

Nuovo articolo 93-ter, comma 1-bis, della Legge Notarile: esenzione totale dei notai dalle regole di concorrenza? Contrarietà ai principi comunitari? Niente affatto

01 Marzo 2018
media LAWS

Di Enzo Marasà - Oreste Pollicino

Il primo gennaio 2018 è entrata in vigore la modifica normativa apportata alla disciplina notarile dalla legge di bilancio 2018 (l. 27 dicembre 2017 n. 205). Più precisamente, il comma 495 dell'articolo 1 di questa legge ha aggiunto un comma 1-bis all'articolo 93-ter della Legge Notarile (l. 16 febbraio 1913 n. 89), che recita:

“Agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare si applica l'articolo 8 comma 2 della legge 10.10.1990 n 287”.

L'articolo 8, comma 2, della l. 287/1990 (o Legge Antitrust), rubricato *“imprese pubbliche e in monopolio legale”*, dispone che:

“Le disposizioni [sul divieto di intese anticoncorrenziali, sull'abuso di posizione dominante e sul controllo delle concentrazioni]non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati”.

Questa modifica normativa ha suscitato un acceso dibattito sul ruolo dei notai nella società poiché è stata interpretata nel senso di operare una totale esenzione della professione notarile dal rispetto delle norme a tutela della concorrenza. Per questo, la norma è stata criticata come antistorica e frutto di una bieca operazione di *lobbying* a protezione di antichi privilegi non più giustificati nel mondo economico moderno e che generano un costo inefficiente per imprese e consumatori.

Ma è davvero così? Questa modifica esenta completamente i notai dal rispetto delle regole di concorrenza? Si pone in contrasto con la disciplina antitrust comunitaria, vuoi nei suoi principi fondanti vuoi nella sua applicazione positiva da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea e dei giudici nazionali? L'Autorità antitrust italiana non potrà più intervenire per far rispettare le regole di concorrenza?

La risposta è negativa, a tutte le domande. L'esenzione dall'applicazione diretta delle regole antitrust e dal potere di intervento sanzionatorio dell'AGCM concerne solo gli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare.

Ma anche riguardo agli atti dei procedimenti disciplinari, l'esenzione dalle regole antitrust non è totale. Permane infatti un potere di revisione dei provvedimenti disciplinari da parte del giudice nazionale, fino a tre gradi di giudizio, il quale può e deve valutare la conformità del provvedimento al dettato della norma disciplinare e la proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità della violazione; inoltre, resta il potere

di verifica della conformità degli atti deliberativi generali dei Consigli notarili, propedeutici all'esercizio del potere disciplinare, in relazione alla loro proporzionalità e indispensabilità rispetto alla missione di interesse pubblico che mirano a perseguire.

L'articolo 8, comma 2 della Legge Antitrust italiana va infatti interpretato conformemente all'articolo 106, paragrafo 2 del TFEU, che prevede un'esenzione analoga dall'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie a favore delle imprese a cui uno Stato Membro abbia affidato la prestazione di “*servizi di interesse economico generale*”, ma solo nella misura in cui l'applicazione di tali regole ostruisca il perseguimento della specifica missione loro affidata.

Secondo costante orientamento della Corte di giustizia, la corretta applicazione di queste esenzioni al caso? in esame richiede che la proporzionalità della misura adottata dall'impresa che esercita un servizio di interesse generale rispetto all'obiettivo pubblico che si prefigge vada valutata secondo il metro della sua effettiva idoneità e indispensabilità a raggiungere tale obiettivo, verificando che non esistano altre opzioni regolamentari o disciplinari altrettanto efficaci allo scopo e meno restrittive della concorrenza. In caso contrario, il giudice di merito o di legittimità adito della questione dichiarerà la nullità e inapplicabilità, totale o parziale, della misura medesima, per contrarietà a norme imperative di rango superiore (previo rinvio alla Corte Costituzionale o alla Corte di giustizia).

Va detto che la formulazione letterale del nuovo comma 1-bis dell'articolo 93-ter della Legge Notarile limita l'esenzione ai soli “atti funzionali al promovimento dell'azione disciplinare”, che se interpretata in modo strumentale potrebbe escludere l'applicabilità dell'esenzione agli “*atti esecutivi*” dell'azione disciplinare. Ovvero, se quest'ultima fosse l'interpretazione corretta, l'AGCM potrebbe intervenire sugli “atti esecutivi” dei provvedimenti stessi, sia tramite un procedimento per infrazione delle regole di concorrenza (che può terminare con una sanzione per il Consiglio Notarile che ha adottato il provvedimento, che comporterebbe tra l'altro la sua “nullità di pieno diritto”) sia impugnando direttamente gli atti esecutivi del provvedimento disciplinare utilizzando i poteri ad essa attribuiti dall'articolo 21-bis della l. 287/1990 (norma che non rientra tra quelle espressamente escluse dall'articolo 8, c. 2 della legge stessa).

Tuttavia, questa interpretazione confliggerebbe con la *ratio* stessa della modifica voluta dal legislatore, rendendola lettera morta, poiché aprirebbe alla possibilità per l'AGCM di intervenire contro l'azione disciplinare dei Consigli Notarili anche, in teoria, dopo l'esaurimento di tutti i gradi di giudizio contro il provvedimento disciplinare. Questa possibilità comporterebbe l'insorgere del rischio di violazione del principio *ne bis in idem*, laddove, se la decisione dell'AGCM fosse impugnata, potrebbe anche portare ad una pronuncia del Consiglio di Stato di fatto opposta a quella della Corte di Cassazione che abbia eventualmente confermato la validità del provvedimento disciplinare anche in relazione alle regole di concorrenza.

