



ASSOCIAZIONE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI DELLE TRE VENEZIE

INSERTO

Le partecipazioni societarie e l'impresa nel Diritto di Famiglia

Paolo Talice
Notaio in Treviso

Jacopo Sodi
Notaio in Firenze

Antonio Viotto
Università Ca' Foscari - Venezia

Il regime patrimoniale della famiglia dell'imprenditore

Paolo Talice
Notaio in Treviso

Parte Prima – L'impresa coniugale cogestita

Il presente intervento si prefigge l'obiettivo di analizzare il regime patrimoniale delle persone fisiche coniugate che svolgono singolarmente attività di impresa.

E' importante iniziare con una breve premessa sul momento storico in cui è stata introdotta nel nostro ordinamento la vigente riforma del diritto di famiglia, e soprattutto sull'approccio che ha avuto il legislatore quando ha dovuto dettare le regole dell'impresa.

Sappiamo tutti che l'Italia ha avuto una grossa accelerazione industriale dopo la guerra; in precedenza il Paese aveva un'economia prevalentemente agricola, basata sulla famiglia diretto coltivatrice, cioè sulla famiglia composta da soggetti che collaboravano tra loro nella conduzione dei fondi. Tale forma di "gestione familiare" dei fondi agricoli aveva generato una disciplina propria basata sulla comunione tacita familiare, istituto che tra l'altro esiste ancora, poiché l'ultimo comma dell'art. 230 bis c.c. continua a menzionarla, per quanto non sia chiaro in che misura operi, perché l'attuale disposizione rinvia agli usi. La comunione tacita familiare era un istituto volto a riconoscere ai figli e al coniuge dell'imprenditore agricolo alcuni diritti patrimoniali, al fine di ripartire in qualche modo i benefici della coltivazione "collettiva" familiare tra tutti i soggetti coinvolti. Ovviamente le disposizioni originarie erano ispirate a logiche oggi superate, fondate sulla famiglia patriarcale, in cui i collaboratori dovevano di regola subire le decisioni del capofamiglia.

Dopo la guerra è stato evidente a tutti che il modello della famiglia patriarcale apparteneva ad un'epoca ormai passata; la Costituzione della Repubblica Italiana, entrata in vigore il 1° gennaio 1948, ha quindi superato decisamente tale modello, prevedendo l'assoluta parità fra uomo e donna, in particolare nel lavoro e nella famiglia.

In questo contesto è nata la riforma del diritto di famiglia, varata nel 1975, ma la cui discussione era iniziata già dai primi anni '60.

Il dibattito fu lungo, articolato ed ispirato da grandi ideali; al termine non si riuscì tuttavia a tradurre in norme tecnicamente soddisfacenti il risultato della discussione. La necessità di superare modelli e convincimenti in parte ancora radicati nelle coscienze degli italiani, infatti, produsse disposizioni spesso generiche, demagogiche e che prendevano in considerazione fattispecie non puntualmente determinate, ed in ogni caso estranee all'esperienza giuridica preesistente, e quindi di difficile inquadramento sistematico.

All'epoca in cui mi sono laureato, la riforma del diritto di famiglia del 1975 veniva considerata da tutti come il paradigma delle norme tecnicamente mal scritte. Oggi non è più così, solo perché il legislatore si è ampiamente superato varando leggi assai peggiori.

Le carenze tecniche della riforma del diritto di famiglia non sono solo il frutto di enfasi e di demagogia, ma derivano anche dal fatto che una materia di questo tipo mal si presta ad essere codificata fino in fondo. Tutte le leggi a forte valenza sociale sono particolarmente sensibili all'evoluzione del sentimento collettivo: era dunque importante per il legislatore della riforma stabilire dei principi non eccessivamente rigidi, in grado di adeguarsi all'evolversi della società. Tutte le norme devono essere interpretate: la medesima fattispecie nel tempo può subire interpretazioni differenti per il solo fatto che è mutato il sentimento dell'interprete. Ecco, dunque, che le norme del diritto di famiglia, grazie proprio alla loro formulazione generica ed atecnica, sono

in grado di evolversi ed adeguarsi alla realtà sociale, pur restando immoificate nella loro formulazione positiva.

Passiamo ora ad esaminare le vicende dell'impresa individuale dal punto di vista del regime patrimoniale della famiglia.

Innanzitutto bisogna considerare che la comunione legale è una comunione che si differenzia sotto molti aspetti dalla comunione ordinaria. Se due persone, due estranei, decidono di acquistare insieme un'imbarcazione o una casa al mare, sono proprietari ciascuno di una metà. Si crea così una comunione con le proprie regole sull'amministrazione, ma ciascun comproprietario è libero di disporre della propria metà, senza necessità del consenso dell'altro, al punto che può alienarla anche all'insaputa dell'altro comunista: questa è la regola della comunione ordinaria. La comunione legale, invece, è una comunione di tipo germanistico: si può dire che essa in realtà è più propriamente una comunione per diritti su una massa comune. Non esiste la metà di proprietà di un coniuge e la metà di proprietà dell'altro, al punto che non è possibile che uno dei coniugi in comunione legale venda la sua metà di un bene comune, ancorché con il consenso dell'altro, poiché l'altra metà continuerebbe comunque ad essere in comunione. E' per questo che quando tra coniugi in comunione dei beni sorge la necessità di trasferire la metà di un bene da uno all'altro è necessario che prima si adotti il regime patrimoniale della separazione dei beni, mutando in tal modo la comunione legale in comunione ordinaria.

La circostanza che la comunione legale non sia una comunione per quote ma una comunione per diritti consente di comprendere come, in determinate circostanze, ciò che spetta ad uno dei coniugi sulla massa comune non è un vero e proprio diritto reale, ma un diritto di credito. C'è una norma molto interessante che aiuta a comprendere cosa il legislatore aveva in mente, è l'art. 192 c.c. in materia di rimborsi e restituzioni. Secondo tale disposizione, quando si scioglie la comunione legale e si passa alla comunione ordinaria è necessario fare i conti tra i coniugi e procedere ai relativi conguagli, effettuando i conseguenti prelievi o versamenti in denaro dalla o nella massa comune. Quindi, pur rimanendo in comunione ordinaria, si dovrebbero effettuare questi conteggi di conguaglio secondo la regola dell'art. 192 c.c.; gli eventuali prelievi si effettuano in denaro, quindi sui mobili e infine sugli immobili, cioè i coniugi sono in comunione ordinaria, perché hanno sciolto la comunione legale, ma possono prelevare denaro dalla massa comune. I prelievi in denaro da una massa comune sono una cosa che suona strana al giurista in quanto il denaro è l'unico bene che per legge non dovrebbe essere suscettibile di comunione, tant'è che il modo per sciogliere le comunioni sui beni indivisibili è venderli per trasformarli in denaro liquido, quando c'è denaro non è possibile essere comproprietari. Dieci euro non possono appartenere a due persone in maniera indivisa, ciascuno sarà proprietario dei suoi cinque euro. Ecco dunque come la previsione legislativa dei prelievi o versamenti in denaro dalla o nella massa comune allo scioglimento della comunione legale aiuti a comprendere il concetto di comunione per diritti e non per quote.

La circostanza che nella comunione legale i diritti sulla massa comune vengano ricondotti a diritti di credito piuttosto che a diritti reali, aiuta a risolvere tanti problemi pratici che il legislatore non s'è posto.

Passando ad esaminare l'impresa individuale gestita da un imprenditore coniugato in regime di comunione legale, si deve innanzitutto prendere in considerazione il disposto dell'art 177 c.c.. Cosa cade in

comunione per quei coniugi che hanno scelto il regime della comunione dei beni? Ce lo dice l'art. 177 c.c., che fa un elenco: gli acquisti compiuti dai coniugi insieme o separatamente dopo il matrimonio; i frutti...; i proventi...; ecc. Poi c'è la lettera d): fanno parte della comunione le aziende gestite da entrambi i coniugi e costituite dopo il matrimonio. Questa parte della norma, evidentemente dettata al solo scopo di enunciare ciò che fa parte della comunione legale, sembra però affermare una cosa importantissima, cioè che possono esistere delle aziende cogestite con pari dignità da entrambi i coniugi senza che si sia in presenza di una società.

Noi siamo cresciuti nella convinzione che se due persone cogestiscono un'attività economica pongono in essere, quantomeno, una società di fatto, cioè un ente collettivo. La cogestione di un'impresa evoca sempre una società.

Quanto sopra vale anche per i coniugi in comunione dei beni o gli stessi possono cogestire un'impresa senza essere società? Che natura giuridica ha questa cogestione? La norma non lo dice, non se ne preoccupa assolutamente. L'art. 177, lett. d), c.c. si limita semplicemente a prevedere che quando l'azienda è cogestita i beni aziendali appartengono alla comunione legale ("comunione immediata"). Ovviamente, tale regola vale solo per le aziende costituite dopo il matrimonio, perché se uno dei coniugi aveva un'azienda prima del matrimonio si applica l'ultimo capoverso: qualora si tratti di aziende appartenenti a uno dei coniugi anteriormente al matrimonio, ma gestite da entrambi, la comunione concerne solo gli utili e gli incrementi.

In detta ultima fattispecie, dunque, la regola è quella tradizionale della comunione: ciò che ho acquistato in costanza di matrimonio appartiene alla comunione, ciò che era mio prima rimane solo mio, per cui se al momento del matrimonio avevo un'azienda composta da un bel capannone ed un certo numero di macchinari, e la gestisco dopo il matrimonio con mia moglie in regime di comunione dei beni, gli incrementi sono della comunione, ma il capannone originario e i macchinari originari rimangono miei. Se invece l'azienda l'ho costituita dopo il matrimonio i beni sono della comunione. In realtà la norma è scritta male perché è testualmente riferita a tutte le aziende costituite dopo il matrimonio, prescindendo dall'epoca dell'acquisto dei beni aziendali. Non si preoccupa dunque dell'ipotesi in cui un coniuge, titolare di un bene personale, perché acquistato prima del matrimonio, costituisca un'azienda dopo il matrimonio imputando all'attività d'impresa questo bene personale: in tale fattispecie, evidentemente, non si può ritenere, al di là della norma, che il bene personale utilizzato nell'impresa possa cadere in comunione legale immediata per il solo fatto che è stato destinato all'attività.

La norma non risolve neanche la questione sulla sorte del bene donato all'imprenditore in costanza di matrimonio e destinato all'azienda cogestita. Anche in tale ipotesi, secondo le regole ordinarie si fa fatica a pensare che tale bene entri in comunione immediata.

La disposizione di cui all'art. 177, lett. d), c.c., poi, non definisce in alcun modo la natura di questa impresa coniugale cogestita, per cui la stessa è tutt'ora assai discussa. In realtà questa disposizione costituisce un chiaro esempio di ciò che abbiamo detto prima, ovvero dell'atecnicità delle formule utilizzate dal legislatore nel tentativo di rincorrere fattispecie pratiche, non puntualmente contemplate dall'ordinamento. E' evidente che in diritto o si è una società o si è una impresa individuale: altre forme di gestione dell'impresa non sono contemplate, non ci può essere esercizio collettivo se non in forma societaria; nella pratica è però frequente (lo era all'epoca della riforma, lo è anche adesso) che nelle famiglie ci siano delle forme di collaborazione o di cogestione dell'attività d'impresa da parte di coniugi, difficilmente riconducibili al modello societario, e magari che i coniugi che cogestiscono l'impresa siano in comunione dei beni. Questa vicenda andava dunque meglio disciplinata, quanto meno sotto l'aspetto della titolarità dei beni aziendali. Quindi, ripeto, dalla disposizione di cui all'art. 177, lett. d), c.c., sembra potersi dedurre la legittimità della cogestione di un'impresa in forma non societaria (vedremo più avanti se si tratta di una impresa collettiva oppure no). In realtà, l'art. 177 lett. d) c.c. detta una disposizione che si preoccupa unicamente di stabilire a chi appartengono i beni dell'impresa, e non che cosa sia l'impresa cogestita, e questo crea una grossa difficoltà all'interprete. E' im-

portante poi rilevare come la stessa disposizione non è volta a tutelare il familiare debole che collabora nell'azienda, come si potrebbe pensare ad una prima lettura. Le disposizioni di tutela del collaboratore si trovano nell'impresa familiare. L'esigenza di garantire i diritti del collaboratore dell'impresa di famiglia prescinde dal fatto che questi sia un coniuge in regime di comunione dei beni, mentre l'art. 177 c.c. si applica solo ai coniugi in comunione dei beni, limitandosi a stabilire che l'azienda costituita dopo il matrimonio e cogestita appartiene a tutti e due i coniugi, e quindi detta una disposizione sulla titolarità dei beni, una norma sulla comunione, disciplinante unicamente ciò che entra nella comunione e ciò che non entra.

Quello che è importante accertare, per comprendere la natura dell'impresa cogestita, una volta chiarito che i beni aziendali appartengono alla comunione legale, è quali siano le regole sull'amministrazione. Ci se deve cioè interrogare se anche l'amministrazione dell'azienda segue le regole dalla comunione legale o se può seguire delle regole diverse.

Su questo punto vorrei fare un primo ragionamento: sappiamo che nelle società di persone, anche nelle società di fatto a cui in qualche modo si applicano le regole delle società di persone, la regola sull'amministrazione prevede che la stessa possa essere disgiunta, salvo il diritto di opposizione. Questo è il principio delle società di persone: chi arriva primo fa l'atto, ma l'altro può opporsi. Nella comunione legale vale una regola diversa: i beni della comunione vengono amministrati disgiuntamente per quello che riguarda l'ordinaria amministrazione, congiuntamente per quello che riguarda la straordinaria amministrazione. Quindi non c'è il diritto di opposizione all'amministrazione disgiuntiva: la regola è diversa. A questo punto è lecito chiedersi se i beni aziendali cogestiti possono essere amministrati secondo le regole della società, cioè dell'impresa collettiva, o se devono essere amministrati secondo le regole della comunione legale. Ci sono delle norme che aiutano a capire la volontà del legislatore, anche se nell'art. 177 c.c. non si dice nulla al riguardo, e che aiutano poi a capire la natura dell'istituto dell'azienda cogestita. Innanzitutto esiste la disposizione del secondo comma dell'art. 182 c.c.: è noto che uno dei principi della comunione legale, visto che i beni devono essere coamministrati, è quello che non è possibile per un coniuge dare una procura generale all'altro per amministrare tutti i beni, perché in tal modo si aggirerebbero le norme sull'amministrazione collettiva; orbene, l'art. 182, secondo comma, c.c. dice però che nel caso di gestione comune di azienda, quindi nel caso di azienda facente parte della comunione dei beni, uno dei coniugi può essere delegato dall'altro al compimento di tutti gli atti necessari alla gestione dell'impresa. Questa norma sembra dunque dirci qualcosa, sembra dirci che in questa fattispecie non si applicano le regole sull'amministrazione della comunione legale, al punto che un coniuge può fare una procura generale all'altro, una procura institoria vera e propria per gestire l'azienda anche per conto dell'altro coniuge. La disposizione di cui all'art. 182, secondo comma, c.c. in realtà contiene una contraddizione, perché l'art. 177 lett. d) c.c. definisce aziende cogestite solo quelle per le quali appunto sussiste una cogestione da parte di entrambi i coniugi, mentre l'art. 182 c.c. afferma che dette aziende possono essere gestite anche da uno solo di essi, in virtù di procura, quindi possono anche essere non cogestite. Bisogna però dire che la contraddizione è più pratica che di principio, poiché in diritto chi conferisce procura non si priva del potere di amministrare. Per cui se io conferisco il potere di amministrare l'azienda coniugale al mio coniuge, posso comunque continuare ad amministrarla anch'io, per cui ciò che avrà il mio coniuge è una somma di poteri, e non si verifica una deviazione del potere da un coniuge all'altro. La regola della legittimità della procura a gestire l'azienda coniugale è quindi unicamente una regola di buon senso: il legislatore ha ritenuto che la gestione dell'impresa deve rispettare le regole del mercato, che impongono rapidità di decisioni.

Un'altra norma importante per comprendere la natura dell'azienda cogestita è l'art. 181 c.c. che disciplina il rifiuto del consenso di un coniuge a compiere un atto di straordinaria amministrazione. Poiché nella comunione legale la regola è che serve il consenso di entrambi i coniugi per compiere un atto di straordinaria amministrazione, l'art.

181 c.c. stabilisce che “*se uno dei coniugi rifiuta il consenso per la stipula di un atto di straordinaria amministrazione o per gli atti per cui il consenso è richiesto, l'altro coniuge può rivolgersi al giudice per ottenere l'autorizzazione nel caso in cui la stipulazione dell'atto è necessaria nell'interesse della famiglia o dell'azienda che a norma della lettera d) dell'art. 177 fa parte della comunione.*” Quindi se io posso chiedere al giudice l'autorizzazione a fare l'atto anche se il mio coniuge non è d'accordo con me, ove ricorra l'interesse dell'azienda, forse vuol dire che all'azienda coniugale si applicano le regole dell'amministrazione della comunione legale, e non quelle dell'impresa collettiva. E quindi non si applicano le regole proprie delle società, quelle della maggioranza, dell'opposizione, e, più in generale, tutte quelle regole che sono proprie della società di fatto.

Sulla questione della natura giuridica della azienda cogestita non vi è ancora uniformità di vedute, c'è chi afferma che si tratti di un ente collettivo, chi ritiene che sia comunque un'impresa individuale, chi media tra le due posizioni con cento sfumature diverse, c'è anche chi sostiene che l'impresa coniugale sia una sorta di società di fatto. Tale ultima opinione genera però un grosso problema: nella società di fatto manca un contratto scritto, per cui se ci sono degli immobili - e vengono utilizzati nell'impresa - non può mai ritenersi che gli stessi siano conferiti di fatto nella società, poiché nel nostro ordinamento il trasferimento di immobili può avvenire unicamente in forma scritta a pena di nullità, per cui un immobile non può mai appartenere al soggetto società di fatto, ma deve necessariamente appartenere alle persone fisiche socie: il codice prevede lo svolgimento dell'attività di fatto, non il conferimento immobiliare di fatto. Per cui, seguendo l'opinione di chi ritiene che l'impresa coniugale, cioè l'impresa cogestita in costanza di matrimonio da coniugi in comunione dei beni, sia una società di fatto, dovremmo ritenere che quest'ultima non abbia un titolo reale sull'immobile aziendale eventualmente oggetto della comunione, ma una sorta di titolo di godimento: vale a dire che i beni aziendali sono di proprietà della comunione (cioè dei coniugi) ed in virtù di un qualche diritto atipico di godimento vengono gestiti dalla società di fatto. In questo contesto si pone poi il problema della soggettivizzazione dell'attività d'impresa, cioè che l'impresa sia esercitata da un soggetto autonomo, separato, diverso, rispetto ai coniugi. Questo è l'effetto di una qualunque società, di fatto, di persone, di capitali.

Se una società è proprietaria di beni, quando muore il socio nulla accade, i beni continuano ad essere di proprietà della società; nella azienda cogestita da coniugi invece, dovendosi applicare le regole della comunione legale, i beni appartengono alle persone fisiche; dunque se muore un coniuge si scioglie la comunione legale e la sua quota di comproprietà dei beni aziendali si trasferisce agli eredi. Anche in base a tale considerazione, senza ripercorrere tutte le varie argomentazioni, possiamo dire che oggi è sostanzialmente riconosciuta la natura non societaria dell'azienda cogestita, anche se è indubbio che l'attività è esercitata in comune.

C'è stato un momento in cui la Cassazione ha elaborato una teoria sulla differenza tra comunione d'impresa e comunione d'azienda, nel senso che si può essere contitolari dell'attività d'impresa senza esserlo dei beni e viceversa. Sotto questo profilo potrebbe dunque ritenersi che l'impresa coniugale sia una società di fatto non titolare dell'azienda. Senza fare troppi sofismi, bisogna comunque osservare che l'intera questione ha scarsa rilevanza pratica, perché nel momento in cui diciamo che la proprietà dei beni aziendali è comunque una proprietà che soggiace alle regole della comunione legale, quindi una comunione non per quote, una comunione di tipo anomalo, una comunione che ha specifiche regole di amministrazione, dobbiamo concludere che all'azienda cogestita non si applicano le regole della società di fatto. A questo punto affermare che l'azienda coniugale è una società di fatto, attribuirgli questa etichetta, a cosa serve? Qual è la sostanza? Se non posso applicare le regole sull'amministrazione, non posso applicare le regole sul trasferimento del patrimonio in caso di successione o cessione di quota, o cose di questo tipo, la questione è interessante per il teorico, ma lo è molto meno per il pratico...

Quello che invece è interessante è la considerazione che anche se l'azienda coniugale non è un'impresa collettiva, entrambi i coniugi la

gestiscono in comunione dei beni, cioè a parità di diritti, quindi non siamo di fronte ad un imprenditore e ad un collaboratore, ma a due cogestori con pari dignità, siamo dunque di fronte a due imprenditori in senso tecnico. Per intenderci, se l'attività va male falliscono entrambi. Quindi nell'impresa coniugale c'è quest'effetto della assunzione della qualità di imprenditore da parte di entrambi i coniugi. Un effetto che tra l'altro può essere anche in parte positivo: è capitato ad esempio il caso di coniugi che avevano acquistato i beni aziendali dichiarando di essere in comunione dei beni e che avevano intenzione di imputarli all'impresa, in qualche modo dunque enunciando la sussistenza di una azienda coniugale, quindi il loro *status* di imprenditori anche se uno solo aveva la partita IVA; nell'evolversi della loro attività hanno deciso un bel giorno di costituire una s.r.l., hanno entrambi conferito i beni, ognuno per la propria quota, almeno in senso fiscale: per tale operazione l'ufficio del registro ha riconosciuto l'agevolazione dell'imposta fissa per entrambi i conferimenti, ed è stata riconosciuta la neutralità anche ai fini delle imposte dirette, per entrambe le cessioni, sul presupposto che tutti e due i coniugi conferenti erano imprenditori; non si è quindi pagata alcuna imposta proporzionale, mentre agli imprenditori individuali capita il contrario. Quante volte è successo che l'imprenditore quando decide di fare il conferimento dell'azienda in una società, al fine di far subentrare i suoi figli, scopre in quell'occasione che il capannone l'aveva comprato solo per metà e che l'altra metà è della moglie, magari anche non in comunione dei beni, anche se l'aveva imputato fiscalmente per intero all'esercizio d'impresa? In questa ipotesi il conferimento della metà della moglie dell'imprenditore dovrà pagare l'imposta di registro proporzionale. Nell'azienda coniugale questo non accade.

Segnalo, tra l'altro, che l'Amministrazione Finanziaria individua l'impresa coniugale con un suo codice specifico, ritenendola un soggetto fiscalmente autonomo ed unitario, anche se gli imprenditori sono due, con una sola partita IVA.

Per comprendere meglio l'impresa cogestita è importante analizzare il suo rapporto con l'impresa familiare, perché può sembrare che ci sia una qualche sovrapposizione tra i due istituti, ma così non è.

Nell'impresa familiare c'è un solo imprenditore e dei collaboratori, i quali, ed è questa la regola diversa rispetto all'impresa cogestita, hanno diritto agli utili e agli incrementi soltanto in proporzione alla qualità e quantità di lavoro effettivamente prestato, mentre nell'impresa coniugale per il solo fatto che entrambi i coniugi la gestiscono ciascuno di essi si prende la metà esatta, perché si applicano le regole della comunione legale, anche se un coniuge ha lavorato meno dell'altro.

Potrebbe poi capitare l'ipotesi dell'impresa coniugale gestita dai due coniugi a parità di dignità nella quali collabori anche il nipote. Questa che cos'è? un'impresa coniugale allargata o un'impresa familiare in cui imprenditori sono entrambi i coniugi e collaboratore il nipote? Probabilmente è giusta la seconda ipotesi. Qui si che c'è una sovrapposizione d'istituti perché le regole dell'impresa coniugale si applicheranno al rapporto tra i coniugi mentre quelle dell'impresa familiare al rapporto con i loro collaboratori, ad esempio i figli. Questo dovrebbe essere in qualche modo il coordinamento tra i due istituti disciplinanti la medesima fattispecie complessa.

L'impresa coniugale pone poi un rilevante problema pratico. Secondo il codice, l'impresa coniugale non ha la sua fonte in un contratto, ma nei comportamenti e nelle intenzioni dei coniugi, quindi per capire se si applicano le regole dell'impresa cogestita a due coniugi in comunione dei beni che gestiscono un'azienda bisognerebbe entrare nelle loro teste per comprendere se tale gestione comune avvenga con pari dignità, oppure se uno si sente un collaboratore dell'altro a cui riconosce un potere di indirizzo. Nella pratica non è cosa semplice. Com'è anche determinare se uno specifico bene appartiene alla comunione d'azienda oppure no, poiché anche l'imputazione dell'attività d'impresa è un'imputazione in qualche modo intima, mentre noi siamo abituati, almeno dal punto di vista fiscale, a preoccuparci dell'imputazione formale: quando compiliamo le scritture contabili l'iscrizione nel libro inventari determina l'imputazione all'impresa, anche se poi di fatto il bene non viene utilizzato nell'attività. Per il diritto civile vale una regola diversa, ciò che conta per l'applicazione del regime della

comunione immediata ai beni dell'azienda cogestita è l'effettività dell'utilizzo. Se io vado da un notaio e compro un bene e nell'atto dichiaro che questo bene è destinato all'attività d'impresa, lo iscrivo nelle scritture contabili, ma poi non lo utilizzo per l'attività d'impresa, questo bene è sottratto al regime di impresa, perché quello che conta è la sostanza.

Nella pratica, ovviamente, può capitare che non sia semplice determinare se un bene è effettivamente destinato all'attività di impresa, tanto più che nel nostro ordinamento i negozi di accertamento sono radicalmente nulli. Quando la fonte di un diritto o di un'obbligazione è un fatto e non un atto è sempre un grosso problema accertarlo legalmente (anche se esiste un progetto di riforma finalizzato a consentire il perfezionamento dei negozi di accertamento). Per fare un esempio, tutti sanno cosa sia l'acquisto per usucapione. Se io per vent'anni ho utilizzato pacificamente un immobile con l'animo del proprietario ne acquisisco la proprietà: però come faccio a dimostrarlo? Devo andare da un giudice che accerta l'effettività del mio possesso ultraventennale. Se vanno da un notaio il precedente proprietario e colui che afferma di aver usucapito il bene, e riconoscono formalmente in un atto pubblico, magari davanti a testimoni, che si sono verificati i presupposti per il perfezionamento dell'usucapione, quest'atto non vale assolutamente nulla, perché ciò che conta è l'effettività del fatto non il suo riconoscimento formale, che, per sua natura, potrebbe essere anche non veritiero. Se le parti si sono messe d'accordo sul riconoscere falsamente l'uso per vent'anni? Se magari si sono dimenticati che dieci anni prima il proprietario era entrato nel fondo usucapito per farsi un giretto e aveva esercitato i diritti del proprietario, ad esempio, raccogliendo i frutti, ancorché fosse nel possesso dell'altro, interrompendo in tal modo l'usucapione? Quindi queste dichiarazioni producono effetto in quanto vere, non in quanto rese, per questo i negozi di accertamento non sono di per sé idonei a produrre effetti giuridici. Se venti persone dichiarano davanti ad un notaio che in un incidente stradale uno veniva da destra, quell'altro da sinistra, tale dichiarazione non vale nulla, evidentemente. Per lo stesso motivo ho usucapito un bene se ho avuto il possesso; un bene è destinato all'impresa se è effettivamente utilizzato in essa, non se è solo dichiarato tale utilizzo. Quanto sopra è di particolare importanza nell'impresa familiare.

