

Prof. Giuseppe Tesaurò

Presidente emerito Corte Costituzionale
Ord. a.r. Diritto Internazionale e dell'Unione europea

P A R E R E P R O V E R I T A T E

SU

**ARTT. 28 E 29 DDL CONCORRENZA, CDM 20.2.2015
ART. 4, CO.10 BIS, LEGGE 24.3.2015, N. 33
RISPETTO AL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA
E ALLA COSTITUZIONE ITALIANA**

30 APRILE 2015

Il presente parere riguarda la disciplina contenuta: *a)* negli artt. 28 e 29 del Disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri il 20 febbraio 2015 (d'ora in avanti DDL Concorrenza), attualmente in discussione in Parlamento, nella parte in cui, rispetto alla normativa pregressa, non prescrivono l'obbligo di atto notarile per transazioni immobiliari non ad uso abitativo, con valore catastale non superiore a 100.000 euro, e per la costituzione di società a responsabilità limitata semplificata; *b)* nell'art. 4, co. 10 *bis*, della Legge del 24 marzo 2015, n. 33, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 gennaio 2015, n. 3, recante misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti"¹, nella parte in cui prevede che l'atto costitutivo e le successive modificazione di *start up* innovative e di incubatori certificati possano essere redatti, mediante modello *standard*, con la semplice firma digitale non autenticata.

In particolare, è stato chiesto di valutare la conformità di tali novelle normative al diritto dell'Unione europea e alla Costituzione italiana. Il parere, pertanto, si concentrerà:

1. Relativamente ai profili di compatibilità con il diritto dell'Unione europea,

quanto all'atto costitutivo di talune società di capitali:

A) sull'art. 29 del DDL Concorrenza

B) sull'art. 4, co. 10 *bis*, della Legge del 24 marzo 2015, n. 33;

2. quanto al passaggio di proprietà di taluni immobili:

A) sull'art. 28 del DDL Concorrenza.

3. Relativamente ai profili di legittimità costituzionale:

A) sulla violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.

B) sulla violazione dell'art. 3 della Costituzione sotto il profilo della ragionevolezza

¹ In GU 70, del 25 marzo 2015, Suppl. ord.

1. RELATIVAMENTE ALL'ATTO COSTITUTIVO DI TALUNE SOCIETÀ DI CAPITALI

A) sull'art. 29 del DDL Concorrenza

1.1. L'art. 29 (*Modifiche alla disciplina della società a responsabilità limitata semplificata*) così recita: "1. All'articolo 2463-bis del codice civile sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al secondo comma, alinea, dopo le parole: «deve essere redatto per atto pubblico» sono inserite le seguenti: «o per scrittura privata»;

b) è aggiunto, in fine, il seguente comma: «Se l'atto costitutivo è redatto per scrittura privata, gli amministratori, entro venti giorni, devono depositarlo per la sua iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale, allegando i documenti comprovanti la sussistenza delle condizioni previste dall'articolo 2329, numero 3)».

1.2. La disposizione del disegno di legge si colloca nel solco delle misure emanate per promuovere il modello di società a responsabilità limitata semplificata (d'ora in avanti Srls) e costituisce il naturale corollario dell'art. 4, co. 10 *bis*, della Legge 33/2015. Infatti, introduce, con riferimento alla costituzione di tali società, la possibilità che essa avvenga mediante **scrittura privata non autenticata**, iscritta al Registro delle imprese dagli stessi amministratori.

1.3. Già a prima lettura si rileva che l'art. 29 del Ddl Concorrenza solleva consistenti dubbi sulla sua compatibilità con la conferente normativa dell'Unione europea; precisamente con la 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'articolo 48, secondo comma, del trattato per proteggere gli*

*interessi dei soci e dei terzi*¹

1.3.1. 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.

1.3.2. 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"*.

1.3.3. In sostanza, al fine di soddisfare l'esigenza di sicurezza dei traffici giuridici, la direttiva richiede un preventivo *test* di legalità, svolto da una funzione pubblicistica (amministrativa o giudiziaria), dell'organo di validazione. Difatti, nei considerando è evidenziato che 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"*. Ed è chiarito 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"*.

1.4 La pubblicità legale degli atti ha carattere sostanziale. Difatti, ha l'effetto di risolvere i conflitti fra diritti soggettivi, di rendere

¹ In GUUE L 258, dell'1.10.2009.

inoppugnabili determinati atti e di tutelare gli acquisti di diritti fondati sull'affidamento da essa creato. È per tale motivo, che risulta assolutamente indispensabile un controllo - rigoroso e pubblico - sull'autenticità e sulla validità degli atti prima che siano pubblicati.

1.4.1. Rispondendo a tale fondamentale esigenza, gli artt. 11 e 12 della direttiva 2009/101/CE pongono in risalto due elementi fondamentali: a) **l'atto pubblico è obbligatorio** per la costituzione di tutte le società di capitali, **salvo nelle 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 dell'oggetto della società, determina la **nullità della società**.

1.5. Com'è noto, 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). E il controllo di legittimità preventivo da questi svolto è stato 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 previsto in sede di giudizio di omologazione. Ed infatti le disposizioni del codice civile relative alla costituzione delle società per azioni (art. 2328 co. 2), delle società in accomandita 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 2000/9/CE.

1.5.1. A ciò va aggiunto che, già ai sensi dell'art. 28, della legge del 16 febbraio 1913, n. 89 (*Sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili*), al notaio rogante, che predispone l'atto pubblico costitutivo, è imposto di esercitare un controllo di ricevibilità dello stesso (controllo di liceità e legalità in sede di esercizio della c.d. funzione di adeguamento). Invero, il par. 1 di tale articolo vieta al notaio di ricevere "atti espressamente proibiti per legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico".

1.5.2. Inoltre, l'art. 138 *bis* della medesima legge, 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*), prevede 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, ad una sanzione pecuniaria.

1.6. 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 Imprese¹.

1.6.1. Il Conservatore del Registro si limita, invece, alla mera verifica estrinseca e materiale dell'esistenza di un atto notarile, senza alcun potere in ordine al suo controllo di legalità; in breve, al

¹ Cfr. G.F CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale 2. Diritto delle società*, Torino, 2014, p.161 ss e bibliografia ivi citata.

Conservatore compete esclusivamente l'accertamento di regolarità formale della documentazione. Infatti, l'art. 2330 c.c., co.3, sancisce: *"L'Ufficio delle imprese, verificata la regolarità formale della documentazione, iscrive la società nel registro."*

1.6.2. Peraltro, il compito del Conservatore è stato ulteriormente limitato dall'art. 20, co. 7 *bis*, del Decreto legge 91/2014¹, che ha introdotto una procedura di iscrizione al Registro più veloce, stabilendo che: *"Al fine 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, quando l'iscrizione è richiesta sulla base di un atto pubblico o di una scrittura privata autenticata, a decorrere dal primo giorno del mese successivo alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, il conservatore del registro procede all'iscrizione immediata dell'atto. L'accertamento delle condizioni richieste dalla legge per l'iscrizione rientra nella esclusiva responsabilità del pubblico ufficiale che ha ricevuto o autenticato l'atto. Resta ferma la cancellazione d'ufficio ai sensi dell'articolo 2191 del codice civile. La disposizione del presente comma non si applica alle società per azioni"*.

1.6.3. In altri termini, il **Conservatore** si limita a verificare l'esistenza della documentazione che giustifica l'iscrizione nel registro (**controllo formale**), ma non esercita un controllo di merito sul contenuto degli atti, in breve **non svolge alcun controllo di natura sostanziale**. In definitiva, anche il semplice controllo formale viene completamente a mancare, qualora l'iscrizione sia richiesta sulla base di atto pubblico ovvero di scrittura privata autenticata. Ciò vuol dire che la riforma del 2014 ha potenziato, di fatto, la funzione di controllo svolta dal notaio, il quale, non più coadiuvato dal Conservatore del Registro delle imprese, è divenuto responsabile anche del controllo formale degli atti.

¹ Decreto legge 24 giugno 2014, n. 91, Convertito con Legge dell'11 agosto 2014, n. 116, in GU del 20.8.2014, n.192, Suppl. ord.

1.7. La responsabilità del notaio, in merito al controllo di legalità delle singole clausole che compongono lo statuto, è stata riconosciuta anche in sede giurisdizionale (Cassazione civile, sez. III, 20 luglio 2011, n. 15892, in tema di clausola compromissoria). E il notaio è stato destinatario pure di sanzione disciplinare per aver stipulato l'atto costitutivo di una società con oggetto sociale illecito, ovvero ricomprensente, nello statuto di un'impresa priva dei requisiti, l'esercizio di attività finanziaria presso il pubblico ex art. 106 del T.U. 385/96 (Cassazione civile, sez. II, 30 gennaio 2013, n. 2220). Infine, è stato chiamato a rispondere della mancata esecuzione delle formalità pubblicitarie intese a conferire opponibilità ai contratti ed alle pattuizioni perfezionate per il tramite del suo ministero (Cassazione civile, sez. III, 27 novembre 2012, n. 20995).

1.8. Anche la Corte di giustizia dell'Unione europea ha confermato la rilevanza dell'attività svolta dal notaio in sede di controllo di legalità dell'atto costitutivo. In particolare, essa ha espressamente 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". Ed ha sottolineato 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 privati¹". In tal senso si è pronunciato altresì l'avvocato generale Pedro Cruz Villalón, che, nelle conclusioni alla suddetta sentenza, 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

¹ 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.

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 autenticato 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".

1.8.1. La Corte di giustizia, d'altra parte, aveva già in altre precedenti precisato, nella sentenza *Unibank*¹, 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 Lugano³, 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»"*.

1.8.2. Anche il Parlamento europeo, nella "Relazione recante raccomandazioni alla Commissione sull'atto autentico europeo"⁵, 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*

¹ Sentenza del 17 giugno 1999, C-260/97, punti 15-17.

³ In GUCE C 189, del 28.7.1990.

⁵ Relazione di M. Medina Ortega, del 19 settembre 2008 (2008/2124(INI)).

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 nella transazioni che intendono concludere nei paesi in cui esiste tale strumento".

1.9. L'atto autentico è, quindi, un "atto con potenza normativa" che soddisfa il bisogno di certezza. In definitiva, l'atto redatto dal notaio nella sua veste di pubblico ufficiale, garantisce sicurezza giuridica in ordine ai "requisiti legalmente esigibili per l'adozione dell'atto stesso, compresa la capacità giuridica e di agire delle parti". Perciò, ai sensi dell'art. 12 della direttiva 2009/101/CE, la **nullità** delle società può essere dichiarata in giudizio qualora manchi l'atto costitutivo, oppure in caso di inosservanza delle formalità relative al controllo preventivo o della forma dell'atto pubblico ¹, oppure nell'ipotesi di "carattere illecito o contrario all'ordine pubblico dell'oggetto della società".

1.9.1. A tal riguardo, va segnalato che l'adozione di un modello uniforme, di fonte ministeriale, per la costituzione e le modifiche dell'atto costitutivo, con le sue rigidità preimpostate, abolisce ogni tipo di verifica rigorosa e sostanziale sull'oggetto sociale della costituenda società. In sintesi, conferendo a tale modello una presunzione di validità e legalità - che altrimenti dovrebbe essere verificata, caso per caso, dal notaio - si esclude tanto il controllo formale quanto quello di merito (ad es. in relazione alla determinatezza, legalità, esclusività e specialità dell'oggetto sociale).

1.10. Ne consegue che il mantenimento dell'atto pubblico è cruciale ai fini della certezza dell'identità delle parti e della correttezza

¹ La stessa *ratio* fonda l'art. 2332 c.c., relativo alla nullità delle società per azioni, dopo l'iscrizione al Registro delle imprese: a seguito delle modifiche introdotte con il DPR 1127/1969, emanato in attuazione della I direttiva CEE in materia di armonizzazione societaria (68/151), tale articolo annovera la mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma di atto pubblico, al primo posto dei casi di nullità tassativa.

della componente rappresentativa nelle persone giuridiche, ed al contempo risponde a chiare esigenze pubbliche.

1.10.1. A sostegno di quanto appena affermato, si ricorda che il legislatore tedesco, riformando le società a responsabilità limitata (*GmbH*), ha sì operato una sostanziale semplificazione, ma non ha alterato (né cancellato) le forme di controllo predisposte a tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza. Infatti, la riforma reca l'importante innovazione di poter costituire una Srl, utilizzando un modello *standard*, redatto, però, dal notaio, proprio in virtù dell'importante funzione pubblicistica da questi svolta¹.

1.10.2. E' agevole immaginare, pertanto, che l'abolizione dell'atto notarile per la costituzione delle società apra un facile varco a molteplici ipotesi di illecito penalmente rilevanti, quali furti d'identità, riciclaggio, evasione fiscale e corruzione. Infatti, alla luce della normativa in materia di antiriciclaggio³, il notaio svolge un'importante attività di prevenzione e di repressione di ogni possibile forma di utilizzazione strumentale dei circuiti finanziari ed economici per finalità illecite, in quanto è tenuto a controllare che non siano posti in essere strumenti che costituiscano "coperture" per l'utilizzo di denaro di dubbia provenienza. In pratica, al notaio spetta identificare la clientela, il titolare effettivo dell'operazione e comunicare – in via telematica, con modalità idonee a garantire l'anonimato – eventuali operazioni sospette all'UIF (Unità di Informazione Finanziaria presso Banca d'Italia)⁵. E, sebbene tutti i professionisti siano sottoposti all'obbligo di comunicare operazioni sospette, i dati forniti dalla Guardia di Finanza rilevano che circa il 90% delle segnalazioni sono trasmesse dai notai.

¹ Il Sole 24 Ore, 1 ottobre 2008.

³ Decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231 - *Attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione e successive modificazioni e integrazioni*, in GU n. 290 del 14.12.2007 -Suppl. Ordinario n. 268.

⁵ Nel 2009, è stato stipulato un Protocollo d'Intesa tra l'UIF e il Consiglio Nazionale del Notariato.

1.10.3. Né manca di significato la circostanza che l'introduzione della firma digitale non autenticata ha già causato molteplici reati: oltre al riciclaggio, numerosi sono i casi di "furti d'identità", evasione fiscale e corruzione (v. Rapporto annuale della Guardia di Finanza, soprattutto 2012 e 2013)¹.

1.10.4. D'altra parte, questi problemi sono fortemente avvertiti negli ordinamenti che non contemplano forme di controllo preventivo sull'atto. Ad esempio, nel Regno Unito (dove è assente la figura del notaio), l'elevato numero di "furti d'identità" ha indotto il governo britannico a proporre una modifica di sistema che si avvicina a quello civilistico italiano. Al riguardo, le autorità britanniche hanno espressamente dichiarato: *"Transparency and accountability are both essential for trust. We need business, investors and society to have the confidence that comes from accessing the information they need to make the best choices and complete transactions. We also know a lack of transparency with respect to those who really own and control companies can allow tax evasion, money laundering and terrorist financing to flourish"*³.

1.10.5. Anche il governo degli Stati Uniti d'America ha varato, lo scorso anno, misure per prevenire i furti d'identità, dopo che la *Federal Trade Commission* aveva ricevuto oltre 250.000 segnalazioni.

1.11. È utile, pertanto, ribadire che, nell'ordinamento italiano, venuta a mancare ogni forma di controllo sostanziale preventivo, di natura giudiziaria o amministrativa, ed essendo affidata al notaio⁵ la funzione di verificare l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge per la costituzione delle società, l'atto costitutivo deve essere redatto – nel rispetto della direttiva 2009/101/CE – **soltanto ed**

¹ www.gdf.gov.it

³ V. Department for Business, Innovation & Skills, *Transparency & Trust: Enhancing the Transparency of UK Company Ownership and Increasing Trust in UK Business*, April 2014.

⁵ Al riguardo, parte della dottrina ha sostenuto che "la disciplina societaria chiarissimamente esclude l'esistenza di altri pubblici ufficiali legittimati" diversi dal notaio". In tal senso, cfr., soprattutto, P. MARCHETTI, *Il ruolo del notaio*, in *Attualità e limiti del controllo giudiziario sugli atti societari*, Palermo, 1984, p. 59 ss.; G. FERRI jr, *Profili di responsabilità notarile*, in *Rivista delle società*, 2001, p. 1422 ss., a p. 1424.

esclusivamente mediante atto pubblico. Vale a dire, come sancito dall'art. 2699 c.c., mediante *“documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è redatto”*.

1.11.1. La definizione, *mutatis mutandis*, corrisponde a quella contenuta nel glossario della Rete giudiziaria europea: *«atto pubblico» è un documento che attesta un fatto o atto giuridico, e la cui autenticità è certificata da un'autorità pubblica.*

1.11.2. Invero, l'atto notarile esprime il massimo grado di intensità probatoria con elisione di ogni incertezza. Pertanto, la forma dell'atto pubblico rileva sia per la validità dell'atto stesso sia per la prova del negozio; ai sensi dell'art. 2700 c.c. (*Efficacia dell'atto pubblico*): *“L'atto pubblico fa piena prova, fino a querela del falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti”*.

