

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO
UFFICIO STUDI

**STUDI SU ARGOMENTI
DI INTERESSE NOTARILE**

ESTRATTO DAL VOL. X

ROMA - 1979

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO
UFFICIO STUDI

**STUDI SU ARGOMENTI
DI INTERESSE NOTARILE**

*(Osservazioni su alcuni argomenti sottoposti all'esame
del Consiglio Nazionale - gennaio 1974-giugno 1979)*

ESTRATTO DAL VOL. X

STUDI DEL DOTT. MASSIMO D'AMBROSIO

ROMA - 1979

XVII

COMPATIBILITA' DEL NOTAIO CON LA POSIZIONE DI SOCIO ACCOMANDANTE

La questione in discorso riguarda le varie ipotesi di incompatibilità previste dall'art. 2 della L.N. Ripetiamo, per comodità di lettura, la dizione dell'articolo: « L'ufficio di notaio è incompatibile con qualunque impiego stipendiato o retribuito dallo Stato, dalle Province e dai Comuni aventi una popolazione superiore ai 5.000 abitanti, con la professione di avvocato, di procuratore, di direttore di banca, di commerciante, di mediatore, agente di cambio o sensale, di ricevitore del lotto, di esattore di tributi o incaricato della gestione esattoriale e con la qualità di ministro di qualunque culto ».

Il problema pertanto è quello di individuare esattamente la portata del termine « commerciante », che è saldamente ancorato alla regolamentazione dettata dal codice di commercio, e pertanto modificatosi col progredire dell'esperienza giuridica.

Bisogna però ricordare che l'esame della questione deve procedere con la considerazione, ribadita dai precedenti studi del Consiglio Nazionale, che le incompatibilità previste dall'art. 2 della L.N., poiché vengono a diminuire la sfera di esplicazione dell'attività professionale, sfera caratterizzata dalla libertà insita in ogni professione libera, sono da interpretarsi in modo tassativo.

Il nuovo codice civile ha abbandonato la figura del commerciante sostituendola con il concetto centrale di « imprenditore », perché più adatta alla mutata realtà economico-sociale (1). In questo tipo di inquadramento sistematico possiamo localizzare il termine commerciante della legge 16 febbraio 1913 n. 89

(1) Per la storia della terminologia v.: FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè 1978, pagg. 29-31.

laddove è prevista la figura dell'imprenditore commerciale ovvero la figura del piccolo imprenditore (2).

Per rispondere al nostro quesito è opportuno domandarsi se il socio accomandante rientri nella figura del piccolo imprenditore o dell'imprenditore commerciale *lato sensu* nelle quali si può dividere il concetto di commerciante.

Per quanto riguarda i piccoli commercianti la legge non è perfettamente chiara, e solo la legge sul fallimento disposta con R.D. 16 marzo 1942 n. 267 ha dato un criterio di riferimento esauriente stabilendo che il capitale di una piccola impresa commerciale non deve essere superiore ad una cifra convenzionalmente fissata ovvero non deve essere superato un certo rapporto con il lavoro proprio e dei familiari del piccolo imprenditore. La misura del capitale investito è stata elevata dalla L. 20 ottobre 1952 n. 1375.

Possiamo pertanto escludere la figura del piccolo imprenditore poiché il fattore della preminenza del lavoro proprio e dei componenti della famiglia esclude la possibilità che si possa svolgere attività di piccolo imprenditore mediante lo strumento societario.

Esaminiamo la figura dell'imprenditore commerciale. Tale qualità « è indipendente dalla volontà del soggetto: si può divenire imprenditore commerciale senza saperlo, e magari senza volerlo » (3).

Questa effettività della figura giuridica in esame esige che si confrontino i suoi caratteri essenziali con la figura dell'accomandante. Caratteri che sono gli stessi della qualifica di imprenditore perché l'imprenditore commerciale è una categoria residuale della imprenditorialità nascente dalla esclusione da questa ultima categoria delle figure che la legge identifica con caratteri ben definiti: l'artigiano, l'imprenditore agricolo, il piccolo imprenditore.

Così l'imprenditore agricolo è chi « esercita un'attività diretta alla coltivazione del fondo, alla silvicoltura, all'allevamento del bestiame ed attività connesse » (4). E ciò permette di esclu-

(2) Art. 2083 c.c.

(3) FERRARA, *op. cit.*, p. 66.

(4) Art. 2135 c.c.

dere da questa fattispecie (imprenditore agricolo) il caso in esame che ha questo scopo solo in via subordinata, secondo la formulazione del quesito pervenutoci. Chi non è imprenditore agricolo né piccolo imprenditore, né artigiano ed ha le caratteristiche proprie dell'imprenditore non può essere che l'imprenditore commerciale, con tutti gli aspetti corrispondenti alla figura giuridica (5).

L'imprenditore commerciale è colui il quale presenta le caratteristiche dell'art. 2082, c, per esclusione, non rientra nelle categorie del 2083. Conviene ripetere la dizione dell'art. 2082 c.c.: « E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi ».

L'attenzione cade immediatamente sul requisito dell'esercizio professionale dell'attività.

Non v'è dubbio che possano coesistere più attività professionalmente condotte, quindi con i precisi caratteri di durata, stabilità, sistematicità che il concetto di professionalità comporta. « Il soggetto può essere un libero professionista, od anche un impiegato e ciò non toglie che egli sia pure imprenditore se, collateralmente alla sua attività normale, od anche in modo secondario, svolge sistematicamente un'attività produttiva organizzata (6).

Dimostrare però che è concretamente possibile essere imprenditore e quindi cadere sotto il divieto dell'art. 2 L.N. non significa che il socio accomandante possieda i requisiti per essere definito imprenditore commerciale e quindi rientrare nella dizione di « commerciante » adoperata dall'art. 2, primo comma, della L.N.

Il criterio infatti non è riferito al soggetto bensì all'attività concretamente svolta.

Ecco quindi che il problema si puntualizza nel seguente: se sia l'attività dell'accomandante attività professionale per realizzare i fini della S.A.S.

E' noto infatti che gli accomandanti sono rigorosamente esclusi dall'amministrazione della società. « Essi non possono

(5) AULETTA-SALANITRO, *Diritto commerciale*, Giuffrè 1977, pag. 21.

(6) FERRARA, *op. cit.*, pag. 41.

(7) Art. 2320 c.c.

compiere atti di amministrazione né trattare o concludere affari in nome della società, salvo sotto certe condizioni ed entro limiti tassativamente stabiliti dalla legge (7). Dunque è vietato loro non solo il compimento degli atti pertinenti all'oggetto sociale (c.d. amministrazione esterna), ma anche la decisione o la partecipazione alla decisione sul compimento di tali atti (c.d. amministrazione interna): d'altro canto è vietata agli accomandanti non solo l'amministrazione vera e propria ma l'attività esterna esecutiva o preparatoria della stessa » (8).

All'accomandante è vietata anche l'inserzione del suo nome nella ragione sociale, e, con particolare severità, anche l'ingerirsi, compiendo pur un singolo atto di gestione, nell'amministrazione della società (9). In questa ipotesi vi è la sanzione ulteriore, facoltativa, nei rapporti interni, della possibilità di deliberare l'esclusione del trasgressore (10).

In ogni caso vi è, per la trasgressione, assunzione di responsabilità illimitata e solidale verso i terzi per tutte le obbligazioni sociali, quindi non solo per quelle derivanti dagli atti compiuti (11). La ratio della norma consiste nel fatto che la legge in questi casi presume che siano gli accomandanti i veri gestori della società e « che gli accomandatari siano delle teste di legno, un semplice schermo dietro cui i primi (gli accomandanti) effettivamente operano; da ciò la loro responsabilità illimitata e solidale. La presunzione serve praticamente a liberare i terzi dal dare la prova (estremamente difficile) che la gestione sociale è effettivamente tenuta anche dagli accomandanti, bastando loro di dimostrare che anche uno solo degli atti di gestione è stato da essi abusivamente compiuto » (12).

Il riferimento della posizione dell'accomandante in seno alla S.A.S. è dato dalla sua quota e non dall'apporto del suo intervento decisionale. La legge stessa ammette la successione a causa di morte nella quota sociale dell'accomandante, e consente persino la costituzione di usufrutto sulla stessa. La quota

(8) FERRARA, *op. cit.*, pag. 320.

(9) GRAZIANI, *Diritto delle società*, Morano Ed., pag. 160.

(10) Art. 2286 c.c. e art. 2320, comma primo.

(11) FERRARA, *op. cit.*, pag. 323.

(12) *Ibidem*.

è inoltre, salvo diversa clausola dell'atto costitutivo, trasferibile inter vivos.

L'accomandante pertanto non ha possibilità di intervenire nella gestione della società, e nel caso che ciò faccia acquista automaticamente lo status di accomandatario, a tutti gli effetti pratici. Questo fa sì che sia possibile escludere una sistematicità, una professionalità dell'opera dell'accomandante nella gestione della società per conseguire i risultati commerciali che la società in accomandita si propone nel suo oggetto sociale.

L'accomandante si deve limitare alla riscossione degli utili o alla partecipazione alle perdite limitatamente alla sua quota. La mancanza di sistematicità e di professionalità in una attività organizzativa diretta alla conduzione della società permette di escludere l'accomandante dalla figura dell'imprenditore commerciale.

Conclusioni.

Il socio accomandante non può partecipare alla gestione dell'impresa costituita sotto la forma della società in accomandita semplice, pertanto non esercita attività professionalmente organizzata nell'ambito della S.A.S. Non è quindi imprenditore commerciale, e ne consegue, essendo anche escludibile dalle altre figure, che non è commerciante nel significato inteso dall'art. 2, primo comma, della legge 16 febbraio 1913 n. 89. Si può pertanto escludere che ricorra in questo caso la incompatibilità prevista dal succitato articolo della legge notarile.

(Marzo 1979)