

Ott/2017



# CAMMINO DIRITTO

Rivista Giuridica

**ISSN 2532-9871**

Cammino Diritto (Periodico online)

**DIRETTORE RESPONSABILE EDITOR-IN-CHIEF**

Raffaele Giaquinto

**VICE DIRETTORE MANAGING EDITOR**

Alessio Giaquinto

**CAPOREDATTORE ASSOCIATE EDITOR**

Ilaria Ferrara

**VICE CAPOREDATTORE ASSISTANT EDITOR**

Giuseppe Ferlisi

Rivista  
Giuridica

# Indice dei contenuti

---

1. - LE SEZIONI UNITE SULLA DISTINZIONE TRA DONAZIONE TIPICA E DONAZIONE  
INDIRETTA

Giusy Tuzza, pubblicazione martedì 3 ottobre 2017

2. - I REATI CULTURALMENTE ORIENTATI

Michele Motta, pubblicazione venerdì 13 ottobre 2017

3. - LA NOZIONE DI TITOLARE EFFETTIVO DELLA SOCIETÀ NELLA NUOVA NORMATIVA  
ANTIRICICLAGGIO

Carlo De Dominicis, pubblicazione lunedì 16 ottobre 2017

---

## COMITATO SCIENTIFICO SCIENTIFIC COMMITTEE

---

Angela CUOFANO	<i>Avvocato</i>
Gaspere DALIA	<i>Ricercatore universitario</i>
Rosa MUGAVERO	<i>Ricercatore universitario</i>
Lucio ORLANDO	<i>Avvocato</i>
Andrea SENATORE	<i>Ricercatore universitario</i>
Saverio SETTI	<i>Of Counsel</i>

# LE SEZIONI UNITE SULLA DISTINZIONE TRA DONAZIONE TIPICA E DONAZIONE INDIRETTA

*Il trasferimento per spirito di liberalità di strumenti finanziari dal conto di deposito titoli del beneficiante a quello del beneficiario a mezzo banca non rientra tra le donazioni indirette, ma configura una donazione tipica ad esecuzione indiretta.*

**Giusy Tuzza** - Pubblicazione, martedì 3 ottobre 2017  
Redattore: **Giuseppe Ferlisi**

**Sommario:** 1. La donazione: cenni generali; 2. La liberalità e le donazioni indirette; 3. Dottrina e Giurisprudenza sulle donazioni indirette; 4. Le donazioni indirette: questione rimessa alle Sezioni Unite della Cassazione; 4.1 Il Caso; 4.2. L'ordinanza n. 107/2017 Corte di Cassazione; 4.3 Sentenza Corte Cassazione Civile S.U. n. 18725/2017.

## 1. La donazione: cenni generali.

La donazione è il contratto con il quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione. La donazione è quindi un contratto: da ciò discende che, una volta conclusa, essa è di norma irrevocabile ad opera di una delle parti.

Gli elementi essenziali della donazione sono due: lo spirito di liberalità; l'arricchimento del donatario.

Elemento essenziale della donazione è la **forma**: infatti, essa deve essere conclusa per **atto pubblico alla presenza di due testimoni**. Pertanto, l'intervento del notaio è necessario al fine di disporre dei propri beni a titolo di donazione. La necessità dell'atto pubblico si giustifica con l'importanza dell'atto di donazione e per gli effetti sul patrimonio del donante che deve essere, oltre che capace d'intendere di volere, pienamente consapevole dell'atto che sta facendo e di tutte le conseguenze che ne derivano.

E' quindi molto importante la consulenza del notaio per avere tutti i chiarimenti necessari e opportuni. La donazione è uno strumento idoneo a soddisfare molteplici interessi. Infatti, è possibile inserire apposite clausole (c.d. "condizioni" o "oneri") per soddisfare alcune specifiche esigenze. Assai comune è la donazione di un immobile con riserva di usufrutto a vantaggio del donante: ciò significa che il donante si spoglia

anticipatamente della proprietà del bene trattenendo per sé l'usufrutto, che si estinguerà automaticamente al momento della morte (o al termine stabilito). Il donante che si è riservato l'usufrutto avrà il godimento del bene, ma ne sopporterà anche le spese ordinarie e le eventuali imposte. La donazione è un **atto soggetto a revocazione**, per alcune cause tassative di natura etico-sociale. In particolare, può essere revocata:

- **per ingratitudine del donatario**: cioè qualora il donatario abbia commesso atti particolarmente gravi nei confronti del donante o del suo patrimonio;
- **per sopravvenienza di figli**: cioè qualora il donante abbia figli o discendenti ovvero sopra di averne successivamente alla donazione.

La donazione è considerata dalla legge un anticipo di eredità: ciò significa che, al momento della morte del donante, essa dovrà essere imputata alla quota riservata. Proprio con riferimento ai rapporti tra la donazione e la futura successione del donante, occorre sapere che la donazione è un atto “a rischio”, che può pregiudicare la successiva circolazione dei beni donati o l'ottenimento di un finanziamento garantito dal bene donato.

La legge, infatti, tutela alcune categorie di familiari (legittimari), riservando agli stessi una quota di eredità (legittima) anche contro una volontà del defunto espressa in una donazione. Questi soggetti sono i discendenti (figli e nipoti), gli ascendenti (genitori, nonni, e così via) e il coniuge: se le donazioni, pur sempre valide ed efficaci, al momento della morte del donante dovessero risultare, dopo calcoli molto complicati, lesive dei diritti di un legittimario, questo potrà agire in giudizio per renderle inefficaci (**azione di riduzione**).

La tutela del legittimario, inoltre, può coinvolgere anche terzi che abbiano acquistato diritti dal donatario (comprese le banche che per la concessione di un mutuo abbiano ricevuto in garanzia un immobile oggetto di donazione). Infatti, qualora il donatario non abbia beni sufficienti per soddisfare le eventuali pretese del legittimario, si potrà chiedere la restituzione del bene all'acquirente stesso (**azione di restituzione**), il quale avrà la facoltà di liberarsi con il versamento di una somma corrispondente. È bene precisare che i legittimari non possono rinunciare al loro diritto di agire in giudizio, finché colui della cui eredità si tratta è ancora in vita, neanche prestando il loro assenso alla donazione; solo quando il donante sarà morto, potranno prestare acquiescenza alla donazione compiuta.

La donazione può attuarsi in diversi modi:

- con il **trasferimento della proprietà** di beni mobili o immobili appartenenti al donante, o di un altro diritto reale (es. usufrutto, abitazione, diritto di superficie, servitù) spettante al donante;
- **mediante la costituzione ex novo di un diritto reale** (es. usufrutto, abitazione, diritto di superficie, servitù) su beni mobili o immobili appartenenti al donante;
- con l'assunzione da parte del donante di un **obbligo nei confronti del donatario** (es. mediante l'assunzione dell'obbligo di corrispondergli, senza ricevere corrispettivo, una rendita vitalizia);
- tramite la **liberazione del donatario** da un obbligo nei confronti del donante (es. la rinuncia a un credito che il donante vanta nei confronti del donatario).

Inoltre le ragioni di una donazione possono essere molte: affetto, beneficenza e altro ancora. Ma una donazione può essere anche motivata da riconoscenza, considerazione di particolari meriti del donatario, speciale remunerazione. In questo caso si parla di **donazione remuneratoria**, alla quale si applica la disciplina ordinaria delle donazioni ad eccezione del fatto che è esclusa la revoca per ingratitudine e per sopravvenienza dei figli; è prevista la garanzia per evizione a carico del donante; è prevista l'esclusione del donatario dall'obbligo degli alimenti.

## 2. La liberalità e le donazioni indirette.

Lo scopo della donazione, cioè arricchire un altro soggetto senza che vi sia alcun obbligo giuridico che lo imponga, può essere raggiunto anche con negozio diverso dalla donazione tipica, il quale, proprio perché utilizzato per perseguire lo scopo donativo, va assoggettato alla disciplina sostanziale della donazione: si parla in questo caso di **donazione indiretta**.

La legge infatti dispone che le liberalità, anche se risultano da atti diversi dalla donazione tipica, siano soggette alle stesse norme che regolano la revocazione delle donazioni per causa di ingratitudine e per sopravvenienza di figli, nonché a quelle sulla riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari (con esclusione delle donazioni fatte in occasione di servizi resi, o comunque in conformità agli usi e delle donazioni non soggette a collazione). Sono stati individuati diversi casi di donazione indiretta: la **rinuncia abdicativa**, fatta cioè senza corrispettivo, ad esempio, la rinuncia a un diritto di usufrutto; il **contratto a favore di terzo**, per far acquistare al

terzo l'immobile trasferito o altre utilità; l'**adempimento del terzo**, ovvero quando si adempie a un obbligo altrui; la **donazione mista**, come la vendita a prezzo notevolmente inferiore al valore; l'**intestazione di beni a nome altrui** (Cass. Civ. n. 15778/2000, relativamente all'esclusione dalla comunione legale dell'immobile acquistato). Tutte valgono come donazione se fatte per mero spirito di liberalità. In particolare il caso più ricorrente di donazione indiretta è quella dell'intestazione di beni a nome altrui e, nello specifico, quella dell'acquisto di un bene immobile con denaro dei genitori intestato a favore del figlio. Nell'ipotesi di acquisto di immobile con denaro proprio del disponente e di intestazione dello stesso ad altro soggetto, che il disponente ha inteso in tal modo beneficiare, costituendo la vendita mero strumento formale di trasferimento della proprietà del bene per l'attuazione di un complesso procedimento di arricchimento del destinatario del detto trasferimento, si ha **donazione indiretta non già del denaro ma dell'immobile**, poiché secondo la volontà del disponente alla quale aderisce il donatario, di quest'ultimo bene viene arricchito il patrimonio del beneficiario. Conseguentemente il beneficiario in sede di divisione dovrà imputare alla propria quota l'immobile e non il denaro impiegato per il suo acquisto. Questa soluzione è avvalorata dalla giurisprudenza sia per l'intestazione in senso stretto, sia per il caso dell'acquisto fatto a proprio nome dal figlio con denaro fornito, precedentemente o contestualmente, dal genitore. Dalla soluzione proposta in giurisprudenza si ricava che la donazione indiretta discende da un procedimento complesso dove un soggetto paga direttamente il venditore, intendendo beneficiare colui che sarà l'intestatario del bene, e dalla stipulazione di un contratto di vendita (da considerare come mero strumento formale di trasferimento del bene). La compravendita pertanto, pur concretizzando una donazione indiretta, non vede comunque mutata la propria natura giuridica, nel senso che è e rimane compravendita, per la quale quindi non è prescritta a pena di nullità la forma di atto pubblico con la presenza dei testimoni.

Delle donazioni indirette dispone l'art. 809 c.c. a detta del quale *“Le liberalità anche se risultano da atti diversi da quelli previsti dall'articolo 769, sono soggette alle stesse norme che regolano la revocazione delle donazioni per causa d'ingratitude e per sopravvenienza di figli nonché a quelle sulla riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari”*. Ciò evidentemente conferma quanto sopra detto, ossia che la donazione indiretta è una **particolare forma di donazione** che, pur essendo posta in essere con forme diverse rispetto a quelle tipiche della donazione, **produce gli effetti di un atto di liberalità**, ossia l'impovertimento del donante e l'arricchimento del donatario. La ratio (1) della norma in oggetto consiste nel fatto che la norma in commento ha lo

scopo di *estendere l'applicazione di talune norme sulla donazione anche a quegli atti che, pur non avendo la forma della donazione, realizzano il medesimo effetto*, ossia l'impoverimento di chi la compie e l'arricchimento di chi la riceve.

Per la validità di una donazione indiretta è sufficiente l'osservanza delle prescrizioni di forma richieste per l'atto da cui essa risulta, in quanto l'art. 809 c.c., mentre assoggetta le liberalità risultanti da atti diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c. alle stesse norme che regolano la revocazione delle donazioni, non richiama l'art. 782 c.c., che prescrive l'atto pubblico per la donazione (2). Peraltro l'art. 809 c.c., nell'indicare quali norme della donazione siano applicabili alle liberalità risultanti da atti diversi dalla donazione, va interpretato restrittivamente, nel senso che alle liberalità anzidette non si applicano tutte le altre disposizioni non espressamente richiamate (3). Ne consegue l'inapplicabilità dell'art. 778 c.c., che stabilisce i limiti al mandato a donare, al mandato a stipulare un "negotium mixtum cum donatione".

### **3. Dottrina e Giurisprudenza sulla donazioni indirette.**

Sono innumerevoli i casi in cui le parti, per le più varie motivazioni, pur volendo effettuare una donazione, non pongono in essere il negozio tipico disciplinato dall' art. 769 c.c., ma seguono percorsi alternativi, in linea con il primato dell'autonomia privata, tipico dell'epoca in cui viviamo, e con la prevalenza della **iurisdictio**. Ne consegue che tanto i giudici di legittimità che quelli di merito si sono sempre pronunciati a tal proposito, producendo una copiosa giurisprudenza, anche per il fatto stesso che si è riconosciuta una evidente carenza di tipi contrattuali utili per le esigenze delle parti. **L'autonomia delle parti**, nella creazione di schemi negoziali alternativi alla donazione, si realizza con la donazione indiretta che a sua volta ci pone di fronte alla discussa categoria del negozio indiretto. In tali casi la liberalità rappresenta il risultato di una operazione complessa che rientra nella vasta cerchia degli atti di liberalità diversi dalla donazione (4). La dottrina ha in vario modo tentato di individuare l'essenza del negozio indiretto. Analizzando i diversi orientamenti, si può agevolmente constatare che le varie correnti di pensiero sul tema sono d'accordo solo su un punto: nel negozio indiretto sussiste una divergenza tra lo scopo perseguito dalle parti e la funzione tipica del negozio. La divergenza, però, genera una semplice incongruenza tra scopi senza, peraltro, sfociare in una loro incompatibilità. Parte della dottrina (5), soffermandosi sullo scopo diverso perseguito dalle parti, ha evidenziato che lo stesso è suscettibile di tre qualificazioni differenti: a) può essere uguale o equivalente ad una

funzione proibita dalla legge: in questa ipotesi vi è una norma esplicita che colpisce con la sanzione di nullità l'intero negozio voluto dalle parti (art. 1344 c.c.); b) può essere del tutto diverso da ogni funzione voluta dalla legge: ed allora vi è da domandarsi se il negozio sia tipico o innominato, oppure misto; c) può invece accadere che lo scopo voluto dalle parti corrisponda in linea di massima alla funzione di un diverso negozio previsto dalla legge. Ed è in questa ipotesi che il problema della disciplina del negozio indiretto resta aperto, poiché ci si deve chiedere se i requisiti di sostanza e di forma siano quelli richiesti dalla legge per lo strumento usato, oppure per lo scopo perseguito.

La dottrina pressoché unanime (6) si è da sempre schierata a favore della **tesi più liberale**, nel senso di ritenere, cioè, che il formalismo proprio delle donazioni non vada assolutamente rispettato nelle liberalità indirette, risultando, pertanto, inutile l'impiego dei formalismi propri delle donazioni dirette, quali la presenza dei testimoni, spesso inseriti per motivi meramente tuzioristici ma realizzando così una superfetazione. Il citato stato avvalorato dalla giurisprudenza della suprema corte di Cassazione (7) che ha ritenuto non applicabile l'art. 782 c.c. alle donazioni indirette, dovendosi in tal caso applicare le norme volta a volta dettate per il tipo negoziale prescelto, non essendo, invece, necessari, ai fini della validità dell'atto, i formalismi propri della donazione contrattuale. Si è sottolineato che l'estensione delle norme sulla donazione a quei negozi che perseguono l'intento di liberalità con schemi negoziali previsti per il raggiungimento di finalità di altro genere rappresenterebbe un sacrificio troppo radicale dell'autonomia privata (8). Si ritiene peraltro che la riduzione delle donazioni indirette non mette in discussione la titolarità dei beni donati, così, venendo a mancare il meccanismo di recupero reale della titolarità dei beni, l'acquisizione riguarderà il controvalore mediante il metodo dell'imputazione (9).

La giurisprudenza è concorde nel ritenere che al fine di accertare la esistenza o meno della donazione indiretta nel caso concreto, deve sempre verificarsi lo spirito di liberalità (Cass. Civ. n. 12496/2007), così per esempio se un debitore, per estinguere il proprio debito verso il creditore, acquista un bene da un altro soggetto, deviando l'effetto dell'acquisto favore del creditore medesimo, si parlerà di dazione di pagamento (e non donazione indiretta), alla luce della diversa giustificazione causale.

#### **4. Le donazioni indirette: questione rimessa alle Sezioni Unite della Cassazione.**

Nella pratica ci sono numerosi casi in cui non è agevole la distinzione della causa del negozio, dunque non è facilmente individuabile la fattispecie giuridica cui ricondurlo.



Per questi motivi la II sezione civile della Corte di Cassazione, con **ordinanza depositata il 4 gennaio 2017 n. 107**, ha rimesso gli atti al Primo Presidente per sottoporre la questione alle Sezioni Unite, al fine di ottenere un'interpretazione uniforme sull'argomento delle donazioni indirette e, in particolare, sul caso specifico sottoposto al vaglio della sezione remittente.

#### **4.1 Il Caso.**

Il caso specifico riguardava un ricorso presentato da una signora che si riteneva lesa nei suoi diritti ereditari da un atto di disposizione compiuto dal padre, poco prima di morire, in favore di una donna cui il genitore era legato sentimentalmente. In particolare, la ricorrente, in primo grado, aveva citato in Tribunale la compagna del padre deceduto, per vedersi restituire 1/3 del valore di titoli di credito, posseduti dal padre e trasferiti alla convenuta sul suo conto corrente pochi giorni prima della morte; la domanda della ricorrente era fondata sulla dedotta nullità del predetto trasferimento di titoli, trattandosi di atto di donazione privo del requisito di forma prescritto dalla legge. Il Tribunale accoglieva la richiesta dell'attrice, mentre in secondo grado la Corte d'Appello ribaltava la decisione ritenendo trattandosi di una donazione indiretta, per la quale non era richiesta la forma dell'atto pubblico. Investita del ricorso di legittimità la Suprema Corte, con l'ordinanza di rimessione anzidetta, ha dunque sottoposto il caso all'esame delle Sezioni Unite, per "tirare le fila del discorso" relativo alle donazioni indirette.

#### **4.2. L'ordinanza n. 107/2017 Corte di Cassazione.**

La Corte evidenzia lo sforzo degli studiosi nel darne una definizione univoca, ora mettendo in luce l'utilizzo di *"altro strumento negoziale avente scopo tipico diverso dalla c.d. causa donandi e tuttavia in grado di produrre, insieme con l'effetto diretto che gli è proprio, l'effetto mediato di un arricchimento senza corrispettivo, voluto per spirito di liberalità da una parte (beneficiante) a favore dell'altra (che ne beneficia)";* ora notando che *"le parti ricorrono ad un determinato negozio giuridico, ma lo scopo pratico che esse si propongono non è affatto quello normalmente attuato mediante il negozio da esse adottato, ma uno scopo diverso, talora analogo a quello di un altro negozio, più spesso mancante di una propria forma tipica nell'ordinamento";* ora affermando trattarsi di *"qualsiasi vantaggio patrimoniale, pecuniariamente apprezzabile, non causato da un contratto di donazione ma prodotto dall'attuazione di un atto materiale o di un negozio giuridico unilaterale o bilaterale, che pur avendo in ogni caso un proprio scopo tipico diverso dalla donazione diretta, raggiunga identico risultato per*

*lo spirito di liberalità che lo ebbe a determinare e per le conseguenze cui dà luogo"; ora, ancora, spiegando trattarsi di "qualsiasi liberalità non direttamente voluta ed attuata attraverso il mezzo appositamente apprestato dall'ordinamento giuridico, caratterizzato da uno scopo tipico diverso dalla liberalità, onde quest'ultima costituisce una conseguenza secondaria ed ulteriore dell'atto compiuto".*

A ben vedere già da questi sforzi definitivi di sintesi è possibile scorgere quale sia il punto che, nonostante la penetrante esplorazione di dottrina e giurisprudenza, resta controverso e controvertibile: quale lo strumento utilizzabile e quale il meccanismo di funzionamento. La Corte osserva che, secondo la dottrina e giurisprudenza maggioritarie, il fenomeno vada spiegato come la risultante della combinazione di due negozi (il negozio-mezzo ed il negozio-fine, accessorio e integrativo). Tuttavia, la casistica giurisprudenziale non è univoca: alcune pronunce hanno affermato la donazione indiretta nel caso di dazione di una somma di denaro, ove, accertato lo specifico fine di permettere al beneficiario con la detta di procurarsi l'acquisto di un bene (Sez. 6-2, n. 18541 del 2/9/2014, Rv. 632422; Sez. 2, n. 26746 del 6/11/2008, Rv. 605904; Sez. 2, n. 4015 del 27/2/2004, Rv. 570643; Sez. 2, n. 3642 del 24/2/2004, Rv. 570449; Sez. 2, n. 502 del 15/1/2003, Rv. 559753). Altre, di segno contrario (Sez. 2, n. 4711 del 19/10/1978, Rv. 394403; Sez. 3, n. 1771 del 28/6/1963, Rv. 262712), hanno ritenuto che la consegna gratuita del denaro costituisce donazione diretta. In presenza di negotium mixtum cum donatione (negozio oneroso con previsione di un corrispettivo a prezzo vile) non si è dubitato della ricorrenza della donazione indiretta (Sez. 2, n. 1955 del 30/1/2007, Rv. 594939; Sez. 2, n. 13337 del 776/2006, n. 589816, Sez. 2, n. 1214 del 10/2/1997, Rv. 502306; Sez. 2, n. 1266 del 27/2/1986, Rv. 444716; Sez. 1, n. 201 del 28/1/1972, Rv. 355996; Sez. 2, n. 833 del 24/3/1971, Rv. 3500685). Ad analoga conclusione si è giunti per il contratto a favore del terzo (Sez. 1, n. 2727 del 29/7/1968, Rv. 335312; Sez. 2, n. 1277 del 21/4/1956, Rv. 880451).

Ci sono poi sentenze che hanno individuato la distinzione tra una donazione indiretta e diretta nel mezzo utilizzato. Ed altre ancora che hanno escluso ricorrere l'ipotesi della donazione indiretta per l'assenza di autonomia dell'effetto della gratuità, o per l'assenza di un contratto commutativo, che conservi la propria autonomia sostanziale, in quanto attui un effettivo scambio di beni o diritti, sia pure di valore non equivalente ed implicante una attribuzione patrimoniale in favore di una delle parti, e, di conseguenza, resti assoggettato alla disciplina giuridica che gli è propria anche per la parte rivolta all'indiretta realizzazione di detta liberalità. E così anche la dottrina non ha offerto

soluzioni univoche. In definitiva, se è chiaro il meccanismo di funzionamento, non lo è altrettanto a riguardo della strada percorribile (necessità di almeno due negozi, di almeno uno o anche di un solo atto materiale).

Pertanto, urge la necessità di ricomporre il quadro frammentato, che si è cercato di descrivere, con l'autorevolezza delle S.U., “in quanto oltre alla mancanza di apprezzabilmente uniforme interpretazione, largamente inquinata dai turbamenti del caso concreto, la questione si carica di particolare rilievo ove si consideri che le operazioni in discorso assumono assai di sovente funzione trans o post mortem, e quindi, il significato di regolamento ultimo, non più emendabile. Per contro, non può obliterarsi l'esigenza, sottesa alla prescrizione della forma solenne imposta dal legislatore in materia di donazione diretta, di circondare con particolari cautele la determinazione con la quale un soggetto decide di spogliarsi, senza corrispettivo di uno, più o di tutti i suoi beni”.

#### **4.3 Sentenza Corte Cassazione Civile S.U. n. 18725/2017.**

A detta della suprema Corte il trasferimento di strumenti finanziari dal conto deposito titoli intestato al beneficiante disponente a quello intestato al beneficiario, da eseguire mediante un ordine di bonifico impartito da parte del disponente: **non rientra entro il perimetro delle donazioni indirette, bensì, si tratta di una donazione tipica, seppur ad esecuzione indiretta.** Ne consegue che è necessaria la forma dell'atto pubblico ex art. 782 c.c., alla presenza dei testimoni, salvo il caso in cui si tratti di donazione di modico valore.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno, così, risolto la controversa questione della natura dell'operazione attributiva di strumenti finanziari dal patrimonio del beneficiante in favore di un altro soggetto, compiuta a titolo liberale attraverso una banca chiamata a dare esecuzione all'ordine di trasferimento dei titoli impartito dal titolare con operazioni contabili di addebitamento e di accredito, ed hanno escluso che una simile operazione rientri nel perimetro delle liberalità indirette, trattandosi invece di una donazione tipica.

Il trasferimento di ricchezza attuato donandi causa a mezzo banca è dunque subordinato all'adozione dello schema formale-causale tipico della donazione. Secondo le Sezioni Unite, la configurazione della donazione come un contratto tipico a forma vincolata e sottoposto a regole inderogabili, obbliga a far ricorso a questo contratto per realizzare il passaggio immediato per spirito di liberalità di ingenti valori patrimoniali da un soggetto

ad un altro, non essendo ragionevolmente ipotizzabile che il legislatore consenta il compimento in forme differenti di uno stesso atto, imponendo, però, l'onere della forma solenne soltanto quando le parti abbiano optato per il contratto di donazione. Ed il trasferimento di ingenti valori patrimoniali ricorre nell'ipotesi in cui venga impartito alla banca un ordine di bonifico bancario. In precedenti occasioni è stato affermato che costituisce una donazione diretta il trasferimento del libretto di deposito a risparmio al portatore, effettuato dal depositante al terzo possessore al fine di compiere una liberalità.

*"La donazione indiretta, concepita come mezzo per conseguire, attraverso l'utilizzazione di un negozio con causa tipica, un risultato pratico da questa divergente, non è configurabile rispetto ai titoli di credito astratti, suscettibili di realizzare in modo diretto qualsiasi scopo voluto dalle parti" (Cass. 23 febbraio 1973, n. 527).*

*"Le liberalità attuate a mezzo di titoli di credito non sono donazioni indirette, ma donazioni dirette. Qualora un assegno bancario venga emesso a titolo di donazione, l'opponibilità, nel rapporto diretto con il prenditore, di tale contratto sottostante (senza che possano invocarsi le limitazioni probatorie di cui all'art. 2722 cod. civ., non vertendosi in tema di prova contraria al contenuto di un documento) implica anche la possibilità di dedurre la nullità della donazione medesima, per carenza della prescritta forma" (Cass. 30 luglio 1990, n. 7647).*

Rientra dunque nel perimetro della donazione diretta l'elargizione di somme di denaro di importo non modico mediante assegni circolari.

*"Ai fini della configurabilità della donazione indiretta d'immobile, è necessario che il denaro venga corrisposto dal donante al donatario allo specifico scopo dell'acquisto del bene o mediante il versamento diretto dell'importo all'alienante o mediante la previsione della destinazione della somma donata al trasferimento immobiliare. Non ricorre, pertanto, tale fattispecie quando il danaro costituisca il bene di cui il donante ha inteso beneficiare il donatario e il successivo reimpiego sia rimasto estraneo alla previsione del donante. (Nel caso di specie la Suprema Corte ha stabilito che la mera elargizione di somme di danaro mediante assegni circolari, non potesse qualificarsi donazione indiretta ed ha dichiarato invalido il negozio concluso per il difetto di forma solenne)" (Cass. 6 novembre 2008 n. 26746).*

*"Rientra nel perimetro della donazione diretta l'accollo interno con cui l'accollante, allo scopo di arricchire un familiare con proprio impoverimento, si sia impegnato nei confronti di quest'ultimo a pagare all'istituto di credito le rate del mutuo bancario dal medesimo contratto, rilevandosi che la liberalità non è un effetto indiretto, ma la causa dell'accollo. Poiché con la donazione indiretta le parti realizzano l'intento di liberalità utilizzando uno schema negoziale avente causa diversa, configura piuttosto una donazione diretta l'accollo interno con cui l'accollante, allo scopo di arricchire la figlia con proprio impoverimento, si sia impegnato nei confronti di quest'ultima a pagare all'Istituto di credito le rate del mutuo bancario dalla medesima contratto, atteso che la liberalità non è un effetto indiretto ma la causa dell'accollo, sicché l'atto – non rivestendo i requisiti di forma prescritti dall'art. 782 c.c. – deve ritenersi inidoneo a produrre effetti diversi dalla "soluti retentio" di cui all'art. 2034 c.c." (Cass. 30 marzo 2006 n. 7507).*

È, dunque, **nulla la donazione**, per mancanza di atto pubblico, di bonifico di una somma di denaro effettuato per spirito di liberalità, e cioè senza che l'operazione bancaria sia

motivata dal fatto di essere il pagamento di un prezzo di un bene acquistato o di un servizio ricevuto dal beneficiario del bonifico. Un'evidente conseguenza di una donazione nulla è che se poi il donante venisse a mancare, i suoi eredi hanno diritto a farsi restituire la somma donata dal donatario, a prescindere dal fatto che la donazione sia, o meno, lesiva dei diritti di legittima: donazione nulla infatti significa che il bene donato non è mai uscito dalla sfera giuridica del donante e che, quindi, egli (o, appunto, il suo erede) ha il diritto di pretenderne la restituzione. Se invece si abbia una donazione valida occorre che essa sia lesiva della quota di legittima per poter essere contestabile dagli eredi del donante.

Altra situazione nella quale è evidente il carattere diretto della donazione è quella della consegna *brevi manu* di un titolo al portatore (ad esempio, un libretto bancario o postale) oppure nella emissione di un assegno, bancario o circolare, a favore del donatario.

Si ha, invece, secondo le Sezioni Unite (la sentenza 18725/2017 ha infatti anche il merito di contenere una articolata elencazione di tutti questi casi, ben motivati uno per uno), una donazione indiretta, priva del requisito formale:

- con il cosiddetto contratto a favore di terzo che si configura, ad esempio, versando una somma su un conto cointestato e, quindi, in sostanza, arricchendo il cointestatario che beneficia dell'altrui versamento;
- con il pagamento di un debito altrui (si pensi al genitore che paga il mutuo del figlio);
- con il pagamento di un prezzo dovuto da altri (si pensi al genitore che paga il prezzo dell'appartamento che viene intestato al figlio);
- con la vendita di un bene a un prezzo irrisorio (che è una donazione per la differenza tra il valore del bene e il prezzo pagato);
- con la rinuncia a un credito a favore del debitore.

Ebbene, in conclusione, secondo le Sezioni Unite la donazione di strumenti finanziari dal conto deposito titoli intestato al beneficiante disponente a quello intestato al beneficiario, da eseguire mediante un ordine di bonifico impartito da parte del disponente, è nulla ove manchi la forma prescritta per le donazioni, con la conseguenza che, una volta apertasi la successione del donante, l'acquisto del donatario può essere compromesso dalle pretese degli eredi del donante, qualora rivendichino la somma donata eccependo l'invalidità del titolo traslativo.

### Note e riferimenti bibliografici:

- Guida “Donazioni consapevoli” Consiglio Nazionale del Notariato;
  - [www.notariato.it](http://www.notariato.it)
1. Dalla *RELAZIONE DEL MINISTRO GUARDASIGILLI DINO GRANDI AL CODICE CIVILE DEL 4 APRILE 1942, si legge che* “Un emendamento formale ho apportato all'art. 809 del c.c., che disciplina le così dette donazioni indirette, parlando, anziché di «atti di liberalità diversi dalla donazione», di «liberalità che risultano da atti diversi da quelli previsti dall'articolo 769». La formula è connessa alla definizione della donazione data in quell'articolo, e vuol far riferimento appunto a quelle liberalità compiute senza porre in essere un contratto di donazione”.
  2. Cass. Civ. n. 1214/1997.
  3. Cass. Civ. n. 13684/2014.
  4. A. PALAZZO, *ad vocem Donazione*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, VII, Torino, 1998, p.153.
  5. A. AURICCHIO, *ad vocem Negozio indiretto*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1957, pp.221 ss.
  6. A. PALAZZO, *I singoli contratti. Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, 2, Torino, 2000, 350; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, p.864.
  7. Cass. Civ. n. 5333/2004; Cass. n. 4623/2001; Cass. Civ. n. 642/2000; Cass. Civ.n. 3499/1999; Cass. Civ., n. 13630/1992.
  8. Cass. Civ. N.23215/2010.
  9. Cass. Civ. n. 1146/2010.

# I REATI CULTURALMENTE ORIENTATI

***La 'sala degli specchi' del Codice penale è salva (forse). Una rassegna giurisprudenziale sul tema dei reati culturalmente orientati e la rilevanza attribuita dalla Corte di Cassazione alla categoria delle 'scriminanti culturali'.***

**Michele Motta** - Pubblicazione, venerdì 13 ottobre 2017

Redattore: **Emmanuel Luciano**

**Sommario:** 1. Premessa - 2. La nozione di reato culturalmente orientato e la categoria delle scriminanti culturali - 3. Gli interventi della giurisprudenza di legittimità. - 3.1. Il caso dell'indiano "Sikh". - 3.2. Il caso della sposa bambina indiana. - 3.3. Il caso del marocchino, di fede musulmana, violento con i membri della propria famiglia. - 3.4. Il caso dei bambini 'rom' costretti all'accattonaggio. - 4. Considerazioni conclusive.

## 1. Premessa.

Il fenomeno dell'immigrazione, di stampo *immediatamente* sociologico-culturale (idiomi, piatti, e tradizioni folcloristiche non conosciute fino ad un ventennio addietro), porta in seno anche una serie di conseguenze *mediatamente* giuridiche.

Alcune hanno *natura fisiologica*, attenendo strutturalmente alla civile convivenza di etnie, diverse e diversificate, all'interno dello stesso luogo (si pensi alla questione concernente la legittimità, o meno, della presenza di alcuni simboli, quali il crocifisso, all'interno dei luoghi aperti al pubblico); altre, viceversa, esprimono la *patologica incompatibilità* tra l'ordinamento giuridico penale interno e le regole vigenti nel paese di origine.

L'ordinamento giuridico interno ritiene di dover predominare sulle regole del 'singolo gruppo etnico', in quanto espressione della 'cultura locale maggioritaria' (1); il secondo, invece, pretende che il primo si declini parzialmente, prendendo atto della sempre più imponente immagine che la multietnia riflette allorché, slegata dalle catene che tentavano di arginare il problema, si è diretta verso la 'sala degli specchi' del Codice Penale Italiano.

## 2. La nozione di reato culturalmente orientato e la categoria delle scriminanti culturali.

La categoria dei 'reati culturalmente orientati' rappresenta quasi certamente il vessillo delle conseguenze giuridico-patologiche dell'immigrazione, ed è proprio tale fenomeno ad aver necessitato di un cospicuo intervento della giurisprudenza di merito e di legittimità, altresì suscitando, e non poco, l'attenzione della più oculata dottrina.

Il reato può dirsi 'culturalmente orientato' allorché sussistano due diverse condizioni: la prima, di carattere obiettivo, richiede che il comportamento integri una fattispecie di reato secondo l'ordinamento giuridico penale interno; la seconda, di carattere soggettivo, richiede che l'azione delittuosa sia realizzata da un immigrato, o comunque da un appartenente ad una cultura minoritaria, il cui gruppo di appartenenza giustifica, accetta, promuove o approva il comportamento realizzato.

Ci si domanda, a questo punto, se le esimenti disciplinate all'interno del Codice Penale possano trovare applicazione allorché il sostrato sia di natura (non giuridica ma) sociale, culturale o religiosa.

Rispondere affermativamente all'interrogativo, vorrebbe dire ampliare lo spazio di operatività del 'giustificabile' (e, contestualmente, ridurre l'operatività del 'penalmente rilevante'), dando così cittadinanza giuridica alla categoria delle cd. 'scriminanti culturali', che si posizionerebbero *a latere* delle ordinarie 'scriminanti giuridiche'. Rispondere negativamente, invece, vorrebbe dire porre un 'freno' alle spinte esogene impedendo, *in extremis*, l'irruzione alla sala degli specchi.

La risoluzione dell'enigma diventa particolarmente complessa allorché entrano in gioco diritti costituzionalmente garantiti, i quali necessitano di un'inevitabile bilanciamento, a scapito dell'uno o dell'altro termine dell'alternativa.

In altre parole: il consenso dell'avente diritto, di cui all'art. 50, o l'esercizio di un diritto, di cui all'art. 51, possono essere invocati per giustificare il maltrattamento verso i membri della propria famiglia, sulla base di una asserita legittimazione religiosa alla correzione patriarcale?

Possono essere invocati per esimere le pratiche di infibulazione femminile, realizzate nel territorio italiano, sul presupposto di una legittimazione di matrice cultural-religiosa, o le pratiche di violenza sessuale, realizzate su spose-bambine ad opera dei loro 'mariti', sul



presupposto di un doveroso adempimento ai doveri coniugali, secondo quanto consentito nel paese di origine?

Può essere invocata l'ala protettrice delle esimenti a giustificazione dello sfruttamento dei minori - indotti a lavorare precocemente, ad accattonare, rubare o rapinare - in ragione dell'asserita prassi identificativa di un'etnia (rom), che qualifica tali condotte come 'ordinari comportamenti di un vero e proprio sistema di vita'?

L'adempimento di un dovere, scriminante di cui all'art. 51, può operare allorché il 'dovere' da adempiere, sebbene integri un comportamento giuridicamente contrario all'ordine pubblico (la conduzione di un'arma astrattamente idonea a recare offesa personale), sia contestualmente l'espressione prima di un credo religioso?

### **3. Gli interventi della giurisprudenza di legittimità.**

Su questi importanti interrogativi non è mancata l'elaborazione della giurisprudenza di legittimità, la quale ha affermato la predominanza del sistema interno sulle condotte dei gruppi etnici allorché i comportamenti posti in essere da questi ultimi, lungi dal rappresentare fisiologiche manifestazioni di una diversità tollerabile, sfocino in patologiche incompatibilità con il tessuto penalistico.

#### **3.1. Il caso dell'indiano "Sikh".**

Così, recentemente (2), la Corte si è occupata del caso di un indiano "sikh", accusato del reato di cui all'art. 4 legge n. 110 del 1975, perché *"portava fuori dalla propria abitazione senza un giustificato motivo, un coltello della lunghezza complessiva di cm 18,5 idoneo all'offesa per le sue caratteristiche"*.

Intimatagli la consegna, da parte dell'autorità locale, aveva rifiutato di adempiere adducendo la liceità del proprio comportamento alla luce dei precetti religiosi di appartenenza, secondo i quali gli elementi identificativi del turbante e del coltello dovessero essere continuamente recati con sé.

Il giudice di merito aveva già condannato l'indiano, sul presupposto del tradizionale insegnamento secondo il quale le consuetudini (per di più, nel caso di specie, qualificabili come tali unicamente nel paese di origine) non potessero avere, nell'ambito del diritto penale, alcuna funzione abrogatrice.

Nonostante l'imputato, dinanzi alla Corte di legittimità, avesse invocato l'art. 19 della

Costituzione a tutela del proprio comportamento, quest'ultima rigetta il ricorso, affermando che una società multietnica votata alla pacifica convivenza, se è vero che non richiede un abbandono *a priori* delle pratiche culturali e religiose diffuse nel paese di provenienza, in coerenza con il pluralismo promosso dall'art. 2 Cost., impone per contro un limite invalicabile di fronte a comportamenti lesivi della dignità umana e dei valori della società ospitante. Di tali valori, e delle leggi vigenti nel paese in cui lo straniero sceglie liberamente di soggiornare, questi è tenuto a prenderne notizia prima del suo insediamento (all'occorrenza con l'aiuto di esperti del diritto) al fine di conoscere se, e in che misura, alcune delle proprie abitudini siano, all'interno del paese ospitante, ritenute intollerabili e pertanto oggetto di repressione penale.

### **3.2. Il caso della sposa bambina indiana..**

La Corte ha avuto modo di esprimersi (3) sulla responsabilità da attribuire al padre di una sposa-bambina indiana, rimasto inerme di fronte alle richieste di aiuto della figlia, così assecondando i soprusi sessuali del genero. La condotta omissiva adottata veniva giustificata sul presupposto che la sopraffazione nei confronti della moglie fosse, all'interno del contesto culturale indiano, condotta diffusa e socialmente tollerata.

Nel giudizio di merito, il G.U.P. condannava il genero (anch'esso minorenni) per il reato di maltrattamenti e per quello di violenza sessuale; per contro, riteneva che il padre della ragazza fosse colpevole unicamente del reato di maltrattamenti, non ritenendo che sussistessero gli estremi del concorso nel reato di violenza sessuale, che risultava pertanto 'assorbito'.

Il sostrato culturale indiano giustificava, a detta del G.U.P., la condotta connivente del padre che tollerava l'azione del genero nonostante le ripetute lamentele della giovane figlia. È intervenuta, su ricorso del Procuratore Generale della Corte d'Appello, la Corte di Cassazione.

In primo luogo, questa rimprovera al G.U.P. la superficialità mostrata nell'aver attribuito al padre della sposa-bambina una 'patente di sub-cultura', sulla quale far leva per esimerlo dal concorso (omissivo) nel reato di violenza sessuale. Atteso che nessuna 'scriminante culturale' possa essere legittimamente invocata, il caso in esame deve essere analizzato al pari di ogni altra azione delittuosa concorsuale.

In particolare, la causalità omissiva nel reato omissivo improprio è configurabile, ex artt. 40 co 2 e 110 cod. pen., a condizione:

- che l'omittente abbia, nei confronti del soggetto passivo, una posizione di garanzia; - che sia a conoscenza dell'azione doverosa su di lui incombente al ricorrere di una certa situazione tipica di obbligo;
- che sia a conoscenza dell'evento o comunque abbia la possibilità di conoscerlo (conoscibilità);
- che abbia la possibilità soggettiva di impedirlo;
- che sussista un nesso di condizionamento tra l'azione omissiva e l'evento.

Nel caso di specie, afferma il Collegio, si è instaurato un vero e proprio 'triangolo', caratterizzato in particolare da un 'patto di ferro' tra genero e suocero, allorché quest'ultimo costringeva la figlia a soddisfare i desideri sessuali del marito non assecondando la sua volontà contraria. Egli, titolare di una posizione di protezione nei confronti del bene giuridico 'integrità psico-fisica' della figlia, in luogo di impedire la realizzazione dell'evento lesivo, di cui era a conoscenza, e che aveva la possibilità di impedire, contribuiva, con la propria condotta omissiva, alla sua effettiva verifica. Pertanto, la Corte estende la responsabilità del padre a titolo di concorso omissivo improprio nel reato di violenza sessuale, non potendo essere riservata alcuna rilevanza giuridica alla scriminante culturale invocata.

### **3.3. Il caso del marocchino, di fede musulmana, violento con i membri della propria famiglia.**

In un'altra occasione (4) la giurisprudenza di legittimità ha ribadito il costante insegnamento in tema di esimenti culturali.

In primo luogo ha ribadito la sussistenza dell'obbligo giuridico, gravante in capo a chi si inserisca in un contesto culturale diverso da quello di provenienza, di verificare la compatibilità del proprio stile di vita rispetto all'ordinamento giuridico del paese di destinazione. Successivamente, ha escluso l'invocabilità dell'esimente dell'esercizio di un diritto, anche nella forma 'putativa' (ex artt. 51 e 59 co 4 cod. pen.), da parte dello straniero - marocchino di fede musulmana - il quale avrebbe sottoposto la moglie a percosse e maltrattamenti vari, durante i diffusi stati di ubriachezza, costringendola a rapporti sessuali (anche durante l'avanzato stato di gravidanza della stessa), nonché omettendo la corresponsione dei mezzi di sussistenza necessari al sostentamento della stessa e della prole. Queste condotte, statuisce la Corte, sarebbero contrarie a qualsiasi principio, non rappresentando espressione di alcun contesto culturale straniero, a

maggior ragione di quello di appartenenza dell'imputato, avendo chiarito lo stesso ricorrente, in una propria memoria, come *"esuli dalla cultura del marocchino di fede musulmana di stretta osservanza non prendersi cura del primo figlio di sesso maschile, specie nella prima infanzia, privandolo del necessario"* (5).

### **3.4. Il caso dei bambini 'rom' costretti all'accattonaggio.**

Alcuni anni fa, la Corte di Cassazione (6) valutava preliminarmente la questione concernente l'operatività dell'esimente, e in subordine quella concernente la qualificazione giuridica, con riferimento al reato compiuto dai genitori rom, nei confronti dei figli minori, costretti a tenere condotte di accattonaggio.

Con riguardo al primo profilo, la Corte esclude la possibilità di invocare, in tema di riduzione e mantenimento in servitù (art. 600 c.p.), la causa di giustificazione dell'esercizio del diritto, per richiamo alle consuetudini delle popolazioni zingare di usare i bambini nell'accattonaggio, essendo l'efficacia di una consuetudine subordinata all'espresso richiamo da parte di una legge, secondo il principio di gerarchia delle fonti di cui all'art. 8 delle disposizioni preliminari al codice civile.

Con riguardo poi alla richiesta di ricondurre la condotta, tutt'al più, nell'ambito di operatività del (più mite) reato di maltrattamento (art. 572 cod. pen.), piuttosto che in quello (più grave) del reato di riduzione e mantenimento in schiavitù (art. 600 cod. pen.), valorizzando il rilievo per cui, alla luce delle millenarie tradizioni afferenti i popoli di etnia rom, l'accattonaggio sarebbe espressione di un vero e proprio sistema di vita, la Corte ribadisce la correttezza della qualificazione giuridica compiuta dalle precedenti elaborazioni giurisprudenziali. Ritiene pertanto che siano ravvisabili gli estremi del reato di riduzione in schiavitù nella condotta di colui che mantiene lo stato di soggezione continuativa del soggetto passivo, senza che la sua mozione culturale o di costume possa dirsi idonea ad escludere l'elemento psicologico del reato.

### **4. Considerazioni conclusive.**

La sala degli specchi è salva. Forse. O quantomeno quella italiana.

Attesa l'indiscutibile correttezza giuridica (e la totale condivisibilità) dell'elaborazione ermeneutica della Corte di legittimità, ritengo tuttavia che non meriti di essere sottovalutato - né tantomeno denigrato - lo 'straniamento' percepito dallo straniero che si veda condannare alla luce di un sistema di regole profondamente diverso da quello di

origine.

Straniamento che, (per quanto sia pacificamente irrilevante sotto il profilo delle conseguenze giuridiche), può essere compreso solo invertendo le posizioni ed indossandone i panni.

Ed eravamo stranieri, noi italiani, quando l'opinione pubblica fu indignata alla notizia dell'arresto (e della successiva condanna da parte del tribunale svedese), di un italiano accusato di aver percosso il figlio al ristorante (7); in quell'occasione, un ragionamento logico-giuridico avrebbe forse dovuto prendere il posto dell'aspra polemica generatasi, e la cui eco, ancor oggi, riecheggia nella 'sala degli specchi' del codice. Quello svedese, però.

Potrebbe allora concludersi - in maniera volutamente provocatoria - che, *mutatis mutandis*, l'atteggiamento di plauso (indiscusso) verso l'elaborazione della Corte di legittimità, per dirsi totalmente coerente, dovrebbe essere necessariamente accompagnato dalla consapevolezza che, in diritto come in ogni altra scienza esatta, ad ogni formula *diretta* ne corrisponde una *inversa*. E che non può accettarsi la veridicità scientifica e i meccanismi di funzionamento della prima, se non accettando la condizione di esistenza della seconda.

#### **Note e riferimenti bibliografici**

(1) per tutti BASILE, *immigrazione e reati culturalmente motivati*. Il diritto penale nelle società multiculturali, Milano, 2010.

(2) Cassazione Penale, Prima Sezione, n° 24084/2017.

(3) Cassazione Penale, Terza Sezione, n° 40663/2016.

(4) Cassazione Penale, Terza Sezione, n° 14960/2015.

(5) Nel caso di specie potrebbe persino giungersi ad escludere la riconducibilità del caso di specie nell'alveo dei 'reati culturalmente orientati'. Ove si aderisse alla ricostruzione dottrinale enunciata in precedenza, rileverebbe l'assenza del secondo requisito, di carattere subiettivo, secondo il quale potrebbe aversi tale tipologia di reato solo a condizione (necessaria ma non sufficiente) che la condotta posta in essere sia tollerata, approvata o promossa dal gruppo etnico di appartenenza. Ne conseguirebbe, pertanto, la configurazione del reato *de quo* come reato ordinario.

(6) Cassazione Penale, Quinta Sezione, n° 37368/2012.

(7) L'uomo aveva contravvenuto ad una legge svedese, vigente sin dagli anni '60, che impedisce ogni forma di offesa (anche lieve) nei confronti dei minori. Venne pertanto condannato al pagamento di 725 euro.

# LA NOZIONE DI TITOLARE EFFETTIVO DELLA SOCIETÀ NELLA NUOVA NORMATIVA ANTIRICICLAGGIO

*Gli incerti confini della nozione di titolare effettivo: un caso pratico.*

Carlo De Dominicis - Pubblicazione, lunedì 16 ottobre 2017  
Redattore: Rosa Mugavero

**Sommario:** 1. Premessa; 2. Il concetto di "titolare effettivo" nell'ambito della normativa antiriciclaggio (brevi cenni); 3. L'individuazione del titolare effettivo alla luce delle modifiche introdotte dal decreto legislativo n. 90 del 25 maggio 2017; 4. Conclusioni.

*L'articolo è stato scritto a firma congiunta con la dott.ssa Chiara Turco.*

## 1. Premessa.

Il presente articolo si pone come obiettivo, senza alcuna pretesa di esaustività, quello di fornire una prima chiave di lettura della normativa di recepimento della **Direttiva 2015/849 UE, c.d. IV Direttiva AML**; si precisa che ai fini di tutela della privacy delle società coinvolte in un caso analogo, i nomi riportati sono di assoluta fantasia.

Ci è stata sottoposta la seguente fattispecie: Alfa S.p.A. (di seguito "**Alfa**"), è un'entità di diritto italiano – facente parte di un gruppo controllato da due fondi di diritto inglese.

Alfa è una società per azioni detenuta al 100% dalla società italiana Alfa Group S.p.A. il cui socio di maggioranza per poco meno dell'80% è la società lussemburghese Beta S.à.r.l., la cui, invece, quasi totalità del capitale sociale è così detenuta:

- per oltre il 60% dal fondo Gamma L.P. il cui *general partner* è il fondo Delta LP Inc. a sua volta rappresentato dal *general partner* Epsilon Management Limited, quest'ultimo gestito da un consiglio di amministrazione composto esclusivamente da persone fisiche, e
- per oltre il 20% dal fondo Omega L.P. il cui *general partner* è il fondo Zeta L.P., a sua volta rappresentato dal *general partner* Sigma L.L.C., anche quest'ultimo gestito da un consiglio di amministrazione composto esclusivamente da persone fisiche.

Sulla scorta di tale fattispecie, ci è stato formulato il seguente quesito:

*“Tenuto conto:*

- a. *delle modifiche apportate dal Decreto Legislativo no. 90 del 25 maggio 2017 alla normativa antiriciclaggio e, in particolare, ai criteri di individuazione del titolare effettivo, e*
  - b. *dell’assetto proprietario di Alfa*
- quali impatti si producono sul procedimento di individuazione del titolare effettivo della Società?”*

La risposta al quesito – è opportuno premettere – sarà povera di riscontro dottrinale e/o giurisprudenziale essendo recentissima l’adozione del Decreto Legislativo 25 maggio 2017, n. 90 (di seguito il “**D.lgs. n. 90/2017**”).

## **2. Il concetto di "titolare effettivo" nell'ambito della normativa antiriciclaggio (brevi cenni).**

Il Decreto Legislativo n. 231 del 2007 (di seguito il “**Decreto Antiriciclaggio**” o anche solo il “**Decreto**”) rappresenta il *corpus* centrale della normativa italiana antiriciclaggio. Tale provvedimento – così come modificato dal D.lgs. n. 90/2017 – contiene misure stringenti destinate a rafforzare la strategia non solo di contrasto, ma anche di prevenzione dei reati di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo al fine di tutelare l’integrità e la stabilità del sistema economico-finanziario.

Il fulcro del Decreto Antiriciclaggio – e, pertanto, dell’intera normativa – risiede nell’espletamento, da parte dei destinatari, di taluni obblighi (detti per l’appunto “obblighi antiriciclaggio”) modulati sulla base delle attività svolte dal singolo soggetto coinvolto, tra cui l’obbligo di adeguata verifica della clientela e, in particolare, l’obbligo d’identificazione del titolare effettivo cui fa da contraltare quello speculare – gravante in capo alla clientela – di fornire tutte le informazioni necessarie ai fini dell’identificazione di tale soggetto.

La figura del titolare effettivo, in ambito antiriciclaggio, è stata introdotta dal GAFI<sup>[1]</sup> nelle 40 Raccomandazioni<sup>[2]</sup> sotto la voce “*beneficial owner*”. Tale espressione si riferisce alla persona fisica (o alle persone fisiche) a beneficio della quale (o delle quali) è fatta una certa transazione o, nel caso di persone giuridiche, alla persona fisica (o alle persone fisiche) che in ultima istanza possiede o controlla una certa entità giuridica.

In materia di titolarità effettiva, si è assistito nel corso degli anni a una costante

evoluzione finalizzata a specificarne la definizione e ad allargare il novero di soggetti richiamati dalla norma al fine di ridurre quanto più possibile le difficoltà riscontrate in caso di strutture societarie complesse.

Al riguardo, giova ricordare che, già nella definizione europea di titolare effettivo contenuta nella “Terza Direttiva Antiriciclaggio”<sup>[3]</sup>, si faceva riferimento alla nozione di proprietà diretta ed indiretta di una data percentuale del capitale sociale del cliente<sup>[4]</sup>, oltre alla previsione di ulteriori criteri identificativi basati sul controllo, ricorrendo alla titolarità di diritti di voto e ad una generica previsione di “altre forme di controllo” esercitate sulla medesima per l’individuazione del titolare stesso.

Allo stesso modo, l’articolo 2 dell’allegato tecnico al Decreto *ante-riforma* recepiva tali nuove precisazioni senza fornire, tuttavia, alcuna informazione di dettaglio sulla soglia di rilevanza della titolarità di azioni, che è stata poi individuata nell’allegato n.1 del provvedimento di Banca d’Italia del 3 aprile 2013 (c.d. Provvedimento di adeguata verifica) in una percentuale superiore al 25% del capitale sociale o dei diritti di voto.

### **3. L’individuazione del titolare effettivo alla luce delle modifiche introdotte dal decreto legislativo n. 90 del 25 maggio 2017.**

Il D.lgs. n. 90/2017 ha modificato la menzionata definizione di titolare effettivo fornita dal Decreto Antiriciclaggio.

Sulla scorta delle modifiche intervenute, ai sensi dell’articolo 1, comma 2, lettera *pp*), del Decreto<sup>[5]</sup>, per titolare effettivo deve generalmente intendersi “*la persona fisica o le persone fisiche, diverse dal cliente, nell’interesse della quale o delle quali, in ultima istanza, una determinata prestazione professionale è resa o un’operazione è eseguita*”, con la precisazione fornita dall’articolo 20, primo comma, del Decreto<sup>[6]</sup> che per i clienti diversi dalle persone fisiche “*il titolare effettivo [...] coincide con la persona fisica o le persone fisiche cui, in ultima istanza, è attribuibile la proprietà diretta o indiretta dell’ente ovvero il relativo controllo*”.

Più precisamente, il Legislatore – al fine di intervenire su un quadro normativo *ante-riforma* che appariva non sufficientemente esaustivo e, in particolare, con il preciso obiettivo di limitare le difficoltà emerse fino a quel momento nell’individuazione del titolare effettivo nelle ipotesi di complessità delle strutture societarie o di frazionamento della proprietà societaria (*e.g.* società quotate) – ha formulato **tre distinti criteri**<sup>[7]</sup> legati tra loro da un rapporto di sussidiarietà e alternatività che, in via del tutto teorica (in



assenza della normativa di secondo livello<sup>[8]</sup>), dovrebbero consentire una più agevole individuazione della titolarità effettiva.

**A) Il primo dei tre criteri postulati all'articolo 20 del Decreto si fonda sulla mera analisi dell'assetto proprietario della società cliente.**

In tal senso, dovendosi ricondurre la titolarità effettiva di una società di capitali alla persona fisica (o alle persone fisiche) cui è attribuibile la proprietà della stessa, il Legislatore si è premurato di definire la “proprietà diretta” quale detenzione di una partecipazione superiore al 25% del capitale della società cliente e la “proprietà indiretta” quale possesso di partecipazioni in misura superiore al 25% posseduto per il tramite di altre società controllate, fiduciarie o per interposta persona.

Sulla base dell'assetto proprietario del gruppo di cui fa parte Alfa e rappresentato dalla Funzione Compliance di tale società, tuttavia, non esistono soggetti-persone fisiche che detengono, direttamente o indirettamente, una quota superiore al 25% del capitale sociale.

**B) Nell'impossibilità di individuare un titolare effettivo sulla base degli assetti proprietari occorre esaminare il secondo criterio previsto dall'articolo 20, del Decreto.**

In quest'ipotesi, l'elemento discriminante è quello del controllo dell'ente dovendosi ritenere come titolare effettivo, *“la persona fisica o le persone fisiche cui è attribuibile il controllo della società in forza:*

- a. *del controllo della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria;*
- b. *del controllo di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante in assemblea ordinaria;*
- c. *dell'esistenza di particolari vincoli contrattuali che consentano di esercitare un'influenza dominante.”*

Con la nuova formulazione della norma, il Legislatore – nel tentativo di individuare il titolare effettivo nei casi di eccessiva complessità dell'assetto proprietario – sposta il fulcro dell'analisi sul controllo dell'ente, identificandolo nella titolarità di diritti di voto o in ogni altra modalità di partecipazione al capitale o al patrimonio dell'ente o di preposizione ad organi o, ancora, nella direzione, amministrazione o controllo della società<sup>[9]</sup>.

Tuttavia, se da una parte non si può non riconoscere e apprezzare lo sforzo compiuto dal Legislatore nel fornire strumenti idonei ad una più agevole individuazione del titolare effettivo, allo stesso modo non può di certo esser taciuta l'oscurità delle nuove disposizioni riscontrabile – specialmente in riferimento ai criteri di cui al terzo e quarto comma – al momento della loro concreta applicazione.

Per queste ragioni, considerata la totale assenza di osservazioni sulle disposizioni di neo introduzione, non resta che cercare un qualche supporto nei commenti formulati dalla dottrina in riferimento a fattispecie simili a quelle prese in esame.

Ad esempio, i commenti formulati in materia di controllo societario (così come delineato dall'articolo 2359 del Codice Civile) – malgrado non trovino espressa applicazione alle ipotesi in cui il controllo di una società sia esercitato da una persona fisica – potrebbero comunque consentire al lettore di approcciarsi per la prima volta alla nuova norma in modo più consapevole.

A tal riguardo il Codice Civile, così come il comma terzo dell'articolo 20 del Decreto, riconosce ed individua tre distinte tipologie di controllo:

- (i) il controllo azionario di diritto;
- (ii) il controllo azionario di fatto, e
- (iii) il controllo contrattuale.

Sulla base di quanto ritenuto da autorevole dottrina, la tipologia di controllo di cui al punto (i), sembrerebbe concretizzarsi qualora uno soggetto disponga della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria<sup>[10]</sup>. In tal caso, la capacità di esercitare un controllo sulla società risulta evidente in quanto il soggetto controllante è in grado, tra l'altro, di nominare gli amministratori.

A tal proposito, appare opportuno specificare che – in questa fattispecie– il concetto di “disponibilità dei voti” prescinde dalla titolarità di un diritto di proprietà sulle partecipazioni dal momento che la medesima tipologia di controllo può avverarsi anche nei casi di pegno e usufrutto, purché siano di durata sufficiente ad assicurare una stabile influenza.

Diversa, è, invece, l'ipotesi in cui la disponibilità del voto venga esercitata per conto altrui senza, pertanto, soddisfare un interesse proprio del soggetto che lo esercita<sup>[11]</sup>. In questo caso, infatti, la capacità di controllare la società viene meno.

Alternativa alla fattispecie di controllo descritta al punto (i), è quella configurabile qualora una data persona fisica (o più persone fisiche) disponga di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria (di cui al punto (ii) sopra).

Un controllo di tale natura, a differenza del primo, non si incentra sull'individuazione di una percentuale predefinita di partecipazioni detenute ma, piuttosto, su un'influenza di fatto che trova fondamento in una "polverizzazione" delle partecipazioni residue o nell'assenteismo degli altri soci.

Per tali ragioni, affinché un'influenza di tal genere possa ritenersi dominante, è fondamentale che la stessa risulti stabile e non meramente occasionale[12].

Infine, quale terza tipologia di controllo, il Legislatore individua quella c.d. contrattuale o esterna che si configura ogni qualvolta l'influenza dominante cui una società è soggetta derivi da particolari vincoli contrattuali in essere con il soggetto controllante.

In tale ipotesi, a differenza delle precedenti, la condizione di controllo prescinde totalmente dal possesso di una partecipazione azionaria risultando determinata esclusivamente da particolari rapporti contrattuali la cui costituzione e il cui perdurare costituiscono la condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità di impresa della società così controllata[13].

Tuttavia, in aggiunta a quanto sopra, autorevole dottrina ritiene, inoltre, che – affinché vi sia soggezione a controllo esterno – da tali vincoli contrattuali debba derivare il potere del soggetto controllante di determinare concretamente la politica imprenditoriale della società controllata e di imporre le proprie scelte nella gestione della stessa. Per queste ragioni, si ritiene che la stabilità del rapporto contrattuale sia elemento imprescindibile ai fini della configurazione del controllo c.d. esterno, senza che la stessa debba necessariamente coincidere con una lunga durata del contratto[14].

Anche questo criterio, tuttavia, non pare applicabile al caso di specie perché, sulla base dell'assetto proprietario del gruppo prospettato dalla Funzione Compliance di Alfa, non esistono soggetti-persone fisiche che esercitano influenza notevole sulla base dei criteri anzidetti.

**C) Rimane, allora, l'ultimo dei criteri indicati dal Legislatore, ossia la persona fisica (o le persone fisiche) "(...) titolare di poteri di amministrazione o**

### *direzione della società”.*

La formulazione generica di questo criterio si presta ad interpretazioni divergenti non essendo chiaro a quale società faccia riferimento il Legislatore: occorre identificare i titolari dell’ultima società controllante o dell’ultima controllata?

Sono così ipotizzabili due interpretazioni, entrambe supportate da argomenti plausibili.

Una prima interpretazione, che potremmo definire di matrice letterale (di seguito “Interpretazione Letterale”), è nel senso che la società da considerare deve essere l’ente cliente (ossia la società controllata) poiché nell’utilizzare l’espressione “*la persona fisica (...) titolare di poteri di amministrazione o direzione della società*”, ed in particolare nel limitarsi a menzionare “la società” senza specificare che si debba trattare “della controllante”, il Legislatore si sarebbe riferito all’entità cliente (ossia “la controllata”), così applicandosi il principio “*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”.

Di contro, seguendo un’interpretazione di carattere sistematico (di seguito “Interpretazione Sistematica”) che tiene conto della *ratio legis* dell’articolo 20, dell’evoluzione del concetto di titolare effettivo e, più in generale, dell’intero impianto normativo in materia di antiriciclaggio, si perviene a riconoscere tutt’altro significato alla disposizione dell’articolo 20, comma 4, del Decreto. Nel determinare la società cui occorre fare riferimento, non si può prescindere dal concetto di “ultima istanza” menzionato dall’art. 20, comma 1, del Decreto. Ciò, in quanto gli amministratori della società controllata sono, di fatto, espressione di quelli che governano la controllante e, pertanto, questi ultimi rappresentano coloro che “in ultima istanza” determinano le scelte aziendali del gruppo risultando di fatto i “*titolari dei poteri di amministrazione o direzione della società*”.

A supporto ulteriore dell’interpretazione sistematica, soccorre anche un dato letterale: l’art. 20, comma primo, utilizza la parola “cliente” per la determinazione del soggetto obbligato all’individuazione del proprio titolare effettivo, mentre, il successivo comma quarto, fa riferimento al concetto di “società”. Pertanto è ragionevole sostenere che la norma non si riferisca al medesimo soggetto.

In definitiva, l’interpretazione sistematica riferisce i poteri all’amministrazione o direzione “sulla” società, che sono esercitati da persone fisiche “esterne ma non estranee” alla società medesima.

#### 4) Conclusioni

Alla luce di quanto detto, tenuto conto della sopradescritta struttura proprietaria e di controllo di Alfa nonché della natura dei soggetti coinvolti nella catena partecipativa, appare ragionevole escludere l'applicabilità dei criteri di cui all'articolo 20 del Decreto ad eccezione di quello da ultimo menzionato.

Il ricorso a tale criterio non è esente da incertezze essendosi prospettate due interpretazioni della norma altrettanto plausibili. E' significativo che Assirevi, nell'informativa n. 403 del 7 luglio 2017, non abbia affrontato la questione. Pertanto, l'impatto che la disposizione è suscettibile di produrre - allo stato - può così essere rappresentato:

- a. aderendo all'Interpretazione Letterale, i titolari effettivi di Alfa coinciderebbero con gli amministratori della stessa;
- b. seguendo l'Interpretazione Sistemica, la titolarità effettiva andrebbe attribuita congiuntamente agli amministratori dei due fondi controllanti Sigma L.L.C. ed Epsilon Management Limited.

Ad ogni modo, si precisa che la coesistenza di un obbligo d'identificazione del titolare effettivo gravante sui destinatari della normativa antiriciclaggio, e di uno speculare obbligo dei clienti di fornire tutte le informazioni a tal fine necessarie, in ultima analisi, è finalizzata, a individuare possibili incongruenze tra le informazioni acquisite dall'uno e quelle fornite dall'altro, nell'auspicio di intercettare possibili tentativi di celare la reale identità del titolare effettivo.

Pertanto, anche nell'ipotesi in cui la società cliente e il soggetto obbligato dalla normativa antiriciclaggio individuassero titolari effettivi diversi, ove ciò sia "semplicemente" frutto di diverse interpretazioni normative (entrambe apparentemente fondate), non sembrano ravvisarsi particolari criticità nell'adempimento degli obblighi sottesi alla legge, né "elementi di potenziale sospetto" (ovviamente presupponendo la buona fede di entrambi i soggetti).

#### *Note e riferimenti bibliografici*

[1] Gruppo di Azione Finanziaria. È un organismo di tipo interstatale ed internazionale nato con lo scopo principale di combattere tutte le azioni di riciclaggio del denaro con provenienza illecita.

[2] Introdotte nel 1990.

[3] Direttiva 2005/60/CE.

- [4] Corrispondente al 25% più un'azione.
- [5] Così come modificato dal D.lgs. n. 90/2017.
- [6] Così come modificato dal D.lgs. n. 90/2017.
- [7] A tali tre criteri ne andrebbe aggiunto un quarto, descritto all'art. 20 comma 5 del Decreto, riferito esclusivamente alle persone giuridiche di cui al Decreto del Presidente della Repubblica del 10 febbraio 2000, n. 361.
- [8] Che dovrà essere emanata dalle Autorità di vigilanza di settore.
- [9] Relazione Illustrativa allo schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2015/849. Del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2003/6/CE della Commissione, e l'attuazione del Regolamento (UE) 2015/847 del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e che abroga il regolamento (CE).
- [10] Si noti bene che nel conteggio dei voti non assumono alcuna rilevanza le azioni di risparmio e le azioni prive di diritto di voto nell'assemblea ordinaria. M. CAMPOBASSO, in *Diritto Commerciale, Diritto delle Società*, Vol. 2, VIII edizione, Utet Giuridica, 2012, p. 293
- [11] Ad esempio, nel caso del voto per delega è necessario stabilire se il voto deve essere esercitato nell'interesse del delegato o del possessore della partecipazione. A. MAFFEI ALBERTI, in *Commentario breve al diritto delle società*, III edizione, CEDAM, 2015, p. 466.
- [12] A. MAFFEI ALBERTI, op. cit., p. 467.
- [13] M. CAMPOBASSO, op. cit., p. 293 e Cass. 12094/2001.
- [14] A. MAFFEI ALBERTI, op. cit., p. 468. A tal riguardo, è opportuno precisare che – sulla base dei principi cardine del nostro ordinamento – sembrerebbe doversi ritenere inammissibile un contratto che abbia ad oggetto la mera attribuzione ad un soggetto del diritto di esercitare influenza dominante su una società. Un contratto di tale natura è da ritenersi nullo per violazione delle norme in materia di conflitto di interessi (artt. 2373 e 2391 del Codice Civile) che vietano ai soci e agli amministratori di agire in difformità degli interessi della propria società.