Concludendo l'esame delle aziende cogestite, ricordo che le stesse sono riferibili solo a coniugi in comunione dei beni. Per quelle costituite dopo il matrimonio la regola è che i beni che le compongono sono soggetti alla comunione immediata, mentre per quelle costituite prima la regola è quella della comunione immediata dei soli incrementi. Esistono poi le aziende gestite da uno solo dei coniugi, sempre in regime di comunione dei beni, che sono disciplinate dall'art. 178 c.c. Nell'ipotesi in cui i beni siano destinati all'esercizio dell'impresa di uno solo dei coniugi, quindi senza cogestione (parliamo dunque della fattispecie in cui c'è un solo coniuge che riveste la qualità di imprenditore, l'altro coniuge si dedica ad un'altra attività, casalinga, medico, ecc., comunque non gestisce l'impresa), qualora i coniugi siano in comunione legale, rientrano in tale comunione i beni destinati all'esercizio dell'impresa di uno di essi costituita dopo il matrimonio e gli incrementi dell'impresa costituita anche precedentemente, quindi la regola è la stessa dell'azienda cogestita. L'oggetto della comunione è l'intera azienda, se costituita dopo il matrimonio, o solo gli incrementi, se costituita anteriormente al matrimonio, con la precisazione che i beni aziendali si considerano oggetto della comunione solo se sussistono al momento dello scioglimento di questa. Stiamo parlando della famosa "comunione *de residuo*": cioè dei beni entrano a far parte della comunione quando la comunione non c'è più, quando si scioglie.

Anche in questa fattispecie si pongono alcuni problemi pratici.

Innanzitutto bisogna osservare che la regola della comunione *de residuo* dei beni dell'impresa segue un principio che ricorre anche in altre norme: quelle sui beni che servono all'esercizio dell'attività lavorativa di uno dei coniugi; norme, dunque, che disciplinano aspetti dello sviluppo e dell'affermazione sociale della singola persona. Per tale motivo si è ritenuto di prevedere che tutti i beni che servono all'esercizio dell'attività lavorativa o dell'impresa di uno solo dei coniugi debbano essere sottratti alla regola della comunione legale im-

mediata, perché non è concepibile che un imprenditore che ha la responsabilità ed il rischio della propria attività non possa avere l'amministrazione esclusiva dei beni della sua impresa. Quindi, finché dura l'impresa, i beni sono sottratti al regime della comunione dei beni, anche se acquistati in costanza di matrimonio, anche se acquistati con denaro della comunione, cioè con i proventi dell'attività di entrambi i coniugi. Proprio perché sono destinati all'attività d'impresa, e qui si pone con maggior vigore quel problema a cui abbiamo accennato in precedenza, cioè il fatto che è la destinazione che determina il regime giuridico del bene, cioè determina l'appartenenza o meno alla comunione immediata.

Chi acquista un bene dal solo coniuge "proprietario" imprenditore compra sempre bene o deve fare un'indagine ulteriore per verificare la reale destinazione del bene all'attività di impresa? Se una coniuge in comunione dei beni, diciamo una signora che svolge un'attività di commercio, il cui marito fa il medico e non ha mai fatto assolutamente nulla per quella attività, si compra un negozio, e dichiara nell'atto notarile che compra nell'esercizio della sua impresa individuale, esclusa dunque la comunione immediata ex art. 178 c.c., e successivamente, in costanza d'impresa, rivende quel bene senza il concorso dell'altro coniuge, chi acquista ha comprato bene in ogni caso o solo se il negozio era effettivamente destinato all'attività d'impresa? Se si accerta che il negozio, fin dall'acquisto, è stato affittato a terzi e gli affitti sono stati utilizzati da entrambi i coniugi per andarsene in vacanza, era necessaria la firma di entrambi i coniugi per vendere?

In questa fattispecie si dovrebbe seguire un principio di tutela dei terzi, di tutela dell'affidamento. Se risulta che l'acquisto è stato fatto ai sensi dell'art. 178 c.c. dovrebbe essere sufficiente la firma del solo imprenditore per vendere validamente. Nella pratica i notai, che hanno il problema di garantire la correttezza di ogni atto, la legittimazione di chi dispone, sono sempre un po' restii a ricevere acquisti ai sensi dell'art. 178 c.c., proprio perché l'esclusione dalla comunione dipende da un fatto, e i fatti non possono essere accertati se non dal giudice. E' dunque buona regola, in questa fattispecie, fare intervenire il coniuge nell'atto di rivendita che, per quanto occorrer possa, presta il suo consenso. E' una di quelle scelte "poco coraggiose", ma che ha il pregio di risolvere il problema.

Cosa accade ai beni di impresa soggetti alla comunione *de residuo* ex art. 178 c.c. quando si scioglie la comunione? Abbiamo già osservato che la comunione *de residuo* è una regola che tutela i diritti inalienabili dei singoli, in particolare quello di disporre liberamente dei beni che servono per la propria attività lavorativa, senza condizionamenti esterni. Se questa è la regola, può aver senso affermare che se in costanza d'impresa sciolgo la comunione legale, cioè faccio una convenzione di separazione dei beni, improvvisamente il coniuge non imprenditore diventa comproprietario dei beni e quindi viene a comandare all'interno della mia impresa? E poi, lo scioglimento della comunione determina un acquisto di un diritto reale o di un diritto di altra natura, una sorta di diritto di credito, in funzione di quello che abbiamo letto prima nell'art. 191 c.c.? La questione dunque è se la regola della comunione *de residuo* attribuisce diritti di credito o diritti reali. Ci si è interrogati all'infinito, le opinioni sono state le più varie, ma ormai si può affermare con una certa tranquillità che la prevalenza dei pronunciamenti giurisprudenziali (ma anche la dottrina è sostanzialmente della stessa opinione) ritiene che si tratti di un diritto di credito, per cui nel momento in cui si scioglie la comunione legale l'impresa costituita in costanza di matrimonio da un coniuge in comunione dei beni entra in comunione secondo le regole che abbiamo innanzi esposto. Quindi il coniuge non imprenditore avrà il diritto di prelevare dalla massa comune ciò che gli spetta, ma i beni aziendali rimangono del solo imprenditore, anche dopo la cessazione dell'impresa. Se quanto sopra è vero dovrebbe essere più tranquillo l'acquisto ex art. 178 c.c., per cui se io compro un immobile e lo destino effettivamente all'attività dell'impresa, quando lo rivendo non mi devo preoccupare se nel frattempo c'è stato lo scioglimento della comunione legale o la cessazione dell'attività d'impresa. Comunque l'originario coniuge acquirente rimarrà sempre l'unico titolare, il diritto reale rimane suo. L'altro coniuge acquirerà soltanto un diritto di credito sulla massa.

Questa soluzione risolve tantissimi problemi: si immagini cosa acca-

rebbe se la proprietà di un immobile o di un macchinario o di un qualsiasi bene potesse modificarsi, espandersi, appartenere a due persone, o a uno solo, senza nessun contratto, senza nessun negozio giuridico, per il solo fatto che le imprese inizino o cessino.

Si pone poi il problema se si possa modificare l'effetto della comunione *de residuo* con una convenzione matrimoniale. Nella pratica il problema s'è posto al tempo degli atti di scioglimento delle società di comodo, assegnazioni agevolate, ecc.. La norma agevolativa si applicava anche alle ditte individuali, all'estromissione dalle stesse dei beni d'impresa. Dunque accadeva che l'imprenditore individuale che aveva questo tipo d'impresa disciplinata dall'art. 178 c.c., nel momento in cui estrometteva determinati beni, usufruendo della norma agevolativa, realizzava il passaggio dal regime di beni personali a quello di beni in comunione *de residuo*, dunque, a seconda delle opinioni, con l'insorgenza di un diritto di credito o di un diritto reale in capo all'altro coniuge, creando una serie di problemi pratici. Allora qualcuno ha detto: prima dello scioglimento stipuliamo una convenzione matrimoniale che escluda il regime della comunione *de residuo* per i beni estromessi.

A riguardo, il nostro ordinamento prevede due regimi codificati: la comunione legale, che è il regime naturale, e la separazione dei beni, che è il regime facoltativo; prevede poi i regimi non codificati o convenzionali, assai poco diffusi, ma che in teoria ci sono, con i quali si lascia ai coniugi il potere di disciplinare le regole patrimoniali cui assoggettare il proprio matrimonio. Per cui è possibile prevedere convenzionalmente che tutte le imprese siano in comunione o in separazione; che solo le case in montagna siano in comunione mentre quelle al mare no, e così via. Quello che si discute è se i regimi convenzionali possono avere ad oggetto solo alcuni beni o se devono essere necessariamente riferiti a tutti i beni. A me personalmente è capitato di fare convenzioni in cui si escludeva dalla comunione *de residuo* solo un determinato bene. Il problema è in questi termini: se il coniuge non imprenditore ha diritto agli incrementi dell'impresa al suo scioglimento, ovviamente dell'impresa costituita prima del matrimonio e gestita dall'altro coniuge, stipulando una convenzione matrimoniale di esclusione di detti incrementi dal regime della comunione *de residuo*, si pone in essere un atto che vale per il futuro? Gli incrementi maturati fino alla firma della convenzione rimangono soggetti al regime della comunione *de residuo*, o si pone in essere un atto con efficacia retroattiva, *ex tunc*, che produce l'esclusione di tutti gli incrementi comunque maturati? In altre parole, la stipula di una convenzione matrimoniale pone in essere una regola che vale dal momento del suo perfezionamento o vale anche per il pregresso? Personalmente ritengo che si ponga in essere una regola che vale anche per il pregresso, perché i diritti agli incrementi devono necessariamente essere quantificati al momento dello scioglimento della comunione, e dal momento che i patrimoni aziendali sono dinamici, ci possono essere incrementi così come ci possono essere anche

decrementi.

L'intera questione pone anche dei notevoli problemi di natura fiscale poiché non è chiaro cosa accada sotto il profilo tributario nell'ipotesi in cui un bene di impresa venga appreso nella comunione *de residuo*, cioè divenga in qualche modo di proprietà di entrambi i coniugi. Si verifica un autoconsumo? Qual è il costo storico riconosciuto al coniuge non imprenditore? I cinque anni di possesso decorrono dallo scioglimento della comunione o dall'acquisto del bene? Le risposte non sono semplici, ecco perché nella pratica sono sempre più i coniugi che svolgono attività di impresa che optano per il regime della separazione dei beni.

Sicuramente la separazione dei beni risolve tanti problemi. Io però faccio un'ultima riflessione: esistono altri aspetti, oltre a quelli fiscali, che meritano considerazione quando si opta per un regime piuttosto che per un altro, perché conoscendo gli strumenti non è detto che sia peggiore lo svolgere l'attività d'impresa in regime di comunione piuttosto che di separazione. Ad esempio l'imprenditore in comunione dei beni può opporre ai creditori personali l'appartenenza alla comunione dei beni non d'impresa. Anche se l'imprenditore in comunione dei beni dovesse fallire, e dunque la comunione si sciogliesse, comunque il rischio di un'esecuzione sui beni già in comunione sarebbe limitato alla metà; ad esempio, gli arredi di casa appartenenti per metà a ciascun coniuge non possono essere pignorati al 100%. La presunzione muciana è stata abrogata dalla legge fallimentare dopo la riforma, per cui se il fallito era in comunione dei beni, egli risponde solo con la metà del valore dei beni della famiglia. Analogamente, il creditore personale di uno dei due coniugi potrà valersi innanzi tutti sui suoi beni individuali, e poi anche sui beni in comunione, ma solo nei limiti della quota, secondo le regole della comunione germanistica.

Una precisazione è infine d'obbligo, relativamente ai beni oggetto dell'attività libero professionale del coniuge in regime di comunione legale. A riguardo, l'art. 178 c.c. prevede che i beni dell'azienda gestita da un solo coniuge entrino nella comunione *de residuo*, mentre l'art. 179, lett. d) c.c. esclude dalla comunione legale i beni che servono all'esercizio della professione del coniuge. Sembra dunque che siano state dettate due regole diverse per l'imprenditore e per il professionista. Secondo queste regole il professionista, ancorché coniugato in comunione dei beni, acquista per sempre la proprietà dei beni che destina alla sua professione, mentre un artigiano subirà la regola della comunione *de residuo* alla cessazione della sua attività o allo scioglimento della comunione legale. La giurisprudenza tende a sostenere la legittimità di tale impostazione ritenendo che il legislatore della riforma del diritto di famiglia abbia voluto riconoscere la differenza che sussiste tra la professione e l'impresa. Nella professione è prevalente l'elemento non capitalistico, cioè l'elemento intellettuale, e quindi i beni strumentali del professionista hanno una rilevanza relativa, anche se ciò è probabilmente meno vero oggi che all'epoca di approvazione della riforma.

