



CONSIGLIO
NAZIONALE
DEL
NOTARIATO

SENATO DELLA REPUBBLICA
COMMISSIONE INDUSTRIA

AS.2085

Disegno di legge annuale sulla concorrenza

**Osservazioni del Consiglio Nazionale del Notariato
sulle disposizioni in materia di notariato**

Roma, 24 novembre 2015

Sommario

Premessa.....	5
1. La funzione notarile nei principi costituzionali. Gli interessi tutelati	5
1.1. Il sistema vigente.....	5
1.2. La funzione del notaio per i pubblici registri	6
1.3. La sicurezza giuridica quale bene costituzionalmente rilevante	8
1.4. La rilevanza costituzionale della funzione del notaio. La certezza delle situazioni giuridiche	9
1.5. Segue. La tutela dell'iniziativa economica privata	9
1.6. L'organizzazione della funzione notarile.....	11
1.7. Analisi dei possibili indicatori di determinazione del numero di notai	16
1.8. Efficienza e qualità. Garanzia nel settore immobiliare e societario:.....	16
1.9. Numero di notai e sostenibilità economica degli studi notarili.....	17
1.10. Criteri generali e valutazioni economiche specifiche	18
2. I dubbi di legittimità costituzionale sugli artt. 44 e 45 del disegno di legge in esame	20
2.1. Il principio della certezza del diritto	20
2.2. Il rispetto dei principi fissati dal diritto comunitario in materia di antiriciclaggio.....	20
2.3. Gli aspetti procedurali relativi al disegno di legge in esame. La segnalazione dell'AGCM	21
3. I profili di illegittimità costituzionale derivanti dall'incompatibilità con le direttive comunitarie	27
3.1. La posizione della Corte di giustizia dell'Unione Europea sul ruolo del notariato	27
3.2. Gli artt. 44 e 45 del disegno di legge in esame	29
4. Le criticità sistematiche degli artt. 44 e 45 del disegno di legge in esame.....	37
4.1. L'impatto negativo sulla certezza degli atti destinati a pubblicità legale	37
4.2. I profili di incompatibilità con il diritto comunitario	38
4.3. L'incompatibilità con la posizione assunta dalle organizzazioni internazionali sul possibile abuso dello strumento societario per finalità di evasione e di riciclaggio	38
4.4. L'impatto sui controlli in tema di antiriciclaggio	39
4.5. L'impatto negativo sui tempi di costituzione e sulla collocazione nella graduatoria <i>Doing business</i>	40
5. La possibile incidenza delle disposizioni in esame sugli interessi generali inerenti la sicurezza pubblica ed il contrasto alla criminalità	42
5.1. L'incidenza sulle politiche comunitarie. L'European Agenda on Security	42
5.2. L'incidenza delle norme di cui agli artt. 44 e 45 sull'attuazione delle principali raccomandazioni internazionali sull'antiriciclaggio e sull'uso abusivo dello strumento societario	47
5.2.1. Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale (GAFI).....	47
5.2.2. OCSE.....	48
5.2.3. Banca Mondiale e Nazioni Unite	49

Il Consiglio Nazionale del Notariato esprime anzitutto vivo ringraziamento alla X Commissione Industria del Senato per essere stato convocato, nell'ambito dell'esame del disegno di legge annuale sulla concorrenza, ad esprimere il proprio punto di vista sul provvedimento, che reca agli artt. da 42 a 45 norme che incidono sull'esercizio della funzione notarile.

Il disegno di legge recante legge annuale per la concorrenza, come si ricava dall'articolo 1 e dal documento di analisi tecnico-normativa, è finalizzato ad introdurre riforme in materia di regolamentazione dei mercati per ridurre i costi a carico dei consumatori e delle imprese e favorire la crescita economica.

Il notariato vuol fornire un contributo al perseguimento delle finalità sopra menzionate nel rispetto del quadro normativo comunitario e nazionale, salvaguardando nello stesso tempo, sia nell'interesse generale che nell'interesse dei consumatori e delle imprese, le funzioni attribuite dalla legge al notaio. Ad esso, infatti, è demandata dallo Stato una pubblica funzione di controllo preventivo di legalità, che egli deve esercitare in posizione di terzietà e nel rispetto di un quadro normativo finalizzato a garantirne l'effettività.

Il Consiglio nazionale del notariato, infatti, pur condividendo in linea generale gli scopi che il disegno di legge intende perseguire, volti a far conseguire ai consumatori possibili risparmi in termini economici, esprime forti perplessità in ordine alle misure contemplate negli artt. 44 e 45, finalizzate a rendere facoltativo l'intervento notarile per talune categorie di atti societari, con una profonda modifica del sistema vigente, in cui si prevedono forme di tutela e garanzia sia nell'interesse dei cittadini che nell'interesse pubblico e ciò a tacere dell'assoluta aleatorietà di risparmi previsti.

Si espongono di seguito le ragioni delle enunciate perplessità.

1. La funzione notarile nei principi costituzionali. Gli interessi tutelati

Le previsioni normative di cui agli articoli 44 e 45 del disegno di legge in esame sollevano dubbi di legittimità costituzionale.

Al fine della loro illustrazione appare opportuno ricostruire (in sintesi) in primo luogo, la funzione notarile e il bene (di rango costituzionale) alla cui protezione l'attività notarile è preordinata¹.

1.1. Il sistema vigente

La “funzione notarile”, nella realtà attuale, è **quella attribuita dall'ordinamento a pubblici ufficiali (soggetti a specifica abilitazione e a specifica vigilanza) per redigere atti giuridici garantendone l'autenticità e la validità.**

E' preferibile, ai fini di una valutazione giuridico-costituzionale, parlare di “funzione notarile” in termini generali, in modo da isolare il profilo essenziale di funzione pubblica - che tradizionalmente costituisce il nucleo fondamentale dell'ordinamento del notariato - da tutto ciò che è disciplina organizzativa di dettaglio della relativa attività (concorsi, tariffe, pubblicità ecc.). Questi profili sono pure importanti nella disciplina tradizionale del notariato, ma, a ben vedere, costituiscono un insieme di variabili di tale disciplina, sulla quale il legislatore può intervenire con scelte politico-discrezionali, senza con ciò intaccare il nucleo essenziale della funzione pubblica notarile.

Altra cosa è che il legislatore intervenga non tanto sull'organizzazione della professione, bensì – come sembra stia avvenendo con talune proposte qui in discussione – riducendo l'ambito stesso della funzione e – implicitamente – manifestando un orientamento volto a considerarla in tutto o in parte superflua.

Ciò premesso, le questioni di legittimità costituzionale riguardanti il notariato devono essere trattate nel seguente ordine logico:

¹ Alcune delle considerazioni che seguono riprendono - si consenta di ricordare - quanto già scritto in M. LIBERTINI, *Il d.d.l. sulla concorrenza 2015 e le professioni intellettuali*, in *Federalismi.it*, 25 febbraio 2015, e in M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Diritto e società*, n. 3/2014, spec. 466 sgg.

I) se esistano principi che rendono costituzionalmente doverosa l'istituzione e il mantenimento della funzione notarile;

II) in caso di risposta affermativa al quesito I, se e in che misura siano legittime, sul piano della ragionevolezza, eventuali misure legislative che riducono l'ambito dell'attività notarile.

1.2. La funzione del notaio per i pubblici registri

Per rispondere al quesito sub I), è necessario approfondire, preliminarmente, alcuni dati di comune esperienza in ordine alla funzione oggi concretamente svolta dall'attività notarile.

I notai svolgono una funzione essenziale per il buon rendimento delle diverse forme di pubblicità legale di atti che sono a loro volta indispensabili per la crescita di qualsiasi sistema economico avanzato.

I notai svolgono, in particolare, la funzione di controllo preventivo dell'identità e della capacità degli autori degli atti nonché della validità degli atti e poi curano gli incombenzi necessari per la pubblicità di tali atti (nonché per la loro regolarità fiscale).

Un sistema di pubblicità legale ben funzionante risponde all'interesse generale. Così come è essenziale che chiunque intenda acquistare un immobile possa contare sulla certezza dei dati risultanti dai pubblici registri, potendo sapere chi è il proprietario che può disporre dell'immobile, se sullo stesso gravano ipoteche, etc., altrettanto è essenziale poter sapere, se si contratta con una società, il nome dell'amministratore dotato del potere di firma, e via esemplificando. Oggi, con le reti telematiche, la facilità di accesso ai dati contenuti nei pubblici registri si è accresciuta. Ma ciò non riduce (anzi, al contrario, in certa misura, aumenta) l'esigenza che i dati immessi nei registri pubblici garantiscano un alto livello di certezza giuridica.

In altri termini, **il sistema dei pubblici registri, cioè della "pubblicità legale degli atti" è un'acquisizione del diritto contemporaneo che risponde ad un'elementare e indefettibile esigenza di sicurezza dei diritti soggettivi, da un lato, e dei traffici giuridici, dall'altro.**

La funzione dei pubblici registri non è solo quella di fornire informazioni esatte a tutti gli interessati (benché questa funzione informativa, o di c.d. pubblicità-notizia, costituisca il minimo comune denominatore di tutte le normative di pubblicità legale e svolga una funzione economica relevantissima, per esempio per consentire

indagini patrimoniali, spesso necessarie nella pratica degli affari). **La funzione dei pubblici registri è anche di carattere sostanziale, perché, con varie modalità, la trascrizione e l'iscrizione producono l'effetto giuridico di dirimere conflitti fra diritti soggettivi**, di produrre determinati effetti costitutivi, di rendere inoppugnabili determinati atti (funzione di pubblicità “costitutiva” o di pubblicità c.d. sanante), di tutelare gli acquisti di diritti fondati sull'affidamento creato dalla pubblicità.

Perciò è necessario un previo controllo sull'autenticità e sulla validità degli atti che sono destinati all'iscrizione nei pubblici registri. Se questo controllo fosse abolito si introdurrebbe nel sistema (economico e civile) un alto tasso di incertezza informativa e di rischio di insicurezza nell'acquisto dei diritti.

Le alternative astrattamente possibili al sistema attuale della pubblicità legale sarebbero le seguenti:

i) abolire gli effetti sostanziali della pubblicità legale, costringendo le parti di qualsiasi negoziazione ad affrontare elevati “costi transattivi” per conseguire un sufficiente grado di sicurezza (soluzione chiaramente irrealistica);

ii) lasciare al sistema della pubblicità legale la produzione di tutti gli attuali effetti, ammettendo però che in esso si inseriscano scritture private semplici e quindi con un alto rischio di iscrizione di atti falsi o nulli (soluzione anch'essa, ovviamente, fuori dalla realtà);

iii) lasciare al sistema della pubblicità legale la produzione di tutti gli attuali effetti, prevedendo però che il controllo sull'autenticità e sulla validità degli atti da iscrivere venga fatto, sempre e soltanto, dall'ufficio pubblico che tiene il pubblico registro, con tutto ciò che prevedibilmente ne conseguirebbe in termini di accumulo di arretrati e di durata dei procedimenti di iscrizione.

L'evidente inopportunità di queste soluzioni, astrattamente ipotizzabili, induce a guardare criticamente gli articoli 44 e 45 i quali, ancorché motivati da propositi di “semplificazione”, portano a ridurre i controlli preventivi sull'autenticità e sulla validità di atti destinati ad essere inseriti in pubblici registri.

Il sistema attualmente vigente, basato sulla sinergia tra l'atto autentico notarile ed il Registro delle Imprese ha infatti funzionato finora in Italia in modo efficiente, dando luogo a pochissimi problemi e a pochissimi contenziosi (diversamente da quanto avviene in altri Paesi, dove addirittura le certificazioni rilasciate dai registri delle società avvertono che i dati certificati non possono essere considerati affidabili).

1.3. La sicurezza giuridica quale bene costituzionalmente rilevante

Ci si deve adesso chiedere se il mantenimento della funzione notarile presenti anche un profilo di doverosità costituzionale.

Il punto cruciale della questione è il seguente: **posto che la funzione del notaio è quella di garantire la sicurezza degli atti giuridici, sotto il profilo dell'autenticità e della validità degli stessi può dirsi che questa funzione risponda alla tutela di beni costituzionalmente rilevanti?**

L'espressione “diritto alla sicurezza” è presente in testi di rango costituzionale, e precisamente nell'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

E' bensì vero che l'espressione “*diritto alla sicurezza*” (peraltro molto antica, e addirittura già presente nella Dichiarazione dei diritti del 1789) è stata tradizionalmente intesa soprattutto come parte integrante del diritto di libertà personale, ma è anche vero che, nella comune civiltà giuridica europea, c'è un significato più pregnante di “sicurezza”². In tale accezione più ampia, il diritto alla sicurezza riguarda non solo la sicurezza della persona, ma si estende alla sicurezza dei patrimoni e dei diritti acquisiti (fino a presentarsi come “sicurezza giuridica” *tout court*), per poi allargarsi, nelle carte costituzionali più moderne, al livello della “sicurezza sociale” (ed anche, talora, di quella ambientale, informatica, etc.).

In particolare, per ciò che riguarda la sicurezza giuridica, può dirsi che essa si risolve soprattutto nella “*possibilità diffusa di prevedere le conseguenze giuridiche di atti o fatti*”,³ ma, approfondendo minimamente lo sguardo, possiamo anche dire che essa deve essere intesa sia in senso oggettivo che in senso soggettivo. E in questa seconda accezione si deve propriamente parlare di “affidamento”.

Lo Stato di diritto, storicamente, si fonda su una premessa contrattualista, poiché lo Stato è inteso come il risultato di un patto fondativo tra i cittadini che lo hanno creato quale strumento di garanzia della reciproca sicurezza. Quando l'affidamento è messo in pericolo, dunque, lo Stato viola, nella sostanza, questo patto fondamentale.

² Cfr. F. LUCHAIRE, *La sécurité juridique en droit constitutionnel français*, in www.conseilconstitutionnel.fr, 1° Sept. 2001.

³ G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, Giappichelli, 2005, 26, cors. nell'orig.

1.4. La rilevanza costituzionale della funzione del notaio. La certezza delle situazioni giuridiche

Una volta riconosciuto un fondamento costituzionale generale al diritto alla sicurezza giuridica, generale e patrimoniale, possono dirsi senz'altro meritevoli di adesione quelle opinioni dottrinali che, con riferimento all'ordinamento italiano, hanno sostenuto la tesi della doverosità costituzionale della previsione della funzione notarile.

E' stato affermato, in termini generali, **che la funzione notarile “concorre al corretto svolgimento di tutte le funzioni pubbliche fondamentali istituite a garanzia della legalità e della certezza del diritto”**, precisando che la funzione notarile è funzione ausiliaria, ma indispensabile, per il buon funzionamento del sistema giurisdizionale e amministrativo, e quindi, più in generale, per un'efficace tutela (rilevante *ex art. 24 Cost.*) dei diritti e degli interessi legittimi dei cittadini⁴.

In particolare, il dato testuale dell'art. 42 Cost., che considera parte integrante della disciplina del diritto di proprietà, costituzionalmente tutelato, le norme sui “*modi di acquisto*” del diritto stesso, dev'essere opportunamente inteso nel senso che l'ordinamento deve garantire modalità di acquisto del diritto che siano dotate del più elevato grado di certezza ragionevolmente possibile.

1.5. Segue. La tutela dell'iniziativa economica privata

Oltre al collegamento sistematico tra sicurezza giuridica e tutela del diritto soggettivo, è stato significativamente segnalato **il collegamento sistematico fra “libertà di iniziativa economica privata” e “sicurezza”**, nel testo normativo dell'art. 41 Cost., commi 1 e 2.

“L'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con la sicurezza”, recita l'art. 41, comma 2. Ciò implica doveri di responsabilità sociale in capo all'imprenditore, ma in primo luogo impone allo Stato di configurare le norme riguardanti le attività economiche in modo tale da garantire che tali attività si svolgano in condizioni di elevata sicurezza giuridica. In questo senso si è correttamente rilevata

⁴ A. BALDASSARRE, *Funzione sociale e rilevanza costituzionale dell'attività notarile*, in *Notariato – Quaderni 24 – Notai e Costituzione* (2009), 27 ss.

la connessione necessaria fra la previsione di un'efficiente funzione notarile e la tutela dell'iniziativa economica privata⁵.

Questo inquadramento sistematico sta a fondamento delle numerose (e fondamentali) norme componenti la disciplina giuridica dell'impresa, che attribuiscono alla iscrizione di determinati atti nel registro delle imprese valore costitutivo, sulla base di una scelta politico-legislativa (presente anche nelle direttive comunitarie in materia), che ritiene prioritaria, ai fini del buon funzionamento dei mercati, la certezza giuridica dei rapporti, anche a costo di ammettere il sacrificio di diritti acquisiti, con possibilità di rimedi soltanto risarcitori (vedi per esempio gli artt. 2332, 2504-*quater*, c.c.).

E' chiaro che queste norme sarebbero sproporzionate e irragionevoli se non esistesse un previo e approfondito controllo sull'autenticità e sulla validità degli atti destinati all'iscrizione nel registro delle imprese.

Quanto si è detto consente di riconoscere un fondamento costituzionale a quella che abbiamo definito "funzione notarile".

Ed infatti, la Commissione giustizia della Camera dei deputati, nel rendere il proprio parere alle Commissioni riunite VI Finanze e X Attività produttive, sulle disposizioni qui in esame, ha osservato che:

«Il sistema italiano affida al notaio, come riconosciuto espressamente anche dalla Corte di giustizia, il precipuo compito di assicurare certezza giuridica a determinate posizioni soggettive e a determinati rapporti di diritto privato, imponendo obblighi di documentazione rigorosi, prevedendo un penetrante e rigoroso sistema di controlli sull'esercizio dell'attività processuale, nonché una serie di incombenze necessarie per la pubblicità degli atti, ivi compresa la verifica della loro regolarità fiscale.»

⁵ Cfr. V. COCOZZA, *Lineamenti costituzionali della funzione notarile*, in *Notariato – Quaderni 24 – Notai e Costituzione* [2009], 31 ss.; L. SILIQUINI CINELLI, *La responsabilità civile del notaio*, IPSOA, Milano, 2011, 21-22.

1.6. L'organizzazione della funzione notarile

Problema diverso è quello della *organizzazione di tale funzione di cui al quesito sub II*.

In questo ambito **al legislatore si devono riconoscere spazi di discrezionalità politica**, sicché, in astratta ipotesi, questi potrebbe scegliere modelli organizzativi anche molto diversi.

Così, per esempio, sarebbe astrattamente possibile (nel senso di compatibile con la Costituzione) organizzare la funzione notarile sulla base di un modello burocratico, se pure accompagnato da spazi di autonomia tecnico-professionale per i singoli professionisti.

All'estremo opposto sta la scelta del modello normativo che sembra, ad oggi, storicamente vincente, che è quella di confermare la qualificazione del notaio come libero professionista, ma di adottare al contempo misure volte a promuovere la concorrenza fra i professionisti esercenti l'attività notarile.

Ma è noto che la concorrenza, pur essendo uno strumento attualmente insuperato di sviluppo economico, comporta anche dei "costi sociali", in termini di concentrazione produttiva, di squilibri territoriali e sociali, di espulsione dal mercato di certe produzioni talora necessarie per il mantenimento di elevati livelli di benessere collettivo.

Perciò numerose attività di impresa (dall'acqua ai trasporti, dall'energia alle comunicazioni elettroniche, ecc.) **devono essere disciplinate anche con norme in deroga al normale funzionamento dei mercati concorrenziali**; norme atte a garantire il mantenimento di certi livelli essenziali del servizio, nell'interesse dell'intera popolazione.

In altri termini, il fatto che talune attività d'impresa debbano essere disciplinate come servizi di interesse economico **generale comporta la necessità di adottare norme speciali che:**

i) **garantiscono un certo livello di qualità dei servizi**, al fine di evitare pregiudizi agli utenti (e quindi lesione di diritti e interessi costituzionalmente tutelati);

ii) **garantiscono risultati di "servizio universale"**, cioè di disponibilità del servizio in modo capillare (v. quanto affermato dalla Corte costituzionale, a proposito della dispensazione dei farmaci, con la sent. n. 27 del 2003), nell'intero territorio nazionale, e con prezzi equi e non discriminatori (il che può comportare anche alcune

correzioni al funzionamento normale del mercato, in termini di reddito minimo garantito agli operatori che forniscono il servizio universale).

In altri termini, il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità politica, può scegliere la linea di incentivare la concorrenza fra notai.

Ma può farlo solo a due condizioni:

i) che ciò non metta a repentaglio la qualità dei servizi offerti agli utenti e rientranti nella funzione notarile:

ii) che la maggiore concorrenza non elimini le garanzie di “servizio universale”, cioè di disponibilità dei servizi in modo capillare nell'intero territorio nazionale e a prezzi equi e non discriminatori.

Alla luce di tali considerazioni, **occorre riflettere sulla portata della lettera a) del comma 3 dell'articolo 42 del disegno di legge in esame, che, prescindendo da qualsiasi parametro economico nella determinazione del numero dei notai, pone a rischio il buon andamento della funzione pubblica notarile.**

A tal proposito, occorre ricordare che il notariato rappresenta un importante riferimento istituzionale nella quasi totalità dei paesi dell'Unione Europea (22 paesi UE su 28 adottano il sistema di *civil law notaries*). La capillare distribuzione sul territorio degli uffici notarili garantisce la certezza del diritto consentendo transazioni sicure, efficienza del sistema fiscale e semplificazione degli adempimenti e della macchina amministrativa.

Per poter garantire la qualità e l'efficienza dei servizi notarili, il numero di sedi da ripartire sul territorio viene determinato secondo criteri economici e demografici.

L'analisi statistica dei principali paesi UE che adottano il notariato sembra mostrare una certa correlazione spiegata dal rapporto “numero di notai/popolazione” e da alcuni coefficienti economici (es. numero di atti notarili prodotti). Per testare la significatività della relazione tra il numero di notai ed i parametri principali di riferimento è stato effettuato un test di regressione su un campione di 9 paesi UE con economia avanzata (Austria, Belgio, Germania, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo e Spagna). Il notariato italiano mostra dati in linea con i criteri adottati negli altri paesi europei. Il numero di notai previsti in tabella risulta superiore (considerato il rapporto “abitanti per notaio”) alla maggior parte dei paesi europei (valore superiore alla “media europea” e al numero di notai presenti in Germania, Austria e Spagna). Per quanto riguarda i compensi professionali, il notariato italiano, adeguandosi ai principi richiesti dai mercati concorrenziali, è l'unico, insieme ai Paesi Bassi, ad aver abolito i minimi

tariffari. In un periodo di recessione del mercato immobiliare (riduzione di c.a. 40% delle transazioni immobiliari, vedi dati ISTAT) gran parte degli studi notarili ha dovuto razionalizzare le risorse (riduzione del personale e dei costi fissi di gestione). La determinazione dell'aumento/diminuzione del numero di notai andrebbe valutata con attenzione considerata l'interrelazione tra sana gestione economica, efficienza e qualità dei servizi professionali per i cittadini.

I dati empirici (UE) dimostrano che un'attenta regolamentazione e un rigoroso controllo sono in grado di assicurare la qualità dei servizi professionali in maniera sostenibile. L'assenza di programmazione ed una eccessiva deregolamentazione potrebbe, invece, non sempre comportare un miglioramento delle prestazioni professionali e un risparmio di costi per i cittadini (caso olandese), soprattutto in un contesto in cui l'oggetto della prestazione è un bene pubblico che va dunque tutelato con opportuna prudenza per garantire la collettività.

Nei paesi membri del Consiglio dei Notai dell'Unione Europea (CNUE), i principali criteri adottati per la determinazione del numero dei notai sono basati sul criterio del rapporto “numero di abitanti per notaio” e “numero di atti notarili prodotti”. Tuttavia nessun ordinamento stabilisce formule predefinite, ma vengono piuttosto adottati criteri guida per la valutazione “case by case” della situazione socio-economica del momento (vedi tabella 1).

In Germania⁶, ad esempio, ciascun Land effettua una test di “necessità di incremento del numero di notai” (need test) secondo i criteri ritenuti più adeguati per un'efficiente gestione delle risorse degli studi notarili e delle necessità dei cittadini. Un numero sufficientemente alto di atti notarili prodotti in un determinato territorio del Land potrebbe essere motivo per aumentare il numero di notai del distretto ma solo se contemporaneamente anche altri parametri indicano tale necessità come permanente e non temporanea (valutazione di trend economici e demografici rilevanti e permanenti). La legge federale tedesca stabilisce soltanto che ciascun Land debba provvedere a determinare il numero di notai secondo i criteri necessari per una corretta amministrazione della giustizia. Solitamente il need test viene effettuato con cadenza annuale sulla base dei parametri che ciascun Land ritiene maggiormente rilevanti. I criteri solitamente utilizzati sono: il numero di atti pubblici, di certificazioni, di attestazioni e il

⁶ Informazioni fornite dall'interlocutore tedesco della Rete Notarile Europea, Christian Schall (Bundesnotarkammer BNotK).

numero di abitanti del territorio di riferimento. Se l'assessment basato su tali parametri risulta significativo, si effettua un secondo test per valutare l'eventuale permanenza delle variazioni riscontrate dagli indicatori iniziali. Se il numero di atti notarili prodotti in un determinato periodo supera il "valore soglia" ed è reputato come "modificazione permanente" nel contesto economico-demografico, il numero di notai viene incrementato secondo i coefficienti definiti dal Governo del Land (questo "secondo test" viene valutato con molta attenzione perché, una volta determinato l'incremento delle sedi notarili, esse non possono essere in seguito ridotte, se non in tempi lunghi). Per contro, se il need test indica una riduzione significativa del numero di atti notarili, il numero di notai dell'area di riferimento viene ridotto attraverso un meccanismo fisiologico che prevede il non-rinnovo di posti notarili scoperti per raggiunto limite di età o per cambio di sede da parte dei notai in esercizio. In caso la riduzione del numero di atti comprometta la sostenibilità della gestione economica degli uffici dell'area di riferimento, possono essere valutate soluzioni alternative quali lo spostamento di sede nelle aree che appaiono soffrire meno la recessione.

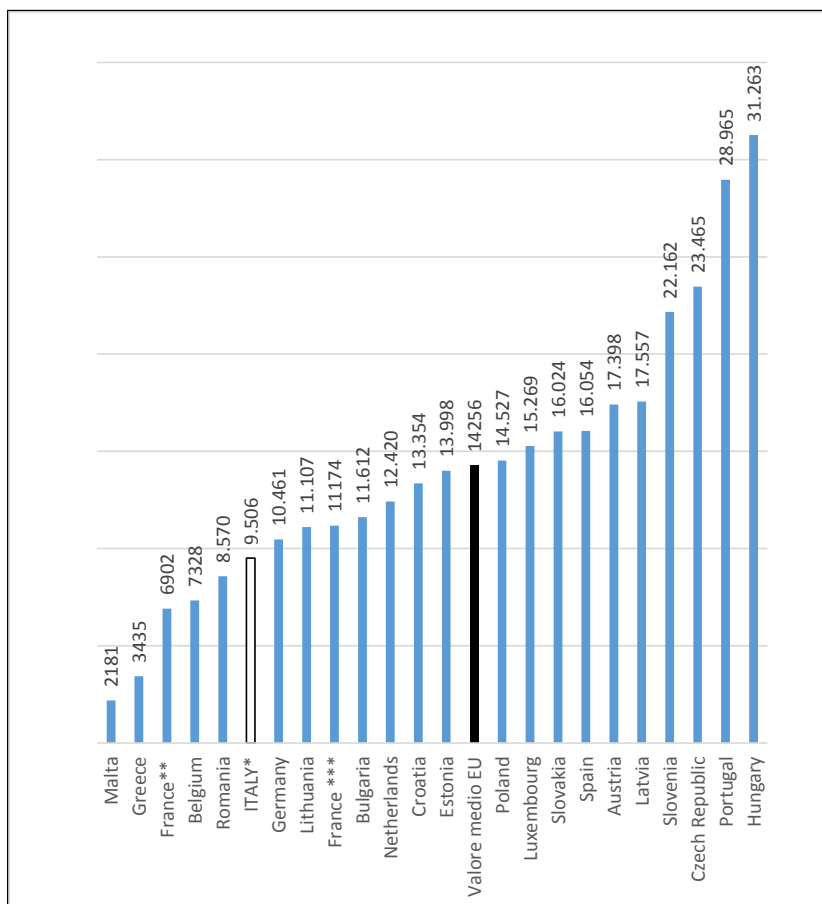
Tab-1 principali criteri per la determinazione del numero di notai in alcuni paesi UE

criteri	Paesi	note
popolazione	Austria, Belgio, Francia, Germania, Spagna	Spesso si tratta di un approccio "case by case" per individuare con maggior precisione le esigenze del contesto specifico di riferimento
Numero di atti	Austria, Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo, Spagna	
Valore degli atti prodotti	Austria, Belgio, Francia, Germania, Spagna	
Distanza degli uffici notar. rispetto alle zone di maggiore densità abitativa	Francia	
Business Plan	Paesi Bassi	

Fonte: CNUE e interlocutori della rete notarile europea (RNE) 2014

La figura 1 mostra il rapporto tra numero di abitanti per notaio nei 22 paesi membri del Consiglio dei Notai dell'Unione Europea. Si nota che in Italia il numero di abitanti per notai (previsti in tabella 6.279) risulta più basso della media europea e in linea con la Germania.

Fig.1 - Numero di abitanti per notaio nell'UE



*(Italia) Rapporto basato sul numero di notai previsti in tabella 6.279

** (Francia) Sistema particolare all'interno della UE (stima basata sul numero totale di notai: titulaire, associé, salarié)

*** (Francia) Stima basata sul numero di studi notarili

Fonte: CNUE facts and figures (2014), Eurostat (2012)

Il sistema francese rappresenta un *outlier*, in quanto presenta caratteristiche peculiari di gestione nonostante l'attività principale del notaio francese (es. transazioni immobiliari, successioni, donazioni.) risulti molto simile a quella del notaio italiano. Anche se il dato relativo al numero di notai può sembrare molto alto, occorre considerare che circa 1.026 notai sono « notaires salariés » (notai stipendiati) e che 7.048 notai lavorano in forma associata all'interno di 2.984 società professionali. Se ne deduce che i *notaire individuel* sono 1.577. Il totale di studi notarili sul territorio francese è dunque pari a 4.561 (ai quali vanno aggiunte circa 1.330 sedi secondarie). Considerando le grandi dimensioni degli studi notarili in cui si riscontra anche un alto grado di gerarchizzazione di gestione (titolare, associato, stipendiato), possiamo considerare il contesto francese “notaire titulaire/ notaires associé minoritaire / salarié” equiparabile, con alcune approssimazioni, ad un contesto “notaio/collaboratori giuridici” degli altri ordinamenti. Per la Francia, oltre al rapporto numero di abitanti per notaio, vengono presentati (Figura

1) anche il numero di abitanti per numero di uffici notarili (in modo da avere un criterio, anche se approssimativo, di omogeneizzazione per la comparazione).

Il grafico va letto considerando ovviamente anche la relazione con parametri economici (es. trend del mercato immobiliare e generale buon andamento del ciclo economico di un paese) che andrebbero a bilanciare i parametri demografici (il rapporto “numero di abitanti per notaio” dovrebbe risultare più basso nei paesi che hanno un’economia più performante). Ulteriori criteri di riferimento potrebbero essere il reddito pro-capite e l’indice di concentrazione del reddito (Gini).

1.7 Analisi dei possibili indicatori di determinazione del numero di notai

Tab-2 principali criteri per la determinazione del numero di notai: descrizione e criticità

criteri	Adeguatezza (scala 1 – 5)	criticità	note
popolazione	4	Aree con diverso livello di sviluppo economico (occorre valutare anche la distribuzione del reddito) es. area rurale area urbana	
numero di atti	3 (4 se correlato con l’indicatore relativo al valore)	Occorre valutare anche la tipologia di atto e la rilevanza economica per capire l’impatto sull’attività degli studi notarili	
valore degli atti	4 (soprattutto se suddiviso per classi e ponderato)	Determinazione più precisa del volume d’affari / andrebbe suddiviso per classi di valore ponderato con tabelle di frequenza per evitare di sovrastimare/sottostimare le variazioni	
PIL (o altri indicatori economici globali)	2 (3 se suddiviso per categorie e utilizzato insieme ad altri sottoindicatori)	Indicatore obiettivo dell’andamento economico / potrebbe non descrivere con sufficiente precisione le variazioni correlate ai servizi notarili	

1.8. Efficienza e qualità. Garanzia nel settore immobiliare e societario:

L’alta professionalità della categoria notarile è garantita attraverso un’accurata selezione e programmazione (esame di Stato e numero programmato) che consente la gestione dell’attività professionale in un clima di serenità sia nei rapporti con la clientela

che nella gestione economica dell'attività di studio e dell'interconnessione degli uffici notarili con i pubblici registri. Il sistema notarile garantisce dunque un importante meccanismo di sicurezza giuridica ex ante in un contesto di amministrazione della giustizia che presenta alcuni aspetti problematici e non in grado di sopportare ulteriori carichi di contenzioso dovuti all'assenza di controlli ex ante di legalità. In particolare, il notariato contribuisce a ridurre il rischio contenzioso e a gestire con efficienza le operazioni relative al settore immobiliare e societario (come evidenziato dall'eccellente collocazione nelle classifiche della Banca Mondiale 2016 nei settori *registering property RP* e *starting a business SB*; per dettagli vedi il paragrafo 2.3).

1.9. Numero di notai e sostenibilità economica degli studi notarili

Per raggiungere gli obiettivi di qualità ed efficienza sopra descritti, il numero di notai in Europa, nei rispettivi paesi, presenta una distribuzione territoriale proporzionale alla densità abitativa e all'economia locale (numero/valore degli atti notarili). Il pattern testato rispetto a Popolazione e andamento del ciclo economico, tramite un test di regressione, sembra coerente con il dato empirico italiano. Anche la media degli indici descrittivi UE del rapporto “numero di abitanti per notaio” si mostrano coerenti con il numero di notai previsto in tabella (6.279).

La determinazione del numero di notai va valutata con attenzione considerata la natura di “bene pubblico” della prestazione professionale notarile e le conseguenze in termini di esternalità negative correlate ad un deterioramento qualitativo del prodotto fornito ai cittadini, alla collettività ed ai mercati. Solo un'attenta programmazione può infatti produrre un ammontare ottimale/efficiente di beni pubblici e questo giustifica un intervento attento dello Stato nella regolamentazione dell'attività notarile. Ad esempio, uno studio⁷ di analisi economica dell'attività notarile condotto nei Paesi Bassi, unico Paese UE ad aver abolito *numerus clausus* e *fees* (Notary Act 1999), ha riscontrato un aumento dei costi notarili spesso correlato con una peggiore qualità dei servizi professionali offerti. L'effetto indesiderato della liberalizzazione (aumento dei costi e qualità inferiore dei servizi offerti) sembra dovuto alle asimmetrie informative, all'incertezza nel flusso della clientela, all'aumento dei costi fissi e dunque a strutture volutamente ridimensionate in via precauzionale. Tale situazione ha comportato un

⁷ Nicole Kuijpers, Joelle Noailly, Ben Vollaard, *Liberalisation of the Dutch notary profession*, Reviewing its scope and impact 2005

ripensamento di fatto da parte governativa. Infatti, nonostante l'abrogazione del *numerus clausus*, i nuovi notai designati dal ministero della giustizia olandese (previa approvazione di un *business plan* da parte degli aspiranti notai) sono stati pochissimi. Ad esempio, il numero totale di notai è passato da 1.444 (anno 2004), a 1.469 (nel 2006), a 1.439 (nel 2011) a 1.355 (nel 2014). Il numero di notai è quindi rimasto sostanzialmente contenuto per garantire livelli costanti di qualità e sana gestione economica degli studi notarili (è da considerare, inoltre, anche l'impatto della congiuntura economica sfavorevole a partire dal 2007).

1.10. Criteri generali e valutazioni economiche specifiche

La determinazione del numero di notai è un aspetto delicato e va legata a parametri obiettivi quali criteri demografici e economici per garantire un equo rapporto con il territorio e la giusta sostenibilità dell'attività professionale degli studi notarili.

Considerata la volatilità delle variazioni economiche dell'area di riferimento e possibili "regolarità" delle variazioni demografiche non strettamente correlate con le variazioni dell'attività notarile, si potrebbero definire - in via generale - alcuni parametri iniziali di valutazione periodica attraverso alcuni criteri base (es. popolazione, numero di atti, andamento economico dell'area di riferimento.).

La valutazione di base, andrebbe in seguito approfondita, di volta in volta, a seconda delle peculiarità del periodo storico di riferimento, valutando l'impatto effettivo dei parametri selezionati e, eventualmente, scegliendo ulteriori parametri di rifinitura (es. valutazione in base alla densità abitativa correlata al valore delle transazioni, e utilizzo di parametri di aggiustamento rispetto a variazioni dovute a fenomeni estemporanei) in modo da "neutralizzare possibili" effetti temporanei riscontrati attraverso le variazioni dei parametri base di riferimento e ottenere un risultato che rispecchi le tendenze di mercato di medio-lungo periodo. Tale approccio potrebbe essere implementato attraverso una descrizione dei parametri di base contenuti in un "documento quadro" e la definizione, tramite un *assessment* approfondito, di un "documento attuativo" contenente i parametri specifici per la determinazione adeguata al contesto del momento (vedi tab.3).

Tab-3 Possibile approccio in 4 step per la determinazione del numero di notai (ispirato al modello tedesco)

step	Criteri/valutazione	descrizione	note
Step 1	Criteri di base “documento quadro”	Es. variazione popolazione, numero di atti, variazioni ciclo economico nell’area di riferimento	Valutazione di indicatori globali
Step 2	Sotto-criteri specifici	Es. Effettiva necessità in base alla densità abitativa, facilità di accesso della clientela, equa distribuzione in base alla stima del valore degli atti	Contestualizzazione rispetto all’attività notarile e alle esigenze della clientela
Step 3	Valutazione della natura dell’impatto (temporaneo/ permanente) rispetto alle variazioni riscontrate sui parametri agli step 1 e 2	Approfondire la natura permanente delle variazioni (impatto di medio-lungo periodo delle variazioni riscontrate)	Accertamento della rilevanza di medio- lungo periodo delle variazioni riscontrate
Step 4	“documento/ regolamento attuativo” parametri specifici per la determinazione adeguata al contesto del momento	Determinazione del numero di notai sulla base degli step 1,2,e 3	

2. I dubbi di legittimità costituzionale sugli artt. 44 e 45 del disegno di legge in esame

2.1. Il principio della certezza del diritto

Si passa ora all'esame degli specifici dubbi di costituzionalità sollevati dagli articoli 44 e 45 del disegno di legge in esame.

Il primo dubbio riguarda il rispetto del paradigma della certezza del diritto.

E' opportuno anzitutto ribadire che le professioni intellettuali, per come si sono storicamente strutturate, costituiscono strumenti indispensabili al soddisfacimento di diritti fondamentali delle persone (fra gli altri: alla salute, alla difesa in giudizio, alla sicurezza del territorio e delle abitazioni, nonché - ed è quanto qui interessa - alla certezza giuridica). D'altra parte, i servizi professionali sono tipici *credence goods*, che vengono acquistati su base fiduciaria, senza che l'utilizzatore possa rendersi conto (se non *ex post*, e anche qui non sempre) della qualità del servizio fruito, e, come tutti i *credence goods*, vengono acquistati sulla base di complesse motivazioni, anche di tipo reputazionale, in cui il prezzo della prestazione è visto, *prima facie*, come indicatore della qualità del servizio e della considerazione sociale di cui gode il professionista.

Ora, nel caso della professione notarile, **il bene costituzionale alla cui protezione essa concorre è proprio - come sopra affermato - la certezza giuridica**, certezza che è assicurata dalla specifica competenza del notaio, dalla sua formazione professionale, dai doveri deontologici e dal controllo disciplinare cui è assoggettato, dagli adempimenti connessi alle sue prestazioni professionali.

La deformalizzazione operata negli articoli 44 e 45, che prevedono rispettivamente il ricorso alla scrittura privata in luogo dell'atto pubblico, ai fini della costituzione della società (art.44) e l'impiego di forme alternative e diverse per taluni atti societari (art. 45) solleva dubbi di costituzionalità analoghi in termini di rispetto del paradigma della certezza del diritto.

2.2. Il rispetto dei principi fissati dal diritto comunitario in materia di antiriciclaggio

Consentendo il ricorso alla semplice scrittura privata, le previsioni di cui agli artt.44 e 45, inoltre, deformalizzano taluni atti societari introducendo una grave falla nel sistema della prevenzione del riciclaggio. Infatti, nella misura in cui consentono agli operatori di avvalersi per gli atti societari di modelli operativi esenti dall'adeguata verifica alla quale il notaio è obbligato per legge, violano i principi costituzionali sotto i distinti profili della disparità di trattamento e dell'inosservanza delle direttive comunitarie in materia.

Su tali aspetti ci si soffermerà ulteriormente nel capitolo 5.

2.3. Gli aspetti procedurali relativi al disegno di legge in esame. La segnalazione dell'AGCM

Il dubbio sulla ragionevolezza della disciplina in commento, con riferimento agli artt. 44 e 45 del disegno di legge in esame, infine, si aggrava se sol si considerano **gli aspetti procedurali della sua previsione nel disegno di legge di cui in premessa, nonché il contesto in cui tale disegno di legge si immette.**

Quanto agli aspetti procedurali, è bene ricordare che l'art. 47, comma 1, della l. 23 luglio 2009, n. 99, ha istituito la "*legge annuale per il mercato e la concorrenza*", con il dichiarato fine di "*rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo o amministrativo, all'apertura dei mercati, di promuovere lo sviluppo della concorrenza e di garantire la tutela dei consumatori*". Il comma 2 del medesimo articolo ha proceduralizzato l'adozione di tale legge, stabilendo che "*Entro sessanta giorni dalla data di trasmissione al Governo della relazione annuale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ai sensi dell'articolo 23 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, come modificato dal comma 5 del presente articolo, il Governo, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, tenendo conto anche delle segnalazioni eventualmente trasmesse agli stessi fini di cui al comma 1 del presente articolo dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, presenta alle Camere il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza*". Come si vede, è la stessa legge istitutiva del nuovo "tipo" di fonte primaria in questione che instaura uno stretto legame fra l'attività dell'AGCM e la successiva produzione legislativa, impegnando il Governo e il Parlamento a tenere conto della relazione dell'Autorità e delle sue eventuali segnalazioni.

La logica di questo “tipo” di legge sta nel proficuo dialogo fra AGCM, Governo e Parlamento: questi ultimi - ovviamente - non sono vincolati dalle determinazioni della prima, ma è evidente che qualora se ne discostino il sindacato sulla ragionevolezza delle scelte legislative deve essere particolarmente rigoroso.

Ora, nella specie, l'AGCM, mentre ha segnalato alcuni aspetti organizzativi e alcuni profili di costo della professione notarile che, a suo giudizio, meriterebbero una riforma (cfr., nelle edizioni della *Relazione annuale sull'attività svolta* degli anni 2007, 2008, 2010, 2011, 2013 e 2014, i resoconti sui procedimenti e sui provvedimenti adottati in tema di tariffe minime, di adozione di politiche di prezzo indipendenti da parte dei professionisti, di limiti e modalità dell'informazione commerciale, etc.), **nulla ha detto sul profilo della competenza funzionale.** In particolare, nulla ha detto sulla competenza a rogare questo o quel tipo di atto giuridico. Il disegno di legge, in definitiva, ha toccato aspetti sui quali l'Autorità era rimasta affatto silente, per ciò solo determinando la necessità di *strict scrutiny* che sopra si è messa in luce e - conseguentemente - rendendo i dubbi di legittimità costituzionale già prospettati ancor più consistenti.

Quanto ai profili di contesto, può essere utile ricordare che un disegno di legge che si vorrebbe pro-concorrenziale e che dovrebbe essere inteso a migliorare la competitività del sistema avrebbe dovuto considerare il rendimento del regime attuale proprio per questi profili.

Ora, come risulta dal Rapporto Doing Business 2016 della Banca mondiale, quanto al capitolo “Starting a business” (SB), il nostro Paese si caratterizza per una performance di tutto rilievo. Infatti, sulla base di tali indicatori il posizionamento dell'Italia nella graduatoria dei 189 paesi del mondo è nella fascia più alta, superiore alla media dei paesi OCSE ad alto reddito.

Nel periodo 2015-2016, l'Italia, grazie all'interconnessione telematica tra notaio (che effettua i dovuti controlli di legalità) e registri delle imprese, nonché all'introduzione del principio dell'iscrizione immediata dell'atto notarile (art.20, comma 7bis del D.L. 91/2014), è risalita notevolmente nel rango e si colloca in una posizione d'eccellenza, allineandosi al rango degli USA e superando di gran lunga Austria, Lussemburgo e Germania (paesi altamente sviluppati che attualmente si ispirano al modello ideato dal notariato italiano per rendere maggiormente efficace l'infrastruttura di comunicazione tra gli studi notarili ed i registri delle imprese),

Giappone, Svizzera e Spagna. Inoltre, il rango potrebbe ulteriormente migliorare con il recepimento di alcune correzioni dei dati del rapporto DB relativi ai tempi ed alle procedure non ancora corrispondenti all'evidenza empirica del contesto italiano in cui l'ufficio notarile costituisce un one-shop-stop (in cui è possibile la stipula dell'atto costitutivo e l'iscrizione telematica presso il registro delle imprese nello stesso giorno)

Tutto questo sta ad indicare **che la disciplina in commento non solo contraddice - come visto sopra - la logica generale del "tipo" della legge annuale per il mercato e la concorrenza, ma trascura anche i dati reali di contesto**, andando ad incidere in una regolazione procedimentale che ha dimostrato di essere non solo certa e garantista (come sopra si è detto), ma anche efficiente e aperta.

Si noti in particolare che:

a) il disegno di legge in esame, qualora venisse approvato nell'attuale versione, potrebbe comportare una repentina involuzione dei costanti miglioramenti riscontrati dall'indicatore Starting Business, indici di notevole impatto sulle aspettative di breve periodo degli operatori e sulla valutazione politica comparativa di medio-lungo periodo da parte dei policy makers.

b) Per quanto riguarda il sistema di registrazione e costituzione societaria, il DB intende riproporre indicatori qualitativi simili a quelli già attuati per il settore immobiliare (settore in cui l'Italia si colloca in una posizione d'eccellenza grazie ai controlli di legalità e all'altissima qualità del sistema giuridico). L'Italia perderebbe l'opportunità di confermare le prerogative di elevata affidabilità dei registri e dei controlli videnziate dai rapporti delle organizzazioni internazionali (es. Raccomandazioni OECD e the Puppet master, World Bank). Il sistema di elevata affidabilità basato sull'input notarile risulterebbe vanificato dalla previsione del disegno di legge per l'impossibilità di controllo accurato sulla scrittura di costituzione, sulla identità dei soci e sui beneficial owners.

Inoltre, le procedure e i tempi di costituzione, aumenterebbero inevitabilmente nel caso in cui la costituzione dovesse avvenire senza il ricorso ai servizi integrati offerti dagli studi notarili. Ciò, contrariamente a quanto intuitivamente assiomatico, avrebbe conseguenze negative sulla nascita di nuove imprese. Infatti, in base a studi empirici le barriere all'entrata risentono in misura maggiore dell'aumento dei tempi e delle procedure rispetto ad eventuali altri parametri⁸ (es. costi).

⁸ vedi ad esempio Klapper L., Laeven L., Rajan R. (2006), Bripi F. (2013) e Djankov, S. (2008).

c) in base ad uno studio comparato in fase di finalizzazione (Université Paris, Ouest – Nanterre La Défense, FIDES, Forum sur les Institutions, le Droit, l’Economie et la Société e ECONOMICA, Institute of Economic Research of Vienna), i costi relativi all’amministrazione della giustizia (ex ante ed ex post; spesa pubblica e privata) dei paesi che adottano un notariato di tipo latino, grazie alla funzione di giustizia preventiva garantita dai notai, sono inferiori a quelli dei paesi di common law (Regno Unito e Irlanda). Nel cluster composto da Italia, Germania, Austria, Belgio, Olanda, Spagna e Portogallo il totale della *legal expenditure* varia da 1,5 al 2,5% del PIL (la spesa privata per i costi della giustizia è pari a circa 250 Euro pro capite), mentre nel Regno Unito e in Irlanda varia da 3,05 a 3,2% del PIL (la spesa privata annua è pari a 440 Euro pro capite, di gran lunga superiore poiché basata su una *ex-post dispute resolution*). La spesa pubblica per i costi della giustizia (costi per il funzionamento dei tribunali e altri costi di amministrazione della giustizia) sembra essere positivamente correlata alla spesa privata (costo avvocato e altri costi processuali; ex ante ed ex post) e nei paesi che non adottano il notariato tali costi (pubblici e privati) sono notevolmente più alti.

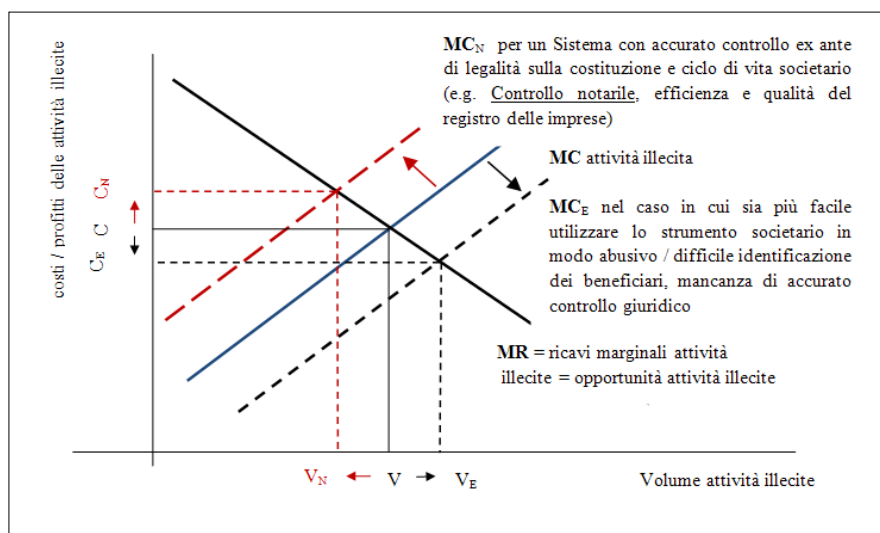
Anche nelle analisi di McKnight-Hinton (2013) è stato empiricamente riscontrato che i costi relativi ai contenziosi giudiziari sono più alti negli USA (1,66% del PIL) e nel Regno Unito (1,05% del PIL) rispetto ai paesi dell’Eurozona (0,63% del PIL) in cui il notariato svolge una funzione deflattiva del carico del contenzioso grazie ai controlli di legalità e alla consulenza giuridica (annullando l’effetto di asimmetria informativa che caratterizza il mercato dei servizi legali). Inoltre il notaio, agendo da sostituto d’imposta, annulla anche i costi di consulenza fiscale (servizi che possono richiedere alti costi soprattutto nei paesi di common law).

La certezza giuridica rappresenta un presupposto fondamentale per lo sviluppo economico. Le principali organizzazioni internazionali (OCSE, GAFI e la stessa Banca Mondiale⁹) hanno di recente sottolineato l’importanza di un controllo accurato per evitare l’abuso dello strumento societario (riciclaggio, evasione fiscale, corruzione) e la necessità di un registro delle imprese affidabile. Il registro delle imprese italiano risponde esattamente al modello di registro societario auspicato dal rapporto *The*

⁹ OECD (2001), *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes; The Puppet Masters* (2011). *How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It*, IBRD/ World Bank / UNODC; OECD (2009). *Money Laundering Awareness Handbook for Tax Examiners and Tax Auditors; the FATF Recommendations* (2012) - *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*

*Puppet Masters*¹⁰ (Banca Mondiale) e consentirebbe, tramite una valutazione effettuata con indicatori di qualità, di risalire molte posizioni nel ranking, soprattutto rispetto ai paesi di common law che utilizzano un registro societario più come semplice “archivio” che quale strumento di controllo e di legalità¹¹.

Fig. 6 – Effetti positivi dei controlli notarili sulla costituzione societaria e sul ciclo di vita delle imprese



Il notariato tramite il controllo di legalità è in grado di prevenire l'abuso dello strumento societario. Sistemi che non prevedono uno standard elevato di controllo di legalità per la costituzione societaria e un monitoraggio adeguato sull'intero ciclo di vita delle imprese sono invece esposti a un altissimo rischio di abuso (come sottolineato dalle raccomandazioni delle principali organizzazioni internazionali quali World Bank, GAFI, OCSE, UE).

Se consideriamo un modello classico di domanda e offerta applicato alle attività illecite, il quadro normativo con assenza di controlli accurati sulle società comporterebbe un abbassamento (da MC a MC_E) dei costi marginali relativi all'utilizzo abusivo dello strumento societario e quindi un incremento del volume delle attività illecite (da V a V_E). Un controllo giuridico accurato (alti standard normativi) implicherebbe invece un aumento (da MC a MC_N) del costo marginale relativo all'eventuale abuso dello strumento

¹⁰ *The Puppet Masters* (2011). *How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It*, IBRD/ World Bank / UNODC;

¹¹ - *Companies House* (registro delle imprese GB): Disclaimer: “.. *Companies House cannot take any responsibility for the consequences of errors or omissions.*”..

- *Press release 31 October 2013* Prime Minister David Cameron said: *We need to know who really owns and controls our companies. Not just who owns them legally, but who really benefits financially from their existence. Vice-President Sanjay Pradhan said: Prime Minister David Cameron is absolutely right. Corporate transparency is essential to reduce tax evasion, eliminate corruption and ensure citizens get the services they deserve. We applaud the UK's leadership and encourage other countries to take actions toward a similar outcome.*

societario, una conseguente diminuzione dell'attività illecita (da V a V_N) e un miglioramento, quindi, del contesto socio-economico.