Il legislatore ha introdotto la norma in discussione proprio per evitare questo potenziale conflitto giurisdizionale e tra poteri; nonché **al fine di garantire l'uniformità applicativa delle norme di concorrenza all'interno della UE, e in particolare un'interpretazione dell'articolo 8, comma 2 della Legge Antitrust che sia in linea con quella applicata dalla Corte di giustizia all'articolo 106, paragrafo 2 del TFEU.**

Del resto, numerose sentenze della Corte hanno sancito che è sempre libera e insindacabile (salvo i casi di illogicità od errore manifesti) la scelta del legislatore di affidare ad un'impresa, associazione o altro ente la missione pubblica di fornire “servizi di interesse economico generale” o di attribuire ad essa “poteri normativi” pubblici, così sottraendo tali enti o servizi dall'applicazione diretta delle norme comunitarie

sulla concorrenza, la libera circolazione dei servizi e la libertà di stabilimento all'interno dell'Unione europea (si ricorda che le norme sulla libera circolazione sono espressione dei medesimi obiettivi comunitari dettati in materia di concorrenza, salvo che le norme sulla concorrenza si applicano alle sole condotte discrezionali delle imprese, mentre le norme sulla libera circolazione si applicano alle misure pubbliche degli Stati Membri).

Per quanto riguarda ad esempio le attività degli ordini professionali forensi, la sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Wouters* (C-309/99, paragrafi 68-70) aveva già chiarito che rientra nella piena discrezionalità del legislatore la scelta di attribuire ad un'associazione professionale "poteri normativi" di carattere pubblico, in quanto tali esentati dall'applicazione diretta delle norme in materia di concorrenza e libera circolazione.

Con la norma appena modificata, dunque, il legislatore ha inteso esplicitare questa scelta in modo inequivocabile, per mezzo del rinvio all'articolo 8, comma 2 della Legge Antitrust, che appunto stabilisce la non applicabilità delle norme antitrust primarie ai "servizi di interesse economico generale", per quanto necessario all'adempimento della specifica missione affidata. La giurisprudenza comunitaria richiede come unica condizione che vi sia un chiaro atto pubblico di affidamento di una tale missione e dei compiti di servizio pubblico attribuiti, che nel caso dei notai si può individuare senza particolari difficoltà nella stessa Legge Notarile^[1]

Dall'insieme delle norme di tale legge emerge che i notai sono depositari di *publica fides*, ovvero l'ordinamento attribuisce loro poteri pubblici di certificazione *erga omnes* di atti e situazioni giuridiche fondamentali per la convivenza civile, quali, solo per dirne alcuni, la proprietà immobiliare e i relativi trasferimenti, l'autenticità e validità dei testamenti, degli stati giuridici familiari nonché di numerosi altri atti pubblici e scritture private. Le efficienze che la figura del notaio cd. "latino" porta alla comunità si misurano in termini di riduzione dei costi dovuti alla prevenzione del contenzioso e alle maggiori garanzie di legalità delle transazioni e degli atti da esso curati.

Il corretto funzionamento dell'istituto notarile richiede che il notaio sia *super partes* e indipendente da qualsiasi interesse privato, garantendo sempre il rispetto della legge e tutelando i diritti delle categorie più deboli anche quando svolge l'incarico su committenza di grandi corporazioni o istituti finanziari. Per questo appare ragionevole che il notaio non possa essere esposto al gioco e alle pressioni della concorrenza allo stesso modo in cui lo sono le imprese nei mercati che perseguono esclusivamente interessi commerciali.

E altrettanto ragionevole e proporzionato sembra richiedere, pena la condanna a sanzioni che possono anche comportare la sospensione o espulsione dall'albo, che ciascun notaio segua personalmente tutti gli atti che riportano la sua firma e che egli sia presente fisicamente alle fasi essenziali della loro formazione (come ad esempio al momento della lettura degli atti e della firma dei presenti per l'autenticazione). A questo fine, i consigli notarili devono poter ad esempio verificare che un notaio non stipuli un numero di atti che, per quantità, vicinanza temporale e/o distanza geografica, sia completamente incompatibile con il suddetto requisito fondamentale.

Tra l'altro, alla conclusione che l'attività disciplinare dei consigli distrettuali notarili rientra nelle funzioni di cui all'articolo 8 comma 2 della Legge Antitrust, era già giunta, in via interpretativa, la Corte di Cassazione (con sentenza n. 9041/2016), secondo cui:

“Le norme di tutela della concorrenza e del mercato non si applicano, infatti, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, della l. 287 del 1990, ai Consigli notarili distrettuali che assumono l'iniziativa disciplinare, atteso che, limitatamente all'esercizio della vigilanza, essi non regolano i servizi offerti dai notai sul mercato, ma esercitano prerogative tipiche dei pubblici poteri

”.

A ben vedere, quindi, con la modifica normativa in commento il legislatore ha inteso emanare una norma di interpretazione autentica di una previsione già vigente.

[1] Come riconosciuto anche da A. Genovese, *Regolazione e concorrenza nell'offerta di servizi notarili*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it, 10 ss.; V. Capuano, *Tariffe notarili e disciplina della concorrenza: una soluzione dall'ordinamento giuridico dell'Unione europea?*, in *Quaderni di diritto mercato tecnologia* n. 3, luglio/settembre 2013, 12 ss.

Redatto il 27 febbraio 2018

TAG: *abuso di posizione dominante, Concorrenza, New Media, intese anticoncorrenziali, legge notarile*

Avvertenza

*La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, *La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex art 365 cod. pen.*, in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.*