

**BOLLETTINO MENSILE  
D'INFORMAZIONE GIURIDICA**



**QUID ■ IURIS**

**a cura dei *Notai*  
*Riccardo Ricciardi e Massimo Ricciardi***

**Anno XI - NN. 117/118 - Campobasso, giugno/luglio 2020**

## SUCCESSIONE E DONAZIONE

### ***Come possono gli eredi realizzare l'ultima volontà espressa solo oralmente dal de cuius?***

Il quesito evoca il problema della rilevanza giuridica del testamento nuncupativo e della sua possibilità di conferma ai sensi dell'art. 590 c.c..

Sappiamo, infatti, che il testamento è un atto di volontà sottoposto a un particolare rigore formale.

La *ratio* per cui il negozio di ultima volontà sarebbe sottoposto a detto rigore formale viene comunemente individuata nel fatto di dare più possibile certezza alla riferibilità della ultima volontà espressa al suo autore; volontà che, peraltro, potrebbe avere effetto molto tempo dopo la sua espressione e, dunque, la forma scritta dovrebbe indurre il testatore ad una maggiore ponderazione in ordine alla decisione su come devolvere il suo patrimonio (E. Marmocchi, *Forma dei testamenti in Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno, coordinato da M. Ieva, II ed., Milano, 2010, pp. 845 e ss.).

Ciò sarebbe confermato dal fatto che la legge non si limita a prescrivere la mera forma scritta del testamento, ma arricchisce il documento di alcuni elementi formali affinché il documento medesimo possa qualificarsi come testamento ed essere verosimilmente riferibile al suo autore. Ad esempio, il testamento olografo, ai sensi dell'art. 602, primo comma, cod. civ., per essere tale, in particolare e tra l'altro, "*deve essere scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore*".

Proprio in virtù di questo peculiare rigorismo formale, autorevole dottrina ritiene che il testamento nuncupativo sia non già un testamento nullo per difetto di forma, bensì un testamento inesistente (A. Cicu, *Testamento*, rist. 2° ed., Milano, 1969, p. 29; G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1990, pp. 408 e ss.; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, p. 450; C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 239. *contra* G. Bonilini, *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, p. 76; C. M. Bianca, *Diritto Civile, II, La famiglia. Le successioni*, Milano, 2002, p. 640).

Sarebbe, infatti, inesistente in base alla condivisibile argomentazione secondo cui per esservi testamento si dovrebbe rispettare almeno il minimo di forma imposto dal legislatore per il testamento olografo, in quanto solo in questo modo vi sarebbe la possibilità di ritenere che la ultima volontà espressa possa essere riferita al *de cuius*, salvo a dimostrare trattasi di testamento falso, anch'esso inesistente (Cass. Ord. 10065/2020, la quale oltre a ritenere il testamento falso un testamento inesistente e, dunque, insuscettibile di conferma *ex art. 590 c.c.*, sostiene, senza, tuttavia, prendere una posizione netta, che "*la convalida ai sensi dell'art. 590 c.c. del testamento nuncupativo, qualora ritenuta ammissibile, suppone l'esistenza di una dichiarazione testamentaria definitiva e interamente formata, benché non compiuta per iscritto. Un mero progetto di dichiarazione testamentaria non è suscettibile di conferma*"). Invero, l'ultima volontà non espressa per iscritto non sarebbe mai qualificabile come dichiarazione testamentaria, in virtù della mancanza di quel minimo requisito formale che impone la legge.

Peraltro, essendo la conferma un atto integrativo di una disposizione nulla e che presuppone, dunque, una "*minima fattispecie negoziale, in presenza della quale la legge considera il negozio esistente, ma nullo*" (F. Santoro Passarelli, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, 8° ed., Napoli, 1964, p. 249) la conferma di un testamento nuncupativo, mancando il testamento, rischierebbe, altresì, di essere in contrasto con i principi di certezza (art. 625 c.c.) e di personalità del testamento.

Il rispetto di detti principi, in effetti, sarebbe dimostrabile solo se il contenuto del testamento fosse inserito in un documento.

Si pensi al complesso di disposizioni che consentono al terzo di integrare il contenuto della disposizione testamentaria. Ebbene, in assenza di un documento, come sarebbe possibile dimostrare, ad esempio, che l'indicazione dell'erede o del legatario ovvero la determinazione della quota di eredità (art. 631, primo comma, c.c.), dell'oggetto o della quantità del legato non dipendano dall'arbitrio del terzo (art. 632, secondo comma, c.c.)?

È bensì vero che in caso di nullità di dette disposizioni, esse sarebbero suscettibili di conferma ai sensi dell'art. 590 c.c.. Tuttavia, per aversi conferma vi dovrebbe essere comunque una disposizione testamentaria confermabile e, dunque, contenuta almeno in quella minima fattispecie negoziale che la legge indica nel testamento olografo.

Ulteriore argomento che farebbe propendere per l'inammissibilità della conferma del testamento nuncupativo sarebbe quello per cui, in materia di forma del testamento, le cause di nullità sono tipiche, essendo solo quelle indicate dall'art. 606 c.c., tra cui non rientra quella del testamento orale.

Infine, è bene precisare che il nostro ordinamento non esclude la possibilità che il testatore esprima verbalmente la sua ultima volontà, ma in tutti i casi in cui è concessa detta possibilità devono verificarsi determinate condizioni.

Si pensi, per esempio, al testamento pubblico, ossia alla forma più rigorosa e autorevole di rappresentazione scritta della volontà verbalmente espressa dal testatore, in presenza di due testimoni, al Notaio, affinché quest'ultimo la adegui all'ordinamento giuridico e protegga il documento conservandolo.

Ma, in realtà, ritenere condivisibile la tesi della inesistenza del testamento nuncupativo non escluderebbe la possibilità per gli interessati di realizzare la volontà del *de cuius* espressa solo oralmente.

Siamo del parere, infatti, che in tal caso si configuri in capo a detti interessati un dovere incoercibile, ma meritevole di essere adempiuto, in quanto moralmente e socialmente rilevante. Viene in rilievo, pertanto, l'obbligazione naturale di cui all'art. 2034 c.c., il cui adempimento è ritenuto giusta causa di arricchimento, sebbene il suo effetto sia unicamente la *soluti retentio* e, dunque, l'irripetibilità di quanto spontaneamente prestato.

La ammissibilità dalla *causa solvendi* quale giusta causa di arricchimento anche per le attribuzioni traslative (c.d. adempimento traslativo), purché meritevole di tutela ai sensi del secondo comma dell'art. 1322 c.c., è sostenuto da autorevole dottrina (cfr. per tutti F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, III ed. 1992, p. 781).

Ritenere, dunque, ammissibile l'esecuzione spontanea, volontaria e consapevole dell'ultima volontà espressa solo oralmente dal *de cuius*, significa che l'ordinamento concede agli eredi, tramite il combinato disposto degli art. 2034 c.c. e 1322, secondo comma, c.c., di adempiere al dovere, moralmente e socialmente rilevante, di rispettare detta ultima volontà.

Inoltre, ammettere che l'adempimento spontaneo, volontario e consapevole di detta ultima volontà da parte degli eredi sia giusta causa di arricchimento non significa che il negozio posto in essere è sorretto da *animus donandi*.

Invero, il negozio atipico, giustificato da una *causa solvendi*, rientrerebbe tra i negozi a titolo oneroso, anche quando detta causa si sostanzia nell'adempimento di un'obbligazione naturale, trattandosi pur sempre di un adempimento di un obbligo, ancorché incoercibile ( C.M. Bianca, *Diritto Civile 4, L'obbligazione*, Milano, 1990, p. 785).

Ciò determina, conseguentemente, l'applicazione delle imposte dovute per i trasferimenti a titolo oneroso.

Inoltre, l'atto posto in essere non costituirebbe provenienza donativa, con tutti i vantaggi che ne derivano in tema di circolazione dei beni.



*La Calunnia di S. Botticelli, Galleria degli Uffizi, Firenze*

## **SOCIETÀ**

***È possibile che in caso di aumento oneroso del capitale ad uno dei soci vengano assegnate azioni o una quota in misura maggiore rispetto al suo conferimento ovvero senza che conferisca alcunché?***

Il quesito evoca l'istituto dell'assegnazione non proporzionale di azioni o quote (art. 2346, comma 4, seconda parte, c.c. per le S.p.A. e art. 2468, comma 2, c.c. per la s.r.l.).

Tramite il ricorso a detto istituto i soci interessati ricevono un numero di azioni o una quota di partecipazione al capitale non proporzionale ai conferimenti che sono tenuti ad effettuare.

Le finalità per cui ci si volesse avvalere dell'istituto in esame possono essere varie. Si pensi al caso in cui un soggetto sia provvisto di qualità tali da non poter essere imputate a capitale (c.d. socio developer) ovvero al caso in cui l'assegnazione non proporzionale produca una liberalità indiretta nei confronti del beneficiario.

