei termini perentori consente di ammettere il ricorso all'amministrazione di sostegno anche qualora vi siano i presupposti per l'interdizione/inabilitazione. Inoltre, è espressamente prevista dall'art. 418 c.c. la facoltà del giudice, nel corso di un giudizio volto al riconoscimento dell'interdizione/inabilitazione della persona, di trasmettere il procedimento al giudice tutelare per l'apertura dell'amministrazione di sostegno se sussistano mere ragioni di opportunità

La nomina dell'amministratore di sostegno avverrà ad opera del giudice tutelare del luogo in cui la persona ha la residenza o il domicilio a seguito di un accertamento sullo stato di infermità o menomazione.

Fra le patologie rientranti nel campo applicativo dell'art. 404 c.c. rientrano certamente le malattie mentali, le cerebrolesioni, la prodigalità. Nell'ottica del presente elaborato risulta importante comprendere se la persona anziana, in qualità di imprenditore, possa essere affiancata da un amministratore di sostegno. Vi sono state interpretazioni diverse riguardanti l'applicazione dell'istituto in commento ai

[86] L. GENGHINI, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, in Collana manuali notarili ,a cura di L.Genghini, Padova, 2010, cit., p. 706.

casi di senilità. In particolare, sono state individuate due tipologie di senilità, una di tipo patologico e un'altra di natura fisiologica ovvero con ripercussioni fisiche nel soggetto senza creare disfunzioni intellettive. In quest'ultimo caso, per alcuni[87], l'amministrazione di sostegno non sarebbe applicabile. Seguendo questa interpretazione restrittiva dell'istituto la giustificazione per la sua applicazione deve consistere in una menomazione o infermità fisica ma che comunque si ripercuota negativamente sulle funzioni cognitive del beneficiario. Diversamente, sono state fornite ricostruzioni[88] che hanno ritenuto adottabile lo strumento di protezione in commento anche ai casi in cui non fosse presente alcun deficit delle capacità intellettive, permettendo l'applicazione dell'istituto anche a persone anziane con infermità esclusivamente fisiche. Lo stesso art. 404 c.c. supporta questa seconda tesi esprimendosi in termini di «*menomazione fisica o psichica*».

Si nota come lo spettro di incapacità ricompreso in tema di amministrazione di sostegno sia molto simile a quello ricompreso nell'ambito dell'art. 428 c.c.; un eventuale ricorso depositato per richiedere l'applicazione della misura di protezione prevista dalla Legge n.6 del 2004, ai casi di incapacità naturale, sembra essere idoneo.

[87] G. BONILINI, F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413,* Milano, 2008.
[88] U. MORRELLO, *L'amministrazione di sostegno (dalle regole ai principi)*, in *Notariato*, fasc. 3, 2004.

Si precisa che l'amministratore di sostegno è tenuto ad agire avendo riguardo del soddisfacimento degli interessi e dei bisogni del beneficiario, informando il beneficiario circa gli atti da compiere nonché il giudice tutelare in caso di dissenso con il beneficiario stesso.

L'amministratore di sostegno dovrà altresì gestire il patrimonio utilizzando la diligenza del buon padre di famiglia, ciò emerge dal rinvio dell'art. 411 c.c. all'art. 382 c.c. La questione della gestione del patrimonio è importante, tanto è vero che l'amministratore di sostegno deve tenere regolare contabilità del suo operato e sottoporre annualmente il rendiconto al controllo del giudice tutelare che, in questo modo, può sorvegliare la gestione e adottare gli opportuni provvedimenti, se necessari[89]. Tale aspetto è ancor più rilevante qualora sia ricompresa nel patrimonio del beneficiario un'impresa. Infatti, il giudice tutelare tramite la verifica delle risultanze gestorie di natura patrimoniale, economica e finanziaria, potrà intervenire per indirizzare la gestione. Il giudice tutelare, di conseguenza, valuterà l'utilità della gestione in modo tale da considerare se la continuazione dell'attività possa essere considerata ancora proficua per il beneficiario di amministrazione di sostegno. Si precisa che la Corte di cassazione ha confermato la condanna penale per indebito

[89] Art. 380 c.c., cui rinvia espressamente l'art. 411 c.c.

rifiuto di atti d'ufficio, ai sensi dell'art. 328 c.p., nei confronti di un amministratore di sostegno che aveva omesso il deposito del rendiconto[90]

2. Decreto di nomina

Ai sensi dell'art. 405, 1° comma, c.c., «*il giudice tutelare provvede entro sessanta giorni dalla data di presentazione della richiesta alla nomina dell'amministratore di sostegno con decreto motivato immediatamente esecutivo, su ricorso di uno dei soggetti indicati nell'articolo 406*».

Il fatto che il decreto sia immediatamente esecutivo consente la non applicazione dei termini di decorrenza previsti dall' art. 741, comma 1°, c.p.c.; l'esecutività immediata, in ogni caso, non si riferisce all'assunzione dell'incarico di amministratore di sostegno ma al solo provvedimento. Infatti, colui che sarà nominato in qualità di amministratore di sostegno dovrà, dapprima, prestare giuramento.[91]

È possibile che il giudice tutelare, nei casi di necessità, adotti, anche d' ufficio, provvedimenti urgenti *«per la cura della persona interessata e per la conservazione e l'amministrazione del suo patrimonio. Può procedere alla nomina di un amministratore di sostegno provvisorio indicando gli atti che è autorizzato a*

[90] Cass, 6 marzo 2017, n. 10879
[91] Art. 411 c.c. che rinvia all' art.349 c.p.c.

compiere»[92]. Ne deriva che l'amministratore provvisorio, se nominato, possa eseguire gli atti per il cui compimento è stato nominato senza la necessità di alcuna ulteriore autorizzazione[93]. In merito alla durata dell'incarico, l'amministratore di sostegno provvisorio svolgerà il suo ufficio per il periodo che il giudice tutelare abbia previsto nel decreto di nomina, oppure per il tempo richiesto al compimento dello specifico atto per cui è stato nominato, o, ancora, fino a quando non avverrà la nomina del successivo amministratore di sostegno a titolo definitivo. Soprattutto quando nel patrimonio del beneficiario sia ricompresa un'attività imprenditoriale possono esserci valide ragioni che giustifichino la nomina di un amministratore di sostegno provvisorio: la nomina può essere funzionale alla sottoscrizione di un atto oppure all'adempimento di obbligazioni amministrative o fiscali che devono essere adempiute entro dei termini perentori, inoltre, sopra ogni cosa, la nomina dell'amministratore di sostegno provvisorio può impedire il dissesto dell'impresa consentendo la continuazione dell'attività[94]. Inoltre, qualora il beneficiario partecipi ad una società, l'intervento dell'amministratore di sostegno provvisorio può essere predisposto laddove vi sia l'urgenza di consentire la prosecuzione dell'attività societaria limitando una possibile paralisi dell'esercizio d'impresa dovuta al procedimento. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di un imprenditore

[92] Art. 405, comma 4°,c.c.
[93] L. GENGHINI, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, in *Collana manuali notarili*, a cura di L.Genghini, Milano, 2010, p. 716.
[94] Si veda, a tal proposito, al paragrafo 5 il decreto del Tribunale di Roma del 7 gennaio 2005.

amministratore unico di una società affetto da una demenza senile che compromette pesantemente le capacità del soggetto ed esponendo, di conseguenza, la società ad inadempienze che rischiano di portare alla chiusura dell'attività. In tali evenienze la nomina dell'amministratore di sostegno provvisorio può essere finalizzata alla sottoscrizione di un atto per sostituire l'amministratore unico oppure per compiere una trasformazione omogenea progressiva in modo tale da contenere la responsabilità patrimoniale del socio "fragile".

È il comma 5° dell'art. 405 c.c. ad enucleare il contenuto del decreto di nomina che deve contenere:

1) le generalità della persona beneficiaria e dell'amministratore di sostegno;

2) la durata dell'incarico, che può essere anche a tempo indeterminato;

3) l'oggetto dell'incarico e degli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario;

4) gli atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno;

5) i limiti, anche periodici, delle spese che l'amministratore di sostegno può sostenere con utilizzo delle somme di cui il beneficiario ha o può avere la disponibilità;

6) la periodicità con cui l'amministratore di sostegno deve riferire al giudice circa l'attività svolta e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario.

Per quel che riguarda l'oggetto dell'incarico, sembra da escludersi che il decreto del giudice possa sopprimere totalmente la capacità di agire del beneficiario, sia pure in relazione alla sola sfera dei suoi interessi patrimoniali: infatti, il beneficiario è sempre capace per gli atti di ordinaria amministrazione e per quelli personalissimi[95]. Dunque, per quel che riguarda l'ambito patrimoniale, si ritiene che il beneficiario possa essere privato della capacità di agire solo in riferimento «*ad uno o più atti ben determinati*» o «*ad una o più categorie di atti*». Infatti, l'art. 409, comma 1°, c.c. sottolinea la sussistenza della capacità di agire del beneficiario «*per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno*». In ogni caso, il beneficiario può compiere gli atti diretti a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana. Ecco perché il beneficiario di amministrazione di sostegno non è da considerarsi, in via

[95] L. GENGHINI, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, in Collana manuali notarili, a cura di L.Genghini, Milano, 2010, cit., p. 717

generale, un incapace legale; egli infatti sarà pienamente capace se non per quegli atti inclusi nel novero delle limitazioni previste dal giudice nel decreto di nomina o in provvedimenti assunti posteriormente per i quali è richiesta la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria. È sempre ammessa la tutela prevista dall' art. 428 c.c. se il beneficiario, nell'ambito delle eventuali capacità residue, compia atti che gli arrechino un grave pregiudizio.

L'intento del legislatore è quello attribuire al decreto di nomina la funzione di strumento "su misura" e che sia, pertanto, predisposto con riguardo alle specifiche caratteristiche del beneficiario. Spesso, però, nella prassi dei decreti di nomina il giudice, nel definire l'incarico dell'amministratore di sostegno, si riferisce genericamente ai concetti di ordinaria e straordinaria amministrazione, senza riportare in modo analitico un elenco degli atti che l'amministratore può compiere e di quelli per cui è richiesta l'assistenza al beneficiario. Questo aspetto è importante per garantire al meglio la sicurezza dei traffici giuridici e l'affidamento dei terzi: una predisposizione il più possibile precisa e puntuale dei poteri di cui è investito l'amministratore di sostegno e delle preclusioni previste per il beneficiario risultano, ad opinione di chi scrive, utili per il raggiungimento di questa finalità. Anche la previsione della forma di pubblicità *ex* art. 405, comma 7°, c.c. è coerente con tale aspetto.

Un compito importante affidato al giudice tutelare è quello di definire se l'amministrazione di sostegno, applicata al caso concreto, sia di tipo rappresentativo o di assistenza. È rimessa alla volontà del giudice la definizione di quali atti l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario, in qualità di suo rappresentante legale, e di quali, invece, il beneficiario può porre in essere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno. Se l'amministratore di sostegno è investito della rappresentanza, i suoi poteri rappresentativi sono definiti dal decreto di nomina e quindi potrebbero essere differenti caso per caso; non è dunque la legge a definirli in maniera generalizzata.

Emerge che il beneficiario dell'amministratore di sostegno conserva pienamente la propria capacità di agire per tutti quegli atti per i quali il giudice tutelare nulla abbia disposto: il beneficiario potrà compiere questi atti da solo e senza richiedere alcuna autorizzazione giudiziale. L'amministrazione di sostegno si pone come un sistema dualistico che consente contemporaneamente la rappresentanza e l'assistenza riguardo ad un unico soggetto[96].

Ai fini del presente elaborato sarà interessante indagare come la gestione d'impresa possa essere ricompresa nell'ambito dell'amministrazione di sostegno. Il giudice

[96] A. BARTOLUZZI, *L'amministrazione di sostegno, applicazioni pratiche e giurisprudenza*, Torino, 2005, p.112.

tutelare, dopo un'attenta analisi dello stato di salute fisica e mentale, valuterà se e come l'attività d'impresa possa essere proseguita dall' imprenditore beneficiario di un amministratore di sostegno.

È bene precisare che, l'amministratore di sostegno non è automaticamente autorizzato ad agire in forza del decreto di nomina[97]; il decreto ha natura programmatica e quindi si rende necessario il ricorso al giudice tutelare per ottenere l'autorizzazione al compimento dell'atto. Infatti, nell'art. 405 c.c. si legge che il decreto di nomina deve «*contenere l'indicazione*» degli atti senza far riferimento ad un'autorizzazione implicita al compimento degli stessi. Inoltre, lo stesso rinvio esplicito dell'art. 411 c.c. ai provvedimenti di cui agli artt. 374 e 375 c.c. supporta tale conclusione. Infatti, è espressamente prevista l'autorizzazione del giudice tutelare per tutti gli atti contenuti negli artt. 374 e 375[98] c.c. sia nelle ipotesi di amministratore di sostegno rappresentante che assistente. Quindi, il rinvio agli articoli citati ha lo scopo di determinare gli atti per i quali si richiede l'autorizzazione del giudice che, in ogni caso, è il giudice tutelare. Il giudice tutelare, in base a quanto previsto nel decreto di nomina, potrà, o autorizzare l'amministratore di sostegno a compiere l'atto in nome e per conto del beneficiario

[97] È prevista l'autorizzazione contestuale alla nomina solo per l'amministratore di sostegno provvisorio.
[98] L'art. 411, comma 1°, c.c. precisa che è competente anche per gli atti ex. Art. 376 sempre il giudice tutelare in luogo del Tribunale ordinario.

oppure autorizzare il beneficiario a porre in essere l'atto di straordinaria amministrazione con l'assistenza dell'amministratore di sostegno. Anche per quanto riguarda la promozione di azioni giudiziarie si fa riferimento alla disciplina degli artt. 374 e 375 c.c. dai quali si evince che non è sufficiente la mera rappresentanza ma è necessaria anche l'autorizzazione concessa dal Giudice tutelare che ha il potere-dovere di verificare la convenienza per l'incapace dell'azione.

In relazione all'applicazione dell'istituto dell'amministratore di sostegno al caso dell'imprenditore, è importante notare anche il punto n.5, comma 5° dell'art. 405 c.c., il quale prevede che nel decreto di nomina il giudice indichi dei limiti di spesa che devono essere rispettati dall'amministratore di sostegno. Questo elemento consente di stabilire un limite di spesa definito sulla base dell'entità del patrimonio del beneficiario e permette all'amministratore di sostegno, con un'unica autorizzazione, l'impiego di un determinato ammontare di spesa senza il bisogno che quest' ultimo richieda le autorizzazioni di volta in volta. Nulla è stabilito se questo aspetto si applichi anche al caso della gestione d'impresa. Ad opinione di chi scrive ciò potrebbe valere anche nel caso di un'attività d'impresa, anzi, vi sono pronunce di merito che non applicano alla gestione d'impresa alcun limite di spesa.

2.1 Legittimazione a proporre il ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno

È l'art. 406 c.c. ad individuare i soggetti legittimati a proporre il ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno, «*il ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno può essere proposto dallo stesso soggetto beneficiario, anche se minore, interdetto o inabilitato, ovvero da uno dei soggetti indicati nell'articolo 417*», e cioè, dal coniuge, dalla persona stabilmente convivente, dai parenti entro il quarto grado, dagli affini entro il secondo grado, dal tutore, dal curatore, o dal pubblico ministero. Inoltre, l'ultimo comma dell'art. 406 c.c. impone l'obbligo della proposizione del ricorso ai responsabili dei servizi sanitari e sociali. Schematizzando i legittimati possono essere:

-Beneficiario: allo stesso soggetto interessato è concessa la proposizione del ricorso: egli non solo ha la possibilità ex. art. 408, comma 1°, c.c. di definire il suo eventuale e futuro amministratore di sostegno qualora dovessero subentrare disabilità[99] ma potrà, inoltre, proporre il ricorso anche qualora già sia affetto da deficit o menomazioni. In dottrina si è aperto un dibattito circa la possibilità di

[99] Tuttavia si precisa che si tratta di una pura designazione dell' eventuale amministratore di sostegno che, forse, si renderà necessario in futuro; non è una proposizione del ricorso, infatti «non è legittimata a proporre il ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno in proprio favore la persona che si trovi nella piena capacità psico-fisica, presupponendo l'attivazione della procedura la sussistenza della condizione attuale d'incapacità, in quanto l'intervento giudiziario non può essere che contestuale al manifestarsi dell'esigenza di protezione del soggetto. (Cass., 20 dicembre 2012, n. 23707)

ammettere la designazione dell'amministratore compiuta dal soggetto non più pienamente capace di intendere e di volere. Ad opinione di alcuni[100], se si rispettasse appieno la *ratio* dell'istituto dovrebbe essere ritenuta valida la designazione compiuta da chi, seppure affetto da una qualche disabilità, conservi una buona capacità di intendere. Sul fronte opposto risiedono le opinioni di coloro[101] che, in virtù della forma richiesta *ad substantiam* per l'atto di designazione, ritengono necessaria la piena capacità di agire. La designazione ha una connaturata valenza positiva contenendo il nominativo della persona che l'interessato ritiene idoneo come suo amministratore di sostegno. Alcuni studiosi del diritto[102] reputano che sia ammissibile una designazione negativa attraverso la quale, l'ipotetico beneficiario escluda determinati soggetti circoscrivendo il novero dei possibili futuri amministratori di sostegno.

In ogni caso, un soggetto non potrà richiedere una nomina di amministratore di sostegno *pro futuro* se l'interessato è ancora in possesso di proprie capacità. Infatti, la pronuncia di assoggettamento ad un amministratore di sostegno richiede la sussistenza di un'attuale condizione di incapacità: il giudice si attiverà per la nomina solo se si è manifestata una necessità di protezione della persona[103] .

[100] G. BONILINI. F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, Milano, 2004, p. 100.
[101] G. CASSANO, *L'amministrazione di sostegno nella giurisprudenza*, Maggioli Editore, 2008, p. 54.
[102] A.JANNUZZI, P. LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2004, p. 266.
[103] *ex multis:* Cass.,22 aprile 2009, n. 9628 e Cass., 26 ottobre 2011, n. 22332.

-Coniuge, persona stabilmente convivente, parenti entro il quarto grado, affini entro il secondo grado: ciò è disposto dal rinvio dell'art. 406 c.c. all' art. 417 c.c.

-Pubblico ministero: questa legittimazione consente un'effettiva operatività della misura di protezione in commento. Il pubblico ministero è la figura istituzionalmente prevista per la tutela dei soggetti deboli ed ha l'obbligo, previsto dall'art. 70 c.p.c., di intervenire in tutte quelle cause riguardanti la capacità delle persone.

- Tutore e curatore: dalla lettura dell'art. 406, comma 2°, c.c. emerge che è possibile richiedere la nomina di un amministratore di sostegno anche se il soggetto sia già interdetto o inabilitato. In questa circostanza però dovrà essere richiesta la revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione innanzi al giudice competente

-Responsabili dei servizi sanitari e sociali: questi soggetti che hanno in cura l'interessato, qualora siano a conoscenza di fatti o situazioni che rendano opportuna l'apertura del procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno, devono proporre al giudice tutelare il relativo ricorso o informarne il pubblico ministero.

L'art 407 c.c. individua le informazioni essenziali che deve contenere il ricorso. Se il ricorso manca degli elementi essenziali questo non è inammissibile o improcedibile, tuttavia il giudice dovrà far sì che le parti provvedano ad integrarne il contenuto con un conseguente protrarsi del tempo del procedimento. Inoltre, un

altro effetto derivante dal ricorso incompleto è l'impossibilità, per il giudice, di predisporre i provvedimenti urgenti previsti dall'art. 405, comma 5°, c.c. con la necessaria conseguenza, in relazione all'argomento trattato nella presente tesi, di un aggravamento della situazione economica e finanziaria dell'impresa del beneficiario Al contenuto espressamente indicato dall'art. 407 c.c. si consiglia[104] di specificare: la situazione clinica/sanitaria come documentata nei certificati allegati, gli atti di carattere negoziale o comunque di rilevanza giuridica che il soggetto non può compiere in maniera autonoma e che ha concreta e attuale necessità di compiere, i fatti o gli eventi che evidenziano l'opportunità della misura di protezione giuridica, la situazione lavorativa e patrimoniale del beneficiario, i dati della persona ritenuta idonea a svolgere l'incarico di amministratore di sostegno e si ritiene utile l'assistenza o la rappresentanza del beneficiario per il compimento di alcune categorie di atti. L'inserimento di queste informazioni aggiuntive è tanto più raccomandato qualora nel patrimonio del beneficiario vi sia un'impresa commerciale che egli gestiva. In tal caso è auspicabile avanzare delle proposte nello stesso ricorso: si potrebbe richiedere di far proseguire l'attività all'imprenditore perché magari conserva ancora uno stato psicofisico che non sia eccessivamente compromesso, oppure di consentire all'amministratore nominato, qualora abbia le competenze necessarie, la continuazione della gestione. L'art. 407 c.c. prevede che

[104] Linee guida in materia di amministrazione di sostegno realizzate dal tribunale di Milano, febbraio 2015.

il giudice tutelare debba acquisire delle informazioni e possa disporre dei poteri istruttori per tutti gli accertamenti, anche di natura medica, che si reputano necessari per la decisione. Questi fatti generano una dilazione dei tempi che mal si concilia con l'urgenza e la rapidità del procedimento. Ecco perché, se al ricorso fossero allegati adeguatamente non solo gli elementi essenziali richiesti dall'art 407, potrebbe ridursi l'attività istruttoria del giudice con una conseguente pronuncia in tempi più brevi. Sarà il giudice, dopo aver raccolto tutte le informazioni necessarie, a designare l'amministratore e a predisporre il suo raggio d'azione.

2.2 Scelta dell'amministratore di sostegno

Per quanto riguarda la scelta dell'amministratore di sostegno è l'art. 408 c.c. a contenerne la disciplina. Sarà il giudice Tutelare a nominare l'amministratore di sostegno, orientando la sua decisione «*con esclusivo riguardo alla cura e agli interessi della persona beneficiaria* ».[105]

L'art. 408 c.c. contiene una sorta di ordine gerarchico a cui il giudice tutelare dovrà attenersi in tale valutazione. *In primis*, si dovrà considerare l'eventuale designazione dell'amministratore di sostegno già compiuta dal beneficiario con atto pubblico o scrittura privata autenticata, quando era ancora pienamente capace. In ogni caso il giudice tutelare dovrà tener conto anche dell'eventuale preferenza

[105] Art. 408, comma 1°, c.c.

espressa dal beneficiario durante il procedimento, ammesso che quest' ultimo abbia ancora una certa stabilità psichica. Alla volontà dell'interessato è attribuita importanza da legislatore infatti questa può essere disattesa solo se ricorrono gravi motivi.

In secondo luogo, se nulla è stato disposto o in presenza di gravi motivi, il giudice tutelare, con decreto motivato, potrà nominare un amministratore di sostegno diverso e la sua scelta sarà formata preferendo i seguenti soggetti(ove possibile): il coniuge che non sia separato legalmente, la persona stabilmente convivente, il padre, la madre, il figlio, il fratello o la sorella, il parente entro il quarto grado, il soggetto designato dal genitore superstite con testamento, atto pubblico o scrittura privata autenticata. Il seguente ordine di soggetti indicate dall' art 408 c.c., ritenute quelle su cui dovrebbe ricadere la scelta del giudice, non indica alcun ordine preferenziale in quanto ciò lederebbe la discrezionalità riconosciuta al giudice tutelare, avente come principio di riferimento esclusivamente la cura degli interessi del beneficiario[106]. Ciò che più colpisce è la possibilità del beneficiario, concessa dal legislatore, di indicare egli stesso il soggetto che vorrebbe in qualità di suo amministratore di sostegno qualora, in futuro, ci dovesse essere la necessità di ricorrere a tale strumento di protezione. Questo aspetto è meritevole d'attenzione soprattutto qualora si abbia un imprenditore che preventivamente provveda ad

[106] Cass., 26 settembre 2011, n. 19596.

indicare il soggetto ritenuto più idoneo alla gestione d'azienda, se dovesse sopraggiungere un deficit dell'imprenditore stesso; in questo modo si potrebbe evitare che in futuro la continuità aziendale possa essere lesa. Si precisa che il termine "designare" non ha lo stesso significato del verbo "nominare". Ragion per cui la designazione del beneficiario non è sufficiente per investire l'amministratore di sostegno del suo ruolo risultando invece necessaria la nomina del giudice tutelare[107]. La designazione di cui al primo comma (quella eseguita dallo stesso interessato) è sempre possibile revocarla purchè ciò avvenga nelle stesse forme stabilite dalla legge per l'atto revocando. Infine, l'ultimo comma consente, se il giudice tutelare lo ritiene opportuno e in presenza di gravi motivi (nel caso di designazione dell'interessato), di assegnare l'incarico anche ad un'altra persona ritenuta idonea oppure ad una persona giuridica. Emerge chiaramente come sia ampio lo spettro di persone che possono essere idonee a svolgere il ruolo di amministratore di sostegno, infatti l'articolo limita esplicitamente la possibilità di ricoprire il ruolo di amministratore di sostegno agli operatori dei servizi pubblici o privati che abbiano in cura o in carico il beneficiario per evitare possibili conflitti d'interesse.

Una volta avvenuta la nomina, in caso di accettazione dell'incarico, l'amministratore di sostegno dovrà prestare giuramento ai sensi dell'art. 411 c.c. e,

[107] A. BORTOLUZZI, *Amministrazione di sostegno, applicazioni pratiche e giurisprudenza*, Torino, 2005.

in seguito, se il decreto lo prevede, dovrà provvedere ad effettuare l'inventario (art. 362 c.c.). Se nel patrimonio del beneficiario sono ricomprese partecipazioni societarie o un'impresa andranno certamente inseriti nell'inventario.

3. Esercizio d'impresa da parte del beneficiario di un'amministrazione di sostegno

In questo paragrafo si analizzerà il rapporto fra senilità ed esercizio d'impresa in relazione all'istituto dell'amministrazione di sostegno.

All'esercizio di impresa è imprescindibilmente legata una complessa attività caratterizzata da un elevato livello di aleatorietà. Il rischio d'impresa è sempre presente, anche nel caso di imprenditore pienamente capace ma lo squilibrio fra costi e ricavi è ancor più probabile quando alle redini dell'impresa vi sia un imprenditore di capacità attenuate, magari a causa dell'età avanzata. Il nostro ordinamento, relativamente alle questioni legate all'incapacità delle persone, ha plasmato la sua disciplina avendo riguardo del principio della conservazione del patrimonio; è palese che il concetto di sicurezza sia l'opposto di quello di rischio, ecco perché la prosecuzione di un'attività che possa portare al deterioramento del patrimonio sia visto in maniera sfavorevole dall'ordinamento.

L'articolato normativo previsto per le ipotesi in cui la capacità di agire dell'imprenditore manchi, o comunque non sia totale è il seguente: art.320, comma

5[108] c.c.(riferito ai minori sottoposti alla potestà dei genitori), art. 371, comma 1°, n. 3[109] e comma 2°[110] ,c.c. (relativo ai minori sottoposti a tutela ed estendibile anche agli interdetti grazie al richiamo contenuto nell'art. 424, comma 1°), l'art 397[111] c.c.(riferito ai minori emancipati) oppure l'art. 425 c.c. (per gli inabilitati).

Tuttavia, fra le disposizioni definite dal legislatore in tema di amministrazione di sostegno non è prevista alcuna norma che disciplini in modo specifico la partecipazione del beneficiario ad un'impresa. La normativa dettata in tema di rapporti di impresa e societari per i soggetti incapaci non è direttamente applicabile al caso in esame non risultando consentita un'applicazione analogica delle norme appena riportate. Tuttavia, sebbene manchi un esplicito riferimento a tali articoli, non si può escludere che il giudice possa prevedere la loro applicazione, magari anche parziale, ai singoli casi concreti. Il silenzio normativo non agevola la l'interpretazione del trattamento che deve essere riservato al patrimonio imprenditoriale appartenente ad un beneficiario di amministrazione di sostegno ma

---

[108]«*L 'esercizio di una impresa commerciale non può essere continuato se non con l'autorizzazione del tribunale su parere del giudice tutelare. Questi può consentire l'esercizio provvisorio dell'impresa, fino a quando il tribunale abbia deliberato sulla istanza»*

[109] *Il giudice tutelare delibera «sulla convenienza di continuare ovvero alienare o liquidare le aziende commerciali che si trovano nel patrimonio del minore, e sulle relative modalità e cautele.»*

[110] *«Nel caso in cui il giudice stimi evidentemente utile per il minore la continuazione dell'esercizio dell'impresa, il tutore deve domandare l'autorizzazione del tribunale. In pendenza della deliberazione del tribunale il giudice tutelare può consentire l'esercizio provvisorio dell'impresa.»*

[111] *«Il minore emancipato può esercitare un'impresa commerciale senza l'assistenza del curatore, se è autorizzato dal tribunale, previo parere del giudice tutelare e sentito il curatore.*
L'autorizzazione può essere revocata dal tribunale su istanza del curatore o d'ufficio, previo, in entrambi i casi, il parere del giudice tutelare e sentito il minore emancipato.
Il minore emancipato, che è autorizzato all'esercizio di una impresa commerciale, può compiere da solo gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, anche se estranei all'esercizio dell'impresa»

di certo non esclude la necessità di regolare la sorte dell'attività in presenza di un imprenditore con condizioni psichiche attenuate. È implicito che la gestione dell'attività imprenditoriale e dei rapporti aziendali non possa che continuare specialmente quando questa gestione risponde alla cura degli interessi della persona del beneficiario.[112]A causa di questo vuoto normativo, si sono accesi dei dibattiti in dottrina sulle disposizioni che potessero essere riferite all'ipotesi di prosecuzione dell'impresa da parte del beneficiario di amministratore di sostegno.

La disciplina applicabile alla fattispecie è concretamente individuata nel decreto di nomina del giudice tutelare: solo dall'esame del decreto di nomina potranno essere definite le limitazioni imposte alla capacità del beneficiario. In ogni caso, il vuoto normativo non esclude che il beneficiario di amministrazione di sostegno non possa ottenere l'autorizzazione a proseguire un'attività di impresa già presente nel suo patrimonio[113] oppure acquisire un'impresa già avviata per gestirla[114].

In merito alla possibilità di intraprendere una nuova attività di impresa, sono state avanzate due diverse correnti di pensiero: quella minoritaria, che considera inammissibile un'autorizzazione volta a consentire l'inizio di una nuova impresa - essendo questa una possibilità riservata al solo minore emancipato ed esclusa anche

[112] B. DEL VECCHIO, M. D'ALIA, *Incapaci ed impresa commerciale*, in *Il regime patrimoniale della famiglia*, a cura di F. Preite, A. Cagnazzo, Torino, 2012.
[113] JANNUZZI E LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2006, p. 263
[114] M. AVAGLIANO, *Atti personalissimi e diritto delle società: tra incapacità parziale e capacità attenuata,* in *Notariato*, 2005, fasc.4. p. 393.

ai soggetti incapaci (totalmente o parzialmente)[115]-, che, però, non risulta coerente con la *ratio* dell'istituto in quanto si basa sull'opinione che il beneficiario dell'amministrazione di sostegno sia un soggetto incapace. Quella maggioritaria, invece, portavoce dell'impossibilità di escludere a priori che il decreto di nomina non possa consentire al soggetto amministrato di iniziare una nuova impresa commerciale[116].

Dunque, potrebbe accadere che il giudice nomini un amministratore di sostegno con vaste funzioni di rappresentanza o assistenza la cui conseguenza automatica comporterà la decisione logistica da parte dell'amministratore di sostegno senza intervento del beneficiario[117].

Circa la continuazione dell'impresa commerciale da parte del beneficiario di amministratore di sostegno, gli studiosi del diritto hanno assunto posizioni contrastanti. Per la dottrina minoritaria[118] l'orientamento da prediligere si fonda sull'art. 409 c.c.: il beneficiario di amministrazione di sostegno, mantenendo la sua capacità di agire, può continuare a guidare l'impresa senza bisogno di alcuna

[115] JANNUZZI E LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2006, p. 263

[116] A. BORTOLUZZI, *L'amministrazione di sostegno. Applicazioni pratiche e giurisprudenza*, 2005, p. 148

[117] M. AVAGLIANO, *Atti personalissimi e diritto delle società: tra incapacità parziale e capacità attenuata*, in Notariato, 2005, fasc.4.

[118] E. CALO', *L'amministrazione di sostegno: la legge 9 gennaio 2004*, n.6, Milano, 2004, p. 127; R. COGLIANDRO, *Sopravvenuta incapacità nelle società di persone e di capitali*, in *Volontaria giurisdizione e diritto societario*, a cura di F. Preite, A. Cagnazzo, Torino, 2012.

autorizzazione giudiziale (salve eventuali limitazioni fissate dal giudice nel decreto di nomina o nei decreti successivi). Di conseguenza, l'amministrato potrà svolgere tutte le attività d'azienda comprese quelle di alienare e liquidare le imprese commerciali.

Di contro, la dottrina maggioritaria[119] che, richiamando la disciplina vigente per il minore sotto tutela, ritiene necessaria l'apposita autorizzazione del giudice tutelare nel decreto di nomina o nell'eventuale successivo provvedimento emesso *ex* art. 407, comma 4°, c.c. Analizzando per tutti la posizione di B. Malvasi, si osservi la necessità di ottenere un decreto che esplicitamente consenta la continuazione dell'esercizio di impresa. Nel caso in cui non sia presente detta autorizzazione, occorrerà un ricorso per richiedere detta specifica autorizzazione.

È bene rammentare la presenza dell'art. 411 ultimo c.c. con la sua funzione di norma di chiusura in quanto prevede la possibilità per il giudice di disporre nei suoi provvedimenti «*che determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, avuto riguardo all'interesse del medesimo ed a quello tutelato dalle predette disposizioni*.» Ovviamente, la scelta fra l'applicazione delle norme in materia di interdizione (piuttosto che di inabilitazione) sarà effettuata

[119] B. MALVASI*, L'amministrazione di sostegno: le linee di fondo*, in *Notariato*, fasc. 4, 2004, p. 326; G. BONILINI e A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2004, p.271

esaminando la tipologia di disabilità che colpisce il beneficiario e la sua capacità di provvedere, in tutto o in parte, alla continuazione delle attività di gestione d'impresa.

Nel caso in cui sia stata concessa l'autorizzazione dal giudice tutelare alla continuazione dell'esercizio d'impresa -ovvero non sia prevista alcuna limitazione- la valutazione effettuata dal giudice implica la verifica sulla presenza di capacità gestionali dell'imprenditore con attenuate capacità. In ogni caso, il giudice tutelare potrà in ogni tempo rivisitare il decreto di nomina restringendolo. Come già detto, specifiche restrizioni possono essere inserite nel decreto di nomina o nei decreti successivi in cui, ad esempio, si disciplina concretamente la prestazione di garanzie o la dismissione di beni immobili.

Emerge che il provvedimento adottato dal giudice tutelare sarà frutto di una valutazione multidimensionale comprensiva di analisi delle condizioni psico-fisiche del soggetto, delle capacità di provvedere ai propri interessi e delle attitudini gestionali dell'imprenditore di attenuate capacità.

Quando il soggetto beneficiario rivesta la qualifica di imprenditore commerciale, è fondamentale che nel decreto siano elencati in maniera precisa gli atti che lo stesso possa compiere sì da evitare problemi e rallentamenti derivanti da clausole troppo generiche incluse nel provvedimento. Le clausole che, genericamente, non consentono al soggetto di compiere gli atti di straordinaria amministrazione, infatti,

possono creare criticità perché non è sempre agevole definire il contorno dell'amministrazione straordinaria.

Il giudice tutelare, dopo aver analizzato i presupposti per la nomina dell'amministratore di sostegno, disporrà se il beneficiario di amministrazione di sostegno potrà continuare l'attività di impresa da solo, mediante l'ausilio del suo amministratore di sostegno o, infine, se sia proprio quest'ultimo a dover operare in nome e per conto del beneficiario, previa autorizzazione [120]. Se il beneficiario ha ottenuto in maniera esplicita l'autorizzazione al compimento dell'attività d'impresa, non è necessaria l'autorizzazione di cui sopra. Il giudice tutelare, per poter assumere la sua decisione (che necessariamente avrà effetti anche sull'impresa del beneficiario), di certo avrà reperito informazioni sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa: nella fase di acquisizione della documentazione, infatti, il giudice potrebbe anche disporre l'esercizio provvisorio[121].

Per tutte le volte in cui sia necessaria l'autorizzazione specifica, si richiama l'art. 411 c.c. che, a sua volta, richiama gli artt. da 349 a 353 e da 374 a 388 c.c.

[120] BORTOLUZZI, *L'amministrazione di sostegno. Applicazioni pratiche e giurisprudenza*, 2005, cit., p. 148.
[121] Sull'esercizio provvisorio sono contenuti riferimenti nell' art. 371, ultimo comma c.c.

specificando che i provvedimenti *ex* artt. 375 e 376 c.c. sono emessi dal giudice tutelare.

Per quanto riguarda la definizione di quale sia l'organo giudiziario competente a consentire l'autorizzazione alla continuazione dell'impresa, le considerazioni della dottrina non sono uniformi.

Seppur esigua, una parte di essa[122] ritiene che l'organo competente a pronunciare la prosecuzione dell'impresa sia il Tribunale ordinario, su parere del giudice tutelare. La *ratio* consiste nella impossibilità di estendere il contenuto dell'art. 411 c.c. in materia d'impresa (anche alla luce di quanto previsto dagli artt.320, comma 5°, 371, comma 2° e 397, comma 1°).

La tesi opposta[123], da preferire, prevede che anche in tema di attività di impresa la competenza possa riferirsi al giudice tutelare in virtù dell'art 411 c.c. che lo individua come unico organo competente per tutte le questioni riguardanti l'amministrazione di sostegno, ivi comprese quelle riferibili all'impresa.

Il mancato rinvio dell'art. 411 c.c. all' art. 371 c.c., infatti, non deve pregiudicare l'applicazione della norma generale.

---

[122] Cfr., JANNUZZI e LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2006, p. 263.
[123] Cfr., A. AUCIELLO, *Incapaci e impresa*, Milano, 2018, p. 35; G. BONILINI e A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2004, p. 267; F. MASCOLO, G. MARCOZ, *L'amministrazione di sostegno e l'impianto complessivo del Codice civile*, in *Rivista del notariato,* fasc. 1, 2005, p. 1343.

L'assetto normativo previsto in tema di continuazione di attività di impresa in relazione all'istituto dell'amministrazione di sostegno è praticamente assente. Per supplire questa "carenza", quindi, è stato attribuito al giudice tutelare il compito di definire i limiti imposti alla capacità di agire del beneficiario.

Sovente, il giudice tutelare dovrà bilanciare la duplice esigenza di protezione del soggetto amministrato con la sua presenza nell'impresa e il ruolo che vorrebbe continuare ad avere all'interno della stessa - parte fondamentale della sua vita-.

Il beneficiario rimane l'unico ed esclusivo titolare dell'impresa ma, nel rispetto dei provvedimenti e delle indicazioni adottate dal giudice tutelare, potrà essere richiesta la rappresentanza o l'assistenza dell'amministratore. Di conseguenza, la generale capacità di agire di cui è in possesso il beneficiario di amministrazione di sostegno, la possibilità di scindere la titolarità dell'impresa commerciale rispetto al suo esercizio (affidabile anche a terzi in via sostitutiva o integrativa) e il silenzio del legislatore sul tema, ammettono la continuazione di un'impresa già esistente[124].

Se l'imprenditore fosse lungimirante e avesse deciso, ai sensi dell'art. 408, comma 1°, c.c., di stipulare un atto per la designazione del suo futuro ed eventuale amministratore di sostegno, potrebbe rilasciare indicazioni in merito all'esercizio

[124] B. DEL VECCHIO, M. D'ALIA, *Incapaci ed impresa commerciale*, in *Il regime patrimoniale della famiglia,* a cura di F. Preite, A. Cagnazzo, Torino, 2012.

della propria attività imprenditoriale? Autorevoli studiosi della materia[125] rispondono positivamente a detto quesito. Di conseguenza, nulla vieta all'imprenditore di esprimere delle direttive che l'amministratore di sostegno, qualora nominato, dovrà rispettare, o, quanto meno, seguire, nell'assistenza o nella rappresentanza esclusiva, all'esercizio d'impresa[126]. Tuttavia, si ricorda che il giudice tutelare pur non essendo obbligato ad accoglierle ne terrà conto, nei limiti del possibile, nella formulazione del decreto di nomina. Ad ogni modo, l'inserimento di queste indicazioni potrebbe consentire di orientare il giudice tutelare e l'amministratore di sostegno al perseguimento di obiettivi di breve periodo ma anche della *vision* aziendale pianificati dall'imprenditore.

3.1 amministrazione di sostegno e procura institoria

E' innegabile che l'attività di impresa sia, per natura, un'attività rischiosa da cui derivano difficoltà connesse al suo esercizio. Infatti, si potrebbe ragionevolmente ipotizzare la nomina di un institore (elemento determinante ai fini dell'autorizzazione alla continuazione dell'impresa, così come previsto dall'art 425 c.c. in tema di esercizio dell'impresa commerciale da parte dell'inabilitato). Infatti,

[125] G. BONILINI, *Designazione dell'amministratore di sostegno e direttive da seguire nello svolgimento dell'ufficio*, *in Famiglia persone e successioni*, 2007, fasc. 2, p.102 ss.
[126] G. BONILINI, *Capacità del beneficiario e compiti dell'amministratore di sostegno*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di G. BoniIini, A. Chizzini, Padova, 2007, 2 [a] ed., cit., p.226.

lo stesso decreto di nomina potrebbe subordinare la continuazione dell'attività di impresa alla nomina di un institore richiamando l'art. 425 c.c. ma potrebbe essere anche il beneficiario a volere che sia l'institore la figura preposta alla prosecuzione dell'attività. Qualora il beneficiario abbia provveduto a formulare l'atto di designazione preventiva dell'amministrazione di sostegno, il designante avrebbe ben potuto inserire nell'atto delle indicazioni finalizzate all'espressione della volontà di voler un institore, anche specificamente determinato, da affiancare all'amministrazione di sostegno e a cui demandare la completa gestione dell'impresa. Il giudice tutelare, in considerazione degli interessi e delle volontà del beneficiario, potrebbe indicare nel decreto di nomina, o in quelli successivi previsti dall'art. 407, comma 4°, c.c., le modalità per il rilascio della procura institoria, magari proprio nei confronti del soggetto precisamente indicato dall'imprenditore nell'atto di designazione. Sempre nel rispetto delle limitazioni imposte e delle autorizzazioni concesse dal giudice tutelare, qualora l'imprenditore anziano conservi delle capacità di discernimento potrà essere lui stesso, con l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno, a rilasciare la procura institoria. Diversamente, nell'ipotesi in cui il beneficiario della misura protettiva sia colpito da deficit gravi che annientano quasi completamente le sue capacità, sarà l'amministratore di sostegno, in qualità di rappresentate esclusivo, a rilasciare la procura institoria. Ad ogni modo, sull'institore vigilerà l'amministratore di

sostegno[127]. Se nell'impresa individuale un institore dovrebbe essere sufficiente considerando la modesta attività economica, nulla vieta che siano nominati più institori nelle attività di impresa con giri d'affari maggiori coerentemente con quanto previsto dall' art. 2203, ultimo comma c.c. La nomina dell'institore consente di scindere la cura della persona da quella del patrimonio affidando ad un soggetto competente la gestione dell'impresa. Ad esempio, nell' ipotesi di un imprenditore anziano che abbia dei figli che non vogliano proseguire l'attività del padre oppure che non siano in possesso delle giuste doti professionali, il giudice tutelare potrebbe nominare come amministratore di sostegno uno dei figli o il coniuge e consentire il rilascio della procura institoria. In questo modo l'azienda potrebbe continuare la sua attività grazie alla gestione protratta da un soggetto esperto nel campo aziendale quale è l'institore.

Altresì non è da escludere il ricorso all'affitto d'azienda ovvero la liquidazione o l'alienazione d'azienda sempre previa autorizzazione del giudice tutelare, come stabilito dall'art. 371, comma primo, n. 3, c.c. Il giudice tutelare ammetterà tali ipotesi se ravvisi che la continuazione dell'attività non sia utile per il beneficiario di amministrazione di sostegno.

[127] M. RUMASCHI, *Soggetti deboli e impresa individuale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 2, 2018, p.733.

3.2 Beneficiario di amministrazione di sostegno e impresa agricola

Considerazioni differenti merita la trattazione dell'esercizio di impresa agricola (*ex* art. 2135 c.c.) da parte del beneficiario di amministrazione di sostegno. Infatti, gli stessi articoli sopra menzionati (artt. 320, 371, 397 c.c.) si riferiscono all'impresa commerciale appartenente al patrimonio del soggetto debole, non predisponendo che l'esercizio dell'impresa agricola sia oggetto di autorizzazione. Ne deriva che non è necessaria alcun tipo di autorizzazione per il suo esercizio[128]. La differente disciplina rispetto a quelle prevista per le imprese commerciali è giustificata dai minori rischi collegati all'esercizio dell'impresa agricola data l'assenza del rischio di fallimento, tipico dell'impresa commerciale. Per tali ragioni, non è ipotizzabile l'esclusione di un beneficiario di amministrazione di sostegno dalla titolarità e dall'esercizio dell'impresa agricola. L'azienda agricola sarebbe trattata come ogni altro bene del soggetto di attenuate capacità, il cui esercizio sarebbe considerato come una forma di amministrazione dei beni, in niente diversa dall'amministrazione di ogni altro bene[129]. Si applicherà la disciplina generale relativa al compimento dei singoli atti giuridici: se nulla è stato previsto nel decreto di nomina, il beneficiario potrà continuare l'impresa non commerciale, senza

[128] A.JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, 6 ª ed. Milano, 1990, p.461.
[129] R. MASONI, *Incapaci, amministrazione di sostegno ed esercizio d'impresa*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2014, fasc. 1, p. 187.

nessun tipo di divieto[130] in piena autonomia negoziale e patrimoniale. Ad ogni modo, infatti, è sempre possibile, per i soggetti legittimati, ricorrere all'art. 428 c.c. per richiedere l'annullamento di atti compiuti in stato di incapacità naturale.

4.Partecipazione del beneficiario dell'amministrazione di sostegno a società

Le considerazioni evidenziate nell'ipotesi di impresa commerciale sono pressoché adattabili ai casi di partecipazione del beneficiario di amministrazione di sostegno alle società.

È sempre il giudice tutelare a definire le modalità di partecipazione del soggetto beneficiario di amministrazione di sostegno nel contesto societario e l'eventuale applicazione estensiva delle norme previste per gli incapaci in qualità di soci.

Seppur esigue, in tema di diritto delle società vi sono delle disposizioni applicabili alle fattispecie di soci incapaci. A titolo esemplificativo, si analizzi l'art. 2286 c.c. che disciplina l'ipotesi di esclusione, oppure gli artt. 2382 e 2399 c.c. in tema di decadenza dal ruolo di amministratore o sindaco o, infine, l'art. 2294 c.c. sulla partecipazione di persona incapace alla società in nome collettivo.

È sempre il giudice tutelare che, grazie all'ampia autonomia riconosciutagli dalla Legge n° 6 del 2004, definisce la disciplina applicabile ai singoli casi concreti e

[130] M. RAMUSCHI, *Soggetti deboli e impresa individuale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone,* 2018, fasc.2, p.737.

l'eventuale estensione delle disposizioni di legge previste per gli interdetti e gli inabilitati.

Occorre premettere che, data la naturale flessibilità dell'istituto dell'amministrazione di sostegno e l'unicità che connota ogni situazione reale, le singole fattispecie debbano essere esaminate caso per caso.

Per compiere questa "*valutazione in concreto*" è necessario verificare il contenuto del decreto, la *ratio* dell'istituto, l'oggetto dell'amministrazione e la fattispecie concreta.

Infatti, se il contenuto del decreto è altamente generico, potrebbero nascere delle incertezze, soprattutto in ambito societario: se il provvedimento non consentisse, in termini generali, di esercitare una società, nascerebbero dubbi in merito ad alcuni aspetti peculiari che potrebbero caratterizzare la vita di una società.

Da qui sorge il dubbio di come si dovrebbe comportare l'amministratore di sostegno di un socio di una società a responsabilità limitata che debba deliberare, per esempio, una riduzione di capitale oppure, l'approvazione del bilancio o prestare il consenso per il rinnovo dell'organo amministrativo.

In questi casi, occorre far chiarezza su ciò che il giudice vuole realmente tutelare e impedire cercando, quindi, di ricondurre all'uno o all'altro scopo, situazioni concrete che rimarrebbero escluse dal tenore letterale e tecnico del decreto. Bisogna

comprendere fino a che punto si spinge la portata degli impedimenti alla capacità del soggetto in tutti quei casi non specificatamente analizzati nel decreto.

4.1 Amministrazione di sostegno e società di persone

Parte della dottrina[131] ritiene che sia sufficiente l'autorizzazione per gli atti di straordinaria amministrazione per la partecipazione in società semplici e in società in accomandita semplice quando il beneficiario di amministratore di sostegno sia socio accomandante. Qualora, invece, il beneficiario partecipi ad una società in nome collettivo o a una società in accomandita semplice -in qualità di accomandatario- si ritiene migliore una specifica autorizzazione del giudice alla continuazione *ex* art. 371 c.c.

Il beneficiario ha la piena legittimazione a continuare a partecipare ad una società semplice nel rispetto delle autorizzazioni concesse dal giudice tutelare ex art. 405 c.c. Ne deriva che il compimento degli atti partecipativi sarà valutato in relazione alla compatibilità con l'attività dell'impresa non commerciale, tipica delle società

[131] E. CALICE, *Commento all'art. 411* c.c. in *Codice civile ipertestuale*, a cura di G.Bonilini, M.Confortini, C. Granelli, Torino, 2006, p.652

semplici, nonché in ordine al grado di partecipazione dell'amministratore di sostegno a siffatta partecipazione[132].

Nella società semplice, mai in quella in nome collettivo, è possibile ricorrere ad una modifica statutaria per escludere il socio beneficiario[133] che non riveste la carica di amministratore dalla responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali ai sensi dell'art. 2267 c.c.

Nel caso in cui il beneficiario sia anche amministratore, si avrà uno scenario più articolato.

Difatti, le norme dettate per gli interdetti e gli inabilitati non sono direttamente applicabili al caso dell'amministrazione di sostegno se non attraverso il decreto che preveda espressamente l'applicabilità di tali norme alla fattispecie in esame (art. 411, comma 4°, c.c.).

In questa evenienza si potrebbe far riferimento all'art. 2286 c.c. in tema di esclusione del socio di società semplice, interdetto o inabilitato. La stessa disposizione potrebbe essere applicata anche al caso delle società in nome collettivo

[132] B. DEL VECCHIO, *Capacità del minore, dell'interdetto, dell'inabilitato e del beneficiario di una amministrazione di sostegno di essere socio nelle società di capitali*, in *Volontaria giurisdizione e diritto societario*, a cura di F. Preite, A. Cagnazzo, Torino, 2012
[133] M. BERNARDI, L*'amministrazione di sostegno: considerazioni brevi e prassi applicativa*, pubblicato in Il caso.it, settembre 2014, p. 4.

e delle società in accomandita semplice in virtù dei rinvii degli artt. 2293 e 2315 c.c.

Sull'applicazione in via analogica degli articoli sopra citati ai casi in cui sia coinvolta un'amministrazione di sostegno, si sono espressi diversi autori. *In primis*, occorrerà valutare la compatibilità del contenuto del decreto con l'eventuale estensione delle norme applicabili per gli interdetti e gli inabilitati all'amministrazione di sostegno.

La dottrina unanime ritiene che quando il decreto impone molte limitazioni al beneficiario (similmente alla pronuncia di interdizione), comunque non è sovrapponibile il soggetto beneficiario con un interdetto. Tuttavia, se l'imprenditore, ormai anziano, è affetto da patologie che incidono pesantemente sulle capacità di agire, il decreto di nomina può stabilire che si producano alcuni effetti previsti per l'interdizione e l'inabilitazione, come l'art 2286 c.c.

Quindi, anche se l'articolo non dichiara espressamente come causa di esclusione facoltativa l'assoggettamento ad amministrazione di sostegno, la possibile estensione dei suoi effetti porta con sé la possibilità di esclusione dalla società del beneficiario dell'amministrazione di sostegno[134].

[134] B. ACQUAS, *L'esclusione del socio nelle società*, Milano, 2008,cit., p. 68.

Una riflessione: lo scopo dell'art 2286 c.c. è salvaguardare la società consentendo l'esclusione del socio autore di gravi inadempienze dalle obbligazioni derivanti dalla legge o dal contratto sociale (nonché interdetto o inabilitato).

Ci si chiede se il giudice tutelare, soggetto terzo dalla compagine sociale, possa escludere il socio con decreto. La risposta a questa domanda è di tipo affermativo nel caso in cui l'esclusione del soggetto amministrato dalla società risponda a esigenze di tutela del beneficiario.

Peraltro, non può escludersi che il giudice tutelare ritenga di affidare la relativa valutazione proprio agli altri soci sani, in virtù della maggiore attitudine di costoro a valutare compiutamente l'impatto della sopravvenuta disabilità di un socio sull'interesse di quella società, e dunque opti per estendere al beneficiario la disciplina dell'art. 2286 c.c.[135].

Inoltre, si potrebbe considerare l'eventualità che l'art 2286 c.c. operi *ex lege*, a prescindere da quanto emerga nel provvedimento del giudice tutelare, a patto che il socio abbia tenuto una condotta caratterizzata da gravi inadempienze derivanti, nel caso in esame, dalla senilità dell'imprenditore.

[135] P. MATERA, F. SBARBARO, *L'esclusione del socio incapace dalla società di persone, i*n *Amministrazione di sostegno, interdizione inabilitazione*, a cura di G. Salito e P. Matera, Padova, 2013.

Quindi, ribadito che l'amministrazione di sostegno non costituisce una causa espressamente prevista dall' art. 2286, c.c. ma che potrebbe essere contenuto un riferimento a tale norma nel provvedimento del giudice tutelare, è possibile che i soci possano escludere il soggetto inadempiente. Si precisa però che non sorgerà questo diritto di esclusione dei soci qualora il deficit o la menomazione non sia tale da ostacolare l'adempimento delle obbligazioni sociali.

Ad ogni modo, i soci ben potrebbe regolamentare, *ex ante*, la possibilità che uno di essi possa essere, in futuro, soggetto ad un'amministrazione di sostegno, prevedendo un'ulteriore ipotesi di esclusione facoltativa.

È interessante notare come l'autonomia riconosciuta ai giudici tutelari nel predisporre discrezionalmente il proprio provvedimento possa tutelare i soci illimitatamente responsabili dal rischio di fallimento. La possibilità del dissesto dell'imprenditore fragile preoccupa i giudici tutelari portandoli a dover compiere una scelta netta fra diniego o concessione dell'autorizzazione a proseguire l'attività. Tuttavia, per ovviare a ciò, sono sempre più frequenti le adozioni di autorizzazioni subordinate da parte dei giudici tutelari[136]. Queste autorizzazioni sono rilasciate all'amministratore di sostegno a condizione che siano finalizzate all'"alleggerimento" della posizione del beneficiario amministrazione di sostegno

[136] U. MINECCI, *L'uso della AdS a tutela degli imprenditori fragili: una soluzione da incoraggiare*?, in *Famiglia e diritto*, 2019, fasc. 8-9 p.815 ss.

all'interno dell'impresa. Sostanzialmente hanno l'obiettivo di convertire la qualifica di socio da illimitatamente a limitatamente responsabile magari tramite una trasformazione regressiva di società[137] oppure mediante un cambiamento della tipologia di partecipazione posseduta dal beneficiario (es. da accomandatario ad accomandante)[138].

Anche nei casi in cui la qualifica di socio sia immune dal rischio di dissesto la nomina di un amministratore di sostegno può essere adeguata qualora la partecipazione sia dotata di rilevanti diritti di carattere amministrativo affidando all'amministratore di sostegno il compimento delle prerogative sociali.[139]

4.2 Amministrazione di sostegno e società di capitali

In merito alla partecipazione del beneficiario di amministrazione di sostegno a società di capitali vale la stessa regola generale: il soggetto è capace di agire salvo i limiti imposti dal decreto di nomina. Anche quando il decreto prevede espressamente che devono essere concesse autorizzazioni per l'esercizio

[137] Il Tribunale di Brescia del 24 aprile 2018 ha previsto la possibilità per l'amministratore di sostegno a recedere in nome e per conto del beneficiario da una S.n.c. se non fosse intervenuta una modifica societaria che consentisse di limitare la responsabilità patrimoniale del socio sottoposto alla misura protettiva.
[138] Come avvenuto nel provvedimento del giudice tutelare di Novara del 5 dicembre 2012. Per un maggior approfondimento sul caso concreto si rinvia al paragrafo 5 di questo capitolo.
[139] Si veda il decreto del giudice tutelare di Milano del 20 luglio 2018. Il giudice tutelare ha affidato all'amministratore di sostegno lo svolgimento di tutte le prerogative dell'interessato che era, oltre a socio di maggioranza di una società per azioni, anche presidente del consiglio di amministrazione della società stessa.

dell'impresa, tuttavia, la mancanza di responsabilità illimitata comporta, come logica conseguenza, la superfluità di ogni autorizzazione[140]. Infatti, se il nostro legislatore non ha voluto porre limitazioni alla partecipazione degli incapaci alle società di capitali, data l'assenza della responsabilità illimitata ad eccezione delle peculiarità previste per le S.r.l o S.p.a unipersonali[141], tanto più questo trattamento varrà nei casi di amministrazione di sostegno.

Di conseguenza dovrà essere usata particolare cautela nella valutazione per autorizzare il beneficiario alla partecipazione in qualità di socio unico di società di capitali data la possibilità di assunzione della responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali. L'esclusione dalla amministrazione della società potrà pertanto essere disposta sia su richiesta del beneficiario o dell'amministratore di sostegno che d'ufficio[142].

Se la decisione di investimento del patrimonio in una società di capitali o in una società in accomandita semplice -valutata in base all'incidenza sul patrimonio del beneficiario- può essere ricompresa negli atti di ordinaria amministrazione[143], a

[140] A. AUCIELLO, *Incapaci e impresa*, Giuffrè editore, Milano, 2018, cit., p. 173.
[141] Infatti, nei casi tassativi previsti dalla legge, vi è la possibilità di assumere responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali. A tal proposito si vedano gli artt. 2325 e 2362 c.c. che si riferiscono alle società di capitali e l'art. 2462 c.c. per le società a responsabilità limitata.
[142] M.BERNARDI, *L'amministrazione di sostegno: considerazioni brevi e prassi applicativa,* pubblicato in Il caso.it, settembre 2014, cit., p. 5.

[143] M. AVAGLIANO, *Atti personalissimi e diritto delle società: tra incapacità parziale e capacità attenuata*, in Notariato, 2005,fasc.4.

medesima conclusione si giunge per quegli atti derivanti dalla partecipazione a questi tipi di società, in particolare per quelli in cui il socio è chiamato a palesare il suo voto o il suo consenso.

L'analisi si baserà sugli effetti che ricadono sul soggetto beneficiario di amministrazione di sostegno e sul suo patrimonio. In genere, si tende ad ammettere che il soggetto possa prendere parte alle assemblee ordinarie (a differenza di quanto accade per quelle straordinarie in cui è necessario verificare i possibili pregiudizi nella sfera patrimoniale).

Tuttavia, non mancano opinioni differenti che reputano la partecipazione del beneficiario di una amministrazione di sostegno come atto di straordinaria amministrazione[144]. Per tali ragioni, parte della dottrina ritiene indispensabile l'autorizzazione del giudice tutelare alla partecipazione alle assemblee straordinarie riguardanti la modifica dei patti sociali che può incidere, anche indirettamente, sul patrimonio del soggetto debole. Lo scrivente accoglie con maggior favore la tesi secondo cui l'intervento autorizzativo del giudice tutelare debba essere valutato con riguardo all'oggetto della singola deliberazione. Seguendo questo orientamento, di conseguenza, non è reputata necessaria alcuna autorizzazione se la decisione

[144] In questo senso M. SCARDACCIONE, *Capacità del minore, dell'interdetto, dell'inabilitato, dell'emancipato e del beneficiario di una amministrazione id sostegno di essere socio nelle società di capitali*, *in Volontaria giurisdizione e diritto societario*, a cura di F. Preite, A. Cagnazzo, Torino, 2012.

assembleare produce effetti su un interesse sociale, diversamente, la preventiva autorizzazione risulta necessaria se la delibera sia diretta ad incidere sui diritti individuali del socio oppure comporti un atto dispositivo da parte del soggetto che partecipi alla società di capitali[145].