1.12. Sembra opportuno aggiungere tre ulteriori brevi riflessioni in considerazione della specificità della Srls e dei numerosi interventi del legislatore a suo sostegno.

1.12.1. In primo luogo, non va dimenticato che gli atti relativi alle Srls sono redatti dal notaio a titolo gratuito¹; pertanto, l'abolizione dell'atto pubblico non è in alcun modo giustificata, neppure sotto il profilo della diminuzione delle spese di costituzione della società.

1.12.2. In secondo luogo, fino a quando, come previsto dall'art. 2463 *bis* c.c., l'atto costitutivo della Srls sarà redatto **“per atto pubblico** in conformità al **modello standard** tipizzato con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro dello sviluppo economico”, le sue rigidità preimpostate saranno superate dal controllo svolto dal notaio durante la redazione dell'atto. Viceversa, l'introduzione della scrittura

¹ Alla luce dei dati forniti da Unioncamere, Infocamere e Movimprese, nel 2014, sono state costituite ben 30.186 Srl semplificate.

privata abolisce ogni tipo di verifica rigorosa e sostanziale sull'oggetto sociale della costituenda società.

1.12.3. In terzo luogo, come ricordato (v. *supra* punto **1.6**), nel 2014, il legislatore ha introdotto una procedura accelerata per l'iscrizione nel Registro delle imprese, mantenendo però saldo il ruolo svolto dal notaio. Anzi, la funzione di controllo notarile è stata valorizzata in considerazione dell'abolizione di quella, sia pure meramente formale, del Conservatore del Registro delle imprese. In sostanza, quel legislatore ha inteso conciliare il valore della pubblicità sostanziale, e quindi indirettamente la prevenzione di taluni reati (riciclaggio, corruzione, furti d'identità), con la necessità di semplificazione. È evidente che l'art. 29 DDL Concorrenza concorre alla vanificazione delle garanzie di tale sistema con i rischi di cui si è detto.

B) sull'art. 4, co. 10 *bis*, della Legge del 24 marzo 2015, n. 33

1.13. L'art. 4, co. 10 *bis*, della Legge del 24 marzo 2015, n. 33 (d'ora in avanti, la Legge), sancisce: *"Al solo fine di favorire l'avvio di attività imprenditoriale e con l'obiettivo di garantire una più uniforme applicazione delle disposizioni in materia di start up innovative e di incubatori certificati, l'atto costitutivo e le successive modificazioni di start up sono redatti per atto pubblico ovvero per atto sottoscritto con le modalità previste dall'articolo 24 del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82. L'atto costitutivo e le successive modificazioni sono redatti secondo un modello uniforme adottato con decreto del Ministro dello sviluppo economico e sono trasmessi al competente ufficio del registro delle imprese di cui all'art. 8 della legge 29 dicembre 1993, n. 580 e*

*successive modificazioni*¹.

1.14. La disposizione introduce con evidenza la possibilità che *start up* innovative ed incubatori certificati siano costituiti **non mediante atto pubblico**, ma con la sola firma digitale non autenticata, utilizzando un modello predisposto dal Ministero per lo sviluppo economico.

1.14.1. Anche se la disposizione si riferisce soltanto a due precise tipologie di impresa, si tratta pur sempre di società, nella maggior parte dei casi (96%) di **Srl**, e che il loro numero è in aumento. Infatti, grazie alle misure adottate per agevolare questo modello di impresa, a fine dicembre 2014, ben 3179 *start up* innovative risultavano iscritte alla sezione speciale del Registro delle imprese, ai sensi del decreto legge 179/2012, con un incremento di 549 unità rispetto alla fine di settembre (+20,9%)³.

1.15. Per tale disposizione valgono, in linea generale, le stesse osservazioni svolte in merito all'art. 29 Ddl Concorrenza, sia per quanto riguarda i profili di (in)compatibilità con la Direttiva 2009/101/CE, sia per quanto riguarda la funzione di controllo sull'atto costitutivo svolta dal notaio, al fine dell'iscrizione dello stesso nei pubblici registri.

¹ L'art. 24 del codice dell'amministrazione digitale disciplina l'apposizione della firma digitale, prevedendo che: "1. La firma digitale deve riferirsi in maniera univoca ad un solo soggetto ed al documento o all'insieme di documenti cui è apposta o associata. 2. L'apposizione di firma digitale integra e sostituisce l'apposizione di sigilli, punzoni, timbri, contrassegni e marchi di qualsiasi genere ad ogni fine previsto dalla normativa vigente. 3. Per la generazione della firma digitale deve adoperarsi un certificato qualificato che, al momento della sottoscrizione, non risulti scaduto di validità ovvero non risulti revocato o sospeso. 4. Attraverso il certificato qualificato si devono rilevare, secondo le regole tecniche stabilite ai sensi dell'articolo 71, la validità del certificato stesso, nonché gli elementi identificativi del titolare e del certificatore e gli eventuali limiti d'uso."

³ Cfr. il Report con dati strutturali, elaborazioni al 20 gennaio 2015, pubblicato dalle Camere di Commercio d'Italia. Peraltro, qualora dovesse perdere i requisiti per essere qualificata *start up*, la società verrebbe ad essere cancellata dalla sezione speciale ed iscritta nella sezione ordinaria del Registro delle imprese.

2. RELATIVAMENTE AL PASSAGGIO DI PROPRIETÀ DI TALUNI IMMOBILI NON AD USO ABITATIVO: SULL'ART. 28 DEL DDL CONCORRENZA

2.1. L'art. 28, del DDL Concorrenza, rubricato *Semplificazione del passaggio di proprietà di beni immobili ad uso non abitativo*, sancisce: "1. In tutti i casi nei quali per gli atti e le dichiarazioni aventi ad oggetto la cessione o la donazione di beni immobili adibiti ad uso non abitativo, come individuati dall'articolo 812 del codice civile, di valore catastale, determinato secondo le disposizioni relative all'imposta di registro, non superiore a 100.000 euro, ovvero aventi ad oggetto la costituzione o la modificazione di diritti sui medesimi beni, è necessaria l'autenticazione della relativa sottoscrizione, essa può essere effettuata dagli avvocati abilitati al patrocinio, muniti di copertura assicurativa per un importo pari almeno al valore del bene dichiarato nell'atto. La scrittura privata autenticata dagli avvocati abilitati al patrocinio costituisce titolo per la trascrizione, ai sensi dell'articolo 2657 del codice civile.