Molto discussa è la natura giuridica di tale istituto.

Condividiamo la tesi che ritiene che l'istituto sia uno strumento *sui generis*, dotato di propria funzionalità, a nulla rilevando, sul piano esterno e, quindi, nei confronti della società, le finalità sottese all'utilizzo di tale strumento (P. Cevasco, *Assegnazione non proporzionale di azioni in conseguenza di aumento di capitale*, in Notariato 4/2013, p. 446; Jacopo Sodi, *Studio n. 148-2008/I*, in BDN).

Ciò, tuttavia, non preclude ai soci che richiedano il ricorso all'istituto in esame di fare uso della *expressio causae* e di far emergere e, conseguentemente, disciplinare il rapporto interno tra il socio conferente e il socio beneficiario.

È condivisibile, a tal fine, l'affermazione di P. Cevasco, op. cit., secondo cui *"la diversa assegnazione delle azioni trova "causa" nei rapporti inter-soggettivi che corrono tra i soci"*. Forti dubbi sussistono sulle conseguenze che potrebbero determinare le vicende successive che incidano negativamente su detto rapporto. Si pensi ad un'eventuale azione esecutiva promossa dal creditore del socio conferente a seguito del vittorioso esperimento dell'azione revocatoria (Cass. 29716 del 2019).

Data l'incertezza al riguardo è fortemente consigliabile disciplinare come procedere in

caso dovesse venire meno il rapporto sottostante all'assegnazione non proporzionale. Due sono le modalità applicative dell'istituto dell'assegnazione non proporzionale:

1) proporzionalità tra sottoscrizione e assegnazione; non proporzionalità del conferimento (modalità preferibile);

SOCI	S	C	A	CAP.
TIZIO	100	100	100	100
CAIO	80	60	80	80
MEVIO	120	140	120	120
TOT.	300	300	300	300

2) proporzionalità tra sottoscrizione e conferimento; non proporzionalità dell'assegnazione;

SOCI	S	C	A	CAP.
TIZIO	100	100	100	100
CAIO	60	60	80	80
MEVIO	140	140	120	120
TOT.	300	300	300	300

Indipendentemente dalla scelta della concreta modalità operativa, secondo alcuni non potrebbe farsi ricorso all'istituto in esame se un socio non effettuasse alcun conferimento e la sua partecipazione fosse intermanete liberata interamente da altro socio ovvero da un terzo non socio (cfr. per tutti M. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, Milano, 2012, p. 186, nt. 80).

Secondo altra condivisibile opinione, il conferimento, sebbene sia elemento essenziale del contratto di società, non è necessario che venga effettuato da ciascun socio (M.S. SPOLIDORO, *I conferimenti in denaro*, in *Trattato delle società per azioni*, G.E. Colombo-G.B. Portale, Torino, 2004, p. 309; M. NOTARI, *Commento sub art. 2346, commi 1-5*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2008, p. 45; Jacopo Sodi, *Studio n. 148-2008/I*, in BDN).

Il principio, infatti, che devono osservare i soci ove ricorrano all'istituto dell'assegnazione non proporzionale è quello indicato, per le S.p.A.,

dal quinto comma dell'art. 2346 c.c., secondo cui *"In nessun caso (anche quello del socio non conferente, n.d.r.) il valore dei conferimenti può essere complessivamente inferiore all'ammontare globale del capitale sociale"* e ribadito, per le s.r.l., dal primo comma dell'art. 2464 c.c..

In merito al ricorso dell'istituto in esame in sede di aumento oneroso del capitale sociale non può negarsi la sua utilità e, dunque, deve ritenersi ammissibile, anche ove si deliberasse a maggioranza, purché, in questo caso, si rispettino, comunque, il principio di integrità del capitale sociale e il principio della parità di trattamento dei soci (sulle tecniche per il rispetto di detti principi si veda P. Cevasco, *op. cit.*, p. 452 e ss.).

Si ritiene, inoltre, condivisibile l'opinione espressa dalla *Massima n. 186* del Consiglio Notarile di Milano, la quale, nel ritenere meritevole di tutela l'interesse di uno dei soci di non vedersi diluita la propria partecipazione societaria nel caso di futuri aumenti di capitale, ritiene legittimo inserire nello statuto della società le c.d. clausole antidiluizione.

Per raggiungere il risultato concreto della clausola antidiluizione si può ricorrere alla creazione di categorie di azioni o quote (artt. 2348 c.c. o 26, comma 2, d.l. 179/2012) ovvero, per la s.r.l., all'attribuzione di diritti particolari (art. 2468, comma 3, c.c.).