Gli effetti derivanti da una delibera in merito alla trasformazione regressiva in società di persone oppure un aumento di capitale non sono minimamente paragonabili, ad esempio, alle delibere in merito alle riduzioni necessarie per perdite oltre un terzo del capitale: come già detto, è necessario richiedere un'integrazione *ex* art. 407 c.c. al decreto a tutela degli atti lesivi che il beneficiario potrebbe compiere.

Nel caso in cui il beneficiario sia socio di società, deve rilevarsi che, debitamente autorizzato, sarà l'amministratore di sostegno a esercitare i poteri inerenti a tale qualità.

È probabile che il soggetto beneficiario sia estromesso dall'amministrazione della società con la consequenziale nomina di un nuovo amministratore (che non coincide con l'amministratore di sostegno) estraneo al contesto familiare dell'imprenditore, soprattutto nei casi di forte conflittualità familiare o nei casi in cui il giudice tutelare

[145] M. SCARDACCIONE, *Capacità del minore, dell'interdetto, dell'inabilitato, dell'emancipato e del beneficiario di una amministrazione id sostegno di essere socio nelle società di capitali*, in *Volontaria giurisdizione e diritto societario*, a cura di F. Preite, A. Cagnazzo, Torino, 2012.

non riscontri nei familiari le doti che devono essere possedute per continuare l'esercizio di impresa.

Sulla possibilità che l'amministratore di sostegno rivesta il ruolo di amministratore della società, non esistono particolari dubbi in dottrina. Anche la giurisprudenza di merito sembra aver convalidato questa ipotesi con il decreto del 23 settembre 2008 del Tribunale di Roma.

Nonostante detto assunto sia normativamente ammissibile, è poco sostenibile a livello pratico e difficilmente adattabile alle esigenze di un'impresa.

Al contrario, si ritiene che l'amministratore di sostegno provvisorio possa essere utilizzato quale strumento valido nel caso di un'impresa commerciale nel patrimonio del beneficiario. La *ratio* è la possibilità di adottare celermente provvedimenti urgenti per evitare ritardi e situazioni che, con il tempo, si ripercuotono negativamente sulla realtà aziendale.

Sul rapporto intercorrente fra amministrazione di sostegno ed esercizio dell'attività di impresa, non è presente alcuna pronuncia della Corte di cassazione.

4.3 Applicabilità dell'art. 2382 c.c. nell'ipotesi di amministrazione di sostegno

L'art. 2382 c.c. è estendibile, in virtu' dell'art. 2454 c.c., alle società in accomandita per azioni. Lo svolgimento del ruolo di amministratore di una società richiede

professionalità altamente qualificate ma la nomina di un'amministrazione di sostegno non è inserita fra le cause di decadenza degli amministratori *ex* art. 2328 c.c. Per tali motivi, considerando la mancata previsione esplicita dell'amministrazione di sostegno fra le cause di decadenza, l'eventuale contrazione della capacità di agire del beneficiario disposta nel provvedimento del giudice tutelare e la disciplina applicabile alle singole fattispecie varierà in base allo status di incapacità che colpisce il beneficiario. Laddove la nomina dell'amministrazione di sostegno sia posta a tutela di un amministratore, di società per azioni, che abbia perso quasi totalmente la capacità di agire, appare ragionevole ritenere che ricorra una legittima causa di revoca dall'incarico[146]. Risulta ammissibile che il giudice tutelare affidi all'amministratore di sostegno la prerogativa di provvedere all' esclusione del beneficiario dall'amministrazione della società[147].

Ad ogni modo, eventuali incertezze interpretative sarebbero risolte se i provvedimenti dei giudici stabilissero specificamente l'esclusione o meno dagli incarichi di amministratore di società.

Rimanendo salva la possibilità che vengano inserite nello statuto ulteriori cause di decadenza, l'eventuale previsione dell'amministrazione di sostegno come ulteriore

[146] D. BOGGIALI, A. RUOTOLO, *Ineleggibilità degli amministratori nelle società di capitali per l'interdetto, l'inabilitato e del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in *Volontaria giurisdizione e diritto societari*o, a cura di F. Preite, A. Cagnazzo, Torino, 2012.
[147] Così Giudice Tutelare di Milano, 20 luglio 2018.

motivo di decadenza, consentirà l'operatività della decadenza dell'amministratore della società per azioni che sia beneficiario di amministrazione di sostegno.

4.4 Applicabilità dell'art. 2382 c.c. agli amministratori di società a responsabilità nell'ipotesi di amministrazione di sostegno

Oggetto di dibattito dottrinale è l'applicabilità dell'art. 2382 c.c., in tema di ineleggibilità e decadenza degli amministratori di società per azioni, alle società a responsabilità limitata. L'interdizione e l'inabilitazione del soggetto investito della carica di amministratore della società per azioni determinano automaticamente la cessazione dalla stessa. Ci si interroga, pertanto, se coloro che sono sottoposti ad amministrazione di sostegno possano continuare a ricoprire il ruolo di amministratore di società a responsabilità limitata. Per fornire un'interpretazione alla questione suddetta è necessario ripercorrere le differenti posizioni dottrinali in merito alla possibilità di estendere l'art. 2382 c.c. alle società a responsabilità limitata visto che nemmeno la disciplina dedicata agli interdetti e inabilitati contiene norme che vietino espressamente a tali soggetti lo svolgimento del ruolo di amministratore di questa tipologia di società.

Si è sostenuto che quanto previsto per le società per azioni possa essere applicato anche agli amministratori delle società a responsabilità limitata, poiché l'art. 2382

c.c. sarebbe una norma a tutela di terzi a carattere generale e, pertanto, riferibile a tutte le società di capitali[148].

Differentemente, è stato considerato che l'espunzione dall'attuale art. 2475 c.c. del richiamo all'art. 2382 c.c. conduca all'inapplicabilità alle società a responsabilità limitata delle norme previste per le società per azioni, salvo che non sussista uno specifico richiamo nell'atto costitutivo[149].

Se si appoggiasse l'interpretazione analogica dell'art. 2382 c.c., detta norma potrebbe essere richiamata nel decreto del giudice tutelare, *ex* art. 411, comma 4°, c.c. Il giudice tutelare, infatti, disponendo che vengano applicate norme previste per gli interdetti e gli inabilitati, come l'art 2382 c.c., potrebbe stabilire la decadenza dal ruolo di amministratore di società a responsabilità limitata al beneficiario di amministrazione di sostegno, qualora risponda ad esigenze di salvaguardia e tutela del soggetto debole.

Inoltre, un'altra questione dibattuta riguarda la legittimità o meno di due tipologie di clausole statutarie di società a responsabilità limitata: quelle che richiamano clausole di ineleggibilità e decadenza delle società per azioni e quelle che aggiungono ulteriori cause di ineleggibilità e decadenza. La Commissione Società

[148] G. ZANARONE, Delle società a responsabilità limitata, in *Il codice civile. Commentario*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 2010, p.946.
[149] A. FERRUCCI, C. FERRENTINO, *Società di capitali, società cooperative e mutue assicuratrici*, Milano 2012, p. 1562.

del Consiglio notarile di Milano, pubblicando la massima n. 149 del 17 maggio 2016, ha stabilito la legittimità di entrambe le tipologie di clausole. Per tali motivi, i patti sociali di una società a responsabilità limitata possono prevedere come causa di decadenza degli amministratori la nomina dell'amministrazione di sostegno.

Considerando che l'amministratore di una società a responsabilità può essere anche un socio della stessa e, coerentemente con l'argomento di cui si sta trattando, tale ruolo potrebbe essere assunto dal fondatore o da uno dei soci principali della società ormai anziano, è importante definire il trattamento ad essi applicabile, qualora dovesse subentrare un qualche tipo di deficit, essendo gli amministratori di società titolari di funzioni gestorie cui si collegano poteri di iniziativa, poteri esecutivi e poteri di rappresentanza.

5. Disamina di alcuni casi concreti

Lo scrivente effettuerà una disamina di tre decreti di giudici tutelari per osservare le disposizioni applicate al caso concreto.

La problematica sottoposta al giudice tutelare di Novara, nel decreto del 5 dicembre 2012, riguarda un imprenditore ottantenne che riveste il ruolo di socio accomandatario di un gruppo di società con circa 1000 dipendenti.

La struttura del gruppo risulta complessa: la società operativa consiste in una s.p.a., in realtà governata da una s.a.p.a. il cui socio unico è una s.a.s.: l'imprenditore, socio accomandatario insieme con la moglie, è anche amministratore.

Si premette che in un processo precedente, la moglie e i figli dell'imprenditore in questione hanno cercato di estromettere l'anziano proprietario dalla compagine sociale e, il Tribunale civile, ha revocato il suo ruolo di amministratore.

Si osservi, quindi, la presenza di un conflitto familiare oltre all'impossibilità di trovare -fra gli eredi- un successore con abilità imprenditoriali sufficienti.

È stata richiesta dal giudice tutelare la consulenza tecnica di ufficio che ha accertato un deterioramento delle capacità cognitive dell'imprenditore con una consequenziale percezione frammentata e parziale della realtà e, soprattutto una difficoltà nel riconoscere il valore del denaro e nell'espressione numerica delle quantità. È evidente che queste ultime carenze possono creare problemi importanti per quanto riguarda la gestione del patrimonio aziendale; tuttavia la CTU non aveva escluso la possibilità di un affiancamento nella gestione societaria. Anche in questo caso si riscontra la connaturata elasticità tipica dell'istituto in esame. Il giudice ha ravvisato la notevole disponibilità economica vantata dal soggetto in esame e la contestuale assenza di utilità di incremento del patrimonio. Tuttavia, il rischio maggiore è stato riscontrato per le sorti dell'impresa. Il provvedimento adottato ha disposto la nomina di un avvocato in qualità di amministratore di sostegno affinché

svolgesse, sempre nell'interesse del beneficiario, tutte quelle operazioni volte non all'uscita dalla compagine sociale, ma "*al mero affievolimento della sua posizione all'interno della società in accomandita semplice da socio accomandatario a socio accomandante*". In particolare, per quanto riguarda le quote societarie, intese come meri cespiti patrimoniali, vi provvederà il beneficiario ma con l'assistenza dell'amministratore di sostegno. Il giudice tutelare ha anche affermato l'impossibilità dell'eventuale soluzione ritenuta possibile dalla CTU in quanto avrebbe esposto il beneficiario a rispondere illimitatamente, qualora fosse intervenuta la sentenza dichiarativa di fallimento, per le scelte imprenditoriali compiute dal coniuge (socio accomandatario amministratore).

Inoltre, è stato sottolineato che anche nell'ipotesi in cui l'interessato fosse stato reinserito nella società con il ruolo di amministratore, si sarebbe verificata una contraddizione insanabile con l'art. 2318 c.c..

La norma citata, infatti, impedisce di affidare la carica di amministrazione della società a soggetti estranei alla compagine societaria. Nel caso in esame si sarebbe verificato che l'avvocato, in qualità di amministratore di sostegno, assumesse le vesti di co-amministratore della società, imposto dal giudice tutelare (e non dai soci), con la funzione di coadiuvare l'interessato non più in grado di gestire autonomamente la società.

Il secondo caso verte sul decreto del Tribunale di Mantova dell'8 febbraio 2017.

Il giudice tutelare del Tribunale di Mantova, infatti, è stato chiamato a valutare la nomina di un amministratore di sostegno per una socia, assieme al fratello, di una società agricola ereditata dal padre. Il fratello e la madre della signora in questione, chiedono la nomina di un amministratore di sostegno cui sia affidata l'intera gestione economica personale della beneficiaria a causa del disturbo schizo-affettivo di tipo bipolare documentato da certificati medici. Il giudice, dopo aver esaminato tutti i certificati medici allegati dai ricorrenti nonché una memoria depositata dall'interessata, ha ritenuto opportuno incaricare un medico psichiatra affinché redigesse una perizia tecnica. Il CTU ha rilevato che i disturbi, dati principalmente dalla grande conflittualità in ambito familiare, riguardavano esclusivamente la sfera emotiva e psichica ma non quella intellettiva. La nomina dell'amministrazione di sostegno ha consentito alla beneficiaria di provvedere in maniera adeguata alla gestione dell'azienda agricola di cui è socia e per la successiva fase di divisione della stessa in riferimento alla quale risultava pendente anche una causa civile. A causa della conflittualità in atto, è stato nominato amministratore di sostegno della signora un Dottore Commercialista con il compito di compiere, in nome e per conto della beneficiaria, tutti gli atti di ordinaria amministrazione della società, gli atti relativi ai poteri conferiti alla beneficiaria dallo statuto, nonché tutti gli atti di straordinaria amministrazione della società, previa autorizzazione del giudice per un triennio.

Infine, il decreto Tribunale di Roma del 7 gennaio 2005 riguarda il caso di una figlia che richiede la nomina di un amministratore di sostegno per la madre affetta da demenza senile e socia-nonché amministratrice unica -di una società in nome collettivo. Il decreto in commento ripercorre tutte le valutazioni che dovrebbero accompagnare il giudice nell'*iter* di nomina dell'amministratore di sostegno: tutti i soci erano d'accordo nella stipula di un atto volto alla modifica dei patti sociali per consentire alla beneficiaria di continuare il solo ruolo di socio ma non quello di amministratore. Nel ricorso, il figlio della signora è indicato quale persona idonea a ricoprire l'incarico di amministratore di sostegno.

Nel presente decreto il giudice tutelare si è interrogato se la signora fosse da interdire o se, semplicemente, fosse applicabile l'istituto di amministrazione di sostegno.

Dall'argomentazione in esame si evince la disciplina applicabile agli incapaci che partecipino ad una società in nome collettivo (art. 2294 c.c.) e la subordinazione all'osservanza degli artt. 320, 371, 397, 424 e 425 c.c.. si evince inoltre che il combinato disposto degli artt. 371 c.c. e 424 c.c. consente di assicurare una protezione adeguata al soggetto coinvolto.

A seguito di queste considerazioni, il Tribunale di Roma ha ritenuto necessaria, per la conservazione e l'amministrazione in via d'urgenza del patrimonio, la nomina di un amministratore provvisorio (figlio dell'anziana imprenditrice). La nomina è stata

disposta con l'obiettivo unico di sottoscrivere, con poteri di rappresentanza esclusiva, l'atto notarile di sostituzione dell'amministratore unico della società con attribuzione della carica ad un'altra socia, estranea alla famiglia dell'interessata, quale amministratrice della società.

L'analisi di questi tre decreti ha permesso di verificare come in concreto si sono risolte le questioni che circondano il tema trattato.

Si evince che la possibile conflittualità che non di rado caratterizza la sfera personale dell'imprenditore è causa di una nomina dell'amministratore che ricade su figure che nulla hanno a che fare con il contesto affettivo dell'imprenditore. La nomina può coinvolgere figure professionali che abbiano le capacità di gestire al meglio le vicende riguardanti l'impresa. Una scelta di questo tipo si verificherà anche in quei contesti in cui non siano presenti soggetti vicini all'imprenditore adatti ad assumere le redini dell'impresa. Lo scrivente ritiene estremamente di impatto la vicenda su cui si è espresso il Tribunale di Novara: il soggetto coinvolto è il classico imprenditore che ha fondato la sua azienda e che l'ha accompagnata in un percorso di crescita e sviluppo; è lo stesso imprenditore che considera l'impresa come un figlio da cui è difficile allontanarsi. Degna di nota è la scelta adottata dal giudice tutelare del Tribunale di Novara che ha saputo contemperare al meglio le esigenze dell'impresa con quelle personali dell'imprenditore consentendo a quest'ultimo di conservare il suo ruolo di socio e di svolgere le attività assistito

dall'amministratore di sostegno -senza allontanarlo del tutto dal "bene azienda" che per lui non rappresenta soltanto una parte indistinta del patrimonio -.

Si osservano problematicità circa il prolungato esercizio dell'attività di impresa da parte dell'amministratore di sostegno in sostituzione dell'imprenditore: la gestione d'azienda richiede capacità economiche sviluppate ma, l'art 382 c.c. richiamato dall'art. 411, comma 1°, c.c., prevede che l'amministrazione del patrimonio del beneficiario debba svolgersi con la diligenza del buon padre di famiglia. Questo livello di diligenza, ai fini della gestione dell'impresa, non è sufficiente poiché detta attività necessita di spiccata professionalità e di doti operative. Un'alternativa non escludibile potrebbe essere quella di liquidare o alienare l'impresa, previa autorizzazione del giudice tutelare. Ad ogni modo, l'autorizzazione alla continuazione dell'esercizio d'impresa sarà sempre una via percorribile dal giudice tutelare allorquando verifichi che le capacità gestorie non siano del tutto inesistenti ma parzialmente compromesse.

In quest'ipotesi l'imprenditore è considerato capace di agire per gli atti gestori rientranti nell'esercizio d'impresa, ad eccezione delle limitazioni che gli siano imposte dal decreto.

Lo scrivente vuole porre attenzione su quanto possa essere importante una preventiva designazione della persona ritenuta idonea a ricoprire il ruolo di amministratore di sostegno (art. 408 c.c.).

Un imprenditore lungimirante potrebbe indicare il soggetto a cui affidare la gestione delle sorti della sua azienda nel momento in cui non dovesse più avere quella lucidità mentale richiesta per la continuazione dell'attività.

È il caso di pianificazione condizionata al sopraggiungere di una carenza delle facoltà intellettive dell'imprenditore o, più in generale, di una qualsiasi forma di disabilità. Questa definizione preventiva consentirebbe la scelta di una persona ritenuta in grado di proseguire la gestione, permettendo la contrazione del rischio di fallimento derivante dalla senilità dell'imprenditore.

La designazione può riguardare un soggetto esterno o interno alla famiglia dell'imprenditore, sovente un figlio. In quest'ultimo caso, potrebbe realizzarsi il c.d. passaggio generazionale dell'impresa ma sarà fondamentale che il genitore abbia provveduto a formare il figlio e a introdurlo nella realtà aziendale. Detta fase è indispensabile sia per una sana prosecuzione dell'attività che per la successiva (ed eventuale) nomina dell'amministratore di sostegno.

Si ritiene che questa ipotesi si possa applicare nel caso in cui il soggetto beneficiario di amministrazione di sostegno sia amministratore di una micro o piccola impresa in virtù del ruolo dominante incardinato dalla figura dell'imprenditore-proprietario. Diversamente, quando i rapporti societari sono articolati e la struttura aziendale cresce, ad opinione di chi scrive, è impossibile pensare di affidare il ruolo di

amministratore della società per un periodo considerevole all'amministratore di sostegno.

CAPITOLO 3

I PRINCIPALI STRUMENTI DI PIANIFICAZIONE DEL PASSAGGIO GENERAZIONALE A TUTELA DELLE SORTI DELL' AZIENDA

Sommario: 1. L'importanza di una consapevole predisposizione del passaggio generazionale. - 2. Donazione di azienda e donazione di partecipazioni. - 2.1 Donazione indiretta. - 2.2 La Polizza "Donazione sicura". - 2.3 Capacità del beneficiario di amministrazione di sostegno di donare. - 3. Il patto di famiglia. - 3.1 Capacità del beneficiario dell'amministrazione di sostegno di disporre tramite il patto di famiglia. - 4. Il Trust. - 4.1 Compatibilità del trust con l'amministrazione di sostegno.

1.L'importanza di una consapevole predisposizione del passaggio generazionale

Il termine "*passaggio generazionale*" indica tutte le strategie compiute dall'imprenditore affinché possa realizzarsi il trasferimento del controllo e della proprietà dell'azienda di famiglia da una generazione all'altra. Il passaggio generazionale si realizza concretamente in un istante ma dovrebbe essere la conclusione di un vero e proprio processo composto da fasi che si susseguono l'una dopo l'altra, la prima delle quali dovrebbe iniziare nel momento in cui i figli sono ancora giovani. Successivamente, dovrebbe esserci un periodo di compresenza tra genitori e figli e, alla fine, dovrebbe realizzarsi l'assunzione del controllo da parte delle nuove generazioni con la consequenziale creazione di un nuovo assetto proprietario e di un nuovo assetto nel governo dell'impresa.

Ad oggi, il passaggio generazionale che sta interessando l'Italia, riguarda prevalentemente quegli imprenditori che si sono affermati nel dopo guerra.

È bene premettere le peculiarità che caratterizzano le imprese del nostro paese[150]:

- Il 43% delle imprese ha al vertice imprenditori over 60
- Il 18% delle imprese ha al vertice imprenditori over 70
- Il 50% delle imprese italiane si estingue alla seconda generazione e solo il 15% supera la terza

Inoltre, il 98% ha meno di venti dipendenti e sono perlopiù scarsamente capitalizzate.

Le imprese familiari che contraddistinguono il nostro paese corrispondono all'85% del totale delle aziende: ecco perché è importante affrontare il problema di assicurare lo sviluppo e la continuità dei processi di transizione[151]. Il valore dell'impresa non dovrebbe essere compromesso dal passaggio generazionale ma la rigidità che la legge italiana ha previsto per il sistema successorio può costituire un limite. Infatti, il principio di unità della successione, tutti i diritti che la legge riserva ai legittimari nonché il generale divieto dei patti successori non fanno che acuire le problematiche di trasmissione dell'impresa. La programmazione diventa particolarmente difficile per l'imprenditore, date le peculiarità normative che impongono numerosi vincoli all'azione di pianificazione del passaggio generazionale. Solo nel 2006 il legislatore affronta concretamente questa tematica in virtù del fatto che la successione di impresa non può essere totalmente equiparata alla successione di un qualsiasi altro cespite patrimoniale. Infatti, essendo caratterizzata da problematiche specifiche, queste meritano un'analisi altrettanto

[150] Dati forniti dal Professore Antonio Acquaroli, durante il corso di tecnica professionale tenutosi nell' anno accademico 2018/2019.
[151] C. MAGLI, *Note critiche sul passaggio generazionale dell'impresa familiare fra patto di famiglia, strumenti alternativi di diritto societario e trust*, in *Contratto e impresa*, 2019, fasc. 4, p. 1617.

specifica; ciò giustifica l'introduzione del patto di famiglia di cui si avrà modo di trattare in maniera più approfondita nei successivi paragrafi.

Il trasferimento del patrimonio di famiglia spesso destabilizza l'imprenditore perché incide su equilibri consolidati: si assiste a un aumento dei soggetti coinvolti nella realtà aziendale e a una modifica del peso decisionale in capo ai soggetti che orbitano nella famiglia.

Il passaggio generazionale, se non pianificato anticipatamente dall'imprenditore, può provocare effetti devastanti. Purtroppo, la considerazione che molti imprenditori hanno della successione come evento, e non come processo, porta molti di essi a non mutare il proprio ruolo nel tempo. È vero che l'attività aziendale rappresenta spesso per l'imprenditore il bene più importante, quello a cui ha dedicato gran parte della vita ma, la mancata percezione del momento successorio come tema urgente, comporta che il tempo trascorra ritardando la predisposizione del passaggio generazionale. A parere di chi scrive, da questa errata impostazione mentale derivano conseguenze negative.

La prima è l'inerzia strategica e innovativa che deriva dal mancato impiego di processi innovativi di lungo periodo. A essa si aggiunga la cosiddetta "*trappola delle competenze*" scaturente dall'impossibilità, per la nuova generazione, di acquisire conoscenze nuove all'interno di un'impresa "*vecchia*". Potrebbe insorgere l'*adverse selection* dei manager, esterni al contesto familiare, che potrebbero offrire il loro lavoro ad altre realtà a causa del ruolo troppo conservatore o conflittuale della famiglia. Questi ultimi avranno affiancato l'imprenditore nel corso della carriera e non è scontato che accettino di buon grado l'inserimento del figlio. I manager potrebbero assumere importanza nel passaggio generazionale contribuendo alla formazione ed alla crescita dei potenziali eredi.

Fondamentali nella predisposizione di questo processo sono i consulenti esterni che possono essere decisivi per la buona riuscita del passaggio generazionale orientando l'imprenditore verso la scelta degli strumenti giuridici e tecnici che meglio si adattano al singolo caso concreto. La figura di un professionista è in grado di supplire alle eventuali carenze conoscitive dell'imprenditore effettuando valutazioni tecnico-economiche. Il passaggio generazionale deve essere gestito avendo cura di tutelare l'integrità e la consistenza del patrimonio familiare, sottolineando che la questione successoria non interessa solo la famiglia. Occorre precisare che la continuazione dell'attività d'impresa deve essere vista come un'opportunità e non come un obbligo: sia gli eredi che l'imprenditore devono compiere delle scelte: i primi devono essere certi di voler subentrare all'interno dell'impresa, il secondo può anche decidere di non affidare la gestione ai figli. Le valutazioni compiute dall'imprenditore devono tener conto delle aspirazioni dei figli ma anche del fatto che le capacità imprenditoriali non si trasmettono in via ereditaria: destinare l'azienda a terzi è una concreta via percorribile qualora nessuno degli eredi voglia continuare l'attività oppure non abbia le capacità richieste. Il passaggio generazionale non consiste esclusivamente nel trasferimento dell'azienda ma anche nel trasferimento del ruolo di imprenditore: affinché abbia successo questa operazione è importante che i figli non solo acquisiscano un giusto bagaglio conoscitivo ma è bene che facciano esperienza acquisendo capacità complementari e relazionali. In ogni caso l'ingresso degli eredi rappresenta un momento caratterizzato da criticità che sono più probabili qualora manchi una pianificazione della carriera e vi sia l'assunzione immediata di ruoli di responsabilità e uno "*scavalcamento*" della gerarchia e della struttura interna.

Arriverà un momento in cui saranno definiti gli aspetti formali del passaggio di proprietà fra gli eredi e questo sarà sicuramente il più critico: in questa circostanza è importante agire con responsabilità privilegiando la tutela dell'impresa piuttosto

che gli interessi della famiglia anche se ciò potrebbe richiedere l'apporto di capitali non familiari e l'ingresso di manager esterni.

Le condizioni che potrebbero determinare la buona riuscita del passaggio generazionale partono dall'adozione di un moderno sistema di governance con la distinzione fra interessi della famiglia e della gestione ed una chiara separazione dei ruoli.

La pianificazione è sicuramente necessaria ma è importante che questa non sia rigida bensì che sia, in qualche modo, adattabile parallelamente all'evoluzione del processo.

La questione del passaggio generazionale ha tanti elementi delicati che devono essere presi in considerazione, la questione risulta ancor più complessa quando subentrano le conseguenze derivanti dalla senilità dell'imprenditore. È del tutto irrazionale pensare di poter affrontare il problema della successione d'azienda quando subentrano deficit mentali in capo all'imprenditore ma ciò che rileva è la predisposizione anticipata delle azioni da porre in essere quando e se l'imprenditore risultasse in possesso di attenuate capacità a causa dell'età avanzata. Questa problematica è in gran parte generata dalla resistenza dell'imprenditore a ritirarsi aggravando ancor di più la tematica successoria.

Si tratta di gestire al meglio la fase del subentro attraverso una dialettica fra l'imprenditore e i figli: l'imprenditore dovrà accettare di vedere ridotto la portata del suo ruolo comprendendo che l'assunzione del comando da parte della generazione più giovane può portare ad un rinnovamento dell'impresa. D'altra parte, la nuova generazione dovrebbe cercare di affidare un qualche ruolo al genitore imprenditore, compatibilmente con le capacità di cui è in possesso.

Gli scenari che si possono avere sono molteplici e condizionati dal numero di figli dell'imprenditore, dal loro interesse o meno a proseguire l'impresa di famiglia e

dalle attitudini e capacità. In base alla combinazione di questi elementi, almeno a livello teorico, vengono suggeriti dei modelli di come il passaggio generazionale dovrebbe attuarsi[152].

Le criticità sono in gran parte riconducibili alla spiccata poliedricità del fenomeno successorio e alla molteplicità di dimensioni che devono essere considerate per affrontarlo senza traumi e in modo da garantire la continuità dell'impresa[153]. A causa di questa multidimensionalità è opportuno ricorrere a soggetti che abbiano competenze eterogenee. Infatti, il passaggio generazionale non riguarda solo l'aspetto aziendalistico che si concentra sulle ricadute che la successione causa sull'aspetto organizzativo, gestionale strategico ed economico-finanziario ma, affinché si possa ottenere il successo di questo complesso processo, occorre valutare gli aspetti legali, fiscali, societari oltre che quelli attinenti la dimensione affettiva e psicologica. È evidente che sia improbabile che un'impresa abbia al suo interno tutte queste competenze richieste per affrontare i molteplici aspetti di cui si è appena fatta menzione, soprattutto quando sta affrontando il primo passaggio generazionale, non potendo sfruttare nessun tipo di esperienza. Ecco perché, specialmente nelle piccole realtà, attori terzi possono apportare un contributo fondamentale. Questo aspetto è supportato da tanti studiosi della materia[154] tanto

[152] A titolo esemplificativo: qualora l'imprenditore abbia un figlio capace ma non interessato la soluzione migliore potrebbe essere quella di affidare a questo soggetto il ruolo di proprietario e ai manager la gestione aziendale. Oppure in presenza di più figli interessati alle sorti dell'impresa ma privi delle giuste abilità si potrebbe ricorrere ad una vendita d'azienda oppure affidare la gestione ad un manager estraneo al contesto familiare nell'attesa che almeno uno dei figli acquisisca delle capacità che possano risultare sufficienti per assumere il ruolo di proprietario.