2. Le visure ipotecarie e catastali per la redazione degli atti e delle dichiarazioni di cui al comma 1 nonché le comunicazioni dell'avvenuta sottoscrizione degli stessi agli uffici competenti sono a carico della parte acquirente, donataria o mutuataria.

3. Gli avvocati che autenticano gli atti e le dichiarazioni di cui al comma 1 sono obbligati a richiedere la registrazione, a presentare le note di trascrizione e di iscrizione e le domande di annotazione e di voltura catastale relative ai medesimi atti e dichiarazioni, nonché alla liquidazione e al pagamento delle relative imposte utilizzando le modalità telematiche. Ai fini dell'applicazione dell'imposta di bollo, ai cui al decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 642, si applicano le disposizioni previste per i corrispondenti atti rogati, ricevuti o autenticati dai notai o da altri pubblici ufficiali.

4. Con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate sono stabiliti i termini e le modalità di esecuzione, per via telematica,

degli adempimenti di cui al comma 3.

2.2. La disposizione: *i)* al par. 1, trasferisce la competenza ad autenticare la sottoscrizione degli atti di vendita o donazione, o di modifica di diritti su beni immobili, il cui valore catastale non sia superiore a 100.000 euro, dai notai agli avvocati, abilitati al patrocinio e muniti di polizza assicurativa adeguata al valore del bene dichiarato nell'atto; la novella riguarderà soprattutto i terreni agricoli con relativi fabbricati rurali, nonché botteghe e magazzini di piccole dimensioni, box auto, piccoli fabbricati industriali (depositi-laboratori artigianali); *ii)* al par. 2 affida, alla parte acquirente, donataria o mutuataria, il compimento delle visure e la pubblicazione del nuovo atto; *iii)* al par. 3 attribuisce all'avvocato autenticante il compito di procedere alla registrazione, alla trascrizione, alla voltura dell'atto di trasferimento immobiliare ed al pagamento delle relative imposte; *iv)* al par. 4 delega il Direttore dell'Agenzia delle entrate ad adottare un provvedimento *ad hoc*, per fissare i termini e determinare le modalità telematiche per gli adempimenti suddetti.

2.3. Sebbene la norma in parola si collochi in un più ampio disegno diretto a favorire la concorrenza tra professionisti, in questo caso appartenenti ad ordini diversi, coerentemente a quanto prescritto dalla normativa dell'Unione europea, va preliminarmente sollevato un dubbio quanto alla possibilità di costruire un rapporto concorrenziale tra l'avvocato e il notaio rispetto ad una funzione del secondo che - sola - ha natura pubblicistica. Più in generale, poi, la possibilità attribuita anche all'avvocato per le operazioni che qui interessano solleva numerosi dubbi sulla compatibilità con taluni principi generali di diritto dell'Unione europea, quali la **certezza giuridica e la ragionevolezza**.

2.4. Come si è già rilevato, alla luce della proposta di riforma, l'avvocato non sarà onerato delle visure ipotecarie e degli incombeni relativi alla pubblicazione dell'atto che implicano un'attività di controllo, ma avrà semplicemente la funzione di autenticazione degli

atti, in forma libera e non documentati in appositi registri e archivi, ed una funzione di esecuzione relativa agli adempimenti successivi al trasferimento dell'immobile (registrazione, trascrizione, voltura e pagamento delle relative imposte).

2.4.1. In sostanza, per le categorie di immobili di cui all'art. 28 del DDL Concorrenza, la proprietà potrà esser trasferita anche con una semplice scrittura privata, autenticata dall'avvocato, che diventa "titolo sufficiente" per la trascrizione. Pertanto, per tali contratti non sarà necessario l'atto pubblico né la scrittura privata autenticata da un pubblico ufficiale (qual è il notaio).

2.5. Numerosi dubbi sorgono in ordine all'incidenza del nuovo sistema sulla certezza dell'informazione e sulla sicurezza nell'acquisto dei diritti. Essa, cioè, sembra violare palesemente il principio della certezza giuridica, che è, ormai da tempo, annoverato dalla Corte di giustizia tra i principi generali e fondamentali dell'Unione europea, come tale parte del diritto primario al pari dei Trattati¹. La stessa Corte ha chiarito che tale principio *"esige, segnatamente, che la normativa [europea e nazionale] sia chiara e precisa, affinché i singoli possano conoscere senza ambiguità i propri diritti ed obblighi e regolarsi di conseguenza"*³. Ed ha sottolineato che tale esigenza si rende ancor più necessaria quando le disposizioni normative *"poss(o)no avere conseguenze sfavorevoli per gli individui e le imprese"*⁵; ha poi aggiunto che *"una regola che non soddisfa le esigenze del principio di certezza del diritto non può essere considerata proporzionata agli obiettivi perseguiti"*.

¹ Corte di giustizia: 11 luglio 1990, causa C-323/88, *Sermes c. Directeur des services des douanes de Strasbourg*.