SECONDA PARTE – L'impresa familiare

In questa seconda parte mi occuperò dell'impresa familiare, istituto a tutti noto perché largamente utilizzato nella pratica, sul quale permangono tuttavia ancora alcuni aspetti poco noti, che può essere interessante approfondire.

Come già anticipato, l'impresa familiare è un istituto residuale. Se non c'è rapporto di lavoro subordinato, se non sussiste una società, o una società di fatto, se non c'è alcun titolo giuridico idoneo a qualificare in maniera tipica il rapporto di collaborazione del familiare nell'impresa, solo allora si applica la disciplina dell'impresa familiare. L'impresa familiare ha proprio questa *ratio*, quella di garantire i diritti dei familiari che lavorano nell'impresa non in base ad un accordo ma assecondando i sentimenti di solidarietà che naturalmente legano i parenti stretti. La *ratio* è dunque la medesima che giustificava il vecchio art. 2140 c.c. sulla comunione tacita familiare, volta a regolare gli

usi in agricoltura delle nostre famiglie, diciamo prima della seconda guerra.

L'importanza di offrire una tutela ai familiari che lavorano all'interno della famiglia è confermata dalla circostanza che, abrogando l'art. 2140 c.c., il legislatore ha fatto comunque salva la comunione tacita familiare, in quanto istituto idoneo a disciplinare i rapporti di fatto in agricoltura, cioè quelle situazioni che sono sempre appartenute alla nostra cultura, alla nostra evoluzione sociale, al nostro modo di collaborare all'interno delle famiglie, in cui esiste un soggetto riconosciuto a capo della famiglia e dei parenti prossimi che collaborano con esso, normalmente i figli ed il coniuge, ma potrebbero essere anche dei parenti più distanti. Nell'offrire la tutela dell'impresa familiare il legislatore ha fatto la scelta di ricomprendere in essa i parenti fino al terzo grado e gli affini fino al secondo, scelta che appare condivisibile, poiché oltre un certo grado di parentela od affinità

viene meno sia il sentimento di sudditanza nei confronti del capo famiglia, sia quello di solidarietà tra congiunti.

Circa la natura dell'impresa familiare ci si è interrogati, come per l'azienda cogestita, se la stessa sia un ente collettivo o individuale. In questo caso possiamo senz'altro anticipare la risposta, è ormai pacifico che l'impresa familiare abbia natura di impresa individuale, sussiste cioè un solo imprenditore persona fisica con dei collaboratori non imprenditori, non certo una società di fatto. Qualcuno si è anche chiesto se abbia natura negoziale o legale, cioè se tragga la sua fonte da un negozio giuridico, dunque da un accordo, da una volontà, ovvero dalla legge e da una situazione di fatto.

Nel dare la risposta a questa domanda non bisogna farsi trarre in inganno dall'esigenza pratica, imposta dall'art. 5 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi, di stipulare un atto enunciativo dell'impresa familiare, che qualcuno erroneamente intitola "costituzione di impresa familiare". L'impresa familiare non si può costituire, l'impresa familiare è un rapporto di fatto, l'atto previsto dalla normativa fiscale ha natura meramente ricognitiva. La disposizione dell'art. 5 sull'impresa familiare, che poi è la riproposizione del vecchio art. 9 del Testo Unico del '75, dice semplicemente che se si vuole imputare fiscalmente parte del reddito dell'impresa familiare ai collaboratori dell'imprenditore si deve prima dirlo in un atto; di più, dice che ai collaboratori non può essere riconosciuta fiscalmente una imputazione del reddito superiore al 49% anche se la quantità e qualità di lavoro da essi prestate fosse superiore a detta percentuale. Nulla di più. Le imprese familiari, dunque, non si costituiscono con un atto ma derivano da una situazione di fatto reale. Ciò che rileva è unicamente la circostanza che vengano posti in essere i comportamenti descritti dall'art. 230 bis c.c.: per il solo fatto che io collaboro con mio papà imprenditore o con mia moglie imprenditrice, ho diritto ad un qualcosa. Questo qualcosa ho diritto ad averlo in proporzione alla qualità e quantità di lavoro effettivamente prestato, dunque in virtù di una situazione di fatto e non di diritto, e non è nella disponibilità delle parti, non è possibile derogare convenzionalmente alla disciplina dell'impresa familiare. Quindi l'impresa familiare sussiste sempre e comunque, anche se non l'ho enunciata; se invece l'ho enunciata fittiziamente, perché in realtà i miei figli fanno gli studenti ma mi fa comodo ripartire il reddito tra più soggetti, non ho un'impresa familiare. Non è neanche derogabile la disposizione sulla proporzionalità degli utili alla qualità e quantità di lavoro effettivamente prestato. Se un vecchio imprenditore di 70 anni ha un'officina meccanica in cui lavorano i suoi due figli tutto il giorno e lui va solo la mattina a dare un'occhiata, nella sua dichiarazione dei redditi dovrà imputarsi il 51% del reddito, ma civilisticamente ha diritto a molto meno, forse il 5 o il 10%. In diritto prevale il codice non la norma fiscale. Quel foglietto di carta che noi facciamo ai fini delle imposte dirette non ha alcun valore negoziale. Tra l'altro la norma fiscale è anche di dubbia costituzionalità, in quanto se ho effettivamente dato al titolare dell'impresa che lavora poco il 10% che gli spetta, poi con quali soldi potrà pagare le imposte sul 51% che gli è stato imputato? Il foglietto di carta richiesto dalla normativa fiscale con cui le parti riconoscono sussistere un'impresa familiare, non può avere neanche in via surrettizia un valore civilistico perché abbiamo detto che tutti i negozi di accertamento sono radicalmente nulli, perché affermare che sussiste un'impresa familiare non comporta che l'impresa sussista. L'impresa esiste se esiste. Senza contare che l'enunciazione scritta ai fini fiscali è spesso solo programmatica: l'anno prossimo collaborerò nell'impresa o quest'anno collaborerò; non ha dunque nessuna dignità giuridica.

Passiamo ora ad esaminare nel merito la disciplina dell'impresa familiare. Il primo elemento di grande interesse da evidenziare è quello relativo alla estensione soggettiva dell'istituto anche ai familiari che non collaborano nell'impresa, ma che prestano il loro lavoro solo nella famiglia. L'art. 230 bis c.c. prevede, infatti, che il diritto agli utili, al mantenimento, agli incrementi, all'avviamento, ecc. spetti ai familiari che prestano continuamente la propria attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare. Quindi il lavoro nella famiglia è equivalente a quello nell'impresa, e questo vuol dire che sussiste un'impresa familiare anche tra una coppia di coniugi formata da un marito che lavora unicamente nella sua officina meccanica e da una moglie

che lavora solamente a casa; quest'ultima avrà pertanto diritto agli utili dell'impresa in proporzione alla qualità e quantità di lavoro effettivamente prestato nella famiglia. Non solo, avrà anche diritto agli incrementi, all'avviamento ed a tutto il resto, cosa che invece non spetta al coniuge di un commercialista o di un notaio che lavora nella famiglia, visto che la norma si applica solo agli imprenditori e non ai professionisti.

Sulla questione si è posto un importante interrogativo: posto che esistono una serie di norme nel Codice Civile, in particolare gli artt. 143 e 147, in forza delle quali i coniugi hanno comunque l'obbligo di prestare la propria attività all'interno della famiglia e a vantaggio di essa, il lavoro casalingo che dà diritto agli utili preso in considerazione dalla disciplina sull'impresa familiare è un lavoro ulteriore e diverso rispetto a quello che comunque il coniuge dovrebbe prestare in virtù della normativa generale o può anche coincidere con esso? Il dubbio è rafforzato dalla circostanza che l'impresa familiare non si applica solo ai coniugi ma anche a soggetti che coniugi non sono, quindi a soggetti che non hanno alcun obbligo di collaborazione nella gestione della famiglia. E' legittimo sostenere che i parenti collaterali fino al terzo grado e gli affini, che evidentemente obblighi di lavoro nella famiglia dell'imprenditore non ne hanno, hanno diritto agli utili dell'impresa svolgendo un'attività nella famiglia dell'imprenditore coincidente con quella che il coniuge di quest'ultimo avrebbe comunque l'obbligo di svolgere? Sulla questione c'è giurisprudenza, anche se la Cassazione ha cambiato idea a distanza di pochissimo tempo; però c'è una Cassazione a Sezioni Unite importante, che dovrebbe aver messo fine alla discussione, in cui si afferma che il lavoro domestico per dare diritto agli utili e agli incrementi d'impresa dev'essere comunque un lavoro in qualche modo ulteriore rispetto all'obbligo legale, nel senso che se entrambi i coniugi hanno l'obbligo di educare i figli, quindi, ad esempio, di fargli fare i compiti a casa, e in concreto è solo la moglie gli svolge tale incombenza lasciando in tal modo al marito più tempo per lavorare in officina, questo è il di più che consentirebbe alla moglie di percepire una parte degli utili dell'impresa, poiché svolge anche le incombenze familiari che spetterebbero al marito.

La tutela del coniuge che svolge solo lavoro domestico è un aspetto pratico molto importante, spesso non tenuto nella dovuta considerazione. In caso di separazione non è infrequente che in virtù dell'art. 230 bis c.c. la moglie casalinga richieda una quota degli utili e degli incrementi dell'impresa del marito. Per questo, un imprenditore che non ha l'impresa familiare, ovvero che non ha l'esigenza fiscale di enunciare l'impresa familiare, ma in realtà ce l'ha (perché esce la mattina e torna a mezzanotte lavorando tutto il giorno in quanto sollevato dal lavoro nella famiglia dalla moglie) un domani potrebbe essere chiamato dalla coniuge al pagamento della parte di utili ad essa spettante in proporzione alla qualità e quantità di lavoro prestato nella famiglia.

Per quanto riguarda poi i diritti che spettano ai collaboratori, bisogna ricordare come gli stessi non si limitano ad una quota degli utili, ma sono molteplici. Il codice li differenzia in diritti e partecipazioni; il familiare che collabora nell'impresa *ha diritto* al mantenimento mentre *partecipa* agli utili, agli incrementi, ecc.: quindi c'è una distinzione. Il diritto al mantenimento è un diritto in qualche modo autonomo e non è commisurato alla qualità e quantità di lavoro effettivamente prestato, per cui il collaboratore ha diritto ad essere mantenuto anche se lavora per l'1%. Il diritto di mantenimento è casomai proporzionato alla situazione economica della famiglia, al reddito della medesima, cioè di quella dell'imprenditore, nel senso che se l'impresa familiare sussiste tra cugini non devo fare i conti del reddito familiare complessivo di entrambe le famiglie dei cugini per quantificare il diritto al mantenimento, ma dovrò fare riferimento alla sola famiglia dell'imprenditore. Il diritto al mantenimento è un diritto inalienabile, che attiene all'aspetto pratico degli alimenti, dell'assistenza. Per quanto riguarda le partecipazioni, le stesse sono riferite agli utili, ai beni acquistati, agli incrementi, all'avviamento. Secondo la Cassazione queste partecipazioni hanno natura di diritti di credito, cioè il collaboratore non ha un diritto reale sugli incrementi. Se si avvia l'impresa familiare con un capannone e nel corso dell'attività se ne compra un

secondo, i collaboratori che hanno diritto agli incrementi non diventano comproprietari del secondo capannone, acquisiscono unicamente un diritto di credito pro-quota sul valore del capannone proporzionale alla qualità e quantità di lavoro prestato nell'impresa, nella stessa misura in cui partecipano agli utili netti. La determinazione annuale della ripartizione degli utili che viene formalizzata per motivi fiscali non segue una regola civilistica, in quanto sul punto il codice detta una regola molto strana. L'art. 230 bis prevede che tutti i diritti di partecipazione, quindi non il diritto al mantenimento, ma gli altri, quelli economici (cioè quello agli utili, agli incrementi, ai nuovi acquisti e all'avviamento) possono essere liquidati in denaro alla cessazione del rapporto di collaborazione o di alienazione dell'azienda. Questo fa sì che per questi ultimi diritti non sussista un diritto all'esigibilità immediata, perché non c'è la regola della distribuzione annuale degli utili, qui non c'è un'approvazione del bilancio, non c'è una società che deve distribuire gli utili. Per cui in presenza di un'impresa familiare di fatto in cui l'imprenditore non ha mai distribuito utili alla moglie che è dedita al lavoro domestico, anche dopo 20 anni il coniuge può pretendere la sua quota di utili, perché il diritto dev'essere liquidato al momento della cessazione del rapporto di collaborazione, e quindi quel diritto si concretizza, diventa liquido ed esigibile in quel momento, non può prescriversi prima perché non era liquido ed esigibile. Questa dovrebbe essere la regola, tra l'altro una regola anche un po' curiosa, perché se effettivamente un familiare non ha diritto a percepire gli utili durante l'attività d'impresa non si capisce che cosa ci sta a fare in quell'impresa. Per quello che riguarda invece l'amministrazione, abbiamo già detto che l'impresa familiare è una ditta individuale con un solo imprenditore che ovviamente la dirige; esiste però una regola nel Codice che limita il suo potere: le decisioni concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi, nonché quelle inerenti la gestione straordinaria, gli indirizzi produttivi e la cessazione d'impresa, sono adottate a maggioranza dei familiari che partecipano all'impresa. Io non so quanti si preoccupano, quando si trovano di fronte ad un'impresa familiare, di ottenere l'adesione dei familiari dell'imprenditore per fare un investimento immobiliare o per decidere di impiegare gli utili in acquisti anziché distribuirli, o magari per vendere l'azienda. Cosa accade agli atti eventualmente posti in essere dal solo imprenditore senza il consenso dei familiari collaboratori? Sono validi perché l'imprenditore ha comunque la rappresentanza di sé stesso? Anche qui la soluzione è nel sistema ed è connessa con la natura di ditta individuale dell'impresa familiare. Impresa individuale vuol dire che non c'è un soggetto separato dalla persona fisica titolare cui attri-

buire la qualifica di imprenditore; l'imprenditore coincide con la persona fisica, quindi i beni appartengono a lui e lui rappresenta se stesso, non c'è il problema di rappresentare un soggetto diverso, quindi le regole sulla gestione sono regole interne non opponibili ai terzi: si vota e si decide, se l'imprenditore poi non rispetta la regola della maggioranza, l'atto è comunque valido. Dunque quando cedo l'azienda o faccio affitti o cose di questo tipo non mi devo preoccupare di raccogliere il consenso dei familiari ai fini della validità dell'atto, ma solo per evitare un'azione risarcitoria da parte dei familiari. Un altro aspetto importantissimo dell'impresa familiare è quello del diritto di prelazione, sul quale spesso nella pratica non c'è molta attenzione. Quando noi vendiamo aziende o le conferiamo in società o facciamo comunque dei trasferimenti da parte di imprenditori individuali, ripeto: l'impresa familiare non sempre viene enunciata, però magari sussiste. Il codice dice che quando si vende l'azienda, il familiare che collabora ha diritto di prelazione. Se noi facciamo la cessione senza interpellare il familiare cosa accade? Questo familiare può riscattare l'azienda al prezzo dichiarato in atto oppure no? Cioè il diritto di prelazione ha una tutela reale oppure no? Il problema nasce dal fatto che il codice prevede che in detta fattispecie si applichi la regola dell'art. 732 c.c., che è la norma sul retratto successorio, cioè la norma che stabilisce che all'interno di una comunione ereditaria è opportuno che non entri un estraneo non erede, per cui se io vendo una quota di eredità devo preferire i coeredi, e se non li ho preferiti il coerede ha il diritto di riscatto, cioè ha una tutela reale, si prende il bene in natura dal terzo acquirente. L'art. 230 bis c.c. dice però che l'art. 732 c.c. si applica nell'impresa familiare in quanto compatibile, e l'art. 732 c.c. dice che il retratto successorio si può esercitare fino a quando sussiste lo stato di comunione ereditaria, quindi nell'ipotesi in cui è cessata la comunione non posso più esercitare il retratto. In virtù di questa considerazione la giurisprudenza si sta orientando nel senso di ritenere che, posto che nella cessione d'azienda cessa la comunione sulla impresa, nel senso sopra visto di contitolarità di diritti, non ci sarebbe un interesse al riscatto reale del bene, perché comunque il bene ormai è uscito, non c'è più uno stato di comunione, per cui la tutela reale dell'art. 732 c.c. volta ad impedire la comunione fra soggetti che non sono legati da vincoli di sangue, come accade normalmente fra eredi, è totalmente priva di giustificazione. Per cui quando facciamo la cessione d'azienda possiamo non preoccuparci di quest'aspetto ai fini della validità dell'atto, fermo restando che è buona regola il contrario, stante comunque il pericolo di esporsi ad un risarcimento del danno.

Le partecipazioni societarie nel diritto di famiglia

Jacopo Sodi
Notaio in Firenze

1. Premessa

La materia che mi accingo a trattare riguarda le implicazioni che la disciplina del diritto di famiglia apporta alla gestione ed alla circolazione delle partecipazioni societarie, invero tali da generare tuttora notevoli incertezze nella prassi operativa. A riguardo, si può tentare, al di là degli oscillanti ed ondivaghi orientamenti, soprattutto della giurisprudenza, di porre alcuni punti fermi sulla base di un'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale maturata in circa 40 anni e cercare di fare un'applicazione coerente di questi principi a 360 gradi.

Questa premessa per anticipare che, fra le cose che dirò, si potrà riscontrare una certa noncuranza anche di recenti pronunce giurisprudenziali, dalle quali mi sono discostato semplicemente nel tentativo di mantenere un atteggiamento coerente su questioni che, a prescindere dal recente ed isolato orientamento di turno, avevano avuto nel corso del tempo una risposta omogenea sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza.

Preliminarmente, corre l'obbligo di evidenziare che la riforma del 1975 nasce in un certo contesto sociale ed economico che muoveva dalla necessità di tutelare il valore costituzionale del matrimonio e conseguentemente della famiglia. Ma non dobbiamo dimenticare che rango costituzionale ha anche la libertà e l'iniziativa economica: pertanto, in un'ipotetica comparazione di valori, per quanto nell'ottica e nel tessuto sociale del '75 fosse accettabile che certe regole venissero imposte, si deve oggi tenere conto che da un lato la società si è notevolmente modificata e dall'altro che anche la comunione legale dei beni non può non fare i conti con la libertà individuale di ciascun coniuge, nella sua accezione relativa all'iniziativa professionale ed imprenditoriale.

2. Possibili ricostruzioni del regime delle partecipazioni societarie

Ciò premesso, in linea astratta sono possibili tre approcci sulla questione del regime cui soggiacciono le partecipazioni societarie; tre approcci che hanno singolarmente pregi e difetti, che cerco brevemente di illustrare, per poi arrivare a quello che è di essi tendenzialmente il più seguito, o meglio massicciamente seguito dalla giurisprudenza di merito e di legittimità.

a) Il primo, molto semplicistico, può essere quello di ritenere che tutte le partecipazioni societarie, indistintamente, cadano in comunione immediata. Ovviamente il presupposto del ragionamento è di avere a che fare con una coppia, coniugata in regime di comunione legale dei beni. Il pregio di questo approccio è la semplicità: qui c'è una perfetta tutela dell'affidamento dei terzi nei limiti in cui, a prescindere dal tipo di società, si sa per certo che la partecipazione è oggetto di comunione immediata fra coniugi. Da un punto di vista giuridico è però una soluzione eccessivamente rozza, perché evidentemente tende a non distinguere situazioni che sono tra loro profondamente diverse.

b) Ecco perché esiste un secondo tipo di approccio che si lega ed è coerente con quelle che sono le conclusioni, ormai pacifiche, in materia di impresa individuale, secondo cui bisogna distinguere il regime di responsabilità cui sono soggette le partecipazioni societarie.

Tutte le volte in cui la partecipazione non implica l'assunzione di responsabilità illimitata, tende a prevalere la componente investimento e quindi, inevitabilmente, tende ad applicarsi la regola della caduta in comunione immediata ex art. 177, lett. a), salvo che in sede di acquisto non vengano adottate quelle cautele, previste dall'art. 179, che lo rendono personale.

Un discorso diverso va svolto in relazione alle partecipazioni che comportano l'assunzione di responsabilità illimitata, e non per semplice coerenza con la tesi preferibile in materia di impresa individuale. Se anche è vero che il legislatore ha voluto spingere l'istanza di tutela della famiglia molto in avanti, introducendo come regime di *default* quello della comunione legale dei beni, è altrettanto vero che non sarebbe "armonico" con questa premessa arrivare a sostenere che tale regime diventi uno strumento così rigido da addossare al coniuge "estraneo" alla società una responsabilità illimitata, derivante appunto dalla caduta in comunione immediata della partecipazione. C'è quindi un bilanciamento di interessi fra tutela della famiglia, tutela della libertà d'impresa e tutela del patrimonio del coniuge, assunto come debole, che dovrebbe beneficiare della regola legale - caduta in comunione immediata - ma che, paradossalmente, ne verrebbe danneggiato da una certa sua applicazione.

Questa è la tesi largamente seguita non solo dalla dottrina, ma soprattutto dalla giurisprudenza consolidata; anche se, improvvisamente, una recente Cassazione del 2009 - per fortuna non a Sezione Unite - ha aperto uno squarcio, assumendo una diversa posizione e statuendo che cadono in comunione immediata anche le partecipazioni che comportano responsabilità illimitata! Come anticipato in premessa, deve precisarsi che questa è la prima pronuncia di legittimità di segno contrario dopo un quarantennale e consolidato orientamento: è quindi necessaria una certa prudenza nel recepire queste ultime conclusioni, anche considerando che la nostra Corte di Cassazione sta sempre più perdendo quella funzione di sintesi e nomofilachia nell'ambito dei principi del nostro ordinamento che si può riconoscere, ad esempio, ad una Corte Suprema quale quella statunitense (basti pensare alle migliaia di sentenze emesse ciascun anno). Possiamo quindi ragionevolmente ritenere che la regola in precedenza illustrata sia ancora quella preferita e preferibile allo stato, una regola "sicura", quantomeno sino a che ulteriori sentenze della Cassazione, magari a Sezioni Unite, confermino il recente differente approccio.

c) Ci sarebbe poi una terza lettura del fenomeno "acquisto di partecipazioni societarie", probabilmente preferibile sul piano dei principi. Mi riferisco a quell'atteggiamento di una parte della dottrina fin dalla emanazione della riforma - penso ad esempio a Francesco Corsi, che cito volentieri anche perché mio maestro - che discriminava la caduta o meno in comunione immediata dell'acquisto di partecipazioni in funzione della logica e della finalità dell'investimento del coniuge: in pratica, se la partecipazione societaria è strumento per lo svolgimento di un'attività imprenditoriale del singolo coniuge non può non ricadere in un regime assimilato a quello dell'impresa individuale, e quindi in comunione *de residuo*; se invece essa è indice di un mero investimento cade in comunione immediata, a meno che non si utilizzino le accortezze dell'art. 179 c.c.. Da un punto di vista teorico è sicuramente la tesi più affascinante e corretta, in perfetta coerenza con le soluzioni prospettate in ordine alla tematica dell'impresa individuale. Ha però un evidente e palese limite, che incide profondamente sulla stabilità dei rapporti giuridici e sulla tutela dell'affidamento dei terzi, in quanto fa leva su un movente "interno e psicologico" - la finalità dell'acquisto - che all'esterno non è percepibile: come si fa a discriminare se quell'acquisto di quel coniuge è strumentale allo svolgimento di un'attività *latu sensu* imprenditoriale o rappresenta un mero investimento? Questo è il motivo per cui è una tesi che non è mai stata seguita dalla giurisprudenza, che ovviamente si trova a dare risposte pratiche a casi concreti; è una tesi cioè che illustro semplicemente per

il gusto dell'approfondimento e per il suo fascino teorico, ma che trova scarsa applicazione sul piano pratico.

3. Le partecipazioni in società di persone e in società di capitali

Cercando quindi di giungere ad una sintesi delle varie premesse, possiamo dire che le partecipazioni in società di persone, con l'esclusione della quota dell'accomandante nella società in accomandita semplice, sono oggetto di comunione *de residuo*. E dunque possiamo sicuramente affermare che la gestione di quella partecipazione è affare esclusivo del coniuge socio della società: la comunione *de residuo*, infatti, è un fenomeno che entra in gioco nel rapporto interno tra coniugi solo al momento dello scioglimento della comunione legale tra gli stessi e solo – altra opzione che prediligo, anche se non possiamo definirla pacifica – nella forma di un diritto di credito che l'altro coniuge può vantare nei confronti di quello che è socio della società.

Se tutto questo è vero - caduta in comunione *de residuo*, incidenza solo al momento dello scioglimento della comunione, rilevanza in termini obbligatori quale diritto di credito - possiamo tranquillamente concludere che la gestione di quella partecipazione in costanza di matrimonio è di esclusiva competenza del coniuge socio: egli potrà autonomamente decidere come gestire la società, nel senso di partecipare alla sua vita esercitando i relativi diritti amministrativi, e potrà allo stesso modo disporre della quota (vendendola, donandola, permutandola, od altro) senza che sia necessario in alcun modo il consenso del coniuge non socio.

Ovviamente da tutto questo discorso va estrapolata la partecipazione dell'accomandante nella società in accomandita semplice, che è in tutto e per tutto equiparata, visto che non implica assunzione di una responsabilità illimitata, alla partecipazione in società di capitali. In quel caso, infatti, per la giurisprudenza e per la dottrina dominanti prevale la componente investimento e quindi siamo in presenza di un acquisto che cade in comunione immediata, secondo le regole dell'art. 177, salvo che non siano adottate le cautele previste dall'art. 179 (acquisti che non cadono in comunione legale perché derivanti da donazione, successione, o frutto dell'impiego di beni che erano personali).

Su queste consolidate conclusioni vale però la pena di aprire una parentesi, frutto della riforma del diritto societario del 2004. La S.r.l. è un tipo societario che è stato profondamente ridisegnato, non più equiparabile alla generica sorella minore del modello S.p.A., in quanto può essere connotata in senso spiccatamente personalistico (che ritroviamo ad esempio nelle regole sull'amministrazione mutuabili dalle società di persone, o in istituti come i "diritti particolari" dei soci, che tendono a dare una forte rilevanza alla componente personalistica, anche del tutto sganciata dall'entità delle singole partecipazioni). Alla luce di questo, il collaudato approccio di questi 40 anni di applicazione della riforma del diritto di famiglia andrà probabilmente aggiornato ed in presenza di una S.r.l. caratterizzata dai soci con scelte statutarie in senso spiccatamente personalistico potrebbe entrare in gioco un'assimilazione alle società di persone: non certo perché le quote di tale S.r.l. implicano l'assunzione di una responsabilità illimitata, questo è evidente, ma nel senso che esse possono divenire strumento di svolgimento di un'attività imprenditoriale nei termini e nel senso che intendevamo prima. Quindi, una *caveat* va lanciato, perché se è vero che per una S.r.l. *holding* di partecipazione, o connotata statutariamente in senso spiccatamente capitalistico sul modello S.p.A., possiamo tenere ferme tutte quelle conclusioni fino ad oggi assodate, non è detto che questo continui ad essere l'atteggiamento della giurisprudenza in tutti quei casi in cui il modello di S.r.l. scelto sarà spiccatamente personalistico.

Nei casi invece in cui la quota sociale – di una società di capitali e/o di una S.a.s. - sia oggetto di comunione immediata, non scatta alcun regime di "compartecipazione alla società". La caduta in comunione immediata, infatti, vista con la lente dell'osservatore del diritto societario, è un fenomeno del tutto ininfluente: è sì un acquisto *ex lege* che opera a favore del coniuge non acquirente, ma rendendolo "socio" solo all'interno della famiglia, in quanto la società conosce solo il soggetto che è iscritto a libro soci; solo quest'ultimo può esercitare i diritti sociali di natura economica ed amministrativa. Se il coniuge "non acquirente", o meglio acquirente *ex lege*, intende legiti-

timarsi a tutti gli effetti nei confronti della società, deve rendere palese il rapporto di comunione immediata e chiedere anche lui alla società l'iscrizione a libro soci; sentendosi conseguentemente rispondere che, essendoci più comproprietari, per esercitare i diritti sociali sarà necessario nominare un rappresentante comune.

Che vi sia un problema di coordinamento tra disciplina del diritto di famiglia e regole societarie lo riscontriamo non solo per l'esercizio dei diritti sociali, ma anche per il funzionamento di tutte quelle clausole di "monitoraggio" del trasferimento delle partecipazioni che sono presenti in pressoché tutti gli statuti delle società di capitali. L'esempio tipico – vedi la famosa Cassazione n. 7437/1994 – è quello della clausola di gradimento societaria, che non opera nei confronti del coniuge acquirente *ex lege*: i soci della società le cui partecipazioni sono cedute possono esercitare il potere di gradimento, e quindi inibire il trasferimento, nei confronti del coniuge acquirente "negoziale", ma non hanno alcun potere di esplicitare tale loro facoltà di gradimento nei confronti del coniuge dell'acquirente (o acquirente *ex lege* che dir si voglia). Questa è un'ulteriore dimostrazione di come in realtà il fenomeno della caduta in comunione immediata abbia una sicura rilevanza interna fra coniugi, ma sia sostanzialmente sconosciuto sul piano societario.

4. Analisi di alcune operazioni inerenti le partecipazioni societarie: costituzione della società e cessione partecipazioni

Inquadrate in termini generali il regime degli acquisti delle partecipazioni societarie, possiamo iniziare ad esaminare tutta una serie di "situazioni" che muovono dalla costituzione della società, passano al trasferimento delle partecipazioni e giungono alle operazioni societarie straordinarie, per verificare come esse interagiscono con il regime patrimoniale dei coniugi.

a) Per quanto riguarda la costituzione della società possiamo recuperare quanto sin qui detto, nel senso che trattando delle società di persone il criterio è quello della caduta in comunione *de residuo* di tutte le partecipazioni che comportano una responsabilità illimitata e della caduta in comunione immediata di quelle che invece comportano l'assunzione di una responsabilità limitata.

Scopriamo così un fenomeno curioso, perché indipendentemente dalla tipologia di bene conferito in società, sia esso personale o oggetto di comunione, la quota societaria che comporta l'assunzione di responsabilità illimitata non cade in comunione immediata, ma *de residuo*. Quindi il coniuge che utilizza beni personali, se intende conferirli in società, deve adottare le cautele dell'art. 179 c.c. se vuole ottenere una partecipazione in tutto e per tutto personale; all'estremo opposto, il coniuge che conferisce in società beni della comunione non riceve una partecipazione societaria che cade in comunione immediata, bensì *de residuo*. È evidente, in quest'ultimo caso, che l'altro coniuge subisca un danno; ma è un problema di rapporto interno fra i coniugi – obbligo di ricostituzione della comunione, rimborsi, restituzioni o responsabilità risarcitoria che dir si voglia – mentre – e questo è l'aspetto che preme di sottolineare – viene meno quell'automatismo secondo cui conferendo un bene della comunione si ottiene una partecipazione necessariamente della comunione.

Nelle società di capitali, invece, il discorso segue le premesse svolte e quindi se si costituisce una società di capitali conferendo beni personali si otterrà una partecipazione non oggetto di comunione immediata, se e nei limiti in cui si adottino le accortezze dell'art. 179. In tutti gli altri casi, che si utilizzino beni della comunione o personali, sicuramente la quota societaria ricevuta quale corrispettivo del conferimento sarà oggetto di comunione immediata fra i coniugi.

Queste conclusioni meriterebbero un ulteriore approfondimento alla luce della riforma societaria del 2004 con riferimento ancora una volta alla S.r.l., nella quale è stato reso possibile, pur se adottando certe cautele, il conferimento di prestazione d'opera e di servizi. Fino ad oggi la scarsa applicazione pratica dell'istituto – derivante dalla necessità della prestazione della fidejussione e dalla predisposizione di una perizia di stima – ha mitigato il problema, ma nei limiti in cui vi si faccia ricorso in futuro non mi sentirei di concludere con sicurezza che quella partecipazione sia sempre oggetto di comunione immediata: nell'ambito degli artt. 177 e 179 troviamo una differente disciplina

dei frutti del lavoro personale di uno dei coniugi, ed il dubbio che si pone è che tale partecipazione possa divenire oggetto di comunione *de residuo*, o addirittura bene personale a tutti gli effetti.

Da quanto sin qui detto, si può già intuire la posizione del sottoscritto in ordine alla possibilità di costituire società fra coniugi in comunione legale dei beni: essi possono sicuramente farlo, sia essa una società di persone, sia essa una società di capitali. La tesi che continua a nutrire dubbi su questo tema è ormai ampiamente minoritaria, per vari motivi:

i) una parte delle argomentazioni contrarie sono molto risalenti nel tempo e si richiamavano ad una visione della comunione legale come entità dotata di una qualche soggettività: da ciò si traeva anche la conclusione che non fosse possibile costituire società unipersonali, sia di persone sia – allora – di capitali;

ii) c'è poi una questione di vertice, secondo cui se la riforma del diritto di famiglia vuole essere una sintesi fra istanze di tutela della famiglia e contemperamento con altre libertà “costituzionali” – d'impresa, innanzitutto – sarebbe singolare che da essa si dovesse trarre la conclusione che il regime legale di *default* – della comunione legale, appunto – inibisca ai coniugi una possibilità che tutti gli altri soggetti – coniugati e non – hanno, ovvero di costituire una società di qualsivoglia tipo.

Nell'ambito delle società personali, se due coniugi in comunione legale costituissero la società, avremmo due quote di ciascuno dei coniugi ricadenti in comunione *de residuo*, e quindi due quote che possono anche non essere paritetiche; quote che sarebbero come tali “gestite” da ciascuno dei coniugi fino allo scioglimento del matrimonio. Nell'ambito delle società di capitali, invece, avremmo una società costituita tra due coniugi le cui partecipazioni potranno essere, secondo la casistica esaminata, beni personali od oggetto di comunione immediata. In questo secondo caso potrebbe verificarsi una situazione “anomala”, nel senso che pur intendendo i coniugi costituire la società in percentuali non paritetiche, ove essi non seguano le regole dell'art. 179, si ritroverebbero con due partecipazioni entrambe oggetto di comunione immediata, e quindi di fatto soci al 50% di quella società (anche se in regime di comunione legale e non ordinaria, con tutto ciò che ne consegue).

b) Spostiamoci ora sul versante opposto, della cessione della partecipazione, per analizzare chi sia legittimato e come possa cedere.

Per le società di persone la risposta è semplice, perché se esse implicano responsabilità illimitata sono oggetto di comunione *de residuo* e quindi vende bene, senza necessità di alcun consenso, il coniuge socio della società: egli ha, infatti, piena facoltà di disposizione finché permane il regime di comunione legale. La soluzione è coerente con quel contemperamento di valori più volte richiamato – tutela della famiglia e della libertà di iniziativa economica – in quanto la libertà d'impresa si può anche esplicare nella possibilità del coniuge imprenditore di cedere la partecipazione per reinvestire il ricavato in una nuova attività imprenditoriale: se assumessimo che la cessione della partecipazione implichi la caduta del ricavato in un regime, diciamo così, di comunione immediata, inibiremmo la libertà del coniuge imprenditore che deve essere libero non solo di investire in, ma anche di cessare un'iniziativa imprenditoriale, per iniziarne un'altra; privarlo della provvista derivante dalla cessione di un bene oggetto di comunione *de residuo* significherebbe, in altre parole, frustrare questo tipo di istanza.

Nelle società di capitali il discorso è parzialmente diverso, perché esse sono tendenzialmente oggetto di comunione immediata fra i coniugi. Tale regime, per quanto non conosciuto dalla/né opponibile alla società – a meno che il coniuge acquirente *ex lege* chieda il riconoscimento della sua legittimazione con l'iscrizione a libro soci – impone di confrontarsi con alcune norme di non facile lettura, tra le quali in particolare l'art. 184, ultimo comma, c.c.. Secondo tale norma l'atto dispositivo è atto di straordinaria amministrazione e come tale dovrebbe essere atto compiuto da entrambi i coniugi; ma la conseguenza della disapplicazione della regola, per quel principio di tutela dei terzi e di affidamento e stabilità dei traffici giuridici – già richiamato –, non è l'invalidità dell'atto, ma una serie di ripercussioni di tipo economico interne alla coppia. L'art. 184, ultimo comma, recita infatti che se gli atti riguardano beni mobili diversi da quelli indicati nel

primo comma – beni immobili e beni mobili registrati, tra cui non rientrano le partecipazioni societarie – per il coniuge che li ha compiuti senza il consenso dell'altro scatta l'obbligo, su istanza di quest'ultimo, di ricostituzione della comunione.

Spezzo a questo punto una lancia in favore di noi notai, a cui vengono sempre imputate eccessive “pignolerie”, perché anche nell'ambito delle cessioni di partecipazioni societarie è assolutamente opportuna un'indagine sul regime patrimoniale dei coniugi in quanto, pur non essendoci un problema di stabilità e/o validità dell'atto – e quindi di bontà dell'acquisto del terzo – possono esserci conseguenze da non sottovalutare di tipo economico: nel rapporto interno di coppia può scattare un obbligo di ricostituzione del patrimonio nello stato in cui si trovava *ante* cessione (e se la ricostituzione non raggiungesse il risultato auspicato non è da escludere una responsabilità professionale nei confronti del coniuge che non è stato coinvolto nella vendita); ma anche nei confronti del terzo acquirente, poiché qualche pronuncia giurisprudenziale, se in mala fede, lo rende compartecipe del danno causato al coniuge non partecipante all'atto.

La prospettiva potrebbe poi complicarsi non poco se accedessimo ad una teoria, fortunatamente minoritaria, ma che la giurisprudenza non ha del tutto escluso, sulla validità o meno del trasferimento a titolo gratuito. Tra l'altro l'incidenza statistica dello strumento “donazione” nell'ambito del trasferimento familiare della ricchezza è molto elevata, viste le norme di esenzione fiscale legate al possesso ed alla continuazione dell'attività/partecipazione quinquennale, la neutralità fiscale in termini di emersione di plusvalenze, la rilevanza – e possibile non erosione – delle franchigie: essa è quindi uno strumento molto utilizzato di trasferimento dell'azienda e/o delle partecipazioni di controllo nelle società di capitali e/o delle partecipazioni anche non di controllo delle società di persone, ma da utilizzare con alcune cautele.

L'art. 771 c.c. sancisce infatti la nullità delle donazioni di beni futuri, riferibile pacificamente anche alla fattispecie della donazione di beni altrui: ecco un palese conflitto di norme, perché la regola tipica dello strumento contrattuale “donazione” commina l'invalidità, mentre la norma di salvaguardia tipica dei rapporti patrimoniali – art. 184 – reagisce al mancato consenso del coniuge proprietario, seppur in regime di comunione legale, con un effetto che non si ripercuote nei confronti del terzo, ma solo all'interno della famiglia – l'obbligo di ricostituzione, appunto –. Si tratta peraltro di una mancanza di coordinamento che ha una propria coerenza intrinseca, in quanto – a parere di chi scrive, ma anche della maggior parte dei commentatori – quello stesso legislatore che ha imposto *ex lege* un'estensione del regime degli acquisti – in un'ottica di tutela del coniuge debole – si è reso conto delle possibili implicazioni negative del fenomeno ed ha quindi previsto una regola derogatoria, che introduce una sanzione meno “eversiva” nei rapporti con i terzi: ecco spiegata la prevalenza, nel caso di donazione, dell'art. 184 sull'art. 771. Corre però l'obbligo di precisare che la tesi non è pacifica e vi è chi, tutt'oggi, sostiene che dovrebbe prevalere – nel caso di donazione di bene oggetto di comunione legale effettuata da uno solo dei coniugi – la disciplina “speciale” del tipo contrattuale.

5. Le operazioni societarie

Veniamo a questo punto alle operazioni straordinarie, sulle quali i problemi sono innumerevoli e spesso non affrontati da dottrina e giurisprudenza: mi limiterò ad una veloce carrellata, pur consapevole che dalla stessa emergeranno più dubbi che certezze.

a) Aumento di capitale a pagamento.

Nell'aumento di capitale a pagamento la soluzione da applicare alle partecipazioni in società personali è abbastanza semplice e mutua le conclusioni raggiunte in sede di costituzione delle società: se a prescindere da ciò che si investe, e quindi si conferisce in società, la quota emessa in sede di costituzione è sempre e comunque oggetto di comunione *de residuo*, analogamente possiamo ragionare per i successivi aumenti di capitale di quella società. Perciò tutte le volte in cui la partecipazione *post* aumento – attribuita a seguito dell'esercizio del diritto d'opzione – implica l'assunzione di una responsabili-

tà illimitata, essa è sicuramente oggetto di comunione *de residuo*, come del resto già lo era la partecipazione *ante* aumento.

Per le società di capitali e la quota dell'accomandante di S.a.s. il discorso è lievemente diverso: simili partecipazioni possono essere sia oggetto di comunione immediata sia beni personali ed in linea generale possiamo applicare la medesima regola nell'ambito dell'aumento di capitale; ma sarebbe troppo semplicistico dire che la partecipazione *ex aumento* mantiene sempre la natura della partecipazione originaria che ha attribuito il diritto di opzione. Questa è la logica dell'aumento gratuito, come vedremo fra poco, ma nell'ambito dell'aumento oneroso il socio coniugato in comunione legale dei beni acquisisce un diritto – quello d'opzione – che è diritto autonomo, che può essere monetizzato, ma se viene esercitato configura un nuovo investimento: quindi, allo stesso modo in cui si ragiona per la costituzione della società, la partecipazione *ex aumento* può cadere in comunione immediata o divenire bene personale, in funzione delle cautele – art. 179 – che vengono adottate.

Si verifica cioè un “curioso” fenomeno, in base al quale non è scontato che l'intera partecipazione ad una società di capitali di un soggetto abbia una natura omogenea: in funzione di come quella partecipazione è stata conseguita – costituzione o plurimi aumenti di capitale a pagamento – essa potrebbe essere in parte oggetto di comunione immediata ed in parte bene personale. Questo giustifica, in occasione dei trasferimenti delle partecipazioni, l'opportunità di effettuare un'indagine molto analitica: che partecipazione è? Com'è maturata? In quali anni? A seguito di quali operazioni?

b) Aumento di capitale gratuito

Per l'aumento gratuito il discorso è molto più semplice: se esso svela semplicemente un diverso criterio di appostazione in bilancio di una parte del netto patrimoniale, si comprende perché tale operazione non possa mutare la natura del bene nell'ottica del regime patrimoniale della famiglia. Pertanto la partecipazione assegnata *post* aumento gratuito del capitale non può che avere la stessa natura della partecipazione detenuta *ante* aumento gratuito.

c) Conversione del prestito obbligazionario

Una soluzione semplicistica ed attraente potrebbe essere quella di ritenere che la partecipazione al capitale che si riceve a fronte della conversione del prestito risenta delle modalità del suo acquisto, rispondendo cioè alla regole generali già più volte richiamate.

Ma l'approccio più corretto è quello che riconosce alle partecipazioni al capitale *post* conversione la stessa natura di quella sottostante, cioè dei titoli obbligazionari che attribuiscono l'opzione per sottoscrivere: il fattore chiave è dunque stabilire la natura dell'obbligazione sottoscritta e quindi verificare a quale regime sia soggetta, in funzione delle risorse utilizzate e delle cautele adottate in sede di sottoscrizione. La partecipazione azionaria assegnata a seguito della conversione del prestito non può che mantenere la stessa identica natura che avevano le sottostanti obbligazioni, anche perché il diritto di conversione non è altro che un'appendice, un frutto diciamo così della componente “obbligazioni”.

d) Trasformazioni, fusioni e scissioni

Alcuni brevissimi flash sulle trasformazioni, fusioni e scissioni.

Quando ho iniziato ad approfondire i punti salienti della disciplina, la tematica della trasformazione mi è sembrata in un primo momento molto semplice: dando per acquisita l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che la considera fenomeno di pura modifica statutaria, sembrerebbe automatico poter concludere che - non modificandosi l'essenza della partecipazione e non integrando l'operazione alcuna forma di trasferimento o di disposizione del bene - il fenomeno trasformazione sia assolutamente neutrale, mantenendo così inalterata la natura della partecipazione e la sua soggezione al regime di comunione immediata, di bene personale o di bene in comunione *de residuo*.

In realtà il quadro non è così semplice, perché possono ipotizzarsi trasformazioni progressive e regressive, che modificano il regime di responsabilità della partecipazione e quindi interferiscono con tutti quei parametri sin qui analizzati; perché *post* riforma societaria pos-

sono ipotizzarsi trasformazioni eterogenee, da o in società di capitali e, per opinione maggioritaria, anche di persone. Questa casistica mette in crisi quella regola semplice secondo cui la trasformazione non muta la natura della partecipazione: essa permane nell'ambito delle trasformazioni omogenee e nelle trasformazioni tra società capitalistiche – da un lato - o personalistiche – dall'altro-, ma ogni volta che si introduce il tema della trasformazione progressiva, regressiva o eterogenea, ci si deve confrontare con numerosi altri parametri.

Ad esempio, se una partecipazione in una S.p.a. può essere oggetto di comunione immediata, siamo proprio sicuri che in caso di trasformazione regressiva in S.n.c. – immaginando un'assemblea in cui voti solo il coniuge acquirente negoziale, legittimato in quanto iscritto a libro soci – continui ad essere assoggettata a tale regime? Dovremmo rispondere negativamente, perché altrimenti significherebbe estendere la responsabilità illimitata al coniuge che neppure è stato consultato ed ha espresso la propria opinione; e probabilmente dovremmo arrivare a sostenere che quella partecipazione, inevitabilmente, muta la sua natura e diviene oggetto di comunione *de residuo*, con un obbligo di ricostituzione della comunione o di rimborso fra coniugi.

Potremmo continuare con gli esempi e mi limito, sul piano della provocazione, alle trasformazioni eterogenee: in caso di trasformazione da fondazione in società, da società in consorzio, da associazione in società, dovrebbe essere svolta un'analisi casistica basata sull'ente di partenza e su quello di arrivo, sul regime della partecipazione nell'ente di partenza e sulle possibili configurazioni della sua natura in funzione delle caratteristiche dell'ente di arrivo.

Nel caso di fusione e scissione il quadro è forse ancor più complicato: è pacifico ormai che fusione e scissione siano mere modifiche statutarie, ma è vero che esse innanzitutto possono intrecciarsi con problematiche tipiche della trasformazione quando l'ente di destinazione non è omogeneo rispetto all'ente di partenza – facendo così scattare tutte quelle regole, quella casistica e quelle problematiche appena illustrate – o, più semplicemente, possono porre una miriade di variabili, difficili da esaminare in astratto.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui si voglia fondere una S.n.c. con una S.p.a., nelle quali un coniuge abbia una medesima percentuale di partecipazione al capitale, ma soggetta a differenti regimi, in quanto la prima oggetto di comunione *de residuo* e l'altra oggetto di comunione immediata: *quid iuris* dell'unica partecipazione *post* fusione?

e) Lo scioglimento della società

Concludo analizzando brevemente il fenomeno scioglimento, liquidazione e conseguente assegnazione di beni ai soci, che potrebbe apparire abbastanza semplice e lineare, come devo dire a me continua ad apparire, ma potrebbe essere complicato da una lettura non isolata che attribuisce una particolare natura al negozio di assegnazione.

Mi spiego meglio: quando la società in liquidazione procede alle assegnazioni ai soci, immaginando che il beneficiario sia coniugato in comunione legale dei beni, si tratta di stabilire in quale regime ricadano i beni assegnati. Oltre all'analisi del fenomeno di partenza – tipologia di società e regime cui è soggetta la partecipazione – si innesta anche un problema di qualificazione del negozio di assegnazione: nei limiti in cui si riconosca a questo contratto, come a mio parere si dovrebbe riconoscere, una natura divisoria, è evidente che esso sia completamente neutro rispetto al regime patrimoniale e quindi il bene oggetto di assegnazione non potrà che avere analoga natura rispetto alla partecipazione societaria *ante* scioglimento. Ma nei limiti in cui – parte della dottrina lo sostiene – si riconosca al negozio di assegnazione una natura latamente “surrogatoria” – vuoi per chi riconosca natura “costitutiva” alla divisione, vuoi per chi intraveda in una tale vicenda una sorta di “*datio in solutum*” –, rientreremo nella problematica tipica di tutti gli acquisti, e della permuta in particolare, con la caduta in comunione immediata del bene assegnato, salva l'osservanza delle cautele dell'art. 179. La Cassazione, che ha affrontato la questione nella sentenza n. 4273/1997, purtroppo si è limitata ad enucleare tutte le ipotesi ricostruttive, risolvendo poi il caso concreto con un principio di diritto che però non dirimeva la questione generale: ciò suggerisce quindi, anche in questo specifico contesto, una certa cautela.

Le partecipazioni societarie e l'impresa nel diritto di famiglia: profili tributari

Antonio Viotto

Professore Associato di Diritto tributario - Università Ca' Foscari, Venezia

1.

Il presente intervento riguarda i redditi dei beni oggetto di comunione legale, con un particolare riferimento a quelli derivanti dalle partecipazioni societarie e dall'attività d'impresa.

Cominciamo col dire che la norma che ci interessa è quella contenuta nell'art. 4 del TUIR, una disposizione piuttosto lineare nella sua formulazione, che riveste una rilevante importanza dal punto di vista sistematico.

L'art. 4 lettera a) sancisce che i redditi dei beni che formano oggetto della comunione legale, di cui agli artt. 177 e seguenti del c.c., sono imputati a ciascuno dei coniugi per metà nel loro ammontare netto, o per la diversa quota stabilita ai sensi dell'art. 210 dello stesso codice; inoltre, i proventi dell'attività separata di ciascun coniuge sono a questo imputati in ogni caso per l'intero ammontare.

Dunque, i redditi dei beni che fanno parte della comunione legale si imputano per il 50% a ciascun coniuge; il che significa, dal punto di vista sistematico, che la comunione legale non dà luogo ad un distinto soggetto passivo ai fini delle imposte dirette, in quanto i soggetti passivi sono i coniugi.

Segnalo che la norma parla di imputazione per metà dell'ammontare e non precisa che l'imputazione va fatta indipendentemente dall'effettiva percezione, come invece avviene nell'art. 5 del TUIR, a proposito delle società di persone: ma questa differenza mi sembra coerente con la diversità delle due situazioni che si vengono a creare, giacché nelle società di persone vi è una divaricazione tra il soggetto che produce il reddito e il soggetto in capo al quale avviene la tassazione, mentre nell'articolo 4 il legislatore presuppone che non vi sia tale divergenza perché ciascun coniuge ha il diritto di proprietà sui beni che producono reddito.

Ciò detto, ci si deve chiedere come questa norma si ponga rispetto a quello che costituisce il "faro" del sistema tributario, vale a dire il principio della capacità contributiva di cui all'art. 53 della Costituzione. Penso che il legislatore abbia presunto che non ci sia una separazione tra il soggetto titolare della fonte e il soggetto titolare del reddito e quindi della capacità contributiva; oppure - detto diversamente - penso che sia ragionevole supporre che ciascun coniuge possa comunque disporre della metà del reddito dei beni che fanno parte della comunione legale. Quindi, se si può supporre ragionevolmente che ciascun coniuge, oltre ad essere comproprietario della fonte (i beni che producono reddito), possa disporre della metà dei frutti dei beni (e quindi dei redditi), si può ragionevolmente ritenere che ciascun coniuge sia titolare della capacità contributiva riconducibile al 50% del reddito che deriva dai beni che fanno parte della comunione legale e si può quindi ritenere che sia rispettato l'art. 53 della Costituzione.

Tuttavia, sempre in ottica sistematica, è opportuno riflettere sul fatto che il legislatore ha previsto uno sdoppiamento dell'obbligazione tributaria a fronte della comunione legale sulla fonte reddituale, il quale sdoppiamento non sembra del tutto coerente con la logica "comunitaria" sottesa all'istituto civilistico, nel senso che alla comunione della fonte avrebbe dovuto accompagnarsi, anche ai fini impositivi, la comunione dei frutti: quindi, alla luce del fatto che entrambi i coniugi realizzano congiuntamente il presupposto dell'imposta (e, dunque, come detto, sono entrambi titolari della relativa capa-

rità contributiva), sarebbe stato forse sistematicamente più coerente prevedere l'esistenza di un'obbligazione tributaria unica, oggetto di una responsabilità solidale dei coniugi, piuttosto che di due obbligazioni separate tra di loro.

Senza contare che dallo sdoppiamento dell'obbligazione consegue che l'Amministrazione Finanziaria è creditore particolare di ciascuno dei coniugi per il debito di ognuno di essi e pertanto, in caso di inadempimento da parte di uno dei coniugi, essa potrà rivalersi sui beni della comunione solo in via sussidiaria e fino al valore della quota del coniuge obbligato (e quindi non per l'intero valore dei beni in comunione), giusta quanto dispone l'art. 189, secondo comma, c. c. La regola dell'art. 4, lettera a), cioè dell'imputazione al 50%, non opera per i redditi che derivano dai beni propri del coniuge, né per i redditi che derivano dall'attività separata, professionale o imprenditoriale, di ciascun coniuge. Quindi i proventi di questa attività separata, secondo la norma, sono imputati al coniuge che esercita quell'attività e questo è coerente con la regola di cui all'art. 177, comma 1, lett. c), del c.c., secondo la quale i frutti dell'attività separata entrano nella comunione *de residuo* al momento dello scioglimento e quindi entreranno nella condivisione da parte dei coniugi solo nel momento in cui si scioglierà la comunione se non consumati. Nel frattempo, però, anche se si tratta di frutti dell'attività separata che potenzialmente potranno diventare oggetto di una comunione, il legislatore tributario ha tenuto conto dell'esigenza erariale di tassazione per periodi d'imposta e ha quindi optato per la tassazione immediata di tali redditi in capo al coniuge che li ha prodotti, non potendosi rinviare la tassazione fino al momento in cui si giunga allo scioglimento della comunione.

Questo vuol dire che quando si verificherà lo scioglimento della comunione e qualora dovessero far parte della comunione *de residuo* i frutti, cioè i redditi, dell'attività separata del coniuge, l'imputazione di questi frutti all'altro coniuge, per la sua quota di comunione *de residuo*, non sarà un atto che ha rilevanza dal punto di vista reddituale, ma si dovrà inquadrare tra gli atti di trasferimento di carattere patrimoniale.

2.

Altro argomento da affrontare attiene al regime tributario dell'azienda coniugale, vale a dire dell'azienda gestita da entrambi i coniugi.

Numerose sono le problematiche che attengono all'inquadramento, dal punto di vista civilistico, di tale istituto, rispetto al quale l'art. 177 c.c. distingue tra l'azienda costituita dopo il matrimonio, che fa parte della comunione legale, e l'azienda costituita prima del matrimonio e appartenente ad uno dei coniugi, della quale, secondo la norma, appartengono alla comunione legale i frutti e gli incrementi.

Dal punto di vista fiscale, per quanto riguarda l'azienda costituita dopo il matrimonio, vale quanto già detto prima, con l'unica precisazione che in questo caso siamo di fronte ad un reddito d'impresa e, ancora una volta, ad un'entità che non costituisce un soggetto passivo ai fini dell'IRPEF.

Partendo dalla questione, tutta civilistica, sulla possibilità di configurare l'esistenza di una società di fatto tra coniugi "cogestori", ci si è chiesti se tale possibilità potesse avere dei riflessi anche ai fini fiscali. Sul punto, l'Amministrazione Finanziaria in passato ha ritenuto

to che fosse necessario distinguere a seconda che l'azienda coniugale venisse gestita in forma societaria, nel qual caso si sarebbero dovute applicare le regole di tassazione delle società di persone per analogia, oppure non fosse gestita in forma societaria, nel qual caso si sarebbero dovute applicare, per assimilazione, le norme in materia di tassazione dell'impresa familiare, ma senza il limite del 51%.

Tuttavia a me pare che questa impostazione sia veramente difficile da condividere dal punto di vista teorico, perché mi sembra non tenga conto che l'art. 4, lettera a), detta una norma speciale che deve trovare assolutamente applicazione nelle ipotesi che sono in essa contemplate e mi sembra difficile negare che tra queste vi sia l'azienda costituita dopo il matrimonio, la quale rientra tra i «beni» che formano oggetto della comunione legale ex art. 177, anche perché l'azienda è – come noto – un'universalità di beni. Ne consegue che, anche per i redditi derivanti dalla gestione dell'azienda coniugale, dovrebbe trovare applicazione la regola dell'imputazione al 50% prevista dal menzionato art. 4, lett. a).

Un problema si può porre, poi, con riferimento all'azienda appartenente ad un coniuge prima del matrimonio, perché, ai sensi delle norme del Codice Civile, come già detto prima, i frutti di questa azienda vanno a far parte della comunione legale, mentre l'art. 4 lettera a) si riferisce ai redditi dei beni che formano oggetto della comunione, e non ai frutti – cioè ai redditi – che entrano in comunione. Quindi in questo caso la norma dell'art. 4 è carente e si dovrebbe fare ricorso all'interpretazione analogica per applicare la regola dell'imputazione al 50% a ciascun coniuge.

3.

Una questione particolare riguarda la comunione convenzionale, cioè la possibilità che è attribuita ai coniugi di modificare il regime della comunione legale, facendovi rientrare anche beni che altrimenti non sarebbero compresi.

Proprio in merito alla comunione convenzionale si era aperto un dibattito prima dell'emanazione del Testo Unico in relazione al caso in cui i proventi dell'attività separata di ciascun coniuge venissero, per convenzione, portati nell'ambito della comunione legale. Ci si chiedeva se, in tal caso, i redditi dell'attività separata di un coniuge potessero essere “splittati” sui due coniugi. Quando si discuteva di questa opzione non era ancora stato introdotto l'ultimo periodo dell'art. 4, comma 1, lettera a), il quale prevede che i proventi dell'attività separata di ciascun coniuge sono a lui imputati in ogni caso per l'intero ammontare, in quanto tale norma è stata dapprima inserita dall'art. 26 della legge n. 154/1989 e poi recepita all'interno del Testo Unico. Alla luce di questa disposizione, dunque, la questione a suo tempo sollevata deve considerarsi appianata.

Né mi pare si possa dar credito ai dubbi di legittimità costituzionale che sono stati prospettati in punto di ragionevolezza di tale disposizione atteso il contrasto della stessa con gli istituti civilistici posti a tutela della famiglia. Intanto rilevo che la disposizione rispetta il principio della capacità contributiva, nella misura in cui il reddito viene tassato in capo al soggetto che lo produce, ovvero al soggetto che è titolare della fonte, cioè l'attività produttiva, sia essa professionale, piuttosto che imprenditoriale (anche se una parte di questo reddito viene destinata per convenzione all'altro coniuge). Inoltre, non mi sembra vi siano nemmeno elementi di incoerenza e quindi di eventuale contrasto rispetto all'art. 3 della Costituzione, perché siamo di fronte ad una norma chiaramente antielusiva, o antiabuso che dir si voglia, tesa ad evitare la possibilità di splittare sui due coniugi il reddito prodotto da uno solo di essi e, quindi, di abbassare il livello di tassazione complessiva, riducendo l'importo dell'imposta progressiva.

Rimane tuttavia il dubbio sui frutti, a causa della equivocità del riferimento operato dall'art. 4, lett. a), del TUIR, all'art. 210 del cod. civ.: la disposizione tributaria sembrerebbe riferirsi, infatti, all'imputazione del reddito dei beni che formano oggetto della comunione legale (vale a dire, quelli di cui all'art. 177 c.c.), nella diversa misura prevista dalla convenzione, mentre sappiamo che per i beni di cui all'art. 177 non ci può essere l'imputazione dei frutti in misura diversa dal 50% (art. 210,

comma 3). Sicché il riferimento all'art. 210 dovrebbe riguardare i redditi di beni personali che vengono inclusi nella comunione per convenzione: il che significa che per questi beni si creerebbe la possibilità di “splittare” tra i coniugi il relativo reddito, di pari passo con la condivisione della proprietà dei beni medesimi.

Rimane altresì il dubbio sui frutti dei beni personali, i quali frutti potrebbero essere convenzionalmente inseriti in comunione pur rimanendo i beni di proprietà di un solo coniuge. Tuttavia, mi sembra che la nozione del possesso dei redditi (che presuppone un rapporto qualificato con la fonte, oltre che con i relativi frutti) dovrebbe condurre a ritenere che la convenzione non consenta di spostare (e spezzare) l'obbligazione tributaria da un coniuge all'altro, ma dovrebbe semmai valere come atto di disposizione del reddito da parte del coniuge che ne è titolare, a favore dell'altro (quindi come atto che interviene in un momento successivo a quello in cui si verifica il presupposto e nasce l'obbligazione tributaria).

4.

Un accenno meritano ora i redditi dei beni del fondo patrimoniale, la cui tassazione è disciplinata dall'art. 4, comma 1, lettera b), del TUIR, in base al quale anche tali redditi sono imputati per metà del loro ammontare netto a ciascuno dei coniugi.

Ne consegue che anche il fondo patrimoniale non è soggetto passivo delle imposte sui redditi e che la soggettività passiva ricade sui coniugi. Mi chiedo, allora, se questa regola, così lineare e semplice, valga anche quando la proprietà dei beni che vengono attratti al fondo patrimoniale rimane in capo ad un solo coniuge, oppure rimane in capo ad un terzo.

A tal fine, è necessario chiedersi se sia coerente con il principio di capacità contributiva il fatto che l'obbligazione tributaria sorga in capo a soggetti diversi da coloro che sono i proprietari della fonte. Per rispondere in senso favorevole bisogna valorizzare quella che è la natura, l'efficacia del vincolo che si crea con il fondo patrimoniale, ovvero si bisogna valorizzare il fatto che il legislatore civilistico, all'art. 168, comma 2, stabilisce che i frutti dei beni del fondo patrimoniale «sono impiegati per i bisogni della famiglia» e impone, quindi, una sorta di vincolo di destinazione a favore della famiglia – e non del proprietario dei beni – sui redditi in questione. Di qui un supporto per considerare ragionevole l'assunto secondo cui entrambi i coniugi, che hanno la responsabilità del mantenimento della famiglia, pur non avendo eventualmente la proprietà della fonte, possano avere la disponibilità dei frutti (ancorché vincolata al soddisfacimento dei bisogni familiari) e dunque possano essere ragionevolmente ritenuti titolari della capacità contributiva connessa a quei redditi.

5.

Dopo aver inquadrato il trattamento tributario dei diversi istituti che regolano il regime patrimoniale della famiglia, possiamo passare all'esame di alcune peculiarità che attengono alle partecipazioni societarie, allorché le stesse formino oggetto della comunione legale tra i coniugi.

Anche per i redditi di tali assets – che, lo ricordo, possono consistere in utili e plusvalenze – si dovrebbe applicare la regola generale sopra illustrata della imputazione al 50% a ciascun coniuge.

Senonché, bisogna tener conto di un parere, piuttosto risaltante, dell'Avvocatura dello Stato (parere del 29.10.1988) secondo cui, in caso di partecipazioni rientranti nella comunione legale ma acquistate da un solo coniuge, quindi intestate formalmente ad un solo coniuge, il soggetto titolare dell'obbligazione tributaria connessa ai dividendi sarebbe il coniuge intestatario della partecipazione. Tale tesi non mi sembra però condivisibile in quanto pretenderebbe di far prevalere un dato formale – l'intestazione del titolo ad un coniuge – rispetto alla realtà sostanziale – la comunione legale su quel titolo – e, anche, rispetto al chiaro dettato normativo dell'art. 4, lettera a), il quale imperativamente sancisce che il reddito dei beni in comunione legale vada imputato ad entrambi i coniugi in parti uguali, senza eccezioni.

Altra peculiarità che riguarda le partecipazioni in comunione legale è quella che concerne il requisito della “qualificazione” il quale, come noto, si verifica allorquando le partecipazioni superano le soglie di cui all’art. 67, comma 1, lett. c), del TUIR. In particolare, ci si potrebbe chiedere se il fatto che la partecipazione rientri nella comunione legale incida sulle percentuali di cui alla menzionata disposizione, nel senso che la partecipazione non debba essere considerata come unitaria, bensì vada riferita per metà ad un coniuge e per metà all’altro coniuge. In effetti, in dottrina c’è chi ha sostenuto che, se un pacchetto di partecipazioni che sarebbe qualificato è oggetto di una comunione legale tra coniugi, esso andrebbe trattato come due partecipazioni ciascuna intestata ad ognuno dei coniugi, di talchè, se con questo sdoppiamento si ricadesse al di sotto delle soglie di cui al menzionato art. 67, comma 1, lett. c), allora non si avrebbe più una partecipazione qualificata, bensì due partecipazioni non qualificate.

In tal senso, si era espresso anche il Ministero delle Finanze con la circolare n. 16 del 10.05.1985, sostenendo che, diversamente, si sarebbe avuta una tassazione su una capacità contributiva inesistente e che comunque ciascun coniuge sarebbe stato tassato con l’aliquota prevista per il doppio del suo reddito. A me pare, tuttavia, che se si condivide il principio secondo cui le partecipazioni oggetto di comunione legale tra coniugi sono parte di una comunione *pro indiviso*,

cioè di una comunione solidale senza quote, sia veramente difficile condividere la tesi sopra esposta, la quale presuppone che la partecipazione venga spezzata in due parti, che vengono riferite a ciascuno dei due coniugi ai fini della valutazione del superamento delle soglie di cui si è detto.

Il che non vuol dire che, considerando unitariamente la partecipazione, i coniugi vengano tassati con un’aliquota più alta rispetto a quella che sarebbe la loro o su una capacità contributiva che non hanno, in quanto la valutazione unitaria della partecipazione serve solo per stabilire se la partecipazione sia qualificata o meno, mentre poi ciascun coniuge verrebbe tassato sul 50% del reddito della partecipazione (sia esso dividendo o plusvalenza), con le sue aliquote, secondo le regole previste per le partecipazioni qualificate o non qualificate. In altri termini, qualora la partecipazione unitariamente considerata sia qualificata, ciascun coniuge dovrebbe sempre inserire nella propria dichiarazione il 50% del dividendo o della plusvalenza, e tali quote dovrebbero concorrere alla formazione dell’imponibile di ciascun coniuge per il 49,72% del loro ammontare. In tal modo, da un lato, viene salvaguardata l’unitarietà della partecipazione che discende dalle norme civilistiche, dall’altro lato, viene rispettato il principio della capacità contributiva in quanto ogni coniuge viene tassato solo sul proprio reddito e con un’aliquota ad esso commisurata.

Le partecipazioni societarie e l'impresa nel Diritto di Famiglia

Sommario

Paolo Talice - Il regime patrimoniale
della famiglia dell'imprenditore *pagina 2*

Jacopo Sodi - Le partecipazioni societarie
nel diritto di famiglia *pagina 9*

Antonio Viotto - Le partecipazioni societarie
e l'impresa nel diritto di famiglia:
profili tributari *pagina 13*

I saggi sono tratti dalle Relazioni presentate dagli Autori nel corso
di un convegno organizzato dalla Commissione di Studio
di Diritto Civile e Commerciale dell'Ordine dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili di Treviso