[153] I. LE BRETON-MILLER, To*ward an Integrative Modelof Effective FOB Succession, in Entrepreneurship: Theory and Practice* 2004 fasc. 4, cit., p. 305

[154] Ex multis: F.CESARONI, A. SENTUTI, *Evidenze empiriche sul ruolo del commercialista nel passaggio generazionale*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2014, fasc. 2 p.216 ss.; A. DELL'ATTI, *Il passaggio generazione nelle imprese familiari*, Bari, 2007; P. MALINEN.,*Problems in transfer of business experienced by Finnish entrepreneurs*, in Journal of Small Business and Enterprise Development, 2004.

che, alcuni di essi, ritengono che la più grande sfida per le imprese che sono coinvolte in un passaggio generazionale è rappresentata dal ricorso ad un supporto esterno per predisporre la transizione al vertice. Le questioni problematiche che riguardano l'impresa familiare e la sua successione possono essere suddivise in due gruppi "hard" e soft"[155]. Nella prima tipologia rientrano tutti gli aspetti tecnici, fiscali, finanziari legati all'impresa; nella seconda sono compresi quelli legati alla sfera emotiva. Certamente è basilare la gestione delle questioni "hard" ma non è sufficiente a garantire la continuità dell'impresa familiare. Accade di frequente che le problematiche successorie riguardino non solo il trasferimento della proprietà dell'impresa ma piuttosto il trasferimento del ruolo imprenditoriale poiché ad esso si collegano le problematiche fra successori e predecessori nonché le altre persone che in qualche modo partecipano all'impresa. Per questo motivo, soprattutto a livello teorico, si richiede la presenza di un team di specialisti in tutti quei contesti caratterizzati da una sovrapposizione fra impresa e famiglia in modo tale che siano coinvolte non solo figure con competenze negli aspetti aziendali più tradizionali ma anche professionisti come psicologi che possano mediare situazioni conflittuali. Lo scrivente, seppur concorde nel considerare uno strumento utile il ricorso al network di professionisti di cui sopra, ritiene che sia difficilmente utilizzato nel contesto imprenditoriale italiano.

Considerando il tema di questa tesi di laurea, lo scrivente ritiene che sia più attinente focalizzarsi sul ruolo che il Dottore Commercialista assume in qualità di soggetto esterno all'azienda che accompagna l'imprenditore e la famiglia al passaggio generazionale. Il Dottore Commercialista probabilmente è la figura che più delle altre dovrebbe rappresentare un punto di riferimento come principale interlocutore

[155] P. MALINEN.,*Problems in transfer of business experienced by Finnish entrepreneurs*, Journal of Small Business and Enterprise Development, 2004.

anche per le tematiche successorie, soprattutto nelle micro e piccole imprese. A tal proposito si inseriscono i principali risultati raccolti da una ricerca empirica condotta nel 2014 che ha coinvolto 175 professionisti iscritti all'albo dei Dottori Commercialisti e degli esperti contabili operativi nella regione Marche[156]. L'indagine ha analizzato molteplici aspetti che ruotano attorno alle dinamiche del passaggio generazionale. Di seguito verranno riportati i principali risultati ottenuti da questa ricerca empirica.

Agli intervistati è stato domandato, dapprima, quante volte, nei cinque anni anteriori all'indagine, si sono interfacciati con questioni legate al passaggio generazionale. È emerso che il tema sia piuttosto frequente nella prassi professionale, tanto è vero che l'86% degli intervistati ha affermato di essersi interfacciato con queste questioni. Tuttavia, un'analisi più approfondita su quanto fosse ricorrente questa problematica ha evidenziato che solo 1.7% ha affrontato la tematica del passaggio generazionale "molto spesso", il 16% "spesso", ben il 68,6% "poche volte" e il 13.7% "mai".

L'indagine ha anche cercato di capire quale tipo di tematica fosse maggiormente affidata ai commercialisti. I risultati sono riportati nella tabella seguente.

[156] Tutti i risultati della ricerca, svolta dalla Dottoressa Cesaroni Francesca e dalla Dottoressa Sentuti Annalisa sono stati pubblicati nel 2014 nel fascicolo secondo della Rivista dei Dottori Commercialisti.

Tabella 1: problematiche affrontate in relazione al passaggio generazionale.

Frequenza	Assetto societario	Finanziarie e societarie	fiscali	Patrimonio familiare	Pianificazione successoria	Organizzazione aziendale	Formazione successore	Relazioni fra i soci	Conflitti fra senior e junior	altro
Spesso	48%	32%	34%	32%	27%	28%	11%	31%	18%	0%
Qualche volta	40%	44%	43%	48%	43%	33%	27%	46%	40%	1%
Mai	11%	24%	23%	19%	30%	34%	62%	23%	42%	99%
Totale	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Emerge chiaramente che il ricorso al commercialista sia giustificato dalla necessità di risoluzione di tematiche "hard". Questi soggetti utilizzano, come è ovvio che sia, le loro competenze in ambito contabile, patrimoniale, fiscale, finanziario, strategico ed organizzativo ma non si può escludere che, soprattutto grazie all'esperienza acquisita negli anni, potrebbero cercare di attenuare anche contrasti fra i soci e fra l'imprenditore senior e i figli. Per quanto attiene al primo caso (contrasti fra soci) il 31% dei commercialisti coinvolti nell'indagine ha dichiarato di essere stato chiamato ad intervenire "spesso" in questo ambito, mentre nel secondo caso (conflitti fra *senior* e *junior*) notiamo una percentuale inferiore (18%). Ciò è dovuto al fatto che, nel momento in cui le tensioni riguardano soci che non necessariamente appartengono al contesto familiare è più frequente il ricorso ad un soggetto che conosca le tematiche societarie; quando invece le tensioni riguardano soggetti con cui vi sono legami di parentela è più probabile che si cerchi di dirimere le questioni "in famiglia" senza ricorrere all'ausilio di terzi soggetti. Tuttavia, l'aspetto su cui si vuole porre attenzione sono i risultati emersi in merito alla pianificazione successoria. I commercialisti che hanno dichiarato di aver affrontato spesso le questioni di pianificazione strategica sono solo il 27%. Quindi, seppur è evidente l'importanza del ruolo del commercialista in tale processo di programmazione, le imprese non decidono di farsi seguire in questo percorso da questo soggetto che,

seppur esterno, ha le giuste competenze per far sì che la transizione del vertice avvenga con successo.

Un altro aspetto molto interessate che emerge dalla medesima ricerca empirica riguarda le soluzioni proposte dai commercialisti alle imprese interessate dal passaggio generazionale

Tabella 2: operazioni proposte dai commercialisti

Frequenza	Donazione	Patto di famiglia	Trust	Holding	Affitto di azienda	Altre operazioni straordinarie[157]
Spesso	40%	7%	2%	7%	33%	26%
Qualche volta	54%	38%	32%	26%	49%	55%
Mai	6%	56%	69%	68%	18%	18%
Totale	100%	100%	100%	100%	100%	100%

La tabella mostra chiaramente che l'operazione più proposta dai commercialisti è la donazione di azienda o di partecipazioni societarie. Nettamente inferiori sono i dati riferiti al trust e al patto di famiglia. Nel corso dei successivi paragrafi si analizzeranno dapprima le discipline generali della donazione, del patto di famiglia e del trust, successivamente si valuterà come queste possano combinarsi in presenza di un'amministrazione di sostegno[158]. Si cercherà anche di individuare la ragione per cui ci sia un netto sbilanciamento nel ricorso all'istituto della donazione piuttosto che agli altri due.

L' autore, in considerazione dell'anno in cui si è svolta la ricerca empirica di cui si sono riportati i risultati più in linea con l'argomento trattato, ha ritenuto opportuno

[157] Cessione, fusione, scissione, conferimenti
[158] Sui singoli istituti sono state iscritte intere monografie, quindi sarà effettuata una trattazione indicando le caratteristiche principali.

entrare in contatto con alcuni commercialisti e un notaio per verificare se i risultati dei dati raccolti, a distanza di più di cinque anni, potessero essere ancora attuali[159]. I dati riportati trovano pieno riscontro anche da quanto emerso dai recenti colloqui avuti con i professionisti[160]. Nel corso della trattazione saranno indicati maggiori dettagli.

2. Donazione di azienda e donazione di partecipazioni

La donazione di azienda può consentire agli imprenditori di pianificare in vita la successione sia della titolarità della loro impresa sia della gestione del bene produttivo perseguendo il fine di garantire la continuità della loro attività. In questa sezione si esaminerà la donazione diretta di azienda tralasciando quella indiretta. Dalla lettura dell'art. 769 c.c. emerge che la donazione è il contratto col quale il soggetto che detiene la titolarità del complesso aziendale trasferisce, per spirito di liberalità, l'azienda o un ramo di essa.

La donazione vede coinvolte due parti,il donante e il donatario, e, pena la nullità dell'atto, deve essere fatta tramite atto pubblico rogato da un notaio alla presenza di due testimoni[161]. Nel nostro ordinamento manca una disciplina unitaria sulla circolazione dell'azienda per cui vengono integrate le lacune con la normativa in tema di trasferimento di azienda.

[159] Lo scrivente ha avuto la possibilità di interloquire con tre Dottori Commercialisti e uno studio notarile della provincia di Pesaro e Urbino e un Dottore Commercialista della provincia di Ancona. Lo scrivente è pienamente consapevole che l'ampiezza del campione di riferimento adottato non sia paragonabile a quello dello studio condotto dalla Professoressa Cesaroni e dalla Professoressa Sentuti, tuttavia i dati raccolti dalla sottoscritta risultano coerenti anche con quanto emerge dalle pubblicazioni degli studiosi del tema. Si precisa che i commercialisti contatti appartengono a studi associati di piccole dimensioni, il più grande dei quali vede collaborare quattro soggetti iscritti all'albo.

[161] Art. 782 c.c.

In tema di donazione di azienda si inserisce la valutazione di una problematica del tutto estranea ai trasferimenti aziendali a titolo oneroso. Si discute sull'applicabilità dell'art. 782, comma 1°, c.c. e in particolare dell'inciso *«se ha per oggetto cose mobili, essa (la donazione, ndr) non è valida che per quelle specificate con indicazione del loro valore nell'atto medesimo della donazione, ovvero in una nota a parte sottoscritta dal donante, dal donatario e dal notaio*». Si Riportano sinteticamente le principali argomentazioni.

Vi sono studiosi sostenitori della teoria atomistica secondo la quale vi è la necessità di indicare analiticamente nell'atto il valore dei beni mobili aziendali con la duplice finalità di rappresentare l'entità dell'impoverimento cui va incontro il donante e di tutelare i legittimari in vista di future azioni revocatorie o di riduzione.

D'altra parte, non mancano coloro che sostengono l'inapplicabilità dell'art 782 c.c. in virtù della quantificazione statica ed analitica ad esso associata che non considera l'azienda come sistema di elementi integrati e coordinati. Infatti, nella donazione di azienda, l'oggetto dell'atto di disposizione è l'azienda intesa come "*universitas rerum*" e non la pluralità dei beni che la costituiscono[162]. In generale, l'indicazione dell'oggetto del contratto può essere ritenuta assolta con l'indicazione degli elementi essenziali dell'azienda quali: l'attività svolta, il luogo di svolgimento, i segni distintivi, gli estremi di iscrizione presso il registro delle imprese. In merito alla tutela dei legittimari, si nota che le norme in tema di riduzione e collazione prevedono la stima del d*onatum* al momento dell'apertura della successione e non al momento della donazione[163]. La dottrina supporta fortemente questa seconda tesi.

Spesso l'imprenditore ha l'obiettivo di pianificare la propria successione nell'impresa conservando il suo ruolo di controllo pur donando il complesso dei

[162] Corte d'appello di Milano, 28 marzo 2002.
[163] G.BENETTI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, a cura di C.Coppola, G .Bonilini, Milano, 2009, p. 575.

beni produttivi. Il raggiungimento di tale finalità è consentito dal legislatore grazie a due fattispecie contrattuali: la donazione con riserva di disporre e la donazione con patto di reversibilità.

La prima si caratterizza per la possibilità per il donante di disporre di qualche oggetto fra quelli ricompresi nella donazione oppure di una somma determinata che assorba il valore dei beni donati, anche dopo essersi spogliato di essi[164]. In ogni caso, la dottrina ritiene che la riserva non possa essere estesa all'intero oggetto della donazione data la natura eccezionale della norma in cui è contenuta[165].Quindi, spostando l'attenzione sulla prassi, l'imprenditore potrebbe donare il complesso dei beni aziendali e sottoporre a riserva, ex art. 790 c.c., un ramo di azienda. In questo modo potrà, qualora lo ritenesse opportuno, tornare a gestire nuovamente una parte del complesso aziendale. Sulla riserva di una somma di denaro, la dottrina ha ricondotto la natura giuridica di questa previsione ad una donazione cui è collegata un onere, a carico del donatario, di pagamento in favore del donante di una somma di denaro a semplice richiesta di quest'ultimo. La finalità di questa ipotesi è quella di consentire all'imprenditore che abbia alienato la propria azienda, unica fonte di reddito, di rientrare in possesso di disponibilità liquide. Una possibilità interessante è quella di estendere la disciplina dell'art. 790 c.c. anche ad un diritto reale minore su quanto originariamente donato. L'imprenditore che voglia donare ad un suo discendente l'azienda potrebbe prevedere una riserva di disporre dell' usufrutto sul complesso aziendale; nel momento in cui dovesse accertare le scarse capacità direzionali e gestionali del donatario potrebbe tornare a condurre l'attività in qualità di usufruttuario.

[164] G. GALLIZIA, A. OTTOLINA, *Donazione di azienda e di partecipazioni*, in *Operazioni straordinarie,* a cura di P. Ceppellini. R. Lugano Assago, 2018.
[165] Ibidem.

Per completare lo scenario delle caratteristiche che possono adeguare la donazione di azienda alle esigenze concrete si menziona anche l'art. 791 c.c. E' consentito, altresì, inserire nella donazione una condizione di reversibilità. Questa possibilità permette al donatario, nei limiti del possibile, di indirizzare il futuro del complesso aziendale. Infatti, in caso di premorienza del donatario[166] si riporta la titolarità dell'azienda in capo al donante originario evitando che il complesso aziendale si trasferisca, con la successione, al coniuge o ai discendenti del donatario. Ad ogni modo, si ha la nullità in caso di patto di reversibilità a favore di un terzo in quanto contrastante con il divieto di patti successori.

Un' ipotesi molto interessante in tema di donazione di azienda è quella riguardante la donazione del complesso aziendale con riserva del diritto di usufrutto in capo al donante (art. 796 c.c.). Il vantaggio di questa soluzione risiede nella conservazione del donante della gestione di azienda sino alla propria morte ma programmando già in vita la sorte del complesso al momento del decesso dell'imprenditore. Il donatario, quindi, potrà insinuarsi nella gestione e potrà acquisire la disponibilità dei beni rientranti nel complesso aziendale solo quando verrà meno la figura del donante.

È ammesso anche il trasferimento a titolo donativo del solo diritto di usufrutto ma questa opzione è meno frequente nella prassi poiché il donante difficilmente vuole spogliarsi immediatamente della gestione e dei proventi connessi all' attività imprenditoriale.

Si ribadisce che la donazione di azienda si inserisce nei contratti di cessione di azienda per cui, con i dovuti adattamenti, si applicano le medesime disposizioni (artt. 2555 e seguenti c.c.). Come avviene per la cessione a titolo oneroso, nei

[166] La stipula della reversibilità è ammessa anche in caso di premorienza dei discendenti del donatario.

contratti e nei crediti subentrerà il donatario secondo quanto stabilito dagli artt. 2558 e 2559 c.c. Infatti, la natura gratuita del negozio giuridico non impedisce il verificarsi dell'effetto traslativo poiché i citati articoli hanno principalmente la funzione di regolare i rapporti con i terzi. Più complessa è l'analisi in merito ai debiti aziendali. Si applicherà quanto previsto dall'art. 2560 c.c. con la conseguente responsabilità del donante, che vale nell'ipotesi in cui i creditori non abbiano acconsentito alla relativa liberazione, responsabilità cui si aggiunge, in virtù della previsione del secondo comma, quella dell'acquirente, il quale «*risponde dei debiti suddetti ... se essi risultano dai libri contabili obbligatori*». Anche in questo caso, la disposizione appena riportata risulta essere a tutela dei creditori dell'azienda ceduta(donata) ma al contempo consente al cessionario(donatario) di prendere conoscenza dei debiti assunti[167]. Con l'ordinanza n. 18070 del 5 luglio 2019 la Corte di cassazione si è pronunciata in merito alla portata applicativa del secondo comma dell'articolo 2560 c.c. e all'ammissibilità di un'estensione, in sede di regolamentazione pattizia, della responsabilità dell'acquirente. Data l'applicazione delle norme in materia di cessione di azienda anche alla donazione, lo scrivente ritiene che possa essere adottato quanto stabilito dall'ordinanza anche all'ipotesi dell'atto a titolo gratuito.

Anche per la donazione di azienda operano i meccanismi tipici della donazione quali la collazione e l'azione di riduzione[168]. L'art. 737 c.c. contiene la disciplina in tema di collazione che sancisce l'obbligo di conferire alla massa ereditaria quanto ricevuto in donazione dal *de cuius.* I soggetti tenuti alla collazione sono i figli, i loro discendenti e il coniuge. Anche l'azienda donata è un bene soggetto ad obbligo di collazione. L'azienda deve essere considerata come un bene unitario e la relativa

[167] Cass. civ., 9 ottobre 2017, n. 23581
[168] Azione giudiziaria volta a far rientrare nel patrimonio ereditario taluni beni o capitali di cui *il de cuius* abbia disposto in vita

collazione è imputata al valore del complesso aziendale al momento della successione[169]. Anche l'avviamento è oggetto di collazione. Emerge chiaramente il punto di debolezza della donazione di azienda collegato all'impossibilità di assicurare una stabilità all'atto. Invero, il fatto che il complesso aziendale sia valutato al valore dell'apertura della successione nonché la difficoltà di scindere l'avviamento prodotto prima dell'atto di donazione da quello successivo provoca una lesione patrimoniale del donatario stesso obbligato a collazionare sia quanto ricevuto sia i frutti della propria attività[170].

Si ricorda che il donante può dispensare il donatario dall'obbligo di collazione; la dispensa, in ogni caso, ha effetto nei limiti della quota disponibile[171].

Inoltre, successivamente alla morte del *de cuius*, i legittimari potranno agire in riduzione qualora, a seguito della donazione, conseguano una quota di patrimonio inferiore a quella loro riservata dal legislatore. Lo scopo è quello di reintegrare la quota di riserva mediante la riduzione delle donazioni (e delle disposizioni testamentarie) eccedenti la disponibile.

Per quanto riguarda la donazione di partecipazioni sociali la dottrina è pacificamente orientata ad escludere l'applicazione di quanto previsto dalla seconda parte dell'art. 782 c.c. Nel momento in cui si conclude la donazione di partecipazioni è coinvolta, indirettamente, anche la società; per questo motivo occorre indagare le modalità di trasferimento e gli adempimenti richiesti per far sì che l'operazione sia efficace anche nei confronti della società. Infatti, alcuni studiosi hanno classificato la donazione di partecipazioni come un singolare caso

[169] Cass., 15 gennaio 2003, n. 502. «deve aversi riguardo al valore non dei singoli beni ma a quello assunto dall'azienda, quale complesso organizzato, al tempo dell'apertura della successione.»
[170] G. GALLIZIA, A. OTTOLINA, *Donazione di azienda e di partecipazioni*, in *Operazioni straordinarie,* a cura di P. Ceppellini. R. Lugano, Assago, 2018.

[171] Cfr. art. 737, comma 2°, c.c.

di trasferimento di posizione contrattuale in virtù della quale il donatario subentra in un contratto, di regola, plurisoggettivo.[172]

Per la donazione di partecipazioni di società di persone si seguirà la normativa in tema di trasferimento delle partecipazioni. Partendo dalla donazione di quote di società semplice, di società in nome collettivo e di società in accomandita semplice (quote del socio accomandatario) si richiede il consenso di tutti i soci *ex* art. 2252 c.c. Per il trasferimento della quota del socio accomandate è necessario, ai sensi dell'art. 2322 c.c. il consenso dei soci rappresentanti la maggioranza del capitale sociale. Questa norma si applicherà anche alla donazione.

Proseguendo con la trattazione delle partecipazioni di società di capitali, nel caso di atto a titolo gratuito volto al trasferimento di quote di s.r.l. è necessario il deposito dell'atto presso il Registro delle Imprese (art. 2470 c.c.) che costituisce un adempimento necessario ai fini dell'efficacia nei confronti della società.

Per quanto riguarda la donazione di azioni in società per azioni la cessione, essendo a titolo gratuito, richiede comunque le forma di atto pubblico. Eventuali formalità ulteriori sono necessarie per la legittimazione del donatario all'esercizio dei diritti sociali nelle modalità previste dall'art. 2355 c.c.

Ad ogni modo, occorre ricordare la presenza di eventuali limiti volontari imposti dai soci nello statuto che si possono estendere anche alle ipotesi di trasferimento liberale. Si ricorda il divieto di alienazione che consiste nell'impossibilità per il socio di cedere le proprie partecipazioni[173] , il diritto di gradimento che subordina il trasferimento al consenso espresso dai soci o dall'organo amministrativo o da terzi e il diritto di prelazione. L'applicabilità o meno delle clausole di prelazione

[172] G. IACCARINO,*La donazione di partecipazioni sociali*, in *Successioni e donazioni*, Torino, 2017, cit., p. 2322.
[173] Nelle società per azioni il limite del divieto è al massimo di durata quinquennale (art. 2355 *bis* c.c.)

alla donazione merita una precisazione. La persona del donatario è l'elemento fondamentale che spinge il donante a procedere all'atto, di conseguenza una sostituzione in base alla clausola di prelazione priverebbe di senso l'intento liberale della donazione. Il quadro giurisprudenziale e dottrinale sembra concorde nel ritenere che la gratuità del trasferimento escluda l'operatività della prelazione[174]. Al contrario, sembra essere ammessa la prelazione c.d. impropria[175]: se i soci si avvalessero di questa clausola dovrebbero acquistare la donanda partecipazione e, successivamente, il donante potrà procedere a donare la somma ricavata.

La mancata osservanza di quanto sopra riportato non inciderà sull'efficacia dell'atto fra le parti ma provocherà l'inopponibilità della donazione alla società.

Similmente a quanto visto per la donazione di azienda è ammessa l'apposizione di condizioni anche per la donazione di partecipazioni. Il donante può trasferire a titolo liberale anche il solo diritto di usufrutto della partecipazione. Tuttavia, se per le società di capitali il legislatore ha previsto l'art. 2352 c.c. per disciplinare il diritto di usufrutto, lo stesso non è avvenuto per le società di persone. La prassi ammette la costituzione del diritto di usufrutto su quote di partecipazioni nelle società di persone ma è necessaria un'apposita regolamentazione nei patti sociali[176].

Parimenti, se non espressamente vietato nello statuto o nei patti sociali, il donante potrà trasferire al donatario la nuda proprietà conservando l'usufrutto.

Altresì sembra ammesso ricorrere anche alla donazione con riserva di disporre e alla donazione con patto di reversibilità.

---

[174] P. MARRA, *Donazione e società,* in *Le donazioni: tecniche redazionali e note di commento*, Assago, 2014

[175] G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 4ª ed., Torino, 2009, p. 241.

[176] Operazioni straordinarie

La possibilità di esercitare l'azione di riduzione e la sottoponibilità a collazione riguardano, ovviamente, anche la donazione di partecipazioni sociali. In particolare, si ritiene che l'obbligo collatizio delle partecipazioni sociali debba essere effettuato per imputazione[177]. Le partecipazioni, in caso di collazione, saranno valutate in base al valore che assumono al momento dell'apertura della successione[178]. Ne deriva che, data la difficoltà di poter prevedere il valore di imputazione, risulta complesso determinare se l'eventuale incremento di valore della partecipazione donata sia o meno dovuto alla gestione compiuta dal donatario.

La donazione, nonostante i limiti oggettivi ad essa connessi che minano la stabilità dell'atto, continua ad essere uno degli strumenti più utilizzati attraverso cui attuare il passaggio generazionale. Sia i commercialisti contattati che il dipendente dello studio notarile hanno confermato questa tendenza. In generale, la donazione risulta totalmente inadeguata qualora siano coinvolti nella successione più soggetti. Nella prassi è frequente la donazione dell'azienda (o delle partecipazioni) a tutti i legittimari in quote indivise, assegnando al discendente ritenuto idoneo a proseguire l'attività di impresa una quota pari alla riserva maggiorata della disponibile e agli altri le sole quote di legittima.

2.1 Donazione indiretta

È usuale che le parti che vogliano effettuare una donazione ricorrano a strumenti alternativi alla disciplina contenuta all'art. 769 c.c.; si parla di atti di liberalità diversi dalla donazione o, più semplicemente, di donazioni indirette. Il problema pratico del negozio indiretto risiede nella necessità di mettere a profitto un negozio

[177] A. ZACCARIA, *La collazione delle partecipazioni sociali diverse dalle azioni*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, fasc. 2, p. 418.
[178] Cass., 25 settembre 2014, n. 20258.

per il conseguimento di un fine diverso da quello che la sua causa tipica rappresenta.[179]

Le donazioni indirette di azienda consentono il trasferimento del complesso aziendale attraverso un negozio che, seppur attuato mediante uno spirito liberale e produca gli effetti della donazione diretta, differisce negli aspetti giuridici. Infatti, si verifica l'impoverimento del donante e l'arricchimento del donatario ma attraverso forme contrattuali diverse rispetto a della donazione. La disciplina sostanziale dei trasferimenti realizzati tramite la donazione indiretta è la stessa della donazione diretta pur essendo regolata, sotto il profilo formale, dalla disciplina specificatamente prevista per la tipologia contrattuale prescelta. La donazione indiretta non è non è stata definita in maniera esplicita dal legislatore tuttavia gli artt. 737 e 809 c.c. sono le norme applicabili a tale fattispecie. L'art 809 c.c. dispone che liberalità provenienti da atti diversi dal contratto di donazione sono soggette alle norme in materia di revocazione della donazione per ingratitudine e per sopravvenienza di figli, oltre a quelle sulla riduzione nelle ipotesi di lesione della quota di legittima. L'art 737, comma 1°, c.c., estende il perimetro della collazione alle donazioni indirette.

[179] G.IACCARINO, *Liberalità indirette*, in *Successioni e donazioni*, a cura di G. Iaccarino, Torino, 2017.

Le principali ipotesi che si possono incontrare nella prassi sono individuate dalla vendita di azienda attuata dal donante al donatario a prezzo inferiore al suo valore reale[180] e l'acquisto del complesso aziendale effettuato dal donatario con pagamento del prezzo da parte del donante direttamente nelle mani del terzo venditore[181].

Anche qualora la donazione di azienda sia effettuata attraverso uno strumento indiretto sarà soggetta alla disciplina prevista per i contratti di cessione del complesso aziendale.

Il perseguimento di liberalità non donative può essere effettuato efficacemente attraverso le società.

L'attribuzione di partecipazioni sociali non proporzionali al conferimento del socio può evidenziare un intento donativo.

In particolare, il genitore che voglia realizzare il trapasso generazionale dell'azienda di famiglia, potrebbe costituire una società con un figlio o alcuni figli beneficiari, conferendo, nella stessa, l'azienda valutata ad un valore sottostimato. Successivamente, il conferente potrà cedere le sue quote agli altri soci che sono i

[180] G. GALLIZIA, A. OTTOLINA, *Donazione di azienda e di partecipazioni*, in *Operazioni straordinarie,* a cura di P. Ceppellini. R. Lugano Assago, 2018.
Alcuni studiosi riconducono la natura di questa figura giuridica al contratto misto ma è preferibile l'opinione di ricondurre tale fattispecie alla donazione indiretta.
[181] Ibidem.

figli beneficiari del trapasso, realizzando a titolo gratuito, o apparentemente oneroso, il trapasso.

Un'altra operazione societaria che costituisce un'ipotesi di donazione indiretta è rappresentata da un aumento di capitale al valore nominale attraverso il quale il sottoscrittore acquisisce una quota societaria che vale più del versamento effettuato per liberare detta sottoscrizione (es: un aumento di capitale da 40mila a 50mila euro sottoscritto e liberato al nominale da un figlio nella società del padre, la quale, valutando l'avviamento e la consistenza patrimoniale, vale 1 milione di euro).

Proseguendo con la disamina, l'effetto liberale potrebbe essere ottenuto anche mediante partecipazioni privilegiate nella ripartizione degli utili. Infatti, l'art. 2263 c.c. in relazione alle società di persone e gli artt. 2350 e 2468 c.c. per le società di capitali, ammettono attribuzioni agli utili non proporzionali al conferimento dei soci. La liberalità indiretta si verifica poiché si assiste ad una rinuncia parziale agli utili da un socio a vantaggio di altri soci che rappresentano i beneficiari della donazione indiretta questi fenomeni rientrano nel più vasto ambito delle attribuzioni patrimoniali indirette[182].

È ammesso il trasferimento a titolo liberale del solo diritto di usufrutto della partecipazione a società di persone o capitali anche attraverso la donazione indiretta

[182] L. POMPONIO, *Contributo alla ricostruzione teorico-pratica delle assegnazioni di azioni o quote non proporzionali*, in *Società*, Assago, 2007, p. 1075.

Le partecipazioni o l'azienda trasferite a titolo di donazione, anche indiretta, devono essere riconferite alla massa ereditaria ex art. 737 c.c.

La volontà di perseguire il fine liberale in via indiretta può essere mossa da due ragioni. La prima risiede nella volontà di non voler far emergere che si realizzi un vantaggio a favore di una determinata persona, infatti, spesso, le donazioni indirette sono valutate come tali a posteriori: tale valutazione è richiesta dai legittimari che ritenendo di essere stati lesi da un atto liberale "mascherato" cercheranno di attivare tutti gli strumenti a loro tutela. I notai hanno il compito di evitare che determinati accordi siano frutto di una pianificazione finalizzata alla disapplicazione delle norme poste a tutela dei legittimari.

La seconda motivazione consiste nell'insufficienza di negozi adatti al perseguimento della volontà delle parti.

Per tali motivi possono essere innumerevoli i casi in cui le parti percorrono vie alternative nonostante vogliano effettuare una donazione.

Si precisa che la Corte di cassazione[183] ha però chiarito un aspetto di rilievo: le eventuali azioni di riduzione o di restituzione avanzate dagli eredi legittimi nei

[183] Cass., 12 maggio 2010, n. 11496.

confronti del beneficiario della donazione non possono intaccare i successivi acquirenti del bene oggetto di donazione indiretta.