³ Corte di giustizia: 3 giugno 2008, C-308/06, *The Queen (on the application of Intertanko) c. Secretary of State for Transport*. Su tale scia si collocano altresì le seguenti sentenze della Corte di giustizia: 9 luglio 1981, causa 169/80, *Administration des douanes c. Societe anonyme Gondrand Freres and Societe anonyme Garancini*; 13 febbraio 1996, C-143/93, *Gebroeders van Es Douane Agenten BV c. Inspecteur der Invoerrechten en Acdjnzen*; 14 aprile 2005, C-110/03, *Belgium c. Commission*; 21 giugno 2007, C-158/06, *Stichting ROM-projecten c. Staatssecretaris van Economische Zaken*; 10 settembre 2009, C-201/08, *Plantanol GmbH 6-Co KG c. Hauptzollamt Darmstadt*.

⁵ Corte di giustizia: 5 luglio 2012, C-318/10, *Société d'investissement pour l'agriculture tropicale SA (SIAT) c. État belge*.

2.5.1. Peraltro, il giudice dell'Unione ha collegato il principio della certezza sia a quello di legalità, secondo il quale atti normativi che spiegano i propri effetti all'interno dell'intera Unione europea devono essere assunti sulla base di precise previsioni normative¹; sia a quello del **legittimo affidamento**, secondo il quale chiunque agisca in buona fede, nel rispetto della legge vigente, non deve rimanere disatteso nelle sue aspettative³.

2.6. Orbene, il sistema italiano che, fino ad oggi, ha creato pochi problemi e pochi contenziosi nella materia in questione, affida al notaio il compito di assicurare **certezza giuridica** a determinate posizioni soggettive ed a determinati rapporti di diritto privato, nonché di garantire che i rapporti giuridici si costituiscano in condizioni di legalità e senza lesione di diritti altrui.

2.6.1. A conferma di ciò si rammenta che anche la Corte di giustizia 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"* (sentenza del 24 maggio 2011)⁵.

2.6.2. Inoltre, precisamente per l'importante funzione di tutela dei diritti di proprietà⁷, le autenticazioni dei notai si inseriscono in una disciplina della professione comprensiva di obblighi di documentazione rigorosi, di una diffusa vigilanza (repertorio, archivi notarili *et similia*) e di incombenze necessarie per la pubblicità di tali atti (compresa la verifica della loro regolarità fiscale). A tale ultimo

¹ Corte di giustizia: 22 marzo 1961, causa 49/59, *SNUPAT c. Alta Autorità CECA*

³ Corte di giustizia: 28 aprile 1988, causa 120/86, *Mulder c. Minister van Landbouw en Visserij*.

⁵ 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*.

⁷ Tale opinione è confermata dal dettato dell'art. 42 Cost. che, come noto, stabilisce che i "modi" di acquisto della proprietà sono fissati dalla legge, quindi, attraverso modalità che assicurino un elevato grado di certezza.

proposito, va ricordato che l'iscrizione nei pubblici registri ha carattere sostanziale, anche per quanto riguarda gli immobili (art. 2644, 2652, n. 6 c.c.). Infatti, è essenziale che chiunque intenda acquistare un immobile abbia la certezza – attraverso i pubblici registri – che non sia gravato da vincoli o da diritti di terzi (ad es. ipoteche, pignoramenti, servitù, prelazioni). L'interesse di parte viene così a coincidere con quello dell'ordinamento, con la conseguenza della esecutività del rogito; esecutività *erga omnes* e perciò stesso trascrivibile.

2.6.3. La funzione del notaio non si riduce, cioè, *“al mero compito di accertamento della volontà delle parti e di direzione della compilazione dell'atto, ma deve estendersi a quelle attività, preparatorie e successive, necessarie in quanto tese ad assicurare la serietà e certezza dell'atto giuridico posto in essere, e ciò, in conformità, allo spirito della legge professionale (art. 1 L. n. 89/1913). Ne consegue che per il notaio richiesto della preparazione e stesura di un atto pubblico di trasferimento immobiliare, la preventiva verifica della libertà e disponibilità del bene e, più in generale delle risultanze dei registri immobiliari, costituisce, un obbligo derivante dall'incarico conferito dal cliente e quindi ricompreso nel rapporto di prestazione di opera professionale (artt. 1176 e 2230 e segg. cod. civ.) specialmente tesa ad assicurare la serietà, e la certezza degli atti giuridici”* (Cassazione civile, sez. III, 13 giugno 2013, n. 14865)¹.

2.7. Anche nell'autenticazione della sottoscrizione delle scritture private, il notaio ha l'obbligo inderogabile di controllo di legalità e di liceità della scrittura stessa. Così come richiesto dall'art. 28 della legge notarile: *“Il notaio non può ricevere o autenticare atti: 1) se essi sono espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico ...”*.

¹ Si pensi altresì al dovere di avvertire il cliente del rischio connesso alla mancata esecuzione delle visure per il tramite delle risultanze del registro generale: cfr. Cassazione civile, sez. II, 26 gennaio 2004, n. 1330; oppure all'omissione dei detti accertamenti quando sia stato conferito formale incarico in tal senso: cfr. Cassazione civile, sez. III, 18 aprile 2005, n. 7996.

2.7.1. Invero, il "controllo di legalità", inteso come contenuto tipico, legale ed inderogabile della prestazione notarile, comprende la verifica di contenuti conformi alla legge, all'ordine pubblico ed al buon costume, ma anche le attività accessorie e strettamente connesse con il corretto assolvimento della funzione pubblica demandata al notaio. Pertanto, rientra in tale funzione (pubblica), l'accertamento della capacità di agire della parti e la volontarietà dell'atto da compiere, indispensabile al fine di consentire l'imputazione della scrittura privata autenticata ai sottoscrittori, nel rispetto della "legalità" della stessa.

2.7.2. E, in considerazione della loro importanza nel regime della circolazione dei beni e della pubblicità, nonché – in alcune ipotesi – della loro particolare efficacia privilegiata (titolo esecutivo), è previsto l'obbligo di conservazione delle scritture private autenticate soggette a pubblicità commerciale ed immobiliare. Infatti, il documento cartaceo è conservato nell'archivio notarile ed è assoggettato alle ispezioni ordinarie biennali da parte dell'archivio notarile competente, oltre che ad eventuali ispezioni straordinarie (artt. 127 e ss. della legge 16 febbraio 1913, n. 89).

2.7.3. Di conseguenza, attribuendo all'avvocato la funzione di autenticazione della scrittura privata per la cessione o la donazione di beni immobili non ad uso abitativo, di valore catastale non superiore a 100.000 euro, egli sarebbe chiamato a svolgere una funzione propria di "pubblico ufficiale"¹, senza tuttavia essere sottoposto alle regole rigorose, quali quelle della professione notarile, dirette a garantire, nella sostanza oltre che nella forma, la particolare solennità del documento. Invero, le esigenze pubblicistiche sono state finora tutelate proprio grazie alla forma notarile del documento che, come sottolineato, è sottoposto ad un controllo preventivo di legalità (art. 28 della legge notarile) e ad un'attività di vigilanza successiva ad opera dei competenti organi dello Stato; vigilanza che è una

¹ Ai sensi dell'art. 357 del c.p., sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa.

peculiarità assoluta, propria degli atti notarili, a cui non sono soggetti altri pubblici ufficiali roganti.

2.7.4. La certezza del diritto viene, dunque, ad essere garantita dalla specifica competenza del notaio, dalle regole deontologiche che sovrintendono alla sua attività, dal controllo disciplinare a cui è sottoposto e dagli adempimenti connessi alle sue prestazioni professionali. Vale a dire che l'attività notarile trova il suo fondamento nel rapporto di fiducia con il cliente; fiducia determinata dai requisiti appena elencati.

2.7.5. Come stabilito nella Comunicazione della Commissione europea, del 2004, Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali: *"Una caratteristica essenziale dei servizi professionali è che gli operatori debbono disporre di un livello elevato di conoscenze tecniche. I consumatori, che possono essere sprovvisti di tali conoscenze, hanno pertanto difficoltà a giudicare la qualità dei servizi che acquistano. I servizi professionali sono "credence goods", ovvero beni la cui qualità non può essere giudicata facilmente né con l'osservazione precedente né, in taluni mercati, con il consumo o l'uso"*¹.

2.8. In estrema sintesi, quanto fin qui osservato in merito alla professione notarile porta a constatare che i caratteri propri di tale professione, idonei tanto ad assicurare il rispetto del principio di legalità quanto a soddisfare i requisiti di certezza del diritto, non sono completamente estendibili alla categoria degli avvocati. Infatti, questi ultimi sono sottoposti a regole diverse, proprie della professione forense, che si distinguono da quelle notarili, soprattutto, per i diversi e minori controlli e per i limitati doveri di archiviazione e di documentazione dell'attività svolta.

2.9. L'art. 28 del DDL Concorrenza appare in contrasto anche con il principio della **proporzionalità e ragionevolezza**, sia perché contravviene agli interessi generali protetti dalla pubblicità dell'atto,

¹ COM (2004)83 def, del 9.2.2004.

sia perché risulta non coerente e non proporzionato all'obiettivo che si prefigge, da esso stesso annunciato nel titolo "*Semplificazione del passaggio di proprietà di beni immobili ad uso non abitativo*", in definitiva non idonea a realizzare quell'obiettivo. Infatti, non è dato escludere che: *i)* la mancata acquisizione delle informazioni sull'immobile sia causa successivamente di contenzioso; *ii)* i controlli preventivi sull'immobile vengano affidati ad altro professionista, o allo stesso che si occupa dell'autenticazione dell'atto, oppure agli appositi servizi delle banche in fase di stipulazione di mutuo, con aggravio dei costi e allungamento dei tempi.

2.10. Da ultimo, non va sottovalutato che la disposizione in esame potrebbe di fatto, anche indipendentemente dalla volontà, portare gli avvocati verso pratiche improprie. Infatti, alla luce della norma *de qua*, gli avvocati potrebbero pubblicizzare i loro servizi, in modo tale da indurre l'acquirente o il donante di un immobile (rientrante nella categoria di cui all'art. 28 del DDL Concorrenza) a ritenere che la prestazione da lui offerta sia del tutto equiparabile a quella del notaio, ma ad un costo più contenuto.

2.10.1. In altri termini, essendo irrilevante l'assenza di intenzionalità, sarebbe sufficiente che l'avvocato rappresentasse all'esterno la sua competenza quanto al trasferimento di beni immobili non ad uso abitativo di valore catastale non superiore ai 100.000 euro, per indurre le fasce meno avvertite ed informate della popolazione a ritenere che il suo servizio corrisponda a quello tradizionalmente offerto dal notaio.

2.10.2. In tale prospettiva, l'art. 28 del DDL Concorrenza risulterebbe in contrasto con la direttiva 2005/29/CE¹, relativa alle

¹ Direttiva 2005/29/CE del Parlamento e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), in GUUE L 149, dell'11.6.2005. Tale direttiva è stata trasposta nel diritto interno con il Decreto legislativo n. 206, del 6 settembre 2005 (Codice del consumo), in GU n. 162, dell'8 ottobre 2005, Suppl. ord.

pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno. Nel dettaglio, essa violerebbe, in primo luogo, l'art. 5, che espressamente vieta le pratiche che non rispettano i principi della diligenza professionale e che possono influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori. Inoltre, l'art. 6, ai sensi del quale *"È considerata ingannevole una pratica commerciale che contenga informazioni false e sia pertanto non veritiera o in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, inganni o possa ingannare il consumatore medio, anche se l'informazione è di fatto corretta, riguardo a uno o più dei seguenti elementi e in ogni caso lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso:.....c) la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto"*. Infine, l'art. 7 che include nelle pratiche commerciali ingannevoli anche le omissioni di *"informazioni rilevanti"*, necessarie al consumatore medio per prendere una decisione consapevole.

3. RELATIVAMENTE AI PROFILI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLE NUOVE DISPOSIZIONI

A) sulla violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, della Costituzione

3.1. Il contrasto tra le norme nazionali introdotte e quelle che presumibilmente saranno introdotte nel nostro ordinamento (l'art. 4, co. 10 *bis*, della Legge 33/2015 e gli artt. 28 e 29 del DDL Concorrenza) e il diritto dell'Unione (l'art. 11 della direttiva 2009/101/CE e i principi generali della certezza e della

ragionevolezza) si configura altresì come contrasto con gli artt. 11 e 117 della Costituzione. Infatti, è ben noto, che le leggi ordinarie di esecuzione dei Trattati istitutivi trovano *“sicuro fondamento di legittimità nella disposizione dell’art. 11 Cost.¹”* e che sulla base di questo articolo si è avuto il trasferimento alle istituzioni dell’Unione del potere di emanare norme giuridiche³. Per cui la supremazia del diritto dell’Unione è giustificata ed alimentata dalla copertura offerta dalla norma costituzionale che ne consente l’efficacia nell’ordinamento dello Stato.

3.1.2. Ed è altrettanto noto che, ai sensi dell’art. 117 Cost., la potestà legislativa deve essere esercitata dallo Stato *“nel rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”*. Così la violazione di norme dell’Unione costituisce violazione anche dell’art. 117, co. 1, Cost.

3.1.3. Di conseguenza, in attesa che sia approvato il DDL Concorrenza, il contrasto tra l’art. 4, co. 10 *bis*, della Legge 33/2015 e l’art. 11 della direttiva 2009/101/CE va risolto, alla luce degli artt. 11 e 117 Cost., dal giudice comune, dichiarando inapplicabile, al caso di specie, la norma interna. Infatti, secondo costante giurisprudenza della Corte costituzionale, qualora il potere trasferito all’Unione si estrinsechi *“con una normazione compiuta e immediatamente applicabile”* (così come nel caso dell’art. 11 della direttiva 2009/101/CEE) il giudice nazionale ha l’obbligo di non applicare la legge interna contrastante con le direttive dotate di effetti diretti.

B) sulla violazione dell’art. 3 della Costituzione sotto il profilo della ragionevolezza

3.2 Alcuni dubbi sorgono poi con riferimento al rispetto del parametro costituzionale (art. 3) della **ragionevolezza** da parte dell’art. 28 DDL Concorrenza. In particolare, un primo dubbio è

¹ Corte cost. 27 dicembre 1973, n. 183.

³ Corte cost. 21 giugno 2010, n. 227.

sollevato dall'ambito di applicazione della norma che, come detto, è circoscritto agli immobili di valore catastale non superiore ai 100.000 euro. Invero, sembra non "ragionevole" che il valore economico degli immobili – seppure limitato, ma non eccessivamente rispetto ai terreni agricoli o a talune categorie di fabbricati destinati ad attività artigianali o di piccola imprenditoria o ai box auto – divenga il parametro sul quale graduare il livello di certezza giuridica. In altri termini, la certezza in merito al titolo che si intende acquistare verrebbe a dipendere dal valore dello stesso, con la conseguenza paradossale di configurare una certezza "affievolita" per immobili di modesto valore economico. Peraltro, come evidenziato nella relazione che accompagna il DDL, tali transazioni (circa 110.000 all'anno) riguardano una parte consistente del mercato immobiliare ed in particolare di quello collegato ad attività economiche, dunque al consistente settore delle piccole e medie imprese.

3.3. Le perplessità sono confermate dalla consapevolezza che la condizione giuridica dell'immobile non dipende da suo valore, giacché un immobile di valore limitato potrebbe presentare problemi eguali – o maggiori – a quelli di valore superiore (ad es. vincoli o plurime posizioni successorie) che devono necessariamente essere portati a conoscenza dell'acquirente e che possono essere evidenziate soltanto a seguito di attente verifiche, normalmente svolte dal notaio. Infatti, il notaio è tenuto ad informare le parti dell'esistenza di una formalità pregiudizievole iscritta nei pubblici registri o delle conseguenze che possono derivare dalla mancata annotazione di una formalità genericamente pregiudizievole, o degli effetti che possono essere prodotti, nella circolazione del bene, da una provenienza donativa.

3.4. Inoltre, se le autenticazioni degli avvocati fossero in grado di conferire lo stesso livello di certezza giuridica di quello assicurato dai notai, allora non si comprende perché non estendere la riforma a tutti gli immobili, a prescindere, cioè, dal loro valore catastale. Viceversa, sembra lecito sostenere che si intenda introdurre un sistema

“semplificato” in ragione proprio del minor valore del bene, esponendo il trasferimento dello stesso a gravi rischi di incertezza giuridica. Per tal via, verrebbe violato, dunque, il principio della certezza ritenuto di preminente interesse costituzionale accanto all’eguaglianza dei cittadini e ad *“altri fondamentali valori di civiltà giuridica, posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi [...] la tutela dell’affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto”*.

3.5. Un secondo dubbio sulla “ragionevolezza” anche costituzionale dell’art. 28 del DDL Concorrenza, nasce dalla considerazione che l’accelerazione che esso intende imprimere alla concorrenza tra notai ed avvocati, creerebbe il paradossale caso che una pubblica funzione, con le proprie regole rigide, debba concorrere con una libera professione che tali regole non ha.

3.6. In definitiva, la proposta risulta essere né proporzionata ad un interesse ragionevolmente rilevante, né frutto di un ragionevole bilanciamento di interessi; dunque, in contrasto con l’art. 3 Cost..

Nelle osservazioni che precedono è reso il parere *pro veritate* richiestomi. Resto a disposizione per ogni eventuale chiarimento, precisazione o integrazione, anche in base agli sviluppi dell’iter parlamentare in corso per il DDL Concorrenza.

Giuseppe Tesauro