3. I profili di illegittimità costituzionale derivanti dall'incompatibilità con le direttive comunitarie

Le disposizioni di cui agli artt. 44 e 45 appaiono costituzionalmente illegittime anche per contrasto con la normativa comunitaria.

3.1. La posizione della Corte di giustizia dell'Unione Europea sul ruolo del notariato

Il sistema nazionale imperniato sull'intervento notarile ha ricevuto il pieno avallo della **Corte di giustizia**, la quale ha riconosciuto espressamente che spetta al notaio "garantire la legalità e la certezza del diritto degli atti conclusi tra privati. [...] **la circostanza che le attività notarili perseguano obiettivi di interesse generale, miranti in particolare a garantire la legalità e la certezza del diritto degli atti conclusi tra privati, costituisce una ragione imperativa di interesse generale**" (Corte di giustizia 24 maggio 2011, cause C-47/08 Commissione c. Belgio, C-50/08, Commissione c. Francia, C-51/08, Commissione c. Lussemburgo, C-52/08, Commissione c. Portogallo, C-53/08, Commissione c. Austria, C-54/08, Commissione c. Germania, C-61/08, Commissione c. Grecia).

La stessa Corte ha ripetutamente confermato la rilevanza dell'attività svolta dal notaio in sede di controllo di legalità degli atti, nell'interesse – pubblico – alla certezza ed alla sicurezza dei traffici giuridici. In particolare, essa ha riconosciuto "l'obbligo fatto ai notai di verificare, prima di procedere all'autenticazione di un atto o di una convenzione, che tutte le condizioni richieste dalla legge per realizzare tale atto o tale condizione siano soddisfatte e, laddove non lo siano, di rifiutare di procedere a detta autenticazione", sottolineando che "**il notaio svolge tale verifica perseguendo un obiettivo di interesse generale, ossia garantire la legalità e la certezza del diritto degli atti conclusi tra privati**" (Corte giust. 24 maggio 2011, cit.). Ed in termini analoghi si è espresso l'avv. gen. Cruz Villalón, che, nelle conclusioni rese nei giudizi definiti dalle pronunzie ora citate, ha affermato che: "per realizzare un'autenticazione il notaio agisce su istanza di una parte ed effettua un esame di legalità sull'atto di cui fa fede. L'intervento del notaio può essere obbligatorio o facoltativo, a seconda del tipo di atto che venga redatto nella forma di atto pubblico, e consiste nell'attestare che

sono soddisfatti tutti i requisiti legalmente esigibili per l'adozione dell'atto stesso, compresa la capacità giuridica e di agire delle parti". [...] "L'intervento notarile elimina la necessità di richiedere l'intervento di un altro potere pubblico quando si intenda far valere la realtà dichiarata autentica dal notaio e, pertanto, **conferisce all'atto autentico un valore giuridico qualificato, pubblico, che può essere messo in discussione solo dinanzi al giudice (come, del resto, qualsiasi altro atto dei pubblici poteri)**". [...] "L'esistenza di un alto livello di fiducia, nonché di una comunità di valori e di principi su cui si fonda l'Unione, trasformano il notaio in una pubblica autorità non solo dello Stato ma anche dell'Unione".

Le suesposte enunciazioni si collocano in un contesto più generale teso a valorizzare il nesso inscindibile fra garanzia della certezza dei rapporti giuridici e funzione notarile.

La Corte di giustizia, infatti, già nella sentenza Unibank (sentenza del 17 giugno 1999, C-260/97, punti 1917), aveva chiarito che: "gli atti tra privati non possiedono, di per sé, tale carattere [autentico], l'intervento di un'autorità pubblica o di qualsiasi altra autorità legittimata dallo Stato d'origine è di conseguenza necessario per conferire loro la qualifica di atti autentici". E, richiamando la Relazione Jenard-Möller sulla Convenzione di Lugano (in GUCE C-189, del 28 luglio 1990), aveva affermato che "l'autenticità dell'atto deve essere stata attestata da un'autorità pubblica; l'autenticità deve riguardare il contenuto dell'atto e non solo, ad esempio, la firma, l'atto deve essere di per sé esecutivo nello Stato nel quale esso è stato stipulato".

Anche il Parlamento europeo, nella "Relazione recante raccomandazioni alla Commissione sull'atto autentico europeo" (Relazione di M. Medina Ortega, del 19 settembre 2008 – 2008/2124/INI), ha chiarito che **"la caratteristica essenziale dell'atto autentico è la sua forza probante superiore a quella di un atto sotto forma di scrittura privata** e che tale forza probante che si impone al giudice gli è regolarmente attribuita nelle legislazioni degli Stati membri in virtù della fiducia di cui godono gli atti redatti, nell'ambito delle transazioni giuridiche, da un pubblico ufficiale abilitato a tal fine o da una pubblica autorità". Ed ancora: **"le professioni giuridiche dei paesi della Common law [devono conoscere] il lavoro dei notai dei paesi del diritto civile e gli eventuali vantaggi che rappresenta per i loro clienti** – in particolare in termini di sicurezza giuridica – l'utilizzazione di atti autentici nelle transazioni che intendono concludere nei paesi in cui esiste tale strumento".

Alla stregua dei rilievi innanzi esposti, sembra potersi concludere che, **per effetto della disposizione di cui agli articoli 44 e 45 del disegno di legge in esame, i principi di certezza e sicurezza giuridica sanciti a livello sovranazionale risulterebbero non adeguatamente presidiati.**

3.2. Gli artt. 44 e 45 del disegno di legge in esame

Gli artt. 44 e 45 del disegno di legge in esame apportano modifiche in materia di diritto societario. La prima disposizione, in particolare, consente che l'atto costitutivo della società a responsabilità limitata semplificata, che attualmente riveste la forma pubblica notarile, possa essere stipulato a mezzo scrittura privata non autenticata.

L'art. 45, invece, prevede per talune categorie di atti societari, fra i quali gli atti di cessione di quote delle società a responsabilità limitata e gli atti costitutivi e modificativi delle società semplici, la possibilità di utilizzare l'atto sottoscritto digitalmente ad opera delle parti, ovvero avvalendosi dell'ausilio di intermediari che possono essere oltreché professionisti, agenzie d'affari, associazioni datoriali o sindacali.

Entrambe le disposizioni mostrano profili di criticità rispetto al vigente ordinamento.

L'art. 44, infatti, in primo luogo si rivela non conforme alla direttiva 2009/101/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'art. 48, secondo comma, del trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi.

In particolare, **l'art. 1 della direttiva (Ambito di applicazione) stabilisce espressamente che le misure di coordinamento da essa previste si applicano alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative, per l'Italia, alle società per azioni, alle società in accomandita per azioni e alle società a responsabilità limitata.**

Inoltre, l'art. 11, inserito in apertura del Capo 4 (Nullità della società), sancisce che: "In tutti gli Stati membri la cui legislazione non preveda, all'atto della costituzione, un controllo preventivo, amministrativo o giudiziario, **l'atto costitutivo e lo statuto della società e le loro modifiche devono rivestire la forma di atto pubblico**". Nel successivo art. 12 è precisato che deve essere dichiarata in giudizio la nullità delle società nell'ipotesi di: "i) mancanza dell'atto costitutivo oppure di inosservanza delle formalità relative al

controllo preventivo o della forma dell'atto pubblico; ii) carattere illecito o contrario all'ordine pubblico dell'oggetto della società”.

Al fine di soddisfare l'esigenza di sicurezza dei traffici giuridici, dunque, **la direttiva richiede un preventivo controllo di legalità, amministrativo o giudiziario, svolto da soggetto titolare di una funzione pubblicistica.**

Così come precisato nel considerando 2 della direttiva, il coordinamento delle disposizioni nazionali concernenti la pubblicità, la validità degli obblighi e la nullità delle società per azioni ed a responsabilità limitata “riveste un'importanza particolare, soprattutto in ordine alla tutela degli interessi dei terzi”. Nel considerando 3, inoltre, si precisa che “La pubblicità dovrebbe consentire ai terzi di conoscere gli atti essenziali della società, certe indicazioni che la concernono, in particolare le generalità delle persone che hanno il potere di obbligarla”.

Rispondendo alle fondamentali esigenze testé ricordate, gli artt. 11 e 12 della direttiva 2009/101/CE dettano due precetti fondamentali: a) **l'atto pubblico è obbligatorio per la costituzione di tutte le società di capitali, fatta salva l'ipotesi in cui l'ordinamento nazionale preveda controlli preventivi, amministrativi o giudiziari, di natura sostanziale sulla documentazione che la società presenta,** e quindi sull'effettiva esistenza delle condizioni che permettono la regolare costituzione della stessa società; b) **l'assenza dell'atto pubblico oppure dei necessari controlli preventivi, amministrativi o giudiziari nonché l'illiceità e/o la contrarietà all'ordine pubblico dell'oggetto della società determinano la nullità della società** (si veda, nella giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla identica previsione contenuta nella previgente direttiva 68/151/Cee, sent. 13 novembre 1990, causa C-106/89, Marleasing e 20 settembre 1988, causa C-136/87, Ubbrik Isolatie B.V.).

Nel nostro ordinamento, con la legge 24 novembre del 2000, n. 340 (Disposizioni per la delegificazione di norme per la semplificazione di procedimenti amministrativi), è **stato soppresso il giudizio di omologazione dell'atto costitutivo delle società da parte del Tribunale (controllo preventivo giudiziario), sostituito dal controllo, egualmente preventivo, di legalità del notaio, quale pubblico ufficiale (art. 2330 c.c.).** Pertanto, così come espressamente previsto per le modifiche dello statuto (art. 2436 co. 1, c.c.: “il notaio..., verificato l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge, ne richiede l'iscrizione”), anche in sede di costituzione sul notaio grava l'obbligo di verificare l'adempimento delle condizioni previste dalla legge; obbligo che, in passato, era espletato nell'ambito del giudizio di omologazione. Ed infatti le disposizioni del codice civile

relative alla costituzione delle società per azioni (art. 2454) e delle società a responsabilità limitata (art. 2463 co. 2) prevedono tutte che l'atto costitutivo sia redatto per atto pubblico, conformemente a quanto prescritto dalla direttiva 2009/101/CE.

Inoltre, l'art. 138 bis della legge notarile, introdotto dall'art. 32 della legge del 24 novembre 2000, n. 340, Disposizioni per la delegificazione di norme e per la semplificazione di procedimenti amministrativi – Legge di semplificazione 1999, dispone che l'iscrizione presso il Registro delle imprese di un atto costitutivo di società di capitali, quando risultino manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge, espone il notaio, oltre che alle sanzioni previste dalla violazione dell'art. 28 della legge notarile, ad una sanzione pecuniaria.

Il compito di verificare **la regolarità sostanziale della documentazione dell'atto costitutivo di una società** (nel quale almeno si deve indicare che il capitale sociale sia stato interamente sottoscritto, siano state rispettate le regole relative ai conferimenti, e sussistano le eventuali autorizzazioni richieste da leggi speciali) **nel nostro ordinamento è pertanto svolto dal notaio**, che è altresì responsabile della regolarità sostanziale dell'iscrizione al Registro delle imprese, **il Conservatore del Registro limitandosi, invece, alla mera verifica estrinseca e materiale dell'esistenza di un atto notarile ed al riscontro della regolarità formale della documentazione** (l'art. 2330 c.c., co. 3, dispone infatti, che “L'Ufficio delle imprese, verificata la regolarità formale della documentazione, iscrive la società nel registro”).

In altri termini, la società si costituisce solo con l'iscrizione (costitutiva) nel registro delle imprese; tuttavia il registro delle imprese esercita un controllo di natura formale sulla documentazione che è stata presentata dal notaio e, fatta questa verifica, procede all'iscrizione della società.

Non è previsto, quindi, un controllo di natura sostanziale e di merito da parte del registro sulla documentazione che il notaio presenta; con il superamento del giudizio di omologazione della società da parte del tribunale, la verifica della regolarità sostanziale è oggi effettuata proprio dal notaio, che diviene anche responsabile della regolarità sostanziale dell'iscrizione.

La violazione della normativa europea è stata opportunamente rilevata dalla XIV Commissione Politiche UE della Camera dei deputati che, nel parere reso alle Commissioni riunite che hanno esaminato il provvedimento in sede referente, ha chiesto la soppressione dell'articolo 44 (art. 29 nel testo del parere che si cita) in quanto:

«l'eliminazione del controllo notarile sugli atti di costituzione di società a responsabilità limitata, di cui all'articolo 29, potrebbe determinare un contrasto tra la disciplina nazionale e la direttiva 2009/101/CE che prevede – quali garanzie per proteggere l'interesse dei soci e dei terzi – un controllo preventivo, amministrativo o giudiziario, degli atti costitutivi o, in alternativa, la forma dell'atto pubblico; l'attuale ordinamento non contempla invece un controllo preventivo di natura sostanziale, di tipo amministrativo o giudiziario, sull'autenticità e sulla validità degli atti societari e tale compito nella disciplina italiana è rimesso al notaio in sede di predisposizione dell'atto pubblico.»

Inoltre, nel nostro ordinamento nazionale, per le società e gli enti diversi dalle società azionarie, nel caso in cui l'iscrizione sia richiesta sulla base di un atto pubblico o di una scrittura privata autenticata il comma 7 bis dell'art. 20 del d.l. 91/2014, impone all'ufficio del registro di procedere all'iscrizione immediata dell'atto.

La norma, avente lo scopo “di facilitare e di accelerare ulteriormente le procedure finalizzate all'avvio delle attività economiche nonché le procedure di iscrizione nel registro delle imprese, rafforzando il grado di conoscibilità delle vicende relative all'attività dell'impresa”, dispone, infatti, che l'accertamento delle condizioni richieste dalla legge per l'iscrizione rientra nella esclusiva responsabilità del pubblico ufficiale che ha ricevuto o autenticato l'atto. Solo per le società azionarie il sistema resta quello della legge 340 del 2000 ribadito dalla riforma del diritto societario.

In ogni caso all'ufficio del registro delle imprese spetta solo un controllo meramente formale che si sostanzia nella verifica del rispetto della competenza territoriale e della competenza del soggetto che richiede l'iscrizione, dell'assolvimento dei tributi dovuti, nella sussistenza per le prime iscrizioni della PEC.

Il sistema, quindi, si basa su canoni di estrema efficienza e garanzia e si caratterizza per un contenzioso pressoché nullo.

Ove si volesse rinunciare a questo sistema, estendendo in ipotesi il controllo del registro delle imprese alla legittimità sostanziale di un atto che, a questo punto, sarebbe privo della forma autentica, il sindacato dell'Ufficio, esteso a tutti gli accertamenti astrattamente contemplati dall'art. 11, comma 6, DPR 581/1995, non potrebbe che riguardare il solo aspetto documentale, non investendo, invece, altri elementi – quali ad esempio la verifica dell'identità, la capacità delle parti, la legittimazione formale e sostanziale, la documentazione di dichiarazioni rese dalle parti, regime patrimoniale della famiglia, verifica della condizione di reciprocità per gli stranieri, accertamento

dell'avvenuto versamento dei conferimenti in denaro oggi non più soggetto, per i tipi non azionari, al sistema del deposito presso una banca, ecc. – con rischi, anche per questo profilo, per l'ordine pubblico e la legalità, e con conseguente incertezza dei traffici giuridici dovuta all'aumento del contenzioso e al difficile coordinamento con la previsione dell'art. 2332 (nullità).

Viceversa, il controllo affidato al notaio presenta un evidente vantaggio per le imprese societarie, non solo perché si sono notevolmente ridotti i tempi per l'iscrizione nel registro delle imprese, ma soprattutto perché si eliminano gli eventuali profili di invalidità sin dall'origine, con risparmio, quindi, di spese e di contenzioso.

A differenza di quanto avveniva con il controllo giudiziario, e di quanto avverrebbe con quello amministrativo, la valutazione della legalità dell'atto si colloca, infatti, nel momento della nascita dell'impresa o della modifica delle sue regole, con la possibilità, in tale sede, di un dialogo fra notaio e soci che consenta l'eliminazione di eventuali profili di invalidità sin dall'origine; mentre il giudizio omologatorio del tribunale o un controllo di tipo amministrativo possono avvenire solo in un momento successivo alla costituzione della società o alla decisione di modifica, con il rischio di vanificare gli effetti di quanto già compiuto e, soprattutto, con l'impossibilità di verificare quegli aspetti della vicenda costitutiva e modificativa che esulano dal contenuto documentale dell'atto da iscriversi.

Nella materia societaria, dunque, **l'atto notarile garantisce la certezza e la sicurezza giuridica in ordine ai “requisiti legalmente esigibili per l'adozione dell'atto stesso”, in conformità al disposto ed alla ratio dell'art. 11 della direttiva 2009/101/CE.** Disposto che, al contrario, risulterebbe violato da una norma, quale l'art. 44 del disegno di legge in esame, che contemplatesse la possibilità della costituzione di s.r.l. semplificata per scrittura privata non autenticata.

Indicazioni di segno contrario rispetto alle suesposte prospettazioni non sembrano potersi trarre dal ricorso alla tecnica del modello standard di atto costitutivo e di statuto della s.r.l. semplificata.

La standardizzazione del modello non arriva ad esempio a tipizzare l'oggetto sociale, per il quale tale modello prevede ovviamente una casella vuota, da riempire con le scelte sul settore di svolgimento dell'iniziativa societaria.

Ma l'identificazione e la descrizione dell'attività da esercitare, con tutto ciò che comporta in termini di estensione, determinatezza, legalità, riserve, esclusività, specialità e tutti i ben noti altri profili che rispetto a certi ambiti imprenditoriali lo delimitano in modo vincolante per legge nell'interesse soprattutto della trasparenza, della

riconoscibilità e della non confondibilità a tutela dell'ordine pubblico economico e del mercato, e dei diritti degli *stake holders*, sono di delicatezza e indefinitezza tali, da pretendere con forza che rispetto ad essi venga esercitato un controllo di legalità e di merito nonostante la standardizzazione.

Tanto più se si riflette che, come detto, l'art. 11 della direttiva 2009/101/CE, pone l'obbligo del controllo sostanziale nel capo 4 dedicato alle nullità, e al comma 2, tipizzando le patologie che generano nullità, e dispone alla lett. b) che una di esse sia costituita proprio dal "carattere illecito o contrario all'ordine pubblico dell'oggetto della società". Massima gravità, quindi, collegata ai contenuti possibili dell'oggetto sociale, e consequenziale permanenza dell'esigenza del controllo di merito, non surrogabile con una presunzione che troverebbe sul punto solo uno spazio bianco e giuridicamente vuoto.

Sotto altro profilo, può rilevarsi che, nel sistema delineato dall'art.44 del disegno di legge in esame (che prevede che la scrittura privata venga trasmessa al registro imprese, con comunicazione da parte degli stessi amministratori della società), non è assicurata alcuna certezza né sull'effettiva identità di coloro che sottoscrivono la scrittura, né di colui che procede alla trasmissione dei dati, né sulla acquisizione e conservazione dei dati essenziali ai fini della prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo.

Nel sistema come sopra configurato dagli artt. 44 e 45 del disegno di legge in esame, infatti, non vi è alcun soggetto che si trova nella posizione di destinatario degli obblighi derivanti dalla direttiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo del riciclaggio dei proventi di attività criminali e di finanziamento del terrorismo (recepita con D.Lgs. n. 231/07), nonché dalle raccomandazioni GAFI. Ne deriva, con tutta evidenza, una sostanziale vanificazione dell'effetto utile (su cui, da ultimo, Cass. n. 10124/15) della anzidetta normativa europea, le cui finalità di ordine pubblico verrebbero frustrate da una disciplina nazionale che ne consentisse, in buona sostanza, l'aggiramento. E tanto basta a mettere in dubbio la legittimità - proprio in rapporto al diritto dell'Unione europea - delle modifiche previste dall'art. 44.

Né l'obiezione può dirsi superata con l'inserimento nell'articolo 44 (ex 29) durante i lavori della Camera dei deputati di una generica disposizione che demanda i controlli antiriciclaggio al Conservatore del registro delle imprese in assenza di un atto costitutivo redatto in forma pubblica (coma 2 della norma). Tali controlli, così come inderogabilmente previsti dalla direttiva comunitaria, presuppongono la presenza fisica

delle parti dinanzi al notaio e la loro identificazione a sua cura, ciò che, invece, è escluso dalla formulazione dell'articolo 44 (ex 29), che prevede l'inoltro al Conservatore di un file e, dunque, disciplina un procedimento "a distanza" interamente digitalizzato.

Le considerazioni che precedono sono state ampiamente valutate dalla Commissione giustizia della Camera dei deputati nel proprio parere sull'art 44 (29 nel testo del parere), al punto da proporre la soppressione.

Così argomenta la Commissione:

«l'articolo 29, nel modificare l'articolo 2463-bis del codice civile, prevede che l'atto costitutivo delle società a responsabilità limitata semplificata, che attualmente riveste la forma pubblica notarile, possa essere stipulato a mezzo di scrittura privata non autenticata. Rilevato che:

1) l'articolo in questione si pone anch'esso in contrasto, analogamente al precedente, con il principio della legalità e della certezza giuridica, richiamati dalla normativa europea. L'articolo 11 della direttiva 2009/101/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, infatti, espressamente dispone che in tutti gli Stati membri in cui la legislazione non preveda, all'atto della costituzione, un controllo preventivo, amministrativo o giudiziario, l'atto costitutivo, lo statuto delle società e le loro modifiche debbano rivestire la forma dell'atto pubblico. La direttiva sopra richiamata, pertanto, prevede, allo scopo di soddisfare la certezza dei traffici giuridici, un preventivo controllo di legalità, amministrativo o giudiziario, svolto da un soggetto titolare di una funzione pubblicistica. Con la legge 24 novembre del 2000, n. 340 (Disposizioni per la delegificazione di norme per la semplificazione di procedimenti amministrativi), è stato soppresso il giudizio di omologazione dell'atto costitutivo delle società da parte del Tribunale, sostituito dal controllo, egualmente preventivo, di legalità esercitato dal notaio, quale pubblico ufficiale (articolo 2330 del codice civile). In particolare, sul notaio grava il compito di verificare la regolarità sostanziale sia della documentazione dell'atto costitutivo della società, sia dell'iscrizione della stessa nel Registro delle imprese, limitandosi il Conservatore del predetto Registro, ai sensi dell'articolo 2330, comma 3, del codice civile, ad esercitare un controllo di tipo meramente formale. L'atto notarile garantisce quindi la certezza e la sicurezza giuridica in ordine ai requisiti legalmente esigibili per l'iscrizione delle società nel Registro delle imprese, in conformità alla ratio dell'articolo 11 della direttiva

2009/101/CE, ratio che appare del tutto disattesa dalle disposizioni contenute nell'articolo 29 del disegno di legge;

2) le disposizioni di cui all'articolo 29 si prestano, inoltre, ad essere utilizzate come facile strumento di elusione della normativa antiriciclaggio e di contrasto al finanziamento del terrorismo. Nel sistema delineato dell'articolo in discussione, che prevede che la scrittura privata venga trasmessa al registro delle imprese, con comunicazione unica da parte degli stessi amministratori della società, non è infatti assicurata alcuna certezza né in ordine all'effettiva identità di coloro che sottoscrivono la scrittura, né di colui che procede alla trasmissione dei dati, non essendovi alcun soggetto che si trovi nella posizione di destinatario di obblighi derivanti dalla direttiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo.

Considerazioni analoghe a quelle relative all'articolo 29 possono svolgersi con riferimento all'articolo 30 del disegno di legge, laddove la mancanza di controlli sull'identità e la capacità giuridica e di agire delle parti, nonché sulla legittimità degli atti in settori come quello delle società di persone e del trasferimento delle partecipazioni societarie presenta i medesimi profili di criticità.»

Considerazioni analoghe a quelle testé svolte possono essere formulate anche con riferimento alle previsioni dell'art. 45 del disegno di legge in esame, in partibus quibus. In ragione della mancanza di controlli sull'identità e sulla capacità giuridica e di agire delle parti, nonché sulla legittimità degli atti in settori come quello delle società di persone e del trasferimento delle partecipazioni in società a responsabilità limitata sussistono gli stessi identici profili di criticità, sul piano dell'ordine pubblico, già illustrati con riferimento alla necessità dell'atto pubblico per la costituzione delle società a responsabilità limitata, come ritenuto nel citato parere dalla Commissione giustizia della Camera dei deputati.

4. Le criticità sistematiche degli artt. 44 e 45 del disegno di legge in esame

Le disposizioni di cui agli artt. 44 e 45 recano modifiche di diritto societario. La prima norma, in particolare, consente che l'atto costitutivo della società a responsabilità limitata semplificata, che attualmente riveste la forma pubblica notarile, possa essere stipulato a mezzo di scrittura privata semplice. L'art. 45, invece, prevede per talune categorie di atti societari, fra i quali gli atti di cessione di quote di s.r.l. e gli atti costitutivi e modificativi delle società semplici, la possibilità di utilizzare l'atto sottoscritto digitalmente ad opera delle parti, ovvero avvalendosi dell'ausilio di intermediari che possono essere oltreché professionisti, agenzie d'affari, associazioni datoriali o sindacali.

Entrambe le norme, laddove venissero tradotte in legge, comprometterebbero gravemente il sistema vigente che attribuisce al notaio il compito di procedere a tutte le verifiche prescritte dalla legge al fine di evitare che lo strumento societario venga impiegato, come avviene frequentemente in altri paesi, per il perseguimento di finalità illecite, di evasione e riciclaggio.

Di seguito si evidenziano in sintesi le principali criticità delle misure proposte nel disegno di legge in tema di concorrenza.

4.1. L'impatto negativo sulla certezza degli atti destinati a pubblicità legale

La certezza degli atti giuridici delle imprese destinati a pubblicità legale ha in primo luogo rilevanza fondamentale non solo, come si è visto, nel diritto costituzionale italiano, ma anche nella normativa europea, che considera la “certezza giuridica” come un valore cardine e assegna ai notai il ruolo di custode di tale certezza in materia contrattuale, già a partire dalla nota sentenza Unibank della Corte di Giustizia Europea del 1999. La funzione del notaio, infatti, ha rilevanza costituzionale, anzitutto sul piano del diritto alla sicurezza delle persone, che comprende anche la sicurezza dei patrimoni e dei diritti acquisiti (“sicurezza giuridica”). Inoltre essa **concorre al corretto svolgimento delle funzioni pubbliche fondamentali di garanzia della legalità e della certezza del diritto (art. 24 Cost.), oltre che di tutela della libertà d'impresa (art. 41 Cost.).**

Si richiamano in merito le considerazioni più ampiamente svolte nei capitoli 1 e 2.

4.2. I profili di incompatibilità con il diritto comunitario

Con riferimento all'art. 44 si sottolinea, inoltre, come si è già osservato più ampiamente nel capitolo 3, che la novità normativa che si intende introdurre è **suscettibile di confliggere con direttive comunitarie, in quanto elimina per la società a responsabilità limitata semplificata la forma pubblica notarile, la quale assicura il controllo di legalità sul contenuto dell'atto. Il rinvio al controllo dell'ufficiale del registro delle imprese non può essere ritenuto idoneo a soddisfare il requisito comunitario del controllo amministrativo o giudiziario, quali alternative della forma pubblica notarile**, in quanto solo quest'ultima garantisce l'accertamento dell'identità personale delle parti (art. 49 della legge 89/1913), con efficacia probatoria piena fino a querela di falso (artt. 2700 e 2703 c.c.), la verifica della volontà e della capacità di agire delle parti stesse (art. 47 della medesima legge n. 89/1913), anche ai fini dell'accertamento della condizione di reciprocità in caso di società costituite da stranieri, nonché l'accertamento della legittimazione dei poteri di rappresentanza (art. 54 del R.D. n. 1326/1914).

Si evidenzia, inoltre, che il ruolo del conservatore, il quale non compie alcun accertamento sulle qualità soggettive dei soci costituenti, non garantisce un controllo sulla legalità sostanziale delle attività che concretamente costituiranno l'oggetto della società, compito quest'ultimo assolto fino all'anno 2000 dal tribunale sulla base del "giudizio omologatorio" e poi dal notaio sulla base di una funzione di analogo contenuto.

4.3. L'incompatibilità con la posizione assunta dalle organizzazioni internazionali sul possibile abuso dello strumento societario per finalità di evasione e di riciclaggio

Le principali organizzazioni internazionali (OCSE, GAFI, World Bank, UN) evidenziano quali principali fattori di alto rischio per il possibile abuso dello strumento societario (riciclaggio, corruzione, evasione fiscale, ecc.): la mancanza di controllo giuridico e dell'accertamento dell'identità dei soci anche con specifico riferimento a società sottocapitalizzate o con procedimento di costituzione "deformalizzato".

Sottraendo tali atti al notaio, l'indefettibile controllo di legalità sugli atti costitutivi non potrebbe che essere devoluto ai conservatori del registro delle imprese:

tale controllo, tuttavia, non potrebbe esplicarsi con le medesime garanzie che offre oggi quello notarile, soggetto alla vigilanza del Ministero della Giustizia attraverso le ispezioni biennali sui singoli atti.

4.4. L'impatto sui controlli in tema di antiriciclaggio

Nel sistema descritto dall'art. 44 che prevede che la scrittura privata venga trasmessa al registro imprese, con comunicazione unica da parte degli stessi amministratori della società e con affidamento del compito di adeguata verifica al Conservatore, **non è assicurata alcuna certezza né sull'effettiva identità di coloro che sottoscrivono la scrittura, né di colui che procede alla trasmissione dei dati, né inoltre sulla acquisizione e conservazione dei dati essenziali ai fini della prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo.**

Nel sistema delineato dalla nuova norma, infatti, non vi è alcun soggetto che si trovi nella posizione di effettivo destinatario degli obblighi derivanti dalla direttiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo e dalle raccomandazioni GAFI. Tale non potendosi considerare il Conservatore del registro delle imprese, che non può, di fatto, adempiervi, dal momento che egli non identifica le parti, ma riceve da esse, con mezzi telematici, un file precompilato.

Tutto ciò comporta insuperabili criticità sotto il duplice profilo:

a) della disparità di trattamento tra fattispecie assolutamente identiche, essendo tutte le operazioni societarie, a prescindere dal valore, considerate a livello nazionale ed internazionale ad alto rischio, sia ai fini dell'antiriciclaggio che ai fini del finanziamento del terrorismo;

b) della violazione delle direttive comunitarie in materia di antiriciclaggio, in quanto è inevitabile, in assenza di adeguata verifica da parte di un professionista a ciò obbligato, che la società semplificata a responsabilità limitata si presti a facili elusioni della normativa antiriciclaggio e di contrasto al finanziamento del terrorismo. Terzi estranei verrebbero facilmente ad assumere, senza alcuna possibilità di filtro, il controllo di fatto e la gestione dell'impresa, rivestendo i soci il ruolo di semplici prestanome di soggetti eventualmente dediti anche ad attività illecite, che così potrebbero operare liberamente sul mercato.

Del resto in questa materia sia l'Europa, con la IV direttiva antiriciclaggio (nella forma più rigorosa voluta dalla Presidenza italiana, come annunciato dal MISE), che prevede la realizzazione di un Registro nazionale dei titolari effettivi (vedi comunicato stampa MISE dicembre 2014), sia le tutte le istituzioni internazionali (OCSE, FAFT/GAFI, World Bank) **richiedono più trasparenza (e quindi più controlli) sulle identità dei veri titolari di società, la cui "opacità" ha consentito e consente che attraverso le stesse vengano posti in essere reati come riciclaggio, evasione fiscale, corruzione e finanziamento al terrorismo.** Ciò in quanto le società maggiormente coinvolte in tali reati, emersi dai più recenti scandali, sono quelle inglesi, americane e dei territori inglesi ed olandesi d'oltremare (British Virgin Islands, Turks and Caicos, Bahamas, Antille Olandesi ecc.).

Analoghe considerazioni possono esser svolte con riferimento anche alle previsioni dell'art. 45 del disegno di legge concorrenza, laddove la mancanza assoluta di adeguata verifica antiriciclaggio (neppure tali controlli sono demandati al Conservatore) e di controlli sull'identità e la capacità giuridica e di agire delle parti, nonché sulla legittimità degli atti in settori come quello delle società semplici e del trasferimento delle partecipazioni societarie presentano gli stessi identici profili di criticità sia sul piano dell'ordine pubblico.

Appare allora assolutamente evidente che le previsioni in esame contraddicono le finalità di politica legislativa perseguite con la legislazione antiriciclaggio e anticorruzione negli ultimi anni. Nello stesso tempo, nella misura in cui consentono agli operatori di avvalersi per gli atti societari di modelli operativi esenti da adeguata verifica, violano i principi costituzionali sotto i distinti profili della disparità di trattamento e dell'inosservanza delle direttive comunitarie in materia.

4.5. L'impatto negativo sui tempi di costituzione e sulla collocazione nella graduatoria *Doing business*

L'attuale sistema di controllo sugli atti societari, basato sul pubblico ufficiale-notaio, **dimostra un notevole grado di efficienza e sicurezza**, avendo consentito, dalla sua adozione, di ridurre i tempi di costituzione della società da tre mesi a un giorno.

Si considerino, inoltre, gli effetti della nuova norma, di cui all'art. 20, comma 7-bis del d.l. 91/2014, sull'iscrizione immediata dell'atto notarile nel

registro delle imprese: l'attuale sistema di controlli in ambito societario, insieme a questa misura di semplificazione, ha consentito all'Italia di risalire in modo molto significativo nella graduatoria *Doing business*, settore "*starting a business*".

Se si decidesse di attribuire all'atto costitutivo notarile l'effetto di conferire la personalità giuridica alle startup già prima dell'iscrizione nel registro delle imprese (come già avviene in Lussemburgo), si stima che l'Italia potrebbe risalire fino al 12° posto nella graduatoria mondiale.

Al contrario, **laddove venissero recepite in legge le proposte di cui agli artt. 44 e 45 del disegno di legge, demandando il controllo, attualmente svolto dai notai, ai conservatori del registro delle imprese, si tornerebbe inevitabilmente alle lungaggini del passato.** In questo caso inoltre, ove il conservatore rilevasse delle illegittimità, dovrebbe inoltre sospendere il procedimento d'iscrizione, chiedere le modifiche e poi riesaminare l'atto con evidenti allungamenti dei tempi.

A ciò si aggiunga, inoltre, che la S.R.L.S. è gratuita (il notaio non può per legge chiedere un compenso) per il cittadino, che paga solo imposte e diritti camerali e che finora ne sono state costituite diverse decine di migliaia (come da dati CCIAA), cosicché con il passaggio alla scrittura privata non vi sarebbe più il risparmio rappresentato dalla gratuità della prestazione notarile. L'utente, al contrario, dovrebbe pagare il compenso al diverso professionista a cui si dovrebbe comunque, di fatto, rivolgere.

5. La possibile incidenza delle disposizioni in esame sugli interessi generali inerenti la sicurezza pubblica ed il contrasto alla criminalità

5.1. L'incidenza sulle politiche comunitarie. L'European Agenda on Security

L'European Agenda on Security (*The European Agenda on Security, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions (28.4.2015 COM(2015) 185 final*) **constata che “Le minacce alla sicurezza stanno diventando sempre più internazionali, più transfrontaliere e più interconnesse”**. Queste minacce richiedono una risposta effettiva e coordinata a livello UE. Occorre una rinnovata “Strategia della Sicurezza Interna” nei prossimi cinque anni. Per raggiungere questo obiettivo, l'Agenda europea sulla Sicurezza stabilisce come l'Unione può apportare valore aggiunto a supporto dei Paesi membri per garantire la sicurezza.

Fra i cinque principi chiave enunciati nell'Agenda, emerge la necessità di assicurare la migliore applicazione e attuazione degli strumenti legali esistenti nella UE, per aiutare i Paesi membri a sfruttare in modo pieno questi strumenti ed incrementare la cooperazione operativa transfrontaliera fra autorità competenti. Occorre stringere ancora di più l'approccio inter-agenzie e inter-settoriale e mettere insieme tutte le dimensioni interne ed esterne della sicurezza per creare valore aggiunto di sicurezza dall'incontro fra queste *policies*.

L'Agenda Europea

«deve quindi essere un'agenda condivisa fra Unione e Stati membri. Il risultato sarà un'area UE di sicurezza interna nella quale gli individui sono protetti nel pieno rispetto dei diritti fondamentali.

Il crimine internazionale serio e organizzato sta trovando nuove strade per operare, e nuovi modi per non essere scoperto. Ci sono grandi costi, umani, sociali ed economici causati da crimini come il traffico di esseri umani, di armi, il contrabbando di droga ed i reati finanziari, economici e ambientali.

Il cyber-crimine è una minaccia sempre più crescente ai diritti fondamentali dei cittadini così come all'economia e allo sviluppo di un mercato unico digitale di successo; il

commercio e le attività bancarie passano on-line, il crimine digitale può diventare un grande potenziale di profitto per la criminalità e una grande perdita potenziale per i cittadini.

*I cyber-criminali possono operare dall'esterno dell'Unione per danneggiare le infrastrutture critiche e contemporaneamente possono prendere di mira un grande numero di vittime in tutti i Paesi membri, con minimo sforzo e minimo rischio. Similmente, minacce come quelle poste dal cyberterrorismo ma anche dalle varie criminalità potranno aumentare nel corso dei prossimi anni. **I criminali abusano delle “tecniche di anonimizzazione”** e dei meccanismi di pagamento anonimi per realizzare commerci illeciti di droga e armi, per transazioni criminali e riciclaggio del denaro.*

Il terrorismo, il crimine organizzato, il cybercrimine sono le tre priorità fondamentali al centro dell'Agenda europea sulla sicurezza, perchè domandano un'azione immediata. Essi sono chiaramente interconnessi e sono minacce transfrontaliere e le loro sfaccettature multiple e la loro dimensione internazionale dimostra la necessità di una risposta effettiva e coordinata a livello UE .

La realizzazione degli strumenti legali comunitari a livello nazionale non è sufficiente. Gli strumenti previsti dal quadro di sicurezza UE riusciranno ad essere pienamente efficaci solo quando le agenzie nazionali di applicazione della legge acquisiranno fiducia negli strumenti esistenti e condivideranno tempestivamente le informazioni. La disponibilità in tempo reale dei dati esistenti fra Stati membri è un'area di elaborazione futura per lo scambio di informazioni, mediante un apparato di strumenti chiari, sicuri e appropriati per dare alle autorità le informazioni di cui hanno bisogno e set di strumenti sicuri e regolati in modo appropriato, capaci di approvvigionare le autorità con le informazioni di cui hanno bisogno, compresa la cooperazione fra reti di unità specializzate.»

Il virgolettato è un estratto, testuale ma libero, della presentazione dell'Agenda.

Un progetto come quello della “*European Agenda on Security*”, ma vedi pure la proposta di direttiva sugli attacchi ai sistemi informatici (COM(2010)517) e la proposta di direttiva in materia di sicurezza delle reti e dell'informazione COM(2013) 48, delinea la necessità di una evidente azione coordinata fra strutture e agenzie pubbliche nazionali, internazionali e comunitarie, che certamente passa attraverso il rafforzamento delle istituzioni e della forma delle azioni con cui si stipulano accordi, scambi, si costituiscono società, si investono risorse in beni immobili, cioè tutte quelle attività che servono al crimine per organizzare tecniche sempre più sofisticate per occultare qualsiasi traccia delittuosa (*washing cycles*) ed immettersi nei circuiti economico-finanziari legali (*placement*), allo scopo di conseguire l'integrazione nell'economia regolare e far perdere le tracce. Le fasi del finanziamento al terrorismo sono in un certo senso il contrario del percorso, ma hanno la stessa logica e le stesse tecniche.

Non si possono abbassare le difese proprio quando il potere criminale si proietta a livello internazionale verso quei Paesi le cui legislazioni sono più permissive e sono meno rigidi i controlli istituzionali, perché la criminalità dei colletti bianchi è ancor più insidiosa e potente oggi: aprire a una forma libera o attenuata, come prospettato dagli artt. 44 e 45 del disegno di legge in esame, **senza più il passaggio obbligatorio sotto un controllo pubblicistico attraverso l'atto notarile**, sarebbe ancor più inaccettabile, se si pensa alle operazioni del crimine che incorporano ricchezze relevantissime e che si renderebbero assai “volatili” e sostanzialmente anonime (così già la rel. al Disegno di legge, Camera dei Deputati, 2.2.93, n. 2193, che divenne l. 310/1993).

Contro questi rischi occorre fare sistema, cioè connettere in modo organizzato tutte le potenziali “agenzie di contrasto” la cui interconnessione con le Amministrazioni, le Magistrature e le Polizie, che presiedono all'ordine pubblico economico e criminale e il Ministero delle Politiche Comunitarie, possa essere funzionale ad un unico obiettivo strategico, tale da assicurare una forte capacità di reazione immediata, affidato ad un impianto strategico che assicuri «il coordinamento tra gli attori interessati» «ridefinendo l'attività delle strutture esistenti, con una rimodulazione delle attuali competenze e responsabilità».

Il modello di “agente di contrasto”, sul quale l' “Agenda” mostra di fondare i pilastri dell'azione comunitaria, è quello del concessionario di funzioni pubbliche, cioè di “agenzia” nel senso americano, che è “struttura indipendente sottoposta alla legge e con mandato pubblico”, natura condivisa anche dal notariato.

Un ulteriore pilastro di tale azione sarà rappresentato dalla realizzazione da parte del notariato di un “Archivio Informatico degli atti notarili e dei dati notarili” (unico nel genere in Italia, e modello esportabile di *good practice*), in ossequio al disposto di cui all'art. 38, comma 6-bis del d.lgs 231/2007 recante disposizioni per il contrasto del riciclaggio, archivio che sarà costituito presso il Consiglio nazionale del notariato quale ordine professionale-organismo di autoregolamentazione, ex art.43, d.lgs 231/2007.

Da un lato, on-line e in tempo reale (uno degli auspici di celerità più importanti dell'Agenda) le risultanze di tale archivio consentiranno alle autorità preposte alle indagini ed alle analisi di disporre di una immediata visione d'insieme dell'attività contrattuale dei soggetti indagati, prescindendo dal singolo professionista che abbia eseguito l'operazione, soprattutto qualora questa venga realizzata attraverso più negozi

tra loro collegati, dall'altro, per agevolare il professionista nella valutazione, potranno essere attivati dei meccanismi semiautomatici di analisi preventiva dell'operazione, al fine di rilevare l'anomalia rispetto alla pregressa attività contrattuale del cliente ovvero alla attività media in base ai profili soggettivi od oggettivi dell'operazione.

Un archivio di tale genere potrà però assicurare la propria utilità nell'azione di monitoraggio e repressione, solo se si manterrà la certezza che in esso transiterà la totalità degli atti immobiliari e societari senza eccezione, perché unica è la competenza, notarile, a porli in essere. L'estensione di competenza ad altre categorie professionali meno sensibili e meno attrezzate, eliminando la certezza che altri atti non sono stati stipulati, frustrerebbe in modo fatale uno degli strumenti venturi, considerato più efficace nella lotta al crimine.

Il disegno perseguito con l'European Agenda on security dimostra:

- **che l'Italia non deve assumere iniziative legislative che possano affievolire l'intensità dell'attuale controllo pubblico sull'azione dei privati, togliendo il presidio ai cancelli di accesso ai circuiti della legalità immobiliare e societaria**, nel momento delicatissimo in cui un ipotetico criminale è più visibile perché deve esporsi per effettuare un investimento immobiliare o la costituzione di una società con cui cercherà di occultare le identità dei soggetti sottostanti, attribuendo una indefinita competenza ad attori, pur professionisti, ma che non fanno parte delle strutture dello Stato, nel "mercato" US *delle shell companies, i lawyers* si trincerano dietro il segreto professionale garantito dal *legal professional privilege*, e quindi diventano uno degli anelli deboli rispetto ai doveri di collaborazione con l'autorità; vd infra, E. van der Does de Willebois, How can we stop the corrupt from gaming the system? More transparency, M. Findley, D. Nielson, J. Sharman, Global Shell Games: Testing Money Launderers' and Terrorist Financers' Access to Shell Companies, ottobre 2012, o attribuendo al privato un accesso diretto a pubblici registri senza alcun controllo;

- che l'Italia non può assumere iniziative di riduzione delle strutture di controllo pubbliche, non solo e non tanto perché attenta alla tenuta del proprio stesso ordinamento, **quanto perché verrebbe meno ai propri obblighi di Paese membro UE di mantenimento del livello comune di vigilanza legislativa**, il che recherebbe un vulnus all'intero impianto comunitario, di cui diverrebbe l'anello debole e inconsapevolmente criminogeno;

- **che il notariato italiano è una infrastruttura pubblica statale che può svolgere un'azione di terminale di controllo e capacità certificativa statale, capace**

di assicurare un apporto funzionale al progetto quale “agenzia di contrasto”, coordinato con le altre strutture, e ancor più coordinabile nell’ambito di programmi concordati, perché soddisfa l’esigenza pubblica primaria di apprestare strumenti che possano concorrere ad evitare pericolose “coperture” negli scambi e nelle transazioni negoziali.

- che il notariato italiano è perfettamente in grado di fornire il proprio servizio funzionale all’azione anticrimine, come piattaforma digitale e telematica in tempo reale, sicura e economicamente indipendente per risorse e mezzi, già testati nella quotidianità delle trasmissioni telematiche di atti pubblici ai registri pubblici e all’Agenzia delle entrate.

L’efficienza del notariato in questo ambito è una realtà inconfutabile, come emerge, peraltro, dal Rapporto sull’antiriciclaggio dell’Unità di Informazione Finanziaria per l’Italia della Banca d’Italia (UIF), relativo al primo semestre del 2015, in cui si evidenzia che rispetto al secondo semestre del 2014 le segnalazioni di operazioni sospette effettuate dai notai sono passate da 1.080 a ben 1.721 e rappresentano, quindi, il 4,4 per cento delle segnalazioni complessive inviate all’UIF nel periodo di riferimento nonché la quasi totalità di quelle riferibili genericamente ai professionisti.

Se si vuole proteggere l’ordine pubblico economico garantendo il sistema, la strada che sta intraprendendo il nostro Paese appare inopportuna, perché non è ammissibile, va detto chiaramente, in pieno allarme sicurezza economica, evasione fiscale e riciclaggio, che lo Stato arretri rispetto al rischio dell’illegalità, violando i propri obblighi internazionali e comunitari.

Lo conferma il fatto che sono in corso presso i vari ordinamenti nazionali severissime valutazioni da parte di esaminatori del Fondo monetario internazionale, per verificare sulla base del Protocollo *“Methodology for assessing technical compliance with the FATF Recommendations and the Effectiveness of AML/CFT systems”* quanto ogni Paese e soprattutto ogni operatore obbligato abbia adeguato normative e prassi antiriciclaggio alle “Raccomandazioni” del GAFI, fra le quali primaria importanza hanno quelle portate al n. 24.6 (*Countries should use one or more of the following mechanisms to ensure that information on the beneficial ownership of a company is obtained by that company and available at a specified location in their country; or can be otherwise determined in a timely manner by a competent authority*)

e 24.7 (Countries should require that the beneficial ownership information is accurate and as up-to-date as possible.).

5.2. L'incidenza delle norme di cui agli artt. 44 e 45 sull'attuazione delle principali raccomandazioni internazionali sull'antiriciclaggio e sull'uso abusivo dello strumento societario

Negli ultimi anni, le misure di prevenzione contro l'abuso dello strumento societario sono state oggetto di grande attenzione da parte di policy makers, autorità finanziarie di vigilanza ed organizzazioni internazionali.

Infatti le società commerciali che costituiscono uno strumento essenziale per l'attività economica e per contribuire allo sviluppo dei mercati sono tuttavia spesso utilizzate in modo abusivo per finalità illecite quali: riciclaggio di denaro, frodi di mercato, *shielding assets*, corruzione, evasione fiscale, etc.

L'anonimato concesso da alcune giurisdizioni e la conseguente possibilità di occultare agevolmente le attività illecite possono infatti gravemente compromettere la stabilità e l'integrità dei mercati.

5.2.1. Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale (GAFI)

L'ultimo rapporto GAFI (2012), *“International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation”*, prevede una specifica sezione “E” dedicata a *“Transparency and Beneficial Ownership of Legal Persons and Arrangements providing specific recommendations”* per poter prevenire l'abuso degli strumenti societari a livello internazionale¹².

Linee guida molto dettagliate sono state fornite anche nel rapporto GAFI 2010, *“The Misuse of Corporate Vehicles, Including Trust and Company Service Providers”*

¹² Il Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale (GAFI) è un organismo intergovernativo, sorto nel 1989 in occasione del G7 di Parigi, il cui scopo è la promozione di politiche e raccomandazioni per il contrasto del riciclaggio di denaro di origine illecita, del finanziamento del terrorismo e di armi di distruzione di massa. Le prime raccomandazioni, pubblicate nel 1990 sono state rivedute nel 1996, 2001, 2003 e recentemente aggiornate nel 2012 in modo da assicurarne il dovuto adeguamento degli standard internazionali.

Il GAFI collabora con stakeholder internazionali per identificare le vulnerabilità a livello dei singoli Stati e proteggere il sistema internazionale finanziario da possibili abusi.

che analizza i meccanismi utilizzati per l'abuso dello strumento societario ai fini del riciclaggio e del finanziamento delle organizzazioni terroristiche.

Il rapporto illustra casi concreti di abuso societario attraverso l'identificazione di una serie di fattori di rischio che potrebbero essere fortemente ridotti consentendo pieno accesso (alle autorità governative o altre autorità di vigilanza istituzionale) alle informazioni riguardanti i beneficiari, le fonti di finanziamento e lo scopo sociale delle società.

Dalle analisi emerge che **la principale costante caratteristica dell'abuso dello strumento societario è costituita dall'anonimato e dalla possibilità di occultamento dei beneficiari.**

5.2.2. OCSE

L'OCSE sottolinea che la “veste societaria” (*corporate veil*) è costantemente usata come strumento per riciclaggio di denaro, evasione fiscale, frodi di mercato e altre attività illecite.

L'istanza per la riduzione della vulnerabilità dello strumento societario da parte del *Financial Stability Forum* (FSF), ha portato alla pubblicazione OCSE del manuale “*Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes*”¹³ che si propone di indicare misure idonee a combattere l'abuso societario, invitando i governi nazionali ad adottare provvedimenti volti ad assicurare la trasparenza delle informazioni relative alla proprietà ed al controllo societario.

Nel manuale OCSE viene evidenziato che gli strumenti societari utilizzati per finalità illecite sono caratterizzati da un elevato grado di anonimato dei titolari. L'OCSE raccomanda fortemente di assicurare un'adeguata e rapida diffusione dei dati societari e, se necessario, la trasmissione alle autorità interne ed internazionali di controllo finanziario. In particolare, è raccomandata la rapida trasmissione delle informazioni riguardanti la proprietà ed il consiglio di amministrazione al momento della costituzione societaria. E' raccomandato anche l'obbligo di registrazione delle informazioni societarie rilevanti da parte dei notai, delle *Trust company* e di tutti i professionisti coinvolti nei processi di costituzione societaria.

L'OCSE evidenzia la necessità di adozione di un'adeguata normativa che consenta rapide ed efficaci ispezioni sui beneficiari e sugli organismi di controllo

¹³ OECD, *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes*, 2001

societario in caso di sospetto di attività illecite. Infatti, spesso le transazioni illecite sono condotte attraverso conti bancari intestati a “società strumentali” in modo da occultare risorse finanziarie alle autorità fiscali ed ai creditori.

Il manuale OCSE “*Behind the Corporate Veil*” è stato discusso e approvato dai Ministri OCSE, i Ministri delle Finanze del G-7, e dal *Financial Stability Forum* (FSF) che l’hanno adottato come guida ufficiale per la lotta alla corruzione e al riciclaggio di denaro.

5.2.3. Banca Mondiale e Nazioni Unite

Il rapporto “*The puppet masters*” analizza le modalità utilizzate dalle organizzazioni criminali per occultare i loro proventi e propone contromisure ad hoc per prevenire e combattere l’abuso degli strumenti principalmente utilizzati nelle attività illecite¹⁴.

L’analisi individua negli strumenti societari i “punti nodali” che compongono la struttura portante del riciclaggio di denaro. La maggior parte degli attori coinvolti nei fenomeni di corruzione e riciclaggio si nascondono sotto una “veste societaria”, difficilmente rintracciabile, che spesso riesce ad eludere i controlli delle autorità.

Il rapporto “*The puppet masters*” mira a fornire linee guida per migliorare la trasparenza degli strumenti societari, evidenziando le misure concrete per combattere le attività illecite e recuperarne i proventi. Le attività illecite sono spesso nascoste in intricate transazioni finanziarie, in *shell companies* o altre tipologie di *false società*.

Il vero “beneficiario-burattinaio” (*beneficial owner-puppet master*) può dunque agire camuffato sotto questi intricati meccanismi e sfuggire ai controlli. Tutti i casi di maggiore corruzione analizzati hanno un comune denominatore: l’uso dello strumento societario per occultare la proprietà ed il controllo delle attività illecite.

¹⁴ “*The Puppet Masters: How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It*” redatto dalla Banca Mondiale, analizza in dettaglio l’utilizzo abusive degli strumenti societari tramite l’esame di casi concreti ed interviste alle autorità investigative, alle autorità responsabili della tenuta del registro delle imprese e alle istituzioni finanziarie. L’approccio è di tipo “step by step”, volto a fornire raccomandazioni pratiche ai *policy makers* per incentivare l’adozione di adeguate normative nazionali in linea con gli standard internazionali.