La clausola statutaria prevederà, dunque, che, in caso di aumento oneroso del capitale sociale, l'assegnazione delle azioni ovvero delle quote avverrà in misura non proporzionale ai conferimenti, in quanto, parte del prezzo di emissione andrà a copertura delle azioni o quote da assegnare gratuitamente al socio beneficiario del diritto all'antidiluizione.

In tal caso, per assumere la delibera di aumento oneroso del capitale sociale è sufficiente la maggioranza richiesta dalla legge o dallo statuto per deliberare le modifiche dello statuto e, come affermato nella massima citata, non sarebbe necessaria la partecipazione del socio

beneficiario, in quanto costui è titolare di un diritto riconosciuto statutariamente.

È opportuno precisare che l'inserimento di detta clausole in sede di modifica dello statuto di s.r.l., richiederebbe il consenso di tutti i soci, sia nel caso l'effetto si realizzasse con la creazione di categorie di quote (*Massima n. 172* Consiglio Notarile di Milano), sia ove venisse attribuito al socio un diritto particolare (art. 2468, comma 4, c.c.).

La medesima osservazione verrebbe anche se l'introduzione di detta clausola avvenisse in sede di modifica dello statuto di S.p.A., in quanto, anche in tal caso, la deroga al principio di parità di trattamento di tutti i soci sarebbe ammissibile solo col consenso degli stessi.

## **ANTIRICICLAGGIO**

### ***Quali adempimenti effettuare nel caso in cui il titolare effettivo sia cliente di una società fiduciaria?***

Prima di rispondere al quesito è bene accennare alla distinzione tra fiducia romanistica e fiducia germanistica.

Il ricorso all'uno ovvero all'altro concetto di fiducia è stato, infatti, sovente utilizzato dagli interpreti per ricostruire la natura giuridica del rapporto che sorge tra fiduciante e società fiduciaria.

Le società fiduciarie sono regolate da una serie di norme tra cui, principalmente, quelle contenute nella Legge 1966 del 1939.

L'art. 1 di detta legge stabilisce espressamente che le società fiduciarie sono imprese che si propongono, in particolare e tra l'altro, di *"assumere l'amministrazione dei beni per conto terzi"*.

Il verbo *"assumere"* ha fatto sorgere i maggior dubbi interpretativi, in quanto potrebbe intendersi secondo il concetto di fiducia romanistica e, conseguentemente, la situazione giuridica spettante alla fiduciaria sarebbe regolata da un negozio traslativo collegato al *pactum fiduciae*, potrebbe ritenersi che la disciplina delle società fiduciarie sia stata

costruita ricorrendo al concetto di fiducia germanistica (Cass. 26 settembre 2013, n. 22099), con cui si avrebbe una scissione tra la titolarità del diritto e la legittimazione ad esercitarlo; si potrebbe sostenere che il verbo "assumere" richiami la disciplina del mandato senza rappresentanza (cfr. art. 1705, primo comma, c.c.) (per le diverse teorie si veda A. Borgioli, *Società fiduciaria* in *En. giur. Treccani*, p.11)

Il discorso si è fatto ancora più articolato nel momento in cui è stato possibile distinguere le società fiduciarie di amministrazione statica, riconducibili alla Legge 1966 del 1939, da quelle di amministrazione dinamica, disciplinate dall'art. 199 T.U.F..

In realtà, come è stato autorevolmente sostenuto (A. Borgioli, *op. cit.* p. 11) e come la prassi dimostra, sarebbe solo un problema di ricostruzione della volontà delle parti, sebbene, tuttavia, ci sono diversità anche in ordine alla tutela spettante al fiduciante contro l'abuso del fiduciario.

Ad esempio, aderire alla tesi della fiducia romanistica (Cass. 3656/2018) permetterebbe al fiduciante di ottenere una tutela obbligatoria nel caso di inadempimento del fiduciario al patto fiduciario, mentre sostenere la tesi del mandato senza rappresentanza, istituto applicato analogicamente alla fiducia germanistica, permetterebbe al fiduciante di sostituirsi al fiduciario per esercitare solo i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato (cfr. art 1705, 2° co., cc e Cass. S.U. 24772/2008; si aggiunge che Cass. Ord. 9320/2019 distingue le società fiduciarie dal trust in virtù del fatto che le prime non divengono proprietarie dei beni da esse amministrati).

L'effetto dell'intestazione fiduciaria dovrebbe essere quello di realizzare una separazione dei beni amministrati dalla fiduciaria dal patrimonio della fiduciaria medesima e da quello di altri fiducianti.

Per realizzare questo effetto dette società ricorrono, principalmente, ai c.d. conti d'ordine,

ossia ad una rappresentazione contabile da cui risulta che le partecipazioni sono gestite per conto terzi.

Con l'entrata in vigore della legge 112 del 2016 sul "dopo di noi", che cita, tra gli istituti idonei a realizzare le finalità che si prefigura di raggiungere, i "*fondi speciali, composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario*", l'utilizzo di quest'ultimo strumento da parte delle fiduciarie risulterebbe più affine alla fiducia romanistica e dovrebbe consentire una netta separazione patrimoniale.

Quanto ai fini che si propone l'intestazione fiduciaria, con questa si tende a garantire, oltre ad una gestione qualificata dei beni affidati secondo le disposizioni concordate tra le parti, anche la riservatezza del fiduciante, ove possibile.

Sussistono, infatti, limiti legali (art. 1, co. 5, R.D. 239 del 1942; artt. 17, lett. b), e 115, ult. co., T.U.F.; art. 21, ult. co., T.U.B.; in sede di accertamento fiscale art. 32 D.P.R. 600/73; artt. 2427, n. 5), e 2428, terzo comma, n. 3), c.c.) alla garanzia di riservatezza che le società fiduciarie tendono ad assicurare e tra questi, a seguito della riforma attuata col D.Lgs. 90 del 2017, quelli che dipendono dagli obblighi di adeguata verifica della clientela ai fini antiriciclaggio.

A tal proposito ci si limita ad analizzare la disciplina dal punto di vista del professionista e, in particolare, del notaio, quale soggetto obbligato ad effettuare le operazioni di adeguata verifica del titolare effettivo quando abbia come cliente una società fiduciaria.

Prima della citata riforma, infatti, e con la modifica apportata al D.Lgs. 231/2007 dal D.Lgs. 141/2010, le società fiduciarie, riconducibili agli artt. 106 e 199 T.U.F., godevano del regime di esenzione previsto dagli artt. 25 e ss. del D.Lgs. 231/2007.

Con il D.Lgs 90 del 2017 non vi è più alcuna esenzione dagli obblighi di adeguata verifica.

Infatti, posto che attualmente anche le Banche e i soggetti vigilati sono sottoposti all'obbligo

di adeguata verifica, seppur semplificata (che si risolve, in concreto, quanto alla verifica del titolare effettivo, nell'individuare costui nella persona o nelle persone che amministrano e hanno la legale rappresentanza), in quanto soggetti a basso rischio riciclaggio e finanziamento terrorismo, l'entrata in vigore del D.Lgs. 90 del 2017 segna un cambio di rotta, in particolare e tra l'altro, per l'adeguata verifica del titolare effettivo, cliente della società fiduciaria.

Ai sensi dell'art. 1) lett. pp) del nuovo decreto antiriciclaggio, è titolare effettivo la persona fisica o le persone fisiche, nell'interesse della quale o delle quali, in ultima istanza, il rapporto continuativo è istaurato, la prestazione professionale è resa o l'operazione è eseguita. Il professionista, pertanto, dovrà richiedere al cliente tutto quanto necessario per identificare il titolare effettivo, compiendo, peraltro, anche per le società fiduciarie iscritte all'albo speciale di cui all'art. 106 T.U.F. la verifica rafforzata e non quella meramente semplificata.

Ciò in quanto il nuovo art. 24, co. 2, lett. a), n. 4, del decreto in esame prevede una presunzione di rischiosità ove il cliente sia un fiduciario (trustee o società fiduciaria che sia).

La verifica rafforzata si declina attraverso l'identificazione del cliente e del titolare effettivo, nonché acquisendo informazioni aggiuntive su costoro e analizzando lo scopo e la natura del rapporto.

Dalla verifica, ove sussista il sospetto di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo circa un'operazione, il Notaio è tenuto ad effettuare la segnalazione alla UIF, dopo aver ricevuto l'atto (art. 35 co. 2).

Quanto agli obblighi di conservazione di cui all'art. 33, i Notai (art. 34), essendo costoro Pubblici Ufficiali, garantiscono l'adempimento di detti obblighi tramite il fascicolo del cliente, la conservazione degli atti e dei repertori, nonché l'indicazione analitica delle modalità di pagamento in atto, costituendo queste idonee

modalità di conservazione dei dati e delle informazioni.

----- © **Riproduzione riservata** -----