2.2 La Polizza "Donazione sicura"

Sempre più utilizzato è il riscorso ala polizza denominata "Donazione sicura" che è un prodotto assicurativo finalizzato a superare i limiti alla circolazione dei beni di provenienza donativa. Questa polizza è nata da una preoccupazione notarile ed ha l'obiettivo di coprire un rischio, futuro e incerto, che è quello della lesione della legittima. Il funzionamento di questo prodotto assicurerà il rischio derivante dall'eventuale vittoriosa azione di riduzione e restituzione dei legittimari lesi. L'art. 563, comma 3°, c.c. concede al legittimario leso di essere risarcito della quota di legittima spettantegli attraverso un pagamento in denaro. In questo modo viene garantita una tutela sia al soggetto che abbia acquistato il bene oggetto di donazione dal donatario sia alle banche che abbiano concesso un mutuo ipotecario. I beneficiari della polizza sono individuati in tutti quei soggetti che potrebbero essere colpiti dalle azioni vittoriose dei legittimari. Si dice che la polizza segue l'immobile, indipendentemente dal numero di trasferimenti che esso abbia subito facilitando così le rivendite[184]. Al momento della sottoscrizione è previsto il

[184] M.MICCOLI, *Polizza assicurativa: strumento sufficiente contro le pretese dei legittimari pretermessi*?, in *Notariato*, 2018, fasc.5, cit., p.494.

pagamento di un unico premio anticipato ma la durata della copertura sarà indeterminata assicurando i beneficiari fino a quando non avverrà la prescrizione dei diritti di restituzione. La polizza potrà essere sottoscritta sia dall'acquirente che dal donatario che abbia ricevuto l'immobile. Nel primo caso, qualora un legittimario avanzasse una richiesta di rivendica dell'immobile all'acquirente, sarà la compagnia assicurativa a liquidare il legittimario leso. Il premio della polizza sarà commisurato in base al valore del bene.

Nel secondo caso è la banca ad essere il beneficiario della polizza. Nell'ipotesi in cui l'azione *ex* art. 561 c.c. andasse a buon fine, l'istituto di credito sarà liquidato dalla compagnia assicuratrice per aver perduto la sua garanzia ipotecaria.

È uno strumento sempre più consigliato dal notariato tanto è vero che si stima che vengano stipulate circa 900 polizze "donazione sicura" al mese[185].

In questo modo è possibile concludere l'acquisto di un bene di provenienza donativa in modo stabile.

2.3 Capacità del beneficiario di amministrazione di sostegno di donare

La capacità di donare del beneficiario di amministrazione di sostegno è una questione assai rilevante e per questo anche molto discussa. Infatti, la disciplina relativa all'amministrazione di sostegno non contiene alcun tipo di raccordo con la

[185] Ibidem.

normativa in materia di atti personalissimi. I problemi interpretativi nascono dalla lettura dell'art. 774 c.c. che prevede, al comma 1°, che non possono donare coloro che non hanno la piena capacità di disporre dei propri beni. Sin da subito gli studiosi della materia hanno formulato le loro interpretazioni a riguardo.

Secondo un primo orientamento dottrinale,[186] il beneficiario di amministrazione di sostegno non è capace di donare poiché non avrebbe la piena capacità di disporre dei propri beni rientrando, così, appieno nell'ambito di applicazione del divieto previsto dall'art. 774 c.c.

Un altro orientamento[187] osserva che la questione sulla capacità di donare del beneficiario di amministrazione di sostegno debba essere valutata in relazione al caso concreto, in virtù di quanto disposto dall'art. 409, comma 1°, c.c., secondo cui, per tutto quanto non ricompreso nell' oggetto dell'amministrazione di sostegno, la capacità di agire è da considerare conservata. Ne deriva la generale capacità di donare in assenza di una specifica regolamentazione prevista dal giudice tutelare. Il campo applicativo dell'art. 774 c.c. può essere esteso esclusivamente mediante l'art. 411, ultimo comma c.c.

Ad ogni modo, a far luce sulla questione è intervenuta la Corte costituzionale che ha recentemente contribuito anche a definire le peculiarità dell'amministrazione di sostegno rispetto ai tradizionali istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione. In particolare, è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 774, comma 1°, primo periodo c.c.[188]. Il giudizio di legittimità è stato avanzato dal giudice tutelare del Tribunale di Vercelli in relazione alla parte (del citato articolo)

---

[186] Così E. CALO', *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n.6*, Milano, 2004.
[187] In questo senso S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno : profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, fasc. 3, p. 55.
[188] Art. 774 c.c. « *Non possono fare donazione coloro che non hanno la piena capacità di disporre dei propri beni »*

che non prevede che siano consentite, con le forme abilitative richieste, le donazioni da parte dei beneficiari di amministrazione di sostegno. In particolare, secondo il giudice tutelare, il Codice civile non consentirebbe ai beneficiari di concludere validamente una donazione neppure se assistiti o rappresentati da un amministratore e provvisti di specifica autorizzazione del giudice tutelare. Questo divieto, secondo il remittente, lede gli artt. 2 e 3 Cost. e quindi il valore e la dignità umana nonché il principio di ragionevolezza intrinseca.

La Corte costituzionale ha, *in primis*, chiarito che il divieto di donare, *ex* art. 774 c.c., è rivolto esclusivamente agli interdetti, inabilitati e ai minori d'età. Inoltre, ha dichiarato non fondate le questioni sulla legittimità costituzionale dell'art. 774 c.c. precisando che «*il beneficiario di amministrazione di sostegno conserva la sua capacità di donare, salvo che il giudice tutelare, anche d'ufficio, ritenga di limitarla –nel provvedimento di apertura dell'amministrazione di sostegno o in occasione di una sua successiva revisione*». Chiaramente il giudice tutelare può sempre decidere di escludere o limitare la capacità di donare del beneficiario di amministrazione di sostegno ex art. 411, comma 4°, c.c. esplicitando l'estensione del divieto previsto dall'art. 774 c.c. per l'interdetto e l'inabilitato. Questa interpretazione consente di rispettare il principio personalista che impone una lettura combinata dell'art. 2 e 3 Cost. garantendo il rispetto del principio dell'uguaglianza a prescindere "dalle condizioni personali"[189]. Per questi motivi «*deve escludersi che la persona beneficiaria di amministrazione di sostegno possa essere privata della capacità di donare fuori dai casi espressamente stabiliti dal giudice tutelare ai sensi dell'art. 411, quarto comma, primo periodo, c.c., restando tale capacità integra in mancanza di diversa espressa previsione*.»

[189] La medesima sentenza della Corte costituzionale chiarisce che nell'ambito delle condizioni personali rientrano certamente «*le condizioni di disabilità di cui i beneficiari di amministrazione di sostegno sono portatori»*

Lo stesso orientamento era stato seguito anche dalla Corte di cassazione[190] che aveva precisato che i limiti alla capacità di testare e donare imposti agli interdetti e inabilitati non potessero essere applicati in via analogica all' amministrazione di sostegno ma necessitavano dell'esplicita previsione nel decreto di nomina del giudice tutelare. La stessa ordinanza ha anche precisato che il giudice possa escludere d'ufficio la capacità di donare solo «*in presenza di situazioni di eccezionale gravità, tali da indurre a ritenere che il processo di formazione e manifestazione della volontà possa andare incontro a turbamenti per l'incidenza di fattori endogeni o di agenti esterni».*

Una volta accertata la generale capacità di donare del beneficiario di amministrazione di sostegno, ci si interroga se il beneficiario possa disporre della donazione in favore del proprio amministratore di sostegno. Infatti, l'art. 411, comma 2°, c.c. richiama espressamente l'art. 779 c.c. in osservanza del quale vengono dichiarate nulle le donazioni a favore del tutore e del protutore fatte prima dell'approvazione del conto o comunque prima della prescrizione dell'azione per il rendimento del conto. Inoltre, dato il richiamo contenuto nell'art. 779 c.c. all'art. 599 c.c., la nullità si estende anche alle donazioni effettuate per interposta persona (donazioni effettuate a soggetti legati all'amministratore di sostegno da vincoli familiari stretti).

Alcuni autori ritengono che il divieto contenuto nell'art. 779 c.c. si riferisca solo ai casi di amministrazione sostitutiva e non anche di assistenza[191].

In ogni caso, la nullità prevista dall'art. 779 c.c. ha delle ricadute importanti sull'argomento che si sta trattando; infatti è ragionevole pensare che il beneficiario

---

[190] Cas., 21 maggio 2018, n. 12460. «*deve riconoscersi la possibilità d'imporre limitazioni alla capacità di donare, il cui esercizio da parte del beneficiario dell'amministrazione di sostegno non può ritenersi precluso, in linea generale, dall'art. 774 c.c*.»

[191] Così G. BONILINI, F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegn*o, Milano, 2008, p. 454.

di amministrazione di sostegno possa donare la propria azienda o le proprie partecipazioni al figlio che, eventualmente, è anche il suo amministratore di sostegno. Tuttavia, in questa digressione si inserisce il comma 3° dell'art. 411 c.c. che prevede la validità delle «*convenzioni*» in favore dell'amministratore di sostegno che sia parente entro il quarto grado del beneficiario, o coniuge, o persona stabilmente convivente con il beneficiario. Sulla possibilità di ricomprendere le donazioni all'interno della nozione di *«convenzione*» si è espressa positivamente autorevole dottrina ritenendo che l'espressione di cui sopra possa riferirsi a tutti quei negozi che comportino un beneficio all'amministratore di sostegno, senza il pagamento di alcun corrispettivo[192]. Nell'ipotesi di donazione ad amministratore di sostegno le cui qualifiche soggettive non siano ricomprese nel novero di quelle indicate nell'art. 411, comma 3°, c.c. si precisa che non è il beneficiario a non avere la capacità di donare, bensì è il non familiare, in quanto amministratore di sostegno, a non poter ricevere a titolo liberale[193].

La donazione è un atto personalissimo caratterizzato dall'a*nimus donandi* che deve essere proprio del disponente; per questo motivo, dall'analisi dell'art. 777 c.c. si desume il principio giuridico secondo cui la donazione non tollera alcun tipo di rappresentanza, né volontaria né legale. L'art. 777 c.c. riguarda gli incapaci ma come si combina con le ipotesi in cui è coinvolta un'amministrazione di sostegno? La risposta al quesito non è facile. Un autore ritiene che la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria non sia possibile riguardo alla donazione essendo precipui caratteri della stessa la personalità e la spontaneità[194]. Vi sono state, però, due

[192] Ibidem, p. 460.
[193] Così G. BONILINI, F.TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, Milano, 2008, p. 4555.
[194] G. BONILINI, *Il beneficiario di amministrazione di sostegno ha, come regola, la capacità di donare*, In Famiglia e diritto, 2019, fasc. 8, cit., p.751.

pronunce[195] che si sono approcciate alla problematica in maniera interessante. Il beneficiario di amministrazione di sostegno «*mai diviene formalmente incapace*», per cui «*può liberamente fare donazione. Ciò vale sia nel caso di amministrazione di affiancamento, salvo che il giudice ritenga di dover inserire nel decreto la limitazione a tale facoltà, ex art. 411, ultimo comma, c.c., sia nel caso di amministrazione sostitutiva, previa autorizzazione del giudice tutelare, ove sia accertato con sicurezza l'intento liberale del beneficiario e non si ravvisi alcun pregiudizio per la tutela degli interessi personali e patrimoniali dello stesso*. »[196]

Ad opinione dello scrivente le considerazioni rese dal giudice tutelare del Tribunale di La Spezia ben si adattano alla *ratio* dell'istituto dell'amministrazione di sostegno consentendo di compiere ai beneficiari atti personalissimi per il tramite dell'amministratore di sostegno. Infatti, la tutela del soggetto debole è comunque garantita da quanto emergerà dalle valutazioni del giudice tutelare, il quale assumerà le proprie decisioni solo dopo aver analizzato in maniera congiunta la sussistenza dell'*animus donandi* e l'eventuale pregiudizio derivante dall'atto di donazione.

Ne deriva che il beneficiario di amministrazione di sostegno che sia titolare di un'azienda o di partecipazioni abbia, come regola, la capacità di donare.

Nel precedente paragrafo la trattazione ha fatto menzione della donazione con riserva di disporre, della donazione con patto di reversibilità e della donazione del complesso aziendale con riserva del diritto di usufrutto in capo al donante, quali strumenti in grado di consentire all'imprenditore di orientare il passaggio generazionale della propria attività assecondando una determinata esigenza. Si è anche detto che la donazione con riserva del diritto di usufrutto in capo al donante

[195] Decreto Tribunale di La Spezia, 2 ottobre 2010; decreto Tribunale di Teramo, 16 dicembre 2011.
[196] Decreto Tribunale di La Spezia, 2 ottobre 2010

è particolarmente apprezzata dagli imprenditori poiché consente al donante il mantenimento della gestione di azienda sino alla propria morte. Tuttavia, se l'imprenditore anziano beneficiasse di un'amministrazione di sostegno, il ricorso a questa tipologia di donazione non sarebbe razionale date le capacità attenuate del beneficiario. È come se si distogliesse la donazione di azienda con riserva del diritto di usufrutto dalle sue finalità. Al contrario, qualora il titolare dell'azienda beneficiasse di un'amministrazione di sostegno, il trasferimento a titolo donativo del solo diritto di usufrutto potrebbe divenire un'ipotesi ragionevolmente percorribile poiché consentirebbe al donante di spogliarsi immediatamente della gestione che verrebbe affidata al discendente ritenuto più idoneo ma rimanendo formalmente proprietario dell'azienda[197]. Se l'imprenditore, durante la sua carriera, ha potuto osservare nel figlio le giuste capacità imprenditoriali, la donazione dell'azienda potrebbe essere utile per proteggere la realtà aziendale dalla farraginosità generata da un'amministrazione di sostegno che si inserisce nella sfera aziendale. Anche in questo caso il giudice tutelare assumerà un ruolo decisivo perché sarà proprio lui a stabilire i limiti da imporre alla capacità di donare del beneficiario di amministrazione di sostegno. Quando sono ricomprese nel patrimonio del beneficiario un'impresa o delle partecipazioni, la valutazione del giudice non potrà prescindere dal considerare tali aspetti nel plasmare il contenuto del suo provvedimento. È vero che la donazione è un atto personalissimo ma nel momento in cui è presente un'amministrazione di sostegno si ha l'interazione di tre soggetti: il beneficiario, l'amministratore di sostegno e, soprattutto, il giudice tutelare. Lo scrivente ritiene che ammettere la capacità di donare dell'imprenditore beneficiario (ovviamente laddove la disabilità che lo affligga non annienti in maniera rilevante le sue facoltà intellettive) possa essere un valido mezzo attraverso

[197] La consapevolezza della conservazione della proprietà potrebbe soddisfare l'ardente volontà dell' imprenditore di sentirsi ancora una parte integrante dell'azienda.

cui attuare il passaggio generazionale solo se ricorrano due presupposti imprescindibili: la pianificazione anticipata delle condizioni che rendono efficientemente esperibile la donazione[198] e una generale armonia familiare. Ad ogni modo, il concreto limite attinente alla donazione di azienda (o di partecipazioni) rimane l'impossibilità di attuare un consolidamento del trasferimento, restando applicabili le ordinarie regole in tema di collazione e riduzione, le quali risultano foriere di possibili contrasti familiari che rischiano concretamente di pregiudicare la continuità aziendale.

In merito all'esperimento di donazioni indirette nell'ambito di una amministrazione di sostegno, la loro realizzabilità dipenderà sempre dal regime delle autorizzazioni concesso dal giudice tutelare nei suoi provvedimenti. In base alla tipologia contrattuale prescelta per effettuare la donazione indiretta si dovrà verificare il tipo di assistenza o rappresentanza stabilito dal giudice per quello specifico atto. Ad ogni modo, si ritiene che operazioni come la vendita di azienda attuata dal donante al donatario a prezzo inferiore al suo valore reale oppure un aumento di capitale al valore nominale per consentire al sottoscrittore di acquisire una quota societaria che vale più del versamento effettuato per la sottoscrizione, sono difficilmente attualizzabili in presenza di un'amministrazione di sostegno incentrata sui provvedimenti del giudice tutelare che difficilmente acconsentirà alla realizzazione di questi atti.

[198] Come si è avuto modo di evidenziare al paragrafo 1: Percorso formativo dei figli, affiancamento nella gestione, attitudini personali..

3. Il patto di famiglia

Il legislatore è intervenuto con la legge del 14 febbraio 2006, n.55 introducendo l'istituto del patto di famiglia. Di conseguenza sono stati inseriti nel titolo IV («*Della divisione*») del Codice civile gli articoli da 768 *bis* a 768 *octies,* all'interno del nuovo capo *V bis* rubricato «*Del patto di famiglia*». Questo intervento normativo ha condotto anche alla modifica dell'art. 458 c.c. in merito al divieto dei patti successori tramite l'integrazione dell'inciso «*Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768 bis, e seguenti*». Il patto di famiglia ha quindi mitigato il divieto dei patti successori consentendo all'imprenditore di poter pianificare la successione.

Sicuramente questo intervento ha cercato di rispondere all'esigenza di adeguare, almeno in parte, il nostro ordinamento che risultava troppo distante non solo dai sistemi di *common law* ma anche dai sistemi giuridici più affini a quello italiano come quello tedesco o francese. Oltretutto, ulteriori pressioni che hanno condotto all'introduzione di questo istituto derivavano dal contesto economico e sociale che il legislatore ha dovuto fronteggiare: analisi sociologiche dell'epoca avevano dimostrato che la successione di impresa fosse un'esperienza particolarmente dolorosa evidenziata anche da un alto tasso di conflittualità nelle aule giudiziarie da cui derivava spesso una drastica conseguenza: la dissoluzione dell'impresa. L'impresa entrava in crisi anche a causa delle lungaggini giudiziarie che contribuivano alla sua scomparsa e alla conseguente perdita di valore per tutti gli *stakeholders*. Il bene impresa ha delle peculiarità in quanto bene produttivo, ecco perché è intervenuto il legislatore. La dottrina ha accolto con estremo entusiasmo questa disciplina ma si incontrano tutt'oggi tante difficoltà operative per applicare concretamente questo istituto.

Il patto di famiglia, secondo quanto previsto dall'art. 768 *bis* c.c., è un contratto con cui un soggetto (disponente) attribuisce la titolarità di un'azienda o di una partecipazione societaria a favore di uno o più discendenti (legittimari assegnatari) e, contestualmente, il legittimario assegnatario provvede a liquidare una somma in denaro, o l'equivalente in natura, ai legittimari non assegnatari. Il valore da liquidare corrisponde alle rispettive e ipotetiche quote di legittima che si avrebbero nel momento in cui si dovesse aprire la successione *mortis causa* del disponente. L'aspetto innovativo è che in seguito alla stipula del patto di famiglia «*quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione e riduzione»*[199].

Il legislatore ha agito con l'obiettivo di fornire al titolare di azienda uno strumento che potesse essere una alternativa alla donazione in modo tale da anticipare gli effetti traslativi e divisori, normalmente rinviati all'apertura della successione *mortis causa*, già durante la vita del disponente.[200] Questo perché permetteva di raggiungere multipli interessi come la tutela della continuità della gestione dell'attività anche dopo la morte dell'imprenditore, di superare i limiti tipici della donazione ma sempre nel rispetto degli interessi patrimoniali dei legittimari. La stabilità che è garantita al trasferimento è in linea con la volontà di rendere più agevole il passaggio generazionale. Lo stesso contenuto delle norme di riferimento è stato molto criticato in dottrina tanto è vero che autorevoli studiosi hanno dichiarato che la disciplina dell'art 768 *bis* c.c. fosse "*infelice ed incompleta*"[201] e caratterizzata da un "*tenore letterale non certo eccellente*"[202]. Infatti, non poche sono state le problematiche interpretative legate all'introduzione di questo istituto. La lettura dell'art. 768 *bis* c.c. sembra rinviare alla natura bilaterale del contratto (imprenditore da un lato e uno o più discendenti) ma quella dell'art del 768 q*uater*,

[199] Art. 768 *quater*, coma 4°,c.c.
[200] A.BUSANI, *Il patto di famiglia*, Padova, 2019, cit.
[201] G.OBERTO, *Il patto di famiglia*, Padova, 2006, p.3
[202] A.BUSANI, Il *patto di famiglia*, Padova, 2019,.

sembra far riferimento ad una struttura plurilaterale dovendo partecipare al patto di famiglia, l'imprenditore e tutti quei soggetti che, ove si aprisse la successione, rivestirebbero la qualifica di legittimari (ai fini della liquidazione della quota di riserva loro spettante)

Per quanto riguarda l'essenza del patto di famiglia, si tratta di un contratto con effetti reali *inter vivos*. Procedendo con l'indagine sulla natura giuridica vi sono due differenti tesi sul punto.

La prima si fonda sulla gratuità dell'atto volto al trasferimento del complesso aziendale (o delle partecipazioni sociali) da cui deriva la liquidazione prevista per i partecipanti non assegnatari ad opera del discendente che consegue la proprietà dell'azienda (o delle partecipazioni societarie). Per queste ragioni alcuni autori[203] hanno ricondotto l'istituto in esame entro i confini della donazione modale (visto l'onere in capo all'assegnatario di liquidare gli altri partecipanti al patto). Questa tesi oltre a presupporre la struttura bilaterale del contratto ha delle criticità sotto il profilo strutturale poiché la liquidazione dovuta dall'assegnatario rappresenta un elemento essenziale del contratto mentre il *modus* è un elemento meramente accidentale. Inoltre, l'interesse del disponente a stipulare il patto di famiglia non è semplicemente quello di beneficiare il legittimario assegnatario ma si tratta di effettuare un vero e proprio passaggio generazionale di un'attività. Tuttavia, la questione sulla natura donativa del patto di famiglia è stata recentemente accreditata dalla Corte costituzionale[204] anche se in riferimento agli aspetti fiscali applicabili al negozio.

[203] C. CACCAVALLE, *Le categorie dell'onerosità della gratuità nei trasferimenti attuali nell'ambito del patto di famiglia: prime considerazioni*, in Rivista di diritto privato, 2007, fasc.4, p. 743.
[204] Cass., 19 dicembre2018, n.32823.

La tesi prevalente[205] però conferisce al patto di famiglia una struttura plurilaterale[206] e una natura giuridica divisoria. Questa tesi è supportata non sola dalla collocazione stessa delle norme all'interno del Codice civile (il capo V tratta della disciplina della divisione e le previsioni normative del patto di famiglia sono state collocate in un nuovo capo numerato come "capo V *bis*") ma anche dalla funzione di distribuire una parte speciale del patrimonio del disponente fra i propri discendenti soddisfacendo contestualmente i soggetti non assegnatari mediante il pagamento del valore della loro rispettiva quota di legittima da parte del discendente beneficiario. Si tratterrebbe di una divisione parziale e anticipata che cristallizza la situazione al momento della stipulazione del patto e il cui meccanismo di liquidazione non appare diverso da quello previsto per la divisione di immobili non divisibili.[207]

Nell'ambito di questo dibattito è stata proposta anche la tesi che ha collegato il patto di famiglia al contratto a favore del terzo ma è rimasta isolata rispetto alle altre due.

In ogni caso, a prescindere da quale sia la vera natura giuridica del patto di famiglia, emerge che questo istituto attinga da elementi propri sia della donazione che della divisione.

Passando alla forma del patto di famiglia, è l'art 768 *ter c.c.* a disciplinare questo aspetto e a prevedere che, a pena di nullità, il contratto deve essere concluso con atto pubblico. La norma non specifica se sia richiesta la presenza dei testimoni[208]:nel caso in cui si avvicinasse il patto di famiglia alla donazione modale

[205] R.VITUCCI, *Ipotesi sul patto di famiglia*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, fasc.4, p. 459
[206] In questo senso G.IACCARINO, *Le principali ipotesi di donazioni indirette*, *in Successioni e donazioni*, a cura di G. Iaccarino, Torino, 2017.
[207] R. BRUNZO, L'assegnazione del bene produttivo tra patto di famiglia trust, in *Le problematiche notarili affrontate dai notai di domani,* a cura di P. Guida, S. Santangelo, Assago, 2016
[208] Mel patto di famiglia redatto presso lo studio notarile Morico di Fano i testimoni hanno presenziato all'atto.

sarebbero necessari i testimoni per la stipula della donazione, mentre una soluzione opposta sarebbe da preferire qualora si valorizzasse la natura divisoria dell'istituto.

Fra i soggetti coinvolti nel patto di famiglia rientra certamente l'imprenditore ma questo termine richiama la definizione dell'art. 2082 c.c. Il dubbio che ne deriva è se il patto di famiglia riguardi solo il soggetto che rivesta direttamente la qualifica di imprenditore; il contenuto dell'art. 768 *bis* c.c. sembra deporre a favore di questa interpretazione. Inoltre, data la natura eccezionale della norma esaminata risulta più opportuna un'interpretazione restrittiva. Però in dottrina non manca l'opinione per cui una simile interpretazione risulti poco coerente con la *ratio* dell'istituto. Infatti, se l'obiettivo è consentire il passaggio evitando che si arrivi alla dissoluzione del bene "azienda", l'interpretazione letterale del termine "imprenditore" rischierebbe di escludere l'ipotesi (frequente) in cui manchi la qualifica imprenditoriale del disponente. Si pensi, per esempio, ai casi in cui il proprietario dell'azienda abbia concesso la stessa in affitto o in comodato al discendente destinatario del trasferimento. Anche in questo caso emergono le esigenze di stabilità ma il disponente non potrebbe più essere qualificato come imprenditore e, stando ad un'interpretazione restrittiva della norma, non potrebbe disporre tramite il patto di famiglia. Ove si limitasse il patto di famiglia a queste fattispecie, si rischierebbe di discriminare situazioni comunque meritevoli di beneficiare degli effetti relativi al patto di famiglia. Quindi, si ritiene più idonea un'interpretazione estensiva che consenta la possibilità di ricorrere a tale istituto anche al soggetto titolare dell'azienda che tuttavia non eserciti più in maniera diretta l'attività imprenditoriale.

Al contratto devono prendere parte anche il coniuge e tutti coloro che sarebbero legittimari se, in quel momento, si aprisse la successione del patrimonio (art. 768 *quater*, comma 1°, c.c.). Questo articolo opera una *fictio iuris* equiparando fittiziamente il momento in cui si stipula il patto alla morte dell'imprenditore

disponente e cristallizza al momento del patto la valutazione in merito ai legittimari esistenti. A riguardo si sono sollevate diverse questioni interpretative.

Secondo la prima tesi, meno condivisa in dottrina, la mancata partecipazione dei legittimari non inficia la validità del patto trattandosi, in questa accezione, di un negozio a struttura bilaterale. Il consenso dei beneficiari rende stabile la pattuizione mentre la mancata convocazione di alcuni di essi non porta all'invalidità dell'atto ma il legittimario non partecipante (e che non abbia aderito con contratto successivo) potrà richiedere la collazione ed esperire l'azione di riduzione. Ci sarebbe un mero onere di convocazione dei legittimari.

Il secondo orientamento, invece, si basa sulla struttura plurilaterale del negozio. L'eventuale esclusione di uno o più legittimari determina la nullità del patto[209] essendo la partecipazione di questi soggetti condizione di validità dello stesso.

In merito all'oggetto del patto di famiglia, l'art.768 *bis* c.c. prevede espressamente che il trasferimento di azienda debba essere compatibile con «*le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societari*e»

Per quanto riguarda il patto di famiglia e il regime dell'impresa familiare, il contenuto dell'art 768 *bis* c.c. merita una lettura combinata con l'art. 230 *bis* c.c. Il trasferimento dell'azienda, per espressa previsione normativa, deve tutelare i diritti dei partecipanti all'impresa familiare. Quindi, restano salvi i diritti di questi alla partecipazione agli utili, alla liquidazione della partecipazione in caso di cessazione della prestazione o di alienazione dell'azienda. Tuttavia, l'ambito che è stato maggiormente oggetto di attenzione riguarda il coordinamento fra la disciplina del patto di famiglia e il diritto di prelazione per i familiari che collaborano e che partecipano all'impresa familiare (art. 230 bis, comma 5°, c.c.) «*in caso di divisone*

[209] C. CARBONE, L.GENGHINI *Il patto di famiglia*, in *Manuali Notarli* a cura di L. Genghini, Padova, 2016, cit., p.1565

ereditaria o di trasferimento dell'azienda». Un orientamento dottrinale, limitando ai soli trasferimenti a titolo oneroso l'applicazione del diritto di prelazione[210], ne esclude l'applicabilità data la gratuità della cessione[211]. L'altro, supportato dal tenore letterale delle disposizioni di riferimento, ritiene di estendere la tutela prevista per coloro che partecipino all'impresa familiare anche alla fattispecie del patto di famiglia. Comunque, in considerazione della finalità dell'istituto di consentire il trasferimento di azienda al discendente/i prescelto/i, sembra più ragionevole abbracciare la tesi negativa.

Per quanto riguarda il trasferimento delle partecipazioni sociali gli studiosi del tema non sono unanimi sull'interpretazione relativa alla natura e all'entità delle stesse. Il dato testuale delle norme non è d'aiuto visto il generico riferimento alle partecipazioni, senz'altro aggiungere. Alcuni studiosi del tema sostengono che il patto famiglia possa essere applicato anche per trasferire le partecipazioni societarie alle quali non sia associato un potere di controllo dell'impresa (l'art. 768 *bis* fa esclusivo riferimento alle partecipazioni societarie senza nulla specificare)[212]: potrebbero servirsi del patto di famiglia anche i soci di minoranza o risparmiatori. Altre opinioni[213], però, affermano che il patto di famiglia possa essere compatibile solo con quelle partecipazioni aventi il carattere di "significatività", sotto il profilo del comando, con esclusione, quindi, della cessione di titoli che abbiano costituito oggetto di mere operazioni di investimento finanziario[214]. Questo orientamento, considerando la *ratio* dell'istituto di agevolare la continuità della gestione nel passaggio generazionale soprattutto delle piccole e medie imprese, risulta più

[210] G. PALMIERI, *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario Scialoja, Branca*, Bologna, 2004, p. 169
[211] Concorde anche A. Busani,*Il patto di Famiglia*, 2019.
[212] M. AVAGLIANO, *Patti di famiglia e impresa*, in Familia, 2006, p.81; A. BUSANI, il patto di famiglia, Padova, 2019
[213] Sono quelle più diffuse
[214] L.GENGHINI, C. CARBONE, *Il patto di famiglia*, in *Manuali Notarli* a cura di L. Genghini, Padova, 2016, cit., p.1577.

coerente: il naturale ambito operativo sembra quello rivolto alle partecipazioni sociali che consentono di esercitare un potere di gestione[215]. Inoltre, se così non fosse, si potrebbero porre dei problemi di legittimità costituzionale poiché, permettendo il trasferimento di qualsiasi tipo di partecipazione, si verrebbero a creare disparità di trattamento rispetto ad altri beni ugualmente non produttivi.

In relazione alle società di persone, affinché si possa definire il trasferimento delle partecipazioni è necessario il consenso degli altri soci trattandosi di modifiche del contratto associativo.

Nelle società di capitali le modifiche dei soggetti del contratto associativo non richiedono il consenso degli altri soci, questo perché le partecipazioni sociali sono, generalmente, liberamente trasferibili. Tuttavia, lo statuto può porre dei limiti alla circolazione delle quote o, addirittura, il divieto di trasferimento o circolazione; di conseguenza il titolare delle partecipazioni deve osservare i limiti statutari alla circolazione.

L'art 768 *quater*, comma 2°, c.c. prevede che l'assegnatario debba liquidare i legittimari (a meno che questi non vi rinuncino in tutto o in parte) con il pagamento di una somma pari al valore delle quote di legittima loro riservata. Nulla vieta ai contraenti di stabilire che la liquidazione avvenga in natura oppure che possano verificarsi tutte quelle vicende estintive dei rapporti obbligatori (es: rinuncia, remissione). Sulla determinazione del valore delle quote prevista dagli artt. 536 e seguenti c.c. spesso si creano contrasti fra i legittimari. Infatti, tale valore dovrà essere definito al momento del patto poiché il legittimario, per acconsentire alla stipula, deve conoscere a quanto ammonti l'importo che gli deve essere liquidato. La norma prevede che il soggetto passivo tenuto ad effettuare la liquidazione sia il

[215] Vi sono anche interpretazioni molto restrittive che limitano l'applicazione del patto di famiglia alle sole società di persone. Cfr. G. Petrelli, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, in Rivista del notariato, 2006, fasc.7-8, p. 415.

beneficiario dell'azienda o delle partecipazioni. La dottrina sembra concorde nell'ammettere la possibilità che il pagamento avvenga in maniera dilazionata[216].

Proseguendo con la trattazione si giunge alla definizione degli effetti del patto di famiglia. Le attribuzioni da effettuare ai partecipanti non assegnatari sono imputate in base alle quote di legittima loro spettanti.

Pur non essendo contemplata dalle norme, in dottrina si discute se la liquidazione dei legittimari possa avvenire ad opera del disponente. Questa è un'ipotesi che ben può darsi nella prassi. Non vi sono particolari dubbi sull'ammissibilità di tale opzione quanto sugli effetti che discendono da questa liquidazione effettuata dal disponente. La lacuna sul punto è problematica in virtù della previsione contenuta nell'art. 768 *quater* c.c. che stabilisce che la liquidazione debba essere imputata alle quote di legittima. Gran parte della dottrina conclude che l'attribuzione di denaro o beni in natura compiuta dal disponente non solo sia certamente imputabile alla quota di legittima del beneficiario ma che precluda l'esercizio dell'azione di riduzione e la collazione sui suddetti beni, così come accade per quelli trasferiti dal beneficiario nell'ipotesi ordinaria[217]. La mancata ammissibilità della liquidazione dei legittimari ad opera del disponente renderebbe ancor più inattuabile la conclusione di un patto di famiglia.

Inoltre, qualora si consenta che lo stesso disponente liquidi gli altri legittimari in luogo dell'assegnatario, potrebbero essere raggiunti effetti liberali riconducibili alle donazioni indirette. Più specificatamente, il genitore potrebbe effettuare una

[216] Il legislatore ha permesso questa ipotesi perché è probabile che l'assegnatario, alla conclusione del contratto, non abbia le disponibilità sufficienti per la liquidazione.
[217] L.GENGHINI, C. CARBONE, *Il patto di famiglia*, in *Manuali Notarli* a cura di L. Genghini, Padova, 2016, cit., p.1597.

donazione indiretta all'assegnatario e, contestualmente, una o più liberalità ai non assegnatari attribuendo loro beni di valore pari o superiore al loro credito vantato nei confronti del legittimario[218].

L'art 768 *septies*, n.1, c.c. disciplina lo scioglimento e la modifica del patto di famiglia. Queste finalità possono essere perseguite mediante diverso contratto che abbia le medesime caratteristiche e presupposti di cui al capo V *bis*. Quindi si richiede la forma dell'atto pubblico e la sussistenza dei presupposti definiti dall'art. 768 *bis* c.c. Al n.2 del medesimo articolo è prevista la facoltà di recesso per i contraenti, soltanto se è stata apposta una specifica clausola nel patto. È evidente che l'introduzione di una clausola di recesso privi il patto della stabilità normalmente riconosciutagli dalla legge.

Emergono le numerose difficoltà operative nell'applicazione concreta di questo istituto poiché lo stesso impianto tecnico-legislativo non è stato totalmente all'altezza nel far fronte alle esigenze che l'istituto ambiva tutelare. Il consenso necessario di tutti i legittimari affinché si possa perfezionare il patto è un concreto ostacolo all'applicazione effettiva dell'istituto soprattutto quando i soggetti legittimari sono numerosi o vi sono delle conflittualità familiari.

Un dato importante che funge da prova dell'esiguo utilizzo dell'istituto introdotto con la Legge n. 55 del 2006 è il numero di sentenze emesse dalla Corte di cassazione sul tema. Dalla banca dati di "De Jure" vengono individuate solo quattro sentenze

[218] G. IACCARINO, Le principali ipotesi di donazioni indirette, in *Successioni e donazioni*, a cura di G. Iaccarino, Torino, 2017.

che trattano del patto di famiglia ma la totalità di queste si occupa di dirimere controversie legate ad aspetti puramente fiscali.[219]

Anche dal colloquio che lo scrivente ha avuto la possibilità di avere con i Dottori Commercialisti e lo studio notarile è stato possibile riscontrare la scarsa applicazione dell'istituto appena esaminato. In particolare, i commercialisti con cui si è interloquito hanno affermato di non proporre "quasi mai" il patto di famiglia come via da percorrere per attuare il passaggio generazionale. Anche lo studio notarile ha confermato che questo istituto non è stato largamente utilizzato. Dal 2006 è stato stipulato un solo patto di famiglia che è stato analizzato da chi scrive.

Le parti del patto, concluso in forma di atto notarile, sono un titolare di una quota di partecipazione in una società a responsabilità limitata, il coniuge e le due figlie. Il disponente ha voluto trasferire alle figlie, congiuntamente fra loro, la titolarità dell'80% della propria quota di capitale sociale. Il valore patrimoniale della partecipazione è stato determinato consensualmente fra le parti e risulta in linea con i valori contabili della società. Il coniuge ha rinunciato alla quota di legittima di propria spettanza e, di conseguenza, le due figlie non hanno dovuto liquidare alcunché ricevendo in comproprietà la quota di partecipazione.

A modesta opinione dell'autore, l'episodio di cui sopra non presenta particolari aspetti peculiari poiché il patto di famiglia si risolve in una attribuzione in comproprietà alle uniche discendenti del disponente con rinuncia alla quota prevista dall'art. 536 c.c.

[219] Dati aggiornati al 10/05/2020. Di seguito si riportano gli estremi delle sentenze:
Cass., 28 luglio 2017, n. 18812; Cass., 28 luglio 2017, n. 18813; Cass., 19 dicembre 2018, n. 32823, Cass., 19 dicembre 2018, n. 32825.

3.1 Capacità del beneficiario dell'amministrazione di sostegno di disporre tramite il patto di famiglia

Il patto di famiglia, nonostante le difficoltà interpretative delle disposizioni ad esso dedicate e nonostante l'attuale limitata applicazione nella prassi, è comunque uno strumento pensato dal legislatore per consentire all'imprenditore di programmare il passaggio generazionale. Per questo motivo la presente trattazione esaminerà se al beneficiario di amministrazione di sostegno possa essere preclusa la possibilità di stipulare un patto di famiglia. In particolare, ci si interroga se l'imprenditore anziano che benefici di un'amministrazione di sostegno possa disporre in maniera anticipata della successione della sua attività d'impresa. Si eviterà di inquadrare nuovamente le caratteristiche legate all'amministrazione di sostegno e alle conseguenze derivanti dalla partecipazione del beneficiario di amministrazione di sostegno all'impresa[220]. Si è avuto modo di evidenziare che nulla vieta al beneficiario di amministrazione di sostegno di essere titolare di azienda o di partecipazioni e che sia compito del giudice tutelare definire se e come autorizzare la continuazione dell'impresa . La flessibilità dell'istituto dell'amministrazione di sostegno è inscindibilmente legata alle valutazioni del giudice tutelare che sono plasmate in relazione alle specifiche esigenze e peculiarità del caso concreto sempre avendo cura di limitare il meno possibile la capacità di agire del beneficiario. Da ciò deriva che, a livello astratto, ben può essere che il beneficiario di amministrazione di sostegno decida di stipulare un patto di famiglia per disporre della propria impresa o delle proprie partecipazioni. La concreta possibilità di concludere validamente il negozio giuridico dipende, ad ogni modo, da quanto stabilito dal giudice tutelare. L'effetto derivante dal patto di famiglia è il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni dal patrimonio del disponente a quello del legittimario assegnatario: la gratuità dell'atto incide inevitabilmente in

[220] Per ulteriori approfondimenti si rinvia al capitolo secondo.

maniera rilevante sulla sfera economica del beneficiario dell'amministrazione di sostegno.

Di seguito si verificherà se la natura giuridica del patto di famiglia possa limitare il suo utilizzo da parte del beneficiario di amministrazione di sostegno.

La natura divisoria del patto (sostenuta da gran parte della dottrina) non sembra impedire, salvo diversi provvedimenti del giudice tutelare, al disponente beneficiario di amministrazione di sostegno di disporre della propria azienda o delle proprie partecipazioni mediante un patto di famiglia.

Seguendo invece l'orientamento che qualifica il patto di famiglia come una ipotesi speciale di donazione modale, data la gratuità dell'atto, ne derivano osservazioni differenti. *In primis* occorre valutare la capacità del beneficiario di amministrazione di sostegno di donare. Si è visto, infatti che l'articolo 774 c.c. rivolto ai soggetti incapaci non si applica automaticamente alla casistica che vede coinvolta un'amministrazione di sostegno; le limitazioni alla capacità di donare possono derivare dal provvedimento giudiziale o da successive modifiche dello stesso ai sensi degli artt. 405 e 407, comma 4°, c.c. Quindi, anche qualora si valorizzasse la natura donativa del patto di famiglia, il beneficiario conserverebbe pienamente la capacità di poter disporre tramite patto di famiglia salvo provvedimenti impeditivi del giudice tutelare. Da questa ipotesi discende una problematica che merita una considerazione. Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può disporre a favore del proprio amministratore di sostegno? Sulla lettura combinata degli artt. 779 e 411, comma 3°, c.c. si rinvia al paragrafo 2.3. Il patto di famiglia, infatti è quel contratto plurilaterale stipulato fra il disponente e i suoi discendenti e potrebbe darsi che l'amministratore di sostegno dell'imprenditore anziano sia l'eventuale legittimario assegnatario; in questo caso il divieto imposto dall' art. 779 potrebbe incidere pesantemente sull'esito dell'istituto del patto di famiglia poichè l'art. 768

bis prevede espressamente che il trasferimento gratuito del bene produttivo può avvenire soltanto a favore di uno o più discendenti del disponente. Ad ogni modo, l'attribuzione gratuita compiuta in virtù del patto di famiglia rientra nel campo applicativo dell'art.411, comma 3°, c.c. poiché il conferimento del bene azienda (o delle partecipazioni) sarà effettuato in favore di un discendente.

Si è avuto modo di osservare che il giudice tutelare possa ragionevolmente prevedere che gli atti di disposizione connessi all'azienda o alle partecipazioni possano essere svolti con l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva dell'amministratore di sostegno *ex* art. 405, comma 1°, numero 3 e 4, c.c. Anche in tale evenienza, la stipulazione del patto osserverà le disposizioni contenute nel provvedimento di nomina. Qualora la stipulazione del patto di famiglia sia ricompresa nel raggio di azione dell'incarico conferito all'amministratore di sostegno, potranno emergere le condizioni autorizzative indicate agli artt. 374, 475, 376 c.c., in conformità con il contenuto dell'art. 411 c.c.

Se si abbraccia la tesi sulla natura divisoria del patto di famiglia, l'amministratore deve richiedere l'autorizzazione al giudice tutelare in base alla previsione dell'art. 375, numero 3 c.c. riguardante la divisione, comprese le forme di divisione stragiudiziali fra le quali rientra anche la divisone negoziale[221].

Diversamente, se si segue l'orientamento che inquadra il patto nell'ambito della donazione modale, sarà l'art. 375, numero 1, c.c. ad imporre l'obbligo di richiesta di autorizzazione. L'articolo si riferisce alle alienazioni in generale e quindi è riferibile anche alle alienazioni di azienda o partecipazioni a titolo gratuito[222]. Se l'oggetto del provvedimento del giudice tutelare che conferisce l'incarico di

[221] V.BARBA, *Commento sub art 375 c.c.,* in *Codice di famiglia, minori e soggetti debol*i, a cura di G.F Basini, G. Bonilini, M.Confortini, Milano 2014, p. 1344.
[222] *Ibidem.*

amministratore di sostegno comprende esplicitamente questo atto da compiere, non è richiesta l'autorizzazione.

Se il legislatore ha previsto il patto di famiglia quale istituto potenzialmente idoneo a gestire la successione limitando i rischi connessi alla continuità aziendale (ma sempre in considerazione delle particolari esigenze di protezione), sembra possibile l'utilizzazione da parte di soggetti beneficiari di amministrazione di sostegno le cui capacità mentali non siano totalmente compromesse per indirizzare coscientemente la futura gestione dell'attività. Ponendo in relazione le problematiche appena esposte con l'ipotesi di senilità dell'imprenditore, risulta ragionevole pensare che il beneficiario di amministrazione di sostegno possa concludere il patto solo con l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva[223]. Nel primo caso si ritiene che possa realizzarsi la volontà del disponente di designare il discendente che ritiene più idoneo alla prosecuzione dell'attività, nel secondo gli attori esclusivi diverrebbero il giudice tutelare e l'amministratore di sostegno, snaturando (giustamente) parte della *ratio* dell'istituto del patto di famiglia. In considerazione dell'ambito in cui opera il patto di famiglia e degli effetti rilevanti che ne discendono è evidente il ruolo fondamentale assunto dal giudice tutelare: egli valuterà attentamente il singolo caso di specie adottando i provvedimenti più opportuni. La scarsa diffusione del patto di famiglia nella prassi, anche nelle vicende di imprese familiari cui non è collegata una qualche forma di incapacità del beneficiario, conduce a ritenere ancor più remota la possibilità di una concreta applicazione combinata dell'istituto negoziale con la figura di protezione dell'amministratore di sostegno.

[223] Risulta difficile pensare che il giudice tutelare, in presenza di un imprenditore anziano, ammetta la piena capacità del beneficiario di stipulare autonomamente un negozio giuridico rilevante come il patto di famiglia.

4. Il Trust

Un altro strumento giuridico idoneo a gestire il passaggio generazionale delle imprese familiari è il trust. Il trust è una figura giuridica del diritto anglosassone le cui origini risalgono all'età medievale. Questo istituto, proveniente dai sistemi di *common law*, è stato legittimato dall'ordinamento italiano attraverso la ratifica della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, resa esecutiva con la Legge n. 364 del 1989. Tuttavia, in Italia, il trust è privo di una disciplina compiuta. L'art. 2 della Convenzione indica che «*per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente - con atto tra vivi o mortis causa - qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico*.» Il nostro Paese, con la menzionata legge di ratifica, non si è obbligata al riconoscimento di qualsiasi tipologia di trust, ma, esclusivamente, di quelli «*istituiti volontariamente e provati per iscritto*» (art. 3) e regolati dalla legge (art. 6) scelta dal soggetto disponente ovvero da quella avente il collegamento più stretto con il trust (art. 7)[224].

Attraverso il trust il disponente (*settlor*) trasferisce beni al c.d. t*rustee* (gestore) in proprietà fiduciaria (non in proprietà piena) poiché questa proprietà è funzionale ad altri soggetti beneficiari o al raggiungimento di un fine determinato. Lo stesso art. 2 della Convenzione contiene un effetto fondamentale associato all'utilizzo del trust: la segregazione patrimoniale. La Cassazione[225] riconosce come « *caratteri fondamentali di ogni trust: a) la piena separazione ed il totale distacco del patrimonio conferito dalla sfera giuridica del disponente, per passare in piena proprietà al trustee, seppure a titolo fiduciario e nell'interesse del beneficiano; b) il fatto che il patrimonio conferito nel trust è messo al riparo da eventuali pretese: sia da parte dei creditori del disponente, poichè il patrimonio non è più di proprietà*

[224] Cass., 4 aprile 2019, n.9320.
[225] Ibidem.

del disponente; sia da parte dei creditori del trustee, poichè quest'ultimo, seppure effettivo proprietario del patrimonio stesso, detiene solo ed esclusivamente nella qualità di trustee e mai a titolo personale; sia da parte dei creditori del beneficiario, fino a quando quest'ultimo non riceva i beni con successivo passaggio dal trustee.»

Grazie all'effetto segregativo, i beni del trust costituiscono una massa distinta non entrando a far parte del patrimonio del trustee; infatti il trustee riceve i beni in qualità di proprietario fiduciario. Le stesse caratteristiche del trust spesso fanno sì che questo istituto venga utilizzato impropriamente per raggiungere finalità elusive o distorte.

Anche nel trust è possibile parlare di liberalità ma, in questo caso, solo in relazione al rapporto fra setllor e beneficiario. Tanto la dottrina[226] quanto la giurisprudenza[227], ritengono che questa ipotesi rappresenti una donazione indiretta ex. art. 809 c.c.

Per la validità dell'atto costitutivo del trust è richiesta la forma scritta[228]. Ciò non implica per forza l'obbligo di ricorrere all' atto pubblico, salvo che l'atto di disposizione non comporti l'alienazione di immobili, partecipazioni o altri beni e diritti per i quali la normativa italiana prescriva, appunto, l'atto pubblico a pena di nullità. In ogni caso, la prassi consolidata è quella di rivolgersi sempre al notaio.

Non essendo il trust contemplato nel nostro ordinamento, nell'atto istitutivo dovrà essere prevista la *professio iuris*, infatti il negozio è disciplinato dalla legge

[226] A. PALAZZO, *I singoli contratti. Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco, TORINO, 2000, P. 432.
[227] Cass., 26 novembre 2016, n. 21614. «*la fattispecie si inquadra di una donazione indiretta* » così si è pronunciata la Cassazione in merito ad un trust autodichiarato caratterizzato da un conferimento di partecipazioni sociali fino alla morte del disponente con beneficiari i discendenti di quest'ultimo.
[228] Art. 3 Conv. Dell'Aja« *La Convenzione si applica solo ai trusts costituiti volontariamente e comprovati per iscritto*.»

straniera richiamata, ma, in virtù delle norme di salvaguardia di cui agli artt. 13, 15, 16 e 18 della Convenzione, è sempre possibile per il giudice nazionale compiere un giudizio di compatibilità con i "principi fondamentali" del nostro ordinamento.

Il trust è un negozio che non appartiene alla nostra esperienza giuridica visto che il nostro ordinamento non ha provveduto a disciplinarlo né ha previsto istituti perfettamente sovrapponibili; per questo motivo nei trust vi sono numerosi elementi di internazionalità. Si parla spesso di trust interni: si tratta di trust interamente italiani nel senso che l'ubicazione dei beni, la cittadinanza e la residenza del disponente e del beneficiario ricadono all'interno del nostro Paese, per cui l'unico elemento di internazionalità è la legge straniera regolatrice scelta dal disponente[229] ed, eventualmente, il luogo di amministrazione del trust e di residenza del trustee[230]. Attualmente sia la dottrina che la giurisprudenza ammettono il trust interno ma non sono mancate tesi opposte. La Corte di cassazione con la sentenza n. 10105 del 2014 dichiarando la nullità di un trust liquidatorio non conforme alle norme fallimentari è come se avesse affermato, per la prima volta, la generale ammissibilità del trust interno. I fautori delle considerazioni opposte fanno leva su alcuni principi di ordine pubblico come l'unicità del diritto di proprietà, la tipicità delle ipotesi di separazione patrimoniale in ragione della riserva di legge imposta dall'art. 42, comma 2°, Cost, sia con il comma 2° dell'art. 2740 c.c [231]

[229] La scelta della legge applicata necessariamente ricadrà su una legge diversa da quella italiana visto che il trust non è contemplato nel nostro ordinamento.
[230] S. BARTOLI; Il *trust interno e le principali questioni ad esso inerenti, "dal trust all'atto di destinazione patrimoniale*. *Il lungo cammini di un'idea*", in *Quaderni della fondazione italiana del notariato*, 2013, fasc. 2.

[231] R . BRUNZO, *L'assegnazione del bene produttivo fra patto di famiglia e trust, in Le problematiche notarili affrontate dai notai di domani*, Assago,2016.

In ambito aziendale si potrebbe pensare alla costituzione di un trust che intesta al trustee l'azienda o le partecipazioni sociali, che designa come beneficiari delle rendite sia il disponente che i suoi familiari stabilendo, da ultimo, che l'attribuzione finale dei beni spetterà ai discendenti. Infatti, si distingue fra beneficiari finali e beneficiari di reddito che, ovviamente, possono anche coincidere. A tal proposito il trustee è investito di una duplice finalità: salvaguardare la continuità aziendale e individuare i discendenti più adatti ad assumere in futuro la gestione aziendale. «*Con l'atto costitutivo del trust il trasferimento dal "settlor" al "trustee" di immobili e partecipazioni sociali per una durata predeterminata o fino alla morte del disponente, i cui beneficiari siano i discendenti di quest'ultimo, avviene a titolo gratuito e non determina effetti traslativi, poiché non ne comporta l'attribuzione definitiva allo stesso trustee, che è tenuto solo ad amministrare ed a custodire gli immobili ed i diritti conferiti, in regime di segregazione patrimoniale, in vista del loro ritrasferimento ai beneficiari del "trust*".[232] » Nulla vieta di integrare l'atto istitutivo del trust con dei requisiti che il discendente deve sviluppare (es: propensione al rischio, caratteristiche particolari nel curriculum vitae). Alcuni autori evidenziano che il trustee più adatto a simili operazioni sia una persona giuridica[233]. Si precisa che non vi è una specifica tipologia di trust che consente al meglio di programmare il passaggio generazionale dell'impresa, poiché è necessario che venga istituito un trust plasmato in base alle esigenze e alle peculiarità delle singole famiglie e attività. La molteplicità delle finalità e degli effetti raggiungibili dal trust sottolinea il polimorfismo associato a questo istituto

Spesso, nei trust si prevede la nomina di un guardiano o, eventualmente un collegio di guardiani, a cui affidare il controllo della gestione e che può essere investito di

[232] Così Cass., 26 novembre 2019, n.30821
[233] L.SALVATORE, *Il trapasso generazionale dell'impresa tra patto di famiglia e trust*, in Notariato, 2007, fasc.5. p. 554 s.s,

poteri di varia natura, tra cui la rimozione del trustee. L'unico limite cui il guardiano dovrà sottostare è l'impossibilità di snaturare i poteri gestori del trust ma potrà incidere con pareri preventivi vincolanti oppure obbligatori non vincolanti.

L'Italia è tenuta a riconoscere i trust di *common law* ma persistono molte resistenze da parte della dottrina. Infatti, per alcuni studiosi[234] il trust è uno strumento residuale che può essere utilizzato solo se nel nostro ordinamento non si rinvengono istituti giuridici che possono perseguire le stesse finalità che realizza il trust. Questa tesi appare evidentemente molto restrittiva e anche poco condivisibile non solo perchè nel nostro ordinamento non vige un principio così restrittivo dell'autonomia negoziale, ma anche perché confrontando il trust con altri istituti si evince che questo ha sempre un *quid pluris* in relazione alla separazione patrimoniale.

Infatti, pur essendoci nel nostro ordinamento tanti istituti che realizzano la separazione patrimoniale, nessuno di questi ha le sfumature che caratterizzano il trust. Infatti, il trust si distingue sia dall'istituto del fondo patrimoniale, previsto dall'art. 167 c.c. e ss.; che dalle società fiduciarie[235]. Inoltre, anche la fattispecie più importante, contenuta nell' art. 2645 ter[236] c.c., che consente all'autonomia negoziale di realizzare separazioni patrimoniali, presenta delle differenze rispetto al trust. In un autentico patrimonio separato[237] si avrebbe, quantomeno, che i creditori della destinazione (i creditori del trust) possano rivalersi su quel bene vincolato. Così non è nel modello tradizionale di diritto inglese del trust, in quanto

[234] M.LUPOI, *Trusts*, 2 ª ed. Giuffrè editore, Milano, 2001.
[235] Per analizzare in maniera specifica i punti di contatto e di difformità di questi istituti rispetto al trust si veda la sentenza della Cassazione del 4 aprile 2019, n. 9320.
[236] consente di destinare patrimoni per finalità meritevoli di tutela producendo una separazione patrimoniale
[237] Il trust viene concettualizzato come patrimonio separato ma questo, in realtà, è un espediente usato dai comparatisti della *civil law* per recepire il trust nel nostro ordinamento; infatti, il concetto di patrimonio non esiste negli ordinamenti del *common law*.

i beni costituiti in trust sono sottratti anche ai creditori della destinazione[238]. Quindi, nell'ipotesi di un imprenditore che costituisce in trust la sua azienda (o le sue partecipazioni) e la trasferisce ad un trustee di sua fiducia, su quell'azienda non potranno rifarsi i creditori personali del trustee. Inoltre, se il trustee gestendo l'attività d'impresa contrae debiti relativi all'azienda, i creditori relativi a quelle obbligazioni non possono rivalersi sul bene azienda (o sulle partecipazioni) perché dei debiti del trust risponde personalmente il trustee con il suo patrimonio. Si tratta di un effetto molto radicale poichè porta all'intangibilità del bene costituito in trust rispetto alle pretese creditorie[239].

Per quanto riguarda i creditori del disponente, questi non subiranno alcuna lesione poiché rimangono tutelati dall' esperimento dell'azione revocatoria e dall'art. 2929 *bis* c.c. La segregazione patrimoniale, ai sensi dell'art. 11 della Convenzione dell'Aja, è un elemento imprescindibile infatti, se non si riconoscesse la sua operatività nel nostro ordinamento, verrebbe meno una delle maggiori potenzialità proprie del trust. I beni in trust sono sottoposti sia al vincolo di destinazione, essendo destinati al raggiungimento delle finalità stabilite dal disponente nell'atto istitutivo, sia al vincolo di separazione, per tali motivi i beni costituiti in trust vengono definiti come "blindati"[240].

Oltre a questi aspetti, il trust è reso particolarmente appetibile nella successione intergenerazionale dell'impresa poiché non consente il verificarsi della comunione ereditaria. L'imprenditore, trasferendo in trust l'azienda ad un professionista in qualità di trustee, impedisce il verificarsi della comunione ereditaria su quell'azienda e, contestualmente, può controllare la trasmissione intergenerazionale dell'azienda (o delle partecipazioni sociali). Il trustee

[238] Per questa parte lo scrivente ha fatto riferimento alla lezione del Dottor Perriello sul trust tenutasi in data 29/04/2020
[239]Ovviamente sono nulli tutti quei trust costituiti per sfuggire ai creditori.
[240] S. LOCONTE, *Strumenti di Pianificazione e Protezione Patrimoniale*, 3 ª ed., Assago, 2018.

amministrerà l'azienda realizzando gli interessi che fanno capo ai beneficiari. Si nota che la possibilità di inserire una figura intermedia nel passaggio generazionale permette di perseguire un trasferimento controllato dell'azienda (o delle partecipazioni sociali). Nel caso di un imprenditore anziano i cui figli non abbiano le giuste attitudini per gestire l'attività d'impresa, è possibile avvalersi di un trustee con il compito di amministrare l'attività d'impresa almeno fino a quando i figli abbiano sviluppato le giuste competenze o, nel caso di figli minorenni, fino a che non abbiano raggiunto la maggiore età[241] .

Il trust è particolarmente apprezzato per la sua flessibilità data la molteplicità delle combinazioni utilizzabili. In particolare, coerentemente con l'argomento trattato in questa tesi, si esaminerà il trust *inter vivos* tralasciando il trust d'impresa testamentario. Il trust *inter vivos* produce i suoi effetti quando il disponente è ancora in vita non posticipandoli all'apertura della successione. Ad esempio, si può prevedere che il trustee abbia l'obbligo di assegnare delle rendite periodiche, oppure che alla morte dell'imprenditore assegni l'azienda al figlio più capace o ancora, che provveda alla conversione in denaro dell'azienda (o delle partecipazioni).

Tuttavia, quando il trust incide sul diritto successorio sorgono problemi di individuazione della legge applicabile alla successione. Il Regolamento UE n. 650/2012 si occupa delle tematiche successorie e prevede che la legge da applicare alla successione sia quella vigente nel paese di ultima residenza del *de cuius* o la legge del Paese di cui si detiene la cittadinanza[242]. Ciò pone dei problemi di compatibilità con gli istituti del diritto successorio italiano, considerando che un istituto concepito in un ordinamento di *common law* entra in contatto con il nostro

[242] Es: un imprenditore italiano costituisce un trust con funzione successoria, elegge come legge regolatrice, per esempio, quella inglese.

ordinamento. In particolare, sorgono questioni problematiche connesse al divieto dei patti successori *ex* art. 458 c.c. e ci si interroga se i trust che proiettano parte dei loro effetti in un momento successivo alla morte dell'imprenditore siano vietati. La dottrina prevalente risponde in senso negativo a tale quesito. Il trust, infatti, produce immediatamente l'effetto traslativo senza che vi sia un differimento degli effetti alla morte dell'imprenditore che rappresenta non la causa dell'attribuzione ma è, al più, il termine dell'adempimento dell'obbligazione del trustee[243]. Infatti, il trustee acquista immediatamente la proprietà fiduciaria dell'azienda o delle partecipazioni e correlativamente i beneficiari acquistano un diritto nei confronti del trustee[244]. Parte della dottrina sostiene che la ratifica della Convenzione dell'Aja costituisca una deroga all'art. 458 c.c. Altri studiosi giustificano la loro tesi basandosi sulla considerazione che l'art. 458 c.c. non sia una norma di ordine pubblico e quindi non limiti il recepimento di una legge straniera. In aggiunta, un orientamento diffuso[245], guidato dalla convinzione che il trust sia un atto unilaterale e non un contratto, sostiene l'impossibilità di considerare il trust come un patto successorio.

Ad ogni modo, le Sezioni Unite della Corte di cassazione con l'ordinanza n. 18831 del 12 luglio 2019 hanno definito la natura del trust istituito per trasmettere parte del patrimonio ai beneficiari finali una volta deceduto il settlor: il trust ha natura di atto *inter vivos* e non di atto *mortis causa*. Di conseguenza, il trust istituito per trasferire l'azienda o le partecipazioni sociali, dopo la morte del disponente, ai beneficiari è lecito; data la natura di atto *inter vivos*, la morte del disponente è solo il momento stabilito per realizzare il passaggio e non la causa. Qualora fosse stato

[243] Ci possono essere degli effetti posticipati alla morte del disponente ma in ogni caso la morte non rappresenta la causa dell'attribuzione.
[244] Questo è l'aspetto principale che distingue il trust dal negozio fiduciario.
[245] Di questo avviso, per esempio, R. BRUNZO, *L'assegnazione del bene produttivo fra patto di famiglia e trust,* in *Le problematiche notarili affrontate dai notai di domani*, Assago, 2016.

qualificato dalla Cassazione come atto *mortis causa* il trust avrebbe violato il divieto dei patti successori[246].

Se il trust sia effettivamente un atto unilaterale non è questione pacifica anche se la totalità dei manuali lo identifica come un negozio programmatico di natura unilaterale poiché né il trustee, né i beneficiari sono parti dello stesso: unica parte necessaria è il disponente. È solitamente negozio recettizio e soggetto a rifiuto, in quanto l'obbligo di ben amministrare e perseguire lo scopo indicato dal settlor, sorge solo dopo che il trustee abbia espressamente accettato l'incarico, o sottoscrivendo l'atto istitutivo o con un atto separato[247]. Il trust è stato qualificato come atto unilaterale prevalente per ragioni storiche derivanti dall'esistenza più risalente del trust rispetto al contratto nei paesi di *common law*. Infatti, osservando la struttura di un trust traslativo emerge vigorosamente la struttura contrattuale visto che è richiesta l'accettazione del trustee[248]. La struttura del trust è certamente variabile ma non si può affermare l'esclusiva unilateralità.

Nei trust italiani spesso vengono inserite delle clausole di revocabilità attraverso le quali il disponente si riserva il potere di revocare in qualsiasi momento il trust se il trustee risulta inadempiente o non manifesta le attitudini necessarie. L'apposizione di tali clausole nei trust di impresa evidenza la riluttanza degli imprenditori italiani a dismettere la titolarità del patrimonio. Sempre nell'atto istitutivo è possibile inserire una disciplina specifica per regolare determinati aspetti come la divisione dei dividendi, l'assegnazione della proprietà dei beni in trust, le azioni da intraprendere al verificarsi di determinate condizioni. Infatti, tramite il trust il disponente, nella prospettiva di una pianificazione successoria, può regolare

[246] Infatti, il patto successorio istitutivo ovvero il contratto successorio a titolo gratuito od oneroso con cui un soggetto dispone della propria successione ha natura di negozio *mortis causa*.
[247]T. CAMPANILE, F. CRIVELLARI, L. GENNGHINI, T*rus*t, in *Collana manuali notarili*, a cura di L. Genghini, Padova, 2016.cit., p.339.
[248] Considerazioni del Dottor Perriello, ricercatore dell'Università Politecnica delle marche.

dettagliatamente l'aspetto attributivo dei beni, procedimentalizzando tutto il processo e contemporaneamente ponendo un vincolo reale tanto sul trust fund, a seguito della segregazione, quanto sul risultato della gestione.[249]

Altre problematicità sono sorte in merito alla rimessione della scelta dei beneficiari al mero arbitrio del trustee data la presenza, nel nostro ordinamento, degli artt. 631 e 778 c.c. in base ai quali non è consentito rimettere ad un terzo la designazione del beneficiario dell'attribuzione testamentaria o della donazione. Per tali motivi, si potrebbe ritenere che, anche con l'istituzione di un trust *inter vivos* che ha ad oggetto un'azienda o delle partecipazioni sociali, non sarebbe consentito affidare al trustee la scelta dei beneficiari ultimi in quanto sarebbe necessario circoscrivere l'arbitrio del trustee, ad esempio facendolo scegliere fra i familiari del disponente o fra soggetti appartenenti a categorie determinate.

Per ultimare la disamina dell'istituto del trust si analizzano le tematiche associate alla tutela dei legittimari. Gli ordinamenti di *common law* non contemplano l'istituto della successione necessaria e quindi non riservano quote del patrimonio ai successori del *de cuius*.

Dato che per definizione i trust sono assoggettati alle leggi di altri ordinamenti, ci si chiede se sia possibile che questo disattenda le tutele che il nostro ordinamento prevede per i legittimari e, di conseguenza, se rimanga immune all'azione di riduzione.

L'art. 15 della Convenzione dell'Aja e l'art. 23 del Regolamento EU n.650/2012 garantiscono la salvezza delle norme in materia di legittimari per evitare che il trust regolato da una legge straniera violi i diritti che l'Italia attribuisce ai legittimari. Le conseguenze di un trust d'impresa che dovesse ledere i legittimari si atteggiano

[249] M. GIULIANO, *Diritto successorio, beni d'impresa e passaggio generazionale*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, fasc.6, cit., p. 929.

diversamente in base a due differenti tesi dottrinali. Parte della dottrina, richiamando l'art. 13 della Convenzione, ritiene che il trust lesivo dei diritti dei legittimari non possa essere riconosciuto dall'ordinamento italiano[250]. Altra dottrina, invece, basandosi sull'art. 15 delle Convenzione per mezzo del quale sono fatte salve le norme in materia di legittimari, considera che la tutela dei legittimari si realizzi, nel nostro ordinamento, con l'azione di riduzione. Di conseguenza, il trust lesivo della tutela dei diritti non è un trust non riconoscibile ma un trust riducibile[251]. Tuttavia, la flessibilità del trust ammette che si possano inserire nell'atto costitutivo delle clausole per prevenire l'esercizio di azioni di riduzione (ad esempio, si può prevedere che qualora si aprisse una successione lesiva dei diritti dei legittimari, il trustee debba provvedere ad integrare le quote dei legittimari così da impedire l'azione di riduzione ad opera dei legittimari lesi). Il trust, a differenza del patto di famiglia, è una liberalità indiretta[252] riconducibile nell'ambito della categoria delle liberalità non donative, di cui all'art. 809 c.c.[253] La Cassazione[254] ha stabilito che per questa tipologia di liberalità gli effetti dell'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione promossa dai legittimari non sono di tipo restitutorio ma obbligatorio: il soggetto leso avrà diritto a conseguire un equivalente monetario. Questo è un effetto importante perchè non limita la circolazione dei beni.

Il trust consente di superare alcune criticità del patto di famiglia tra cui il consenso di tutti i legittimari quale condizione necessaria per l'istituzione del patto di

[250] L'art. 13 è una norma di chiusura che non permette di riconoscere quei trust che, sebbene non confliggenti con l'ordine pubblico, con le norme inderogabili, producono effetti non meritevoli di tutela nel nostro ordinamento.
[251] Il Dottor Perriello supporta questa tesi.
[252] Si realizza un depauperamento per spirito di liberalità ma nel trust non vi è un'attribuzione diretta a favore dei beneficiari essendoci sempre l'intermediazione del trustee.
[253] Cass., 12 luglio 2019, n.18832.
[254] Cass., 12 maggio 2010, n. 11496.

famiglia e la regolazione del trasferimento della proprietà dell'azienda (o delle partecipazioni) senza considerare gli aspetti relativi alla leadership.

Inoltre, l'assenza di una figura gestoria intermedia comporta che gli effetti del patto di famiglia siano immediati per cui l'imprenditore è tenuto ad assegnare l'azienda direttamente ad uno (o più) discendenti ma, qualora nessuno di questi abbia le giuste capacità imprenditoriali, sarebbe difficile il perseguimento della continuità aziendale.

Infine, le problematicità connesse all'eventuale sopravvenienza di nuovi legittimari sono superate dal fatto che nel trust, qualora all'apertura della successione dovesse emergere una lesione della quota di riserva dei legittimari che non risultano beneficiari del trust, essi potranno ricorrere all'azione di riduzione.

La sua operatività esclusiva all'interno dell'ambito familiare comporta la necessaria scelta anticipata del futuro gestore da parte del disponente evitando, in tal modo, l'effetto segregativo tipico del trust.

Nell'ipotesi in cui si sostenga la tesi restrittiva che non consente al disponente di provvedere alla liquidazione dei legittimari, in luogo dell'assegnatario, il patto di famiglia trova ancora più ostacoli all'effettiva applicazione.

In tutti quei casi in cui il patto di famiglia è precluso perché magari non tutti i legittimari partecipano al patto oppure l'imprenditore non ha ancora individuato il proprio successore nell'azienda ma comunque voglia programmare la successione, è possibile ricorrere al trust. Il trust, inoltre, può rappresentare un ottimo compromesso consentendo al disponente di individuare nel trustee una persona fisica o giuridica diversa dai componenti della famiglia e di designare questi ultimi come beneficiari. Il trust consente il mantenimento di una gestione efficiente dell'impresa regolamentando nell'atto istitutivo sia le caratteristiche che deve avere la gestione sia le modalità di esercizio dei diritti collegati alle partecipazioni sociali.

Dai colloqui avuti dallo scrivente con i commercialisti, sono stati confermati i dati risultanti dall'indagine condotta dalla Professoressa Cesaroni e dalla Professoressa Sentuti. Il trust non risulta uno strumento frequentemente proposto dai commercialisti per attuare il passaggio generazionale[255]. Lo stesso studio notarile ha stipulato un solo trust. Lo scrivente ha potuto prendere visione dell'atto istitutivo e di seguito si riportano alcune caratteristiche rilevate.

Nel trust in esame il disponente vuole servirsi del trust in preparazione del passaggio generazionale nell'amministrazione e nella titolarità del capitale sociale per assicurare la continuità nella gestione della controllante e della controllata. È stata anche prevista la nomina di un guardiano. L'atto istitutivo risulta predisposto in maniera analitica e articolata, infatti è stato suddiviso in sei titoli per un totale di trentaquattro paragrafi riguardanti un determinato argomento (denominazione del trust, irrevocabilità del trust, durata, legge applicabile..). Il trust in esame è regolato dalla legge di Jersey, alcune clausole presuppongono l'applicazione della legge italiana, contemplando, la derogabilità, in queste materie, della Trust Jersey law. Sono stati individuati i beneficiari finali e il beneficiario del reddito. È stato previsto che i beneficiari finali del trust hanno la facoltà, con decisione unanime e con il consenso del guardiano, di porre termine al trust e pretendere che il trustee effettui le attribuzioni ad essi dovute quando siano trascorsi x anni dal decesso del disponente superstite. I nominativi dei beneficiari finali sono contenuti in un documento collocato dal disponente in una cassetta di sicurezza che può essere aperta dal trustee o dal guardiano solo dopo un mese dal decesso del disponente. Il beneficiario del reddito è il disponente stesso. E' stato previsto un libro degli eventi in cui deve essere annotata ogni decisione adottata dal disponente, dal trustee e dal guardiano compiuta in riferimento al trust e ai beneficiari. Per quanto riguarda la

[255] Nessuno dei commercialisti contattati (Dott. Giuliano Annibali, Dott. Silvia Fiorentini, Dott. Marco Rondina, Dott. Marco Santilli) ha assistito alla stipula di un trust .

gestione della trust property, si è precisato che essa risponde esclusivamente delle obbligazioni derivanti dalla gestione del trust pertanto non risponde delle obbligazioni personali del disponente né di quelle del trustee. In merito alla figura del trustee è stato predisposto dal disponente un elenco di nominativi (custoditi in una cassetta di sicurezza) a cui attingere qualora il trustee cessi dalla carica o divenga incapace. I poteri e doveri del trustee attengono alla disciplina della Trust Jersey law ma con alcune precisazioni: ad esempio, viene stabilito che per tutti gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione nonché per tutte le operazioni di importo superiore ad x euro il trustee deve ottenere il consenso del guardiano. La responsabilità del trustee e del guardiano è regolata dalle norme della legge italiana in materia di responsabilità dei prestatori d'opera intellettuale, in deroga alla trust Jersey law. È stata apposta una clausola che prevede la revoca del trustee dal disponente o, in mancanza di questo, dal guardiano senza che al soggetto revocato sia dovuta alcuna motivazione. Infine, ogni eventuale controversia sull'esecuzione e sull'interpretazione del trust deve essere sottoposta al preventivo tentativo di conciliazione, e qualora questo non dovesse dare esito positivo, la controversia sarà devoluta a un arbitro unico.

Dalla lettura dell'atto costitutivo lo scrivente ha potuto effettivamente appurare la flessibilità e duttilità tipica del trust oltre che verificare concretamente alcuni aspetti caratteristici del trust, come la segregazione patrimoniale e la convivenza della legge applicabile con le disposizioni dell'ordinamento italiano.

Il trust, ad opinione dello scrivente, può essere un valido strumento successorio[256] che consente di garantire non solo continuità ma anche efficienza all'impresa superando i problemi derivanti sia da generazioni con limitate capacità manageriali

[256] Note famiglie imprenditoriali italiane come, Cuccinelli, Antinori e De Longhi, hanno fatto ricorso al trust recentemente.

o non desiderose di continuare l'attività di famiglia sia da contesti familiari conflittuali.

4.1 Compatibilità del trust con l'amministrazione di sostegno

Nel paragrafo precedente sono emerse due caratteristiche fondamentali del trust: la duttilità e l'effetto segregativo.

Dette caratteristiche rendono l'istituto utilizzabile per la tutela dei soggetti deboli. Il trust, negozio giuridico, e l'amministrazione di sostegno, misura di protezione, possono diventare istituti complementari che camminano per mano[257] per tutelare i soggetti privi di autonomia permettendo di raggiungere un duplice obiettivo: la cura della persona e la cura del patrimonio.

Ad oggi, non vi sono più dubbi sulla convivenza fra l'istituto del trust e quello dell'amministrazione di sostegno, tanto è vero che non mancano decreti di giudici tutelari a conferma di ciò[258]. Tuttavia, pur essendo presenti dibattiti dottrinali e pronunce giurisdizionali sull'utilizzo del trust come istituto subordinato[259] all'amministrazione di sostegno, non sono presenti casi di applicazione combinata di questi istituti quando nel patrimonio del beneficiario risulti presente un'impresa o delle partecipazioni sociali. Lo scrivente tenterà di effettuare una ricostruzione, ben consapevole che la scarsa applicazione pratica può essere fonte di incertezze.

---

[257] A. DI SAPIO, *Protective trust e amministrazione di sostegno: un dialogo*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2014, fasc.1, p. 12.

[258] Decreto dell'11 maggio 2009 Tribunale di Bologna; decreto del 20 gennaio 2011 del Tribunale di Milano; decreto del 12 giugno 2013 Tribunale di Bologna

[259] Autori ritengono che il trust possa essere non solo uno strumento complementare ma addirittura alternativo alle misure legali di protezione, Così AA. VV., *Tutela ed amministrazione di sostegn*o, Padova, 2012.

In tutti i casi in cui sono coinvolte persone prive di autonomia, la tipologia di trust che meglio si adatta alle esigenze del soggetto è quella del trust interno di protezione autodestinato[260] -caratterizzato dalla coincidenza fra disponente e beneficiario che, coerentemente con l'oggetto di questa tesi, sarà l'imprenditore beneficiario di amministrazione di sostegno-.

L'imprenditore beneficiario di amministrazione di sostegno in qualità di settlor, quindi, potrà trasferire la sua azienda o le sue partecipazioni in un trust in modo tale da beneficiare sia dell'effetto segregativo che della possibilità di avvalersi di una figura gestoria altamente specializzata (nominando come trustee un manager o un professionista).

Infatti, qualora nel patrimonio dell'imprenditore sia compresa un'attività d'impresa, sorge l'esigenza di tutela non solo del soggetto beneficiario della misura di protezione ma anche del compendio aziendale e delle partecipazioni societarie. Il regime autorizzativo del giudice tutelare cui è sottoposta l'amministrazione di sostegno, soprattutto in relazioni agli atti di straordinaria amministrazione, può essere di ostacolo ad una gestione rapida e reattiva del bene produttivo. Si pensi, per esempio, ad una delibera in merito alla trasformazione regressiva in società di persone in cui si richiede l'espressione del voto da parte dei soci: è possibile che l'amministratore di sostegno debba richiedere un'autorizzazione al giudice tutelare prima di poter dare o meno il consenso[261], compromettendo la celerità e la fluidità dell'operazione.

[260] A. DI SOPIO, *Protective trust e amministrazione di sostegno: un dialogo*, in *Trust e attività fiduciari*, 2014, fasc.1; P. CEDON, R.ROSSI, *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Torino, 2012.

[261] Si sta facendo riferimento a quei casi in cui il giudice tutelare abbia predisposto che gli atti relativi all'attività d'impresa debbano essere svolti dall'amministrazione di sostegno in nome e per conto del beneficiario oppure assistendo quest'ultimo.

La costituzione del trust potrà essere richiesta già nel ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno consentendo al giudice, oltre alla nomina, di autorizzare l'istituzione del trust assistendo il beneficiario o in nome e per conto del beneficiario stesso[262].

Nel caso in cui, invece, sia già istituita un'amministrazione di sostegno, l'amministratore di sostegno potrà richiedere l'autorizzazione a compiere quello specifico atto[263]. Ad ogni modo, il giudice valuterà l'adeguatezza e la convenienza del ricorso al trust.

Il trustee scelto dovrà essere un soggetto di fiducia che possieda le opportune capacità di amministrazione dell'azienda o delle partecipazioni sociali.

Le soluzioni adottabili possono essere molteplici, di seguito vengono analizzate.

Si potrebbe ricorrere ad una suddivisone netta dei compiti fra trustee e amministratore di sostegno: al primo sarà devoluta la gestione del patrimonio aziendale e al secondo la cura della persona.

Detta ipotesi non vede minimamente coinvolto l'amministratore di sostegno all'interno del trust. *A fortiori*, il Tribunale di Bologna ha consentito l'istituzione di un trust in cui il ruolo di trustee è stato assunto da una trust company, il ruolo di guardiano, invece, da un professionista esperto nel settore della disabilità. Inoltre, si è previsto l'obbligo per il trustee di redigere annualmente una relazione all'amministratore di sostegno che, a sua volta, la porterà a conoscenza del giudice

[262] Tribunale di Genova 17 giugno 2009 ha autorizzato lo stesso amministratore di sostegno, contestualmente alla sua nomina, ad istituire un trust in favore dell'amministrato avente ad oggetto i beni dell'amministrato stesso

[263] Si fa riferimento ai poteri di rappresentanza/ assistenza di cui è investito l'amministratore di sostegno poiché nell'ipotesi di imprenditore di attenuate capacità a causa dell'età avanzata è improbabile che il giudice tutelare non gli abbia precluso il compimento di atti di straordinaria amministrazione in autonomia. Tribunale di Rimini, 21 aprile 2009, ha autorizzato l'amministratore di sostegno avente la rappresentanza esclusiva del beneficiario a sottoscrivere, in nome e per conto dell'amministrato, l'atto istitutivo del trust.

tutelare. In questa eventualità, si osserva che l'amministratore di sostegno è stato completamente privato dei poteri gestori e il giudice tutelare di quelli di controllo facendo sì che il ricorso all'amministrazione di sostegno sia un mero "by-pass" per ottenere dal Tribunale l'autorizzazione a istituire il trust: il ruolo dell'amministratore di sostegno si esaurirebbe nell'esclusiva istituzione del trust[264].

Una differente soluzione è quella di istituire un trust che veda la compresenza del trustee e dell'amministratore di sostegno in qualità di guardiano affinché possa controllare la gestione del trustee e, qualora fosse inserita un'apposita clausola nell'atto costitutivo del trust, possa revocare il trustee dal suo incarico. Se nel caso precedente[265] l'amministratore di sostegno, spogliandosi della gestione patrimoniale avrebbe consentito al trustee di agire senza alcun tipo di autorizzazione del giudice tutelare, ciò non avviene nell'ipotesi che si sta ora considerando. In questo modo, ad opinione dello scrivente, i due istituti, quello dell'amministrazione di sostegno e quello del trust, potrebbero convivere senza che nessuno dei due sia snaturato dei suoi tratti peculiari. Data la capacità di adattamento del trust alle singole fattispecie ben potrebbero essere inserite delle clausole che subordinano il compimento di determinate importanti scelte di gestione al preventivo consenso dell'amministratore di sostegno. Per esempio, potrebbe essere previsto che l'esercizio del diritto di voto in assemblea per determinate delibere sia preventivamente discusso con il guardiano. In questo modo si crea uno strumento che non appesantisce la gestione d'impresa.

Infatti, è consentita la simultanea gestione del patrimonio del soggetto debole controllata dall'amministratore di sostegno e l'effetto segregativo, senza necessità

[264]I. DELLA VEDOVA, *Gestione di partecipazioni societarie tra trust e amministrazione di sostegno*, www.Studiodepoli.it.

di ricorrere ad una interlocuzione continua con il giudice tutelare, che appesantirebbe la gestione efficiente dell'azienda o delle partecipazioni sociali.

Cosi facendo, invece, dinamismo e rapidità – fondamentali a fini amministrativi- non sono intaccati.

Inoltre, ai sensi dell'art. 2, lettera C della Convenzione dell'Aja sorge in capo al guardiano l'obbligo di rendicontare l'operato del trustee consentendo al giudice di essere informato della gestione del patrimonio aziendale pur rimanendo la gestione saldamente ed esclusivamente affidata al trustee.

Infine, non si può escludere che lo stesso amministratore di sostegno rivesta l'incarico di trustee. Interessante a riguardo è il decreto del 10 giugno 2013 del giudice tutelare del Tribuanale di Bologna che autorizza l'amministratore di sostegno a svolgere il compito di trustee. Il caso concreto vede coinvolto l'amministratore di sostegno di un facoltoso soggetto con un patrimonio di decine di milioni di euro, che induce l'amministratore a depositare un ricorso per ottenere dal giudice tutelare l'autorizzazione per l'istituzione di un trust. Il giudice tutelare, dopo aver analizzato l'atto costitutivo del trust, afferma nel decreto che «lo *strumento del trust è stato fortemente voluto dal beneficiario e condiviso dall'AdS e che il trust proposto è espressivo delle richieste e delle aspirazioni del beneficiario* ». Per tali motivi, purchè i beni istituiti in trust siano destinati esclusivamente alle finalità dichiarate, il giudice tutelare del Tribunale di Bologna ammette che venga nominato come trustee lo stesso amministratore di sostegno che esercita la professione di avvocato. Visto che la gestione rimane affidata all'amministratore di sostegno, pur in una veste differente (trustee), ci si interroga se quest'ultimo debba comunque relazionarsi con il giudice tutelare per tutti quegli atti ricompresi dall' art. 374 a 388 c.c. La dottrina non è univoca sulla questione ma è ovvio che, qualora sia necessario ricorrere all'autorizzazione del giudice per gli

atti di straordinaria amministrazione, si comprometterebbero i vantaggi sopra menzionati legati alla speditezza nell'esecuzione degli atti derivante dalla mancata presenza dell'amministratore di sostegno se non come guardiano. Inoltre, la scelta di far coincidere il trustee e l'amministratore di sostegno potrebbe far emergere conflitti di interesse.

Lo scrivente crede che possa essere istituito un trust che prevede la nomina dell'imprenditore beneficiario di amministratore di sostegno come beneficiario vitalizio ma anche l'individuazione di coloro che saranno i beneficiari finali.

In conclusione, il trust, se lecitamente utilizzato, ha le idonee caratteristiche per consentire un suo esperimento positivo e vantaggioso. Il trust può essere combinato con le misure di protezione equilibrando le necessità del beneficiario, gli interessi dei terzi, l'amministrazione efficiente del patrimonio senza che si debba richiedere l'intervento autorizzativo del giudice volta per volta. Da ciò derivano indubbi vantaggi di semplificazione delle procedure di controllo e direzione del bene aziendale. Infatti, con l'amministrazione di sostegno è spesso richiesto l'intervento del giudice tutelare che non è quasi mai immediato; il trust, invece, consente di procedere in assenza dell'organo giudiziale senza dover attendere le tempistiche inevitabilmente legate all'intervento giudiziale. Inoltre, la possibilità di formulare l'atto costitutivo con adeguati margini di libertà consente di plasmare un meccanismo di veto e autorizzazioni che sia il più possibile in linea con le esigenze di ogni caso concreto.

Per di più, ci si soffermi sull'art. 410 c.c. che precisa che l'amministratore di sostegno, nell'espletamento del suo compito, «*deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario»,* nonché sull'art. 411 c.c. che prevede che l'amministratore di sostegno deve amministrare il patrimonio con la diligenza del buon padre di famiglia. Questi aspetti evidenziano maggiormente il rapporto di

solidarietà e di fiducia che deve sussistere fra amministratore di sostegno e beneficiario; si tratta di concetti non puramente pertinenti con l'eventuale gestione di un'impresa o di partecipazioni sociali ricomprese nel patrimonio del beneficiario.

Nel momento in cui il disponente del trust sia un imprenditore che beneficia di un amministratore di sostegno, lo scrivente ritiene che il trust, oltre a proteggere il patrimonio aziendale del settlor, possa anche regolare la successione e la trasmissione finale degli asset ai beneficiari designati secondo quanto stabilito nell'atto costitutivo.

Potrebbe essere istituito un trust che prevede la nomina dell'imprenditore beneficiario di amministratore di sostegno come beneficiario vitalizio ma anche l'individuazione di coloro che saranno i beneficiari finali. Ad opinione dello scrivente però, questa possibilità può ragionevolmente realizzarsi nell'ipotesi in cui le capacità del beneficiario non siano gravemente compromesse e quindi quando l'amministrazione di sostegno sia declinata in termini di assistenza e non di rappresentanza. Ciò in quanto, in questo caso, il trust non ha la mera funzione di protezione del soggetto debole ma è anche funzionale alla realizzazione del passaggio intergenerazionale dell'impresa rendendo quindi doveroso valorizzare, almeno in parte, le volontà personali del disponente.

CONCLUSIONI

L'assenza di un qualsivoglia substrato normativo o giurisprudenziale rende particolarmente complesso e, al tempo stesso, interessante, l'oggetto della presente tesi.

Ed invero, l'elaborato in parola si poggia necessariamente sull'istituto dell'interpretazione che, a sua volta, viene supportato da studi dottrinali giuridici ed economici.

Confrontando posizioni dottrinali differenti e orientamenti giurisprudenziali contrastanti si è avuto modo di approfondire la modalità di svolgimento della gestione dell'impresa durante il passaggio generazionale che coinvolga un imprenditore beneficiario di amministrazione di sostegno o incapace ai sensi dell'art. 428 c.c.. Con riferimento a quest'ultimo articolo, particolarmente interessante è stato comprendere l'autonomia dei due commi ai fini dell'annullamento: nelle ipotesi contrattuali, l'incapacità di intendere o volere acquista rilevanza anche se accompagnata dalla sola malafede che, eventualmente, deriva dal pregiudizio subito dall'incapace. Questa interpretazione consente la contemporanea tutela del soggetto in s*tatus* di incapacità naturale e del terzo in buona fede.

Dalla questione prettamente accademica esula la possibilità che concretamente vi siano attività commerciali esercitate da soggetti colpiti da deficit mentali senza alcun accertamento giudiziale su detta condizione di incapacità: è stato osservato come l'incapacità naturale non impedisca l'imputazione al soggetto dell'attività d'impresa e il prodursi dei relativi effetti poiché è considerata sempre e soltanto in maniera puntuale in relazione ad un atto o ad un contratto.

L'attività d'impresa, al contrario, è per sua natura estendibile nell'orizzonte temporale potenzialmente indefinito: solo un provvedimento giudiziale potrebbe attribuire un rilievo tale da poter classificare come inesistente l'attività condotta da un soggetto incapace.

Gli atti posti in essere dall'imprenditore di età avanzata possono rientrare nell'ambito applicativo dell'art. 428 c.c. risultando, dunque, oggetto di eventuali istanze di annullamento. L'annullabilità degli atti gestori su istanza dei parenti o degli aventi causa dell'imprenditore, mossi da interessi più o meno giusti, rappresenta un ostacolo concreto alla gestione dell'attività.

Un'incapacità protratta nel tempo, come quella derivante da ipotesi di demenza senile, rientra appieno nei presupposti previsti per la nomina di un'amministrazione di sostegno.

L'introduzione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno ha permesso di limare i limiti legati al sistema dell'interdizione e inabilitazione dettati dalla rigidità

nel considerare il soggetto esclusivamente come totalmente o parzialmente incapace di intendere e di volere. L'istituto in parola, infatti, ha attuato una "rivoluzione copernicana" fondandosi sul principio generale di conservazione della capacità di agire del soggetto beneficiario della misura. Per tali motivi, si ritiene più opportuno parlare di capacità di agire limitata o attenuata del soggetto beneficiario di amministrazione di sostegno.

La flessibilità, caratteristica fondamentale che connota l'amministrazione di sostegno, consente di modulare la disciplina in relazione ai bisogni e alle specificità dei singoli beneficiari. Infatti, l'ambito applicativo dell'amministrazione di sostegno è regolato nel decreto di nomina predisposto dal giudice tutelare o nei successivi decreti.

L'incontro fra la capacità di agire attenuata e l'impresa merita un'analisi particolarmente attenta poiché determina il contatto fra esigenze e interessi difficilmente compatibili: da un lato quelli personali e patrimoniali del soggetto non più completamente lucido; dall'altro, quelli dell'impresa, dei soci e di tutti gli stakeholders che interagiscono con la realtà aziendale.

Al contrario, gli interessi di ogni altro soggetto terzo non rientrano nelle considerazioni del giudice tutelare che dovrà effettuare le proprie valutazioni con esclusivo riguardo alla persona "fragile".

Il legislatore del 2004 non ha contemplato l'ipotesi che il beneficiario di amministrazione di sostegno continui l'attività di impresa - non prevedendo alcun tipo di regolamentazione specifica a riguardo-. La mancanza di una disciplina *ad hoc* sul tema rappresenta una consapevole scelta del legislatore: è il decreto di nomina, e non la legge, a modulare la compressione delle capacità di agire stabilendo la regolamentazione applicabile al soggetto che abbia un'attività di impresa o una partecipazione ad una società.

Il giudice tutelare limiterà la capacità dell'imprenditore indicando gli atti per i quali si rende necessaria l'assistenza o la rappresentanza dell'amministratore di sostegno. Non essendo espressamente richiamate le disposizioni di cui agli artt. 320, 371, 397,424 e 425 c.c., il giudice tutelare potrà orientare la scelta di consentire o meno l'autorizzazione per la prosecuzione dell'impresa commerciale ai sensi dell'art. 411, comma 3°, c.c., disponendo che determinati effetti, limitazioni e decadenze previste dalla normativa per gli interdetti e inabilitati si estendano ai beneficiari di amministrazione di sostegno.

Laddove il giudice nulla disponga sulla continuazione dell'attività d'impresa, lo scrivente ritiene necessaria l'apposita autorizzazione del giudice tutelare nel decreto di nomina o nell'eventuale successivo provvedimento emesso *ex* art. 407, comma 4°, c.c. L'assenza della trama codicistica sul tema rende incerta la disamina di tutte

le questioni orbitanti nella sfera dell'imprenditore non più perfettamente *compos sui*, anche quelle legate alla partecipazione a società.

In merito all'esclusione facoltativa del socio di società di persone, lo scrivente è dell'opinione che beneficiare dell'istituto di amministrazione di sostegno, pur non essendo causa espressamente prevista dall' art. 2286 c.c., potrebbe essere causa di esclusione del socio beneficiario nel provvedimento del giudice tutelare.

Inoltre, si ritiene possibile che i soci possano escludere il soggetto beneficiario di amministrazione di sostegno qualora il deficit o la menomazione sia tale da ostacolarne l'adempimento delle obbligazioni sociali.

Nelle società di capitali, l'assenza della responsabilità illimitata implica opinioni contrastanti sulla possibilità di ricomprendere la partecipazione al patrimonio come atto di ordinaria o straordinaria amministrazione. Ad ogni modo e a prescindere dalla natura dell'atto partecipativo, a opinione di chi scrive, è da considerarsi necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare per partecipare alle assemblee che possono generare ripercussioni anche indirette sul patrimonio del beneficiario di amministrazione di sostegno.

Nonostante sia normativamente ammissibile che un amministratore di sostegno sostituisca l'imprenditore e ricopra il ruolo di amministratore della società (al posto

del beneficiario), a livello pratico è difficilmente adattabile alle esigenze di un'impresa.

In generale, infatti, si rinvengono criticità circa il prolungato esercizio dell'attività di impresa da parte dell'amministratore di sostegno in sostituzione dell'imprenditore. La *ratio* risiede nella necessità di possedere sviluppate capacità economiche anche se per l'art 382 c.c., richiamato dall'art. 411, comma 1°, c.c., è sufficiente la diligenza del buon padre di famiglia per la gestione del patrimonio del beneficiario. Tuttavia, detto livello di diligenza mal si concilia con la gestione dell'impresa.

Al contrario, lo scrivente ritiene che la "questione imprenditoriale" possa interagire con l'amministratore di sostegno provvisorio che rappresenta un valido strumento che consente di adottare celermente provvedimenti urgenti per evitare ritardi e situazioni che, con il tempo, si rivelano dannosi per la realtà aziendale. Particolarmente interessanti sono anche gli orientamenti dei giudici tutelari incentrati sul rilascio di autorizzazioni subordinate di cui si è avuto modo di discutere.

Anche la nomina dell'institore è un'ipotesi ragionevole poiché consente di scindere la cura della persona da quella del patrimonio affidando ad un soggetto competente la gestione dell'impresa.

La preventiva designazione di persona ritenuta idonea a ricoprire il ruolo di amministratore di sostegno (art. 408 c.c.) può ridurre alcune problematiche riguardanti la convivenza fra l'amministrazione di sostegno e l'attività d'impresa consentendo sia di orientare il giudice tutelare nell'individuazione della persona ritenuta idonea proseguire la gestione, che di comprimere il rischio di fallimento derivante dalla senilità dell'imprenditore.

La designazione può riguardare un soggetto esterno o interno alla famiglia dell'imprenditore, sovente un figlio. In quest'ultimo caso, potrebbe realizzarsi il c.d. passaggio generazionale dell'impresa ma sarà indispensabile che il genitore abbia provveduto a formare il figlio e a introdurlo nella realtà aziendale.

L'impresa e l'amministrazione di sostegno, pur appartenendo innegabilmente a due modi lontani, riescono a convivere nonostante qualche problematicità.

Ad ogni modo, si auspica l'intervento del legislatore per colmare i vuoti di previsione sulla compatibilità tra amministrazione di sostegno e impresa.

Il passaggio generazionale è per sua natura un momento di transizione altamente rischioso per la continuità aziendale che non può essere affrontato in maniera contingente ma necessita di un vero e proprio processo di pianificazione dello stesso. La determinazione della successione dell'azienda, prima della morte del futuro *de cuius,* può consentire di preservarne l'integrità dell'impresa.

La donazione di azienda o di partecipazioni risulta essere lo strumento successorio ancora più utilizzato, fra quelli analizzati, nonostante i limiti legati all'impossibilità di garantire stabilità alle attribuzioni e al conseguente rischio di disgregazione: l'ampia diffusione è determinata dalla semplicità di gestione e dai costi contenuti.

Il patto di famiglia risulta un istituto efficiente ed efficace grazie alla stabilizzazione degli effetti che la normativa gli riserva. Tuttavia, una disciplina poco chiara e il necessario consenso di tutti i legittimari lo rendono scarsamente utilizzato nella prassi. Dal momento che il patto di famiglia è oggetto del progetto di riforma del diritto successorio che sta elaborando il Consiglio Nazionale del Notariato, si evince una palese esigenza di riforma necessaria per rendere più fruibile questo istituto.

Il trust ha grandi vantaggi in termini di competitività per la sua flessibilità ma, soprattutto, perché non richiede il consenso di tutti coloro che sarebbero i legittimari se, in quel momento, si aprisse la successione. Oltre al grande privilegio della segregazione patrimoniale, il trust consente di rimandare al futuro la scelta del familiare cui affidare le redini dell'impresa.

Ciò nonostante, i casi concreti di applicazione del trust in Italia sono limitati, probabilmente perché ritenuto eccessivamente costoso o perché mal si concilia con le previsioni normative italiane.

L'esperienza professionale mostra che l'imprenditore sia titubante ad anticipare il passaggio generazionale per un attaccamento personale all'impresa ma anche per il timore di pentirsi delle proprie scelte reputandole pressoché immodificabili. Queste paure sono causa della mancata predisposizione e anticipazione del trapasso generazionale dell'impresa determinando un continuo rinvio nell'affrontare la problematica successoria. Tuttavia, complice l'allungamento della vita, il rischio che l'imprenditore corre è quello di dover predisporre il passaggio generazionale in uno *status* di decadimento psico-fisico, legato alla senilità, che porta alla nomina di un'amministrazione di sostegno.

Per la donazione si è potuto evidenziare che, pur in assenza di una disciplina di raccordo fra la disciplina dell'amministrazione di sostegno e le disposizioni sugli atti personalissimi, salvo i limiti imposti dal giudice tutelare, non vi sia alcun divieto di donare per i beneficiari di amministrazione di sostegno e ciò appare perfettamente coerente con i principi del «*bilanciamento tra esigenze protettive* » e del « *rispetto dell'autonomia individuale* » stabiliti dalla Corte di cassazione con l'ordinanza del 28 febbraio n. 4709.

Per quanto riguarda il patto di famiglia, il beneficiario di amministrazione di sostegno può decidere, teoricamente parlando, di stipulare questo negozio per disporre della propria impresa o delle proprie partecipazioni. Tuttavia, la concreta

possibilità di concludere validamente il patto di famiglia dipende, ad ogni modo, da quanto stabilito dal giudice tutelare.

La scarsa diffusione applicativa del patto di famiglia anche nelle vicende di imprese familiari cui non è collegata una qualche forma di incapacità del beneficiario, conduce però a ritenere ancor più remota la possibilità di una concreta applicazione combinata dell'istituto negoziale con la figura di protezione dell'amministratore di sostegno.

Infine, in merito al trust, si è potuto osservare che il connubio fra questo istituto di *common law* e l'amministrazione di sostegno può costituire una soluzione ottimale di tutela per soggetti colpiti da disabilità. I due istituti hanno infatti in comune un aspetto saliente: la duttilità, che permette loro di modellarsi in modo differente ed efficace alle necessità della situazione concreta. Il trust si rivela un istituto innovativo che permette una realizzazione efficiente del trapasso generazionale anche in presenza di discendenti privi di capacità manageriali o non interessati alla prosecuzione dell'attività e di conflittualità endofamiliari. Infatti, l'imprenditore beneficiario di amministrazione di sostegno, in qualità di settlor, potrà trasferire la sua azienda o le sue partecipazioni in un trust in modo tale dal beneficiare sia dell'effetto segregativo che della possibilità di avvalersi di una figura gestoria altamente specializzata (nominando come trustee un manager o un professionista). Questo strumento consente di far fronte all'esigenza di tutela non solo del soggetto

beneficiario della misura di protezione ma anche del compendio aziendale e delle partecipazioni societarie. Infatti, è possibile ricorrere ad una suddivisone netta dei compiti fra trustee e amministratore di sostegno: al primo sarà devoluta la gestione del patrimonio aziendale, al secondo la cura della persona.

In questo modo, si consente di attenuare il regime autorizzativo del giudice tutelare cui è sottoposta l'amministrazione di sostegno che può essere di ostacolo ad una gestione rapida e reattiva del bene produttivo. Inoltre, a opinione di chi scrive, l'imprenditore disponente del trust e beneficiario di un amministratore di sostegno potrà, oltre che proteggere il patrimonio aziendale, anche regolare la successione e la trasmissione finale degli asset ai beneficiari designati secondo quanto stabilito nell'atto costitutivo. Si sottolinea che è sempre il giudice tutelare a valutare l'adeguatezza e la convenienza del ricorso al trust.

In considerazione delle osservazioni riportate, a livello teorico, il trust risulta essere l'istituto più completo per la gestione del passaggio generazionale nelle ipotesi di amministrazione di sostegno dell'imprenditore data l'estrema flessibilità e duttilità che lo contraddistinguono rendendolo un istituto "su misura" adattabile alle specifiche esigenze di ogni caso concreto.

Ad ogni modo, lo scrivente ritiene che qualsiasi istituto di trasmissione del patrimonio aziendale fra quelli esaminati possa essere validamente adottato solo nell'ipotesi in cui le capacità del beneficiario non siano gravemente compromesse

ovvero quando l'amministrazione di sostegno sia declinata in termini di assistenza e non di rappresentanza dovendo trapelare, almeno in parte, le volontà personali del disponente.

Si osserva che la nomina di un'amministrazione di sostegno non impedisce all'imprenditore anziano di anticipare il passaggio generazionale della propria attività ma questa possibilità non deve essere preclusa dal giudice tutelare. Infatti, qualora il giudice tutelare -valutando le condizioni intellettive del beneficiario- non ravvisi nell'interessato un livello di capacità cognitive sufficiente, impedirà senza indugio la predisposizione di qualsiasi istituto volto al trasferimento dell'impresa o delle partecipazioni sociali: in questa eventualità la successione d'azienda sarà in balìa dei limiti delle norme che regolano la successione *mortis causa.*

Inoltre, il passaggio dell'azienda avverrà in assenza di quella pianificazione adeguata, intesa come processo, che rende efficace il passaggio generazionale.

Lo specifico trattamento fiscale applicato a questi istituti è certamente un fattore discriminate nella scelta di uno strumento piuttosto che l'altro, ma la disamina di questi aspetti è stata ovviata per evitare di approcciarsi in maniera approssimativa alla materia.

I commercialisti, avendo un rapporto privilegiato con l'imprenditore devono sfruttare al massimo la loro posizione per accompagnarlo nella predisposizione del passaggio generazionale in ottica strategica e anticipatoria.

Non esiste un istituto che possa essere considerato migliore a priori in termini di competitività ed efficienza nella realizzazione del passaggio generazionale. Questo perché la scelta di come gestire la successione d'azienda dovrà formarsi in considerazione della composizione del patrimonio ma, soprattutto, del contesto familiare dell'imprenditore e, in particolare, dei rapporti con i membri della famiglia, delle doti imprenditoriali dei figli e, da ultimo, con la consapevolezza che, come scrisse Dante, "*non sempre la virtute discende per li rami"*.

Nell'attesa di un intervento del legislatore, lo scrivente ha ritenuto opportuno dare evidenza di possibili combinazioni fra le diverse ipotesi di incapacità e gli istituti di protezione ad esse meglio associabili.

	Capacità imprenditoriali dei figli	Conflittualità familiari*	Soluzione proposta
Piena capacità dell'imprenditore	Sì	Sì	- Donazione → solo con dispensa da collazione non lesiva della legittima - Patto di famiglia →ammesso che i legittimari diano il consenso
	Sì	No	- Patto di famiglia
	No	No	- Trust - Vendita - Completa scissione fra titolarità e gestione
	No	Sì	- Trust
Amministrazione di sostegno prevalentemente di tipo assistenziale	Sì	Sì	- Nomina di un amministratore di sostegno provvisorio per affievolire il ruolo dell'imprenditore - Nomina di un amministratore di sostegno che affianchi l'imprenditore nella gestione
	Sì	No	- Ruolo di amministratore di sostegno ricoperto dal figlio che affiancherà il genitore nella gestione
	No	No	- Ruolo di amministratore di sostegno figlio/coniuge + costituzione di un trust - Ruolo di amministratore di sostegno figlio/coniuge+ nomina institore
	No	Sì	- Nomina di un amministratore di sostegno, anche provvisorio +costituzione trust - Amministratore di sostegno provvisorio per affievolire il ruolo dell'imprenditore - Amministrazione di sostegno+ nomina institore
Amministrazione di sostegno prevalentemente di tipo rappresentativo	Sì	Sì	- Amministratore di sostegno + nomina institore - Amministrazione di sostegno + costituzione trust
	Sì	No	- Ruolo di amministratore di sostegno ricoperto dal figlio che si sostituirà al padre nella gestione (cura persona+ cura patrimonio)
	No	No	- Ruolo di amministratore di sostegno ricoperto dal figlio o coniuge + nomina institore o costituzione di un trust
	No	Sì	- Amministratore di sostegno + costituzione trust - Amministrazione di sostegno + nomina institore

Più probabile che il giudice tutelare autorizzerà la predisposizione di una donazione, di un patto di famiglia o di un trust per effettuare il passaggio generazionale

Più difficilmente il giudice tutelare autorizzerà la predisposizione di una donazione, di un patto di famiglia o di un trust che non sia puramente di protezione autodestinato

* Nel caso di piena capacità le conflittualità familiari vengono intese relativamente ai rapporti fra i discendenti poiché possono costituire un effettivo ostacolo alla stabilità dell'atto con cui attuare il trapasso generazionale. Nei casi in cui risulta coinvolta un'amministrazione di sostegno le conflittualità sono considerate, invece, in merito al rapporto fra i discendenti e il beneficiario perché il tipo di relazione sussistente fra quest'ultimo e i familiari è fondamentale non solo per la definizione della persona incaricata ad assumere il ruolo di amministratore di sostegno ma anche per le attribuzioni delle caratteristiche da associare all'amministrazione di sostegno.

In generale, la normativa italiana risulta scarsamente sensibile alla differenziazione della successione in relazione alla natura dei beni e alle qualità personali degli eredi e ciò crea molte difficoltà alla predisposizione di un trapasso generazionale dell'impresa razionale ed efficiente. Per di più, avendo il nostro legislatore previsto una normativa molto rigida anche nella regolazione della successione *mortis causa,* sarebbe quanto mai necessaria l'estensione dell'autonomia privata per la pianificazione del passaggio generazionale dell'impresa.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Tutela ed amministrazione di sostegn*o, Cedam, Padova, 2012.

AA.VV. *Il regime patrimoniale della famiglia, la comunione legale ed il trust,* Cedam, Padova, 2011.

ACQUAS B., *L'esclusione del socio nelle società*, Giuffrè editore, Milano, 2008.

ALPA G., *Manuale di diritto privato*, Cedam, Padova, 2017.

ALPA G., RESTA G*., Le persone fisiche e i diritti della personalità, le persone e la famiglia*, Utet giuridica, Torino, 2006.

AUCIELLO A., *Incapaci e impresa*, 4ª ed., Giuffrè editore, Milano, 2018.

AVAGLIANO M., *Atti personalissimi e diritto delle società: tra incapacità parziale e capacità attenuata,* in *Notariato*, 2005, fasc.4.

AVAGLIANO M., *Patti di famiglia e impresa*, in Familia, 2006 fasc. 4-5.

BARBA V., *Commento sub art 375 c.c.,* in *Codice di famiglia, minori e soggetti debol*i, a cura di G.F. Basini, G. Bonilini, M.Confortini, Utet giuridica, Milano 2014.

BARTOLI S.; Il *trust interno e le principali questioni ad esso inerenti, "dal trust all'atto di destinazione patrimoniale*. *Il lungo cammino di un'idea*", in *Quaderni della fondazione italiana del notariato*, 2013, fasc.2.

BENETTI G., *Le donazioni*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, a cura di C. Coppola, G. Bonilini, Giuffrè editore, Milano, 2009.

BERNARDI M., L*'amministrazione di sostegno: considerazioni brevi e prassi applicativa*, pubblicato in Il caso.it, settembre 2014.

BERNARDI M., A*mministrazione di sostegno: la gestione del patrimonio amministrato e la responsabilità civile dell'amministratore*, in *Il caso.it*, giugno 2016.

BERSI M., *Incapacità naturale e senilità*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, fasc.1.

BERTAGNONI E., *Pregiudizio dell'incapace e malafede della controparte*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1946, fasc.1.

BOGGIALI D., RUOTOLO A., *Ineleggibilità degli amministratori nelle società di capitali per l'interdetto, l'inabilitato e del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in *Volontaria giurisdizione e diritto societari*o, a cura di F. Preite, A. Cagnazzo, Utet giuridica, Torino, 2012.

BONILINI G., *Capacità del beneficiario e compiti dell'amministratore di sostegno*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di G. BoniIini, A. Chizzini, 2 [a] ed, Cedam, Padova, 2007.

BONILINI G., *Designazione dell'amministratore di sostegno e direttive da seguire nello svolgimento dell'ufficio*, *in Famiglia persone e successioni*, 2007, fasc. 2.

BONILINI G., *Il beneficiario di amministrazione di sostegno ha, come regola, la capacità di donare*, In Famiglia e diritto, 2019, fasc.8.

BONILINI G., TOMMASEO F., *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413,* Giuffrè editore, Milano, 2008.

BONILINI G., CHIZZINI A., *L'amministrazione di sostegno*, Cedam, Padova, 2004,

BORTOLUZZI A., *L'amministrazione di sostegno, applicazioni pratiche e giurisprudenza*, Utet giuridica, Torino, 2005.

BRUNZO R., *L'assegnazione del bene produttivo tra patto di famiglia trust*, in *Le problematiche notarili affrontate dai notai di domani,* a cura di P. Guida, S. Santangelo, Ipsoa, Assago, 2016.

BUGETTI M., *Sulla privazione ex decreto in capo al beneficiario dell'amministrazione di sostegno della capacità di testare e donare*, in *Il corriere giuridico*, 2019, fasc.1.

BUSANI A., *Il patto di famiglia*, Cedam, Padova, 2019.

CACCAVALLE C., *Le categorie dell'onerosità della gratuità nei trasferimenti attuali nell'ambito del patto di famiglia: prime considerazioni*, in Rivista di diritto privato, 2007, fasc.4.

CALICE E., *Commento all'art. 411* c.c. in *Codice civile ipertestuale*, a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli, Utet giuridica, Torino, 2006.

CALO' E., *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n.6*, Giuffrè editore, Milano 2004.

CALO' E., *Il discrimen fra amministrazione di sostegno e interdizione*, in *Notariato*, 2004, fasc. 5.

CAMPANILE T., CRIVELLARI F., GENNGHINI L., T*rus*t, in *Collana manuali notarili*, a cura di L. Genghini, Cedam, Padova, 2016.

CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, 4ª ed., Utet giuridica, Torino, 2009.

CARACCIOLO R., *L'incapacità naturale fra questioni di sostanza e problemi di prova,* in *La nuova giurisprudenza civile commentata,* 2007, fasc.1.

CARBONE C., GENGHINI L., *Il patto di famiglia*, in *Manuali Notarli* a cura di L. Genghini, Cedam, Padova, 2016.

CASSANO G., *L'amministrazione di sostegno nella giurisprudenza*, Maggioli Editore, Rimini, 2008.

CEDON P.*, Commentario al Codice civile*, Giuffrè editore, Milano, 2009.

CEDON P., *Profili dell'infermità di mente nel diritto privato*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1986.

CEDON P., ROSSI R., *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Utet giuridica, Torino, 2012.

CESARONI F., SENTUTI A., *Evidenze empiriche sul ruolo del commercialista nel passaggio generazionale*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2014, fasc. 2.

CIAN M., *Manuale di diritto commerciale*, Giappichelli editore, Torino, 2016.

COGLIANDRO R., *Sopravvenuta incapacità nelle società di persone e di capitali*, in *Volontaria giurisdizione e diritto societario*, a cura di F. Preite, A. Cagnazzo, Utet giuridica, Torino, 2012.

COMOGLIO L.P.*, Le presunzioni*, in T*rattato di diritto privato,* a cura di P. Rescigno, Utet giuridica, Torino, 1997.

CORSI F., FERRARA F., *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè editore, Milano, 2011.

COSENTINI L., *Interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno*, in *Notariato,* 2005, fasc. 4.

COSTANTINO G., *Il giubileo del medico dei pazzi: l'incapacità naturale nel processo civile*, in *Foro italiano*, 1993.

DALMOTTO E., *Nota sulla tutela dell'incapace naturale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1994.

DE LISE P., *Sulla rilevanza del pregiudizio nei contratti conclusi dall'incapace di intendere e di volere*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1964.

DEL VECCHIO B., *Capacità del minore, dell'interdetto, dell'inabilitato e del beneficiario di una amministrazione di sostegno di essere socio nelle società di capitali*, in *Volontaria giurisdizione e diritto societario*, a cura di F. Preite, A. Cagnazzo, Utet giuridica Torino, 2012.

DEL VECCHIO B., D'ALIA M., *Incapaci ed impresa commerciale*, in *Il regime patrimoniale della famiglia*, a cura di F. Preite, A. Cagnazzo, Utet giuridica, Torino, 2012.

DELLA VEDOVA I., *Gestione di partecipazioni societarie tra trust e amministrazione di sostegno*, www.Studiodepoli.it.

DELLE MONACHE S., *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, fasc. 3.

DELL'ATTI A., *Il passaggio generazione nelle imprese familiari*, Cacucci Editore, Bari, 2007.

DI SAPIO A., *Protective trust e amministrazione di sostegno: un dialogo*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2014, fasc.1.

DI SAPIO A., *Trust e amministrazione di sostegno*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2019, fasc. 3.

FERRANDO G., *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione, incapacità naturale,* Zanichelli editore, Bologna, 2012.

FERRUCCI A., FERRENTINO C., *Società di capitali, società cooperative e mutue assicuratrici*, Giuffrè editore, Milano, 2012.

FORCHIELLI P., *Infermità di mente, interdizione e inabilitazione*, Zanichelli editore, Bologna, 1988.

FUSARO A., *Una casistica in tema di pianificazione successoria*, in N*otariato*, 2008, fasc. 2.

GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, Cedam, Padova, 2010.

GALIMI N. *Continuità aziendale nel passaggio generazionale nella PMI*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2011, fasc. 3.

GALLIZIA G., OTTOLINA A., *Donazione di azienda e di partecipazioni*, in *Operazioni straordinarie,* a cura di P. Ceppellini. R. Lugano, Ipsoa, Assago, 2018.

GENGHINI L., *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, in *Collana manuali notarili*, a cura di L.Genghini., Cedam, Padova, 2010.

GIULIANO M., *Diritto successorio, beni d'impresa e passaggio generazionale*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, fasc.6.

GIUNTA G., *Incapacità di agire: interdizione, inabilitazione e incapacità naturale*, Giuffrè editore, Milano 1965.

IACCARINO G., *La donazione di partecipazioni sociali*, in *Successioni e donazioni*, Utet giuridica, Torino, 2017.

IACCARINO G., *Le principali ipotesi di donazioni indirette*, in *Successioni e donazioni*, a cura di G. Iaccarino, Utet giuridica, Torino, 2017.

JANNUZZI A., LOREFICE P., *Manuale della volontaria giurisdizione*, Giuffrè editore, Milano, 2004.

LE BRETON-MILLER I., To*ward an Integrative Modelof Effective FOB Succession, in Entrepreneurship: Theory and Practice* 2004 fasc. 4.

LOCONTE S., *Strumenti di Pianificazione e Protezione Patrimoniale*, 3 ª ed., Ipsoa, Assago, 2018.

LUPOI M., *Trusts*, 2 ª ed. Giuffrè editore, Milano, 2001.

MAGLI C., *Note critiche sul passaggio generazionale dell'impresa familiare fra patto di famiglia, strumenti alternativi di diritto societario e trust*, in *Contratto e impresa*, 2019, fasc. 4.

MALINEN P., *Problems in transfer of business experienced by Finnish entrepreneurs*, in Journal of Small Business and Enterprise Development, 2004.

MALVASI B.*, L'amministrazione di sostegno: le linee di fondo*, in *Notariato*, fasc. 4, 2004.

MANZINI C., *Incapacità del socio nelle società di persone* in *Giurisprudenza commerciale*, 1984.

MARRA P., *Donazione e società,* in *Le donazioni: tecniche redazionali e note di commento*, Ipsoa, Assago, 2014.

MASCOLO F., MARCOZ G., *L'amministrazione di sostegno e l'impianto complessivo del Codice civile*, in *Rivista del notariato,* fasc. 1, 2005.

MATERA P., SBARBARO F., *L'esclusione del socio incapace dalla società di persone, i*n *Amministrazione di sostegno, interdizione inabilitazione*, a cura di G. Salito e P. Matera, Cedam, Padova, 2013.

MAURINI V., *L'incapacità naturale*, Cedam, Padova, 2002.

MASONI R., *Incapaci, amministrazione di sostegno ed esercizio d'impresa*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2014, fasc. 1.

MICCOLI M., *Polizza assicurativa: strumento sufficiente contro le pretese dei legittimari pretermessi*?, in *Notariato*, 2018, fasc.5.

MICHELI A., *Corso di diritto processuale civile*, Milano, 1959.

MIGLIAZZO F., *Incapacità naturale e processo*, in *Studium iuris*, 2015, fasc.5.

MILONE L*., L'amministrazione di sostegno nel sistema di protezione delle persone in difficoltà: prime applicazioni e perplessità*, in N*otariato*, 2005, fasc. 3.

MINECCI U., *L'uso della AdS a tutela degli imprenditori fragili: una soluzione da incoraggiare*?, in *Famiglia e diritto*, 2019, fasc. 8-9.

MONCALVO F., *Beneficiario di amministrazione di sostegno e partecipazione al patto di famiglia*, in *Famiglia e diritto*, 2020, fasc. 2.

MONOSI S., TACCONE N., *L'amministrazione di sostegno*, in *Consiglio Nazionale del notariato*, 2016.

MORELLO U., *L'amministrazione di sostegno (dalle regole ai principi)*, in *Notariato*, fasc. 3, 2004.

OBERTO G., *Il patto di famiglia*, Cedam, Padova, 2006.

PALAZZO A., *I singoli contratti. Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco, Utet giuridica, Torino, 2000.

PALMIERI G., *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario Scialoja, Branca*, Zanichelli editore, Bologna, 2004.

PETRELLI G., *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, in Rivista del notariato, 2006 fasc. 2.

PETRUCCIANI G., *Il nodo del passaggio generazionale*, in *Il sole 24ore*, 7 ottobre 2017.

POMPONIO L., *Contributo alla ricostruzione teorico-pratica delle assegnazioni di azioni o quote non proporzionali*, in *Società*, Ipsoa, Assago, 2007.

QUERCI A., *L'incapacità naturale all'esame della giurisprudenza: un contrasto fra massime*?, in *Contratto e impresa*,2012, fasc. 6.

RESCIGNO P., *Incapacità naturale e adempimento*, Jovene editore, Napoli,1982.

RONCHI B., *L'incapacità naturale e l'annullamento del contratto di compravendita immobiliare,* in *Notariato*, 2005, fasc.5.

ROSSI E., *Il trasferimento di azienda*, Utet giuridica, Torino, 2014.

RUMASCHI M., *Soggetti deboli e impresa individuale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 2, 2018.

SACCHETTO C*., Il trust e il suo utilizzo nella famiglia e nell'impresa: caratteristiche, applicazioni e profili fiscali,* Rubbettino, Soverìa Manelli*, 2*012.

SALVATORE L., *Il trapasso generazionale dell'impresa tra patto di famiglia e trust*, in Notariato, 2007, fasc.5.

SANTINI M., *Il Trust, uno strumento di tutela del patrimonio familiare*, In *Il sole 24ore,* 21 ottobre 2016.

SCARDACCIONE M., *Capacità del minore, dell'interdetto, dell'inabilitato, dell'emancipato e del beneficiario di una amministrazione id sostegno di essere socio nelle società di capitali*, *in Volontaria giurisdizione e diritto societario*, a cura di F. Preite, A. Cagnazzo, Utet giuridica, Torino, 2012.

SICILIA V., *L'annullamento del contratto: incapacità naturale e malafede*, in *Rivista del notariato*, 2005, fasc. 3.

TENCATI A., *Incapacità per infermità e attività d'impresa*, Jovene editore, Napoli, 1988.

VACCARELLA R., *Codice di procedura civile ipertestuale*, 2ª ed., Utet giuridica, Torino 2008.

VENCHIARUTTI A., *L'incapacità contrattuale*, Utet giuridica, Torino, 2000.

VITUCCI R., *Ipotesi sul patto di famiglia*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, fasc.4.

VULLO E., *Nuove prospettive per la tutela processuale dell'incapace naturale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1998.

ZACCARIA A., *La collazione delle partecipazioni sociali diverse dalle azioni*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, fasc. 2.

ZANARONE G., *Delle società a responsabilità limitata*, in *Il Codice civile. Commentario*, a cura di P. Schlesinger, Giuffrè editore, Milano, 2010.

ZANUCCHI T., *Diritto processuale civile*, Giuffrè editore, Milano, 1955.

SITOGRAFIA

www.altalex.com

www.brocardi.it

www.diritto.it

www.laleggepertutti.it

www.notaio-busani.it

www.notariato.it

www.studiocataldi.it

www.studiodepoli.eu