



Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 3-4/2018

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, Andry Matilla Correa.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado, Fabrizio Cerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Sergio Contessa, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Laura Letizia, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Giuliano Taglianetti, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

Libertà di concorrenza e notariato: un antico dilemma

di Ferdinando Pinto*

Sommario

1. La nuova normativa. – 2. Questioni metodologiche. – 2.1. L'(errata) convinzione del diritto soggettivo all'esercizio della funzione. – 2.2. Diritto soggettivo e diritto alla privata. – 2.3. Liberalizzazione dei mercati e posizioni dei consumatori. – 2.4. La liberalizzazione delle professioni – 2.5. La sede notarile – 2.5.1. Sede e territorio. – 2.5.2. Dal recapito alla sede secondaria. – 3. Il servizio cambiario. - 4. Normativa antitrust e Corte di Giustizia Europea. – 5. I presupposti della nuova normativa. - 5.1 La centralità dei Consigli.

Abstract

Il contributo muove dalla nuova disposizione legislativa contenuta nel comma 495 della legge n. 205 del 2017 che dispone che «Agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare si applica l'articolo 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287». La norma dispone che, qualora al notaio venga applicata una sanzione per aver egli posto in essere una attività ritenuta deontologicamente non corretta dal Consiglio Notarile di competenza, l'interessato non possa difendersi invocando il principio della libertà della concorrenza. L'equilibrio tra la disciplina nazionale e il rispetto dei principi europei pone la necessità di sottolineare il ruolo centrale dei Consigli notarili. I Consigli assumono in questo senso una responsabilità fondamentale come punto di equilibrio tra esigenze pubbliche e private e dovranno fare un buon uso del proprio potere nel contesto sovranazionale in cui si inseriscono le relative regolamentazioni.

1. La nuova normativa

Una recente disposizione della legge finanziaria per il 2017 corre il rischio di far venir meno per intero il processo di liberalizzazioni che – negli ultimi anni - ha investito le professioni. E' bene subito chiarire che, al di là di quello che ognuno di noi possa ritenere, relativamente al merito del fenomeno, e cioè se sia giusto o meno considerare il sistema professionale alla esattamente eguale al sistema delle imprese, si vuole solo sottolineare l'inversione di tendenza di un sistema che in questa, come in tante altre vicende, sembra procedere a strappi. Brusche sono le partenze ma altrettanto bruschi sono i ripensamenti. La norma di cui si discute è il comma 495 della legge n. 205 del 2017 che dispone " Agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare si applica l'articolo 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 ». La norma nella sua solita inutile complicazione dispone, nella sostanza, qualora al notaio venga applicata una sanzione per aver egli posto in essere una attività ritenuta deontologicamente non corretta dal Consiglio Notarile di competenza, l'interessato non possa difendersi invocando il principio della libertà della concorrenza. La norma è passata quasi sotto silenzio, e, soprattutto, è passato sotto silenzio il processo che può innescare.

Occorre domandarsi se davvero, però, la prima lettura della norma sia l'unica possibile e se soprattutto sia vero che – come forse con troppo a fretta qualcuno ha concluso – davvero dalla lettura della norma consegue l'impossibilità che la libertà della concorrenza sia un principio che vada espunto dal mondo della professione notarile e, più in generale, da qualsiasi altra professione il cui organo di controllo sia un Consiglio/Collegio professionale.

* Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Napoli Federico II. Riceviamo e volentieri pubblichiamo.

Per rispondere alla domanda converrà esaminare una delle questioni in cui può manifestarsi il profilo di cui si discute e che, anche di recente, è venuto all'attenzione della giurisprudenza. Si tratta della gestione della c.d. cassa cambiaria.

2. Questioni metodologiche

In primo luogo, sembra utile, innanzitutto, sgombrare il campo da taluni equivoci e da talune confusioni, non tanto e non solo metodologiche, quanto piuttosto di approccio alla materia, confusioni che rivelano l'incertezza nello stesso utilizzo dei termini ermeneutici necessari ad una ricostruzione corretta della disciplina.

La questione è di fondamentale importanza in quanto consente all'interprete di fare una sorta di scelta di campo, preferendo, e privilegiando, una accezione della materia - sia permesso usare definizioni semplificative - più sotto il profilo pubblicistico - che, come si vedrà innanzi, appare la più propria - che sotto quello strettamente privatistico.

2.1. L'(errata) convinzione del diritto soggettivo all'esercizio della funzione

E' opinione comune, o, comunque, opinione che ha avuto una sua certa fortuna, e che, evidentemente, ha riflessi immediati e diretti sul tema della concorrenza di cui qui si occupa, che, nel caso in cui il Notaio sia titolare di una sede, questi abbia una sorta di diritto soggettivo all'esercizio dell'attività di emissione dei protesti cambiari e, più in generale, dell'attività connessa all'esercizio del servizio. Di quest'approccio si trova traccia nella giurisprudenza dove più volte è stata invocata, appunto, questa forma di diritto soggettivo che escluderebbe la possibilità, per altri soggetti, *rectius* per altri notai diversi dal Notaio titolare della sede, di poter esercitare il servizio. Va subito sgombrato il campo dalla possibilità di utilizzare un

approccio di tal fatto come chiave per risolvere i problemi connessi all'esercizio del servizio cambiario. Per restare alla manualistica, infatti, il diritto soggettivo, come è noto, è "il potere di agire di un soggetto a tutela di un proprio interesse riconosciuto dall'ordinamento giuridico, nonché la pretesa dello stesso garantita e disciplinata dal diritto oggettivo nei confronti di altri soggetti o beni". Da ciò, sempre per restare alla nota manualistica, la posizione di vantaggio che si traduce nella possibilità di far valere le pretese *erga omnes* oppure nei confronti di uno o più soggetti nell'ambito di un determinato rapporto giuridico. In questo ultimo caso si parla, sempre sulla base di concetti elementari, di *actio in personam*.

L'inquadramento è fondamentale in quanto tanto più si tratta di un diritto soggettivo pieno tanto meno valgono i principi della libertà della concorrenza che costituiscono un modo di declinare l'interesse pubblico e non quello del (solo) privato.

Perché la categoria del diritto soggettivo non sembra invocabile nel caso di specie o perché essa appare non del tutto sufficiente a risolvere le problematiche dei cui si discute? A tale proposito vale una considerazione elementare che rivela, però, la prospettiva da cui è necessario esaminare il fenomeno. Il punto, infatti, non è chi esercita la funzione, il presunto diritto soggettivo, quanto piuttosto di chi è tenuto nella propria attività, altrimenti libera, necessariamente ad agire solo in funzione della tutela del diritto del soggetto che vanta la posizione di privilegio. In altri termini, con una prospettiva che ribalta quella solita, il punto non è se il Notaio, o chi per lui, abbia diritto a esercitare il servizio, quanto piuttosto se gli istituti di credito, attorno a cui si muove il servizio cambiario, abbiano poi l'obbligo di servirsi di quel Notaio. E' in questo – per essere estremamente espliciti – l'alternativa tra protezione della professione e

protezione della concorrenza. Se fosse vero il primo approccio, dovrebbero allora esistere strumenti coercitivi che impongano l'obbligo direttamente - attraverso l'azione specifica - o indirettamente sancendo l'illegittimità del comportamento adottato in violazione del principio. Questo con buona pace della concorrenza che verrebbe di per sé espunta dal sistema.

In questo senso lo strumento del diritto soggettivo, inteso quale chiave di lettura del fenomeno di cui si discute, figlio di una concezione privatistica tipica di epoche storiche diverse, rivela appieno la sua inadeguatezza. Infatti, la pretesa (presunta?) non si può porre né come diritto negativo a essere tutelato nella posizione di vantaggio (diritto soggettivo assoluto *erga omnes*), né come diritto scaturente dalla pattuizione (*actio in personam*). Il fenomeno andrebbe, infatti, ricostruito, questo, pare, il cuore del problema, come obbligo a contrarre con un unico soggetto (il notaio titolare della sede) di un soggetto che, altrimenti, avrebbe la piena libertà di contrattare con altro soggetto.

Sono evidenti i riflessi in tema di concorrenza. E' vero - come si vedrà meglio più innanzi - che, a tale proposito, la Cassazione ha parlato, con riferimento al notaio titolare della sede e al servizio cambiario che ne deriverebbe, in termini di diritto, ma il diritto è, in tal caso, stato inteso come diritto al risarcimento e non con lo schema della coazione nei confronti del soggetto terzo - l'istituto bancario - che dovrebbe, nella logica del diritto soggettivo, divenire il destinatario di un obbligo, peraltro, coercibile innanzi ad un giudice.

Il punto da esaminare, e il fondamento giuridico da trovare, non è, dunque, se esista il diritto, o presunto tale, soggettivo del Notaio ad esercitare la funzione, ma se esista l'obbligo dell'istituto di credito a porre in essere un comportamento obbligatoriamente legato e addirittura senza che vi sia alcuna possibilità di dero-

ga. Come è noto, il codice civile a questo proposito prevede una (sola) specifica disciplina - l'art. 2597 del codice civile - ma questa regola riguarda non il soggetto a favore del quale è esercitato il servizio, ma, al contrario, il soggetto che esercita il servizio. L'art. 2597 c.c., infatti, stabilisce, e impone, l'obbligo di contrarre osservando la parità di trattamento, a carico di chi esercita un'impresa in condizioni di monopolio legale a beneficio nei confronti di chi ne richiede la prestazione. L'ipotesi, dunque, è esattamente all'opposto di quella di cui si discute in cui il presunto diritto soggettivo vorrebbe imporre, sostanzialmente al consumatore, un obbligo a contrarre che comporterebbe il monopolio. Il monopolio sarebbe, insomma, la conseguenza dell'obbligo a contrarre e non il presupposto dell'obbligo a contrarre.

2.2. Diritto soggettivo e diritto alla privativa

In questa nuova prospettiva, occorre domandarsi se dall'attuale sistema derivi, a favore del Notaio, non tanto un diritto soggettivo, come ricostruito nei termini tradizionali, quanto piuttosto un diritto di privativa. Se si dovesse arrivare a questa conclusione il tema della concorrenza andrebbe evidentemente posto in tutt'altri termini

La questione non è formale, in quanto porre l'accento sull'uno o sull'altro profilo porta a domandarsi quale siano gli istituti applicabili e, in sostanza, quali le regole che ne conseguono. Il diritto di privativa, infatti, dato cioè dalla possibilità di esercitare nell'ambito di una determinata zona geografica una determinata attività in regime di monopolio, non è retto da norme di diritto privato, ma da norma di diritto pubblico ed è, dunque, nei principi del diritto pubblico e non in quelle del diritto privato, che va trovata l'approccio, non tanto per risolvere il problema, quanto piuttosto per indicare la prospettiva finale attorno a cui ricostruire l'istituto.

E' noto, in questa prospettiva, come, non solo nel sistema italiano, ma ormai in tutti i paesi occidentali, il diritto di privativa sia ritenuto un fatto del tutto eccezionale. Non impossibile, ma eccezionale. Più correttamente, piuttosto che di un diritto di privativa, si può parlare di attività economiche che appaiono collegate a sistemi programmatori che ritengono necessaria la fissazione, in termini definiti, di soggetti cui solo attribuire l'esercizio di determinate attività. I casi sono molteplici e variano dalle attività più note, si pensi alle tabaccherie, ai casi in cui l'attività è soggetta comunque ad autorizzazione o a concessione, si pensi alle sale giochi o alla stessa programmazione sanitaria, nella sua ultima evoluzione, secondo la quale anche l'attività assolutamente libera - quindi al di fuori dell'accreditamento - deve comunque essere consentita dall'autorizzazione amministrativa. La questione è delicata e ha origini antiche, laddove i mercati liberalizzati sono stati sempre intesi come un momento per consentire un maggiore sviluppo economico, la crescita delle imprese, e, più in generale, un corretto sviluppo economico tra domanda e offerta la migliore realizzazione degli interessi in gioco. Il punto, dunque, è non se dalla titolarità della sede derivi il diritto soggettivo all'esercizio del servizio cambiario, ma se la titolarità della sede comporti un diritto di privativa in virtù del quale l'unico soggetto con cui è possibile contrattare per l'esercizio del servizio sia, appunto, il Notaio titolare della sede.

Ora, va subito detto che, anche nel caso, come gli esempi prima fatti, in cui esista solo un numero programmato di soggetti che godono del diritto di esercitare determinate attività, questo non può mai significare l'obbligo per il terzo contraente di rivolgersi a quel soggetto in quella determinata zona. Per fare un esempio, l'esistenza di un numero chiuso di farmacie su un territorio non comporta mai l'obbligo,

nell'acquisto di farmaci, di rivolgersi obbligatoriamente a quelle farmacie in quel territorio, in quanto l'utente finale, il consumatore, può rivolgersi a chiunque nella legittimità dell'esercizio dell'attività acquistando il bene (o il servizio) fuori dall'ambito territoriale di normale riferimento. Già, come si vede, esistono, dunque, notevoli incongruenze e non poche difficoltà a voler riconoscere nel Notaio titolare della sede l'unico soggetto competente ad esercitare il servizio, salvo a non voler ritenere, per fare un esempio, che l'emissione del protesto cambiario, fatta dal Notaio non titolare della sede, si sostanzia nella illegittimità dell'atto, inteso come impossibilità, in astratto, della sua emissione. Si tratterebbe allora di ipotizzare una sanzione che, però, non esiste nel sistema. Esattamente come la vendita della medicina X fatta dal farmacista di un comune diverso dal comune di residenza, dotato di farmacia comunale, è legittima, allo stesso modo, sarebbe legittima, - si ripete, non esiste una sanzione sul protesto, ma semmai sull'attività - chiedere a un Notaio, pur non titolare di sede, di emettere un protesto enna sede (diversa) dove il notaio ha la propria di sede.

Soprattutto, però, quello che rende difficilmente compatibile con il sistema è proprio l'approccio, come diritto soggettivo, in funzione della possibilità di attivare il servizio. La ricostruzione del diritto soggettivo, infatti, presupporrebbe, è tipico della posizione di vantaggio personale, tanto la possibilità di attivare quanto quella di non attivare il servizio. Il servizio, cioè, rientrerebbe nella libera scelta del Notaio il quale, e vi è traccia in tutti i casi esaminati di cui si dirà innanzi, potrebbe anche rinunciarvi. Ora è evidente che, in questa logica, davvero saremo al di fuori di qualsiasi giustificazione connessa alle stesse motivazioni che hanno originato l'attribuzione del Notaio alla sede.

Sull'argomento si tornerà, ma sin da ora va ricordato come la sede notarile sia stata giustificata e, in parte, giustificabile come vero e proprio onere a carico del Notaio e, comunque, mai come espressione di una sorta di diritto soggettivo in senso stretto nella specifica accezione della libertà nella professione. Non si può così non attivare la sede, una volta attribuita, né venir meno agli obblighi di presenza che essa comporta.

Tra l'altro, il concetto di sede notarile nasce proprio come obbligo di un servizio connesso al libero scambio dei mercati e alla necessità della presenza di un ufficiale rogante, nell'ambito dei rapporti connessi ai mercati. Di qui l'obbligo - non la facoltà - per il Notaio, come detto, innanzitutto di attivare la sede, con una organizzazione stabile, e di essere presente in alcuni giorni della settimana presso la sede stessa, nonché di giustificare le assenze provvedendo, nel caso di impossibilità, alla nomina del sostituto. La sede, dunque, è un onere non una facoltà, né comporta, esattamente come avviene per il servizio cambiario, quel diritto soggettivo di cui erroneamente si parla, ma una situazione di soggezione a cui si è tenuti nell'adempimento di un dovere pubblico. Che questo sia la vera filosofia che ispira il concetto di sede notarile, è provato dal fatto che, per alcune sedi, il Notaio è tenuto ad essere presente - non ne ha solo la facoltà - nei giorni festivi perché in quei giorni, nelle singole realtà locali, si teneva il mercato da cui nasceva, appunto, la necessità della presenza del Notaio.

Insomma, quello che è non giustificabile, dogmaticamente, è che esista una facoltà del Notaio di attivare o meno il servizi cambiario: delle due l'una, o il diritto di privativa è connesso alla sede e, dunque, non è possibile rinunciarvi, o, se è possibile rinunciarvi, verrebbe meno lo stesso diritto alla privativa. La privativa come detto, infatti, se deve esserci non può che avere

una finalità di interesse pubblico, ma proprio perché è finalità di interesse pubblico, è un onere e appare irrinunciabile.

Bisognerebbe, altrimenti, arrivare ad una soluzione paradossale e cioè, che nel caso di servizio cambiario, vi sarebbe un vantaggio che deriverebbe dalla sede senza che ne conseguano oneri. Se si tratta dunque di privata, come non si può rinunciare ad essere presente nei giorni previsti per la permanenza in sede, così non si potrebbe poter rinunciare al servizio. In entrambi i casi, infatti, la legittimazione nasce dall'assegnazione della sede e, in entrambi i casi, si dovrebbe, pertanto, rispondere ad una necessità che il servizio venga esercitato (solo) dal suo titolare senza alcuna possibilità di rinunciarvi. Esattamente allora come non si può rinunciare all'onere di essere presenti nella sede notarile per il fatto che quel giorno sia presente altro Notaio, allo stesso modo non si potrebbe rinunciare all'esercizio del servizio cambiario solo perché presente altro Notaio che vuole esercitare il servizio medesimo.

Ancora una volta, evidenti sono i riflessi in tema di concorrenza. Se si sposa, infatti la tesi, di una libertà piena del professionista, non si possono non sposare anche gli effetti e le conseguenze in tema di libertà della concorrenza. Si tratta di due facce di uno stesso problema. Se si conviene, invece, con l'idea della funzione pubblica prevalente nell'ambito della attività professionale, il problema non è più di concorrenza, ma esclusivamente regolatorio.

2.3. Liberalizzazione dei mercati e posizioni dei consumatori

Al quadro innanzi delineato va aggiunto un ulteriore profilo.

Si è anticipato come l'attuale sistema sia caratterizzato da un spiccato processo volto a consentire la piena libertà dei mercati. Il fenomeno è tanto noto che va dato per scontato, nella pro-

spettiva che esclusivamente la libera ed effettiva concorrenza possa dare al sistema quella tutela piena del consumatore che sola realizza il migliore dei servizi. In questo senso, il principio della libertà nella concorrenza ha da tempo informato anche l'azione dei pubblici poteri, sempre più stimolati dal mercato a strutturare offerte concorrenziali a protezione dell'interesse pubblico ad un equo ed equilibrato sviluppo dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione. In questo senso, le stesse professioni e le stesse attività caratterizzate dal perseguimento di interessi pubblici - come è indubbio che sia quella notarile - sono sempre più lette dalla parte del fruitore del servizio piuttosto che nella logica di chi lo eroga. Gli stessi servizi che si caratterizzano per una naturale limitatezza delle risorse - si pensi ai servizi di trasporto - si caratterizzano, ormai, anche essi per una concorrenzialità sempre più spinta nella logica di un interesse pubblico da tutelare. In sostanza, si assiste ad un fenomeno in cui sempre meno si costruiscono posizioni di primazia assoluta, e, comunque, anche quando tali ipotesi dovessero essere costruite non è mai ipotizzata una ipotesi di mancanza di obblighi a carico del titolare della posizione di vantaggio. Si pensi in questo senso ai contratti di servizio in cui il titolare della posizione che consente l'esercizio (con esclusività) dell'attività è, allo stesso tempo, obbligato a porre in essere tutti quei comportamenti che consentano, in posizione di eguaglianza, l'accesso al servizio. Insomma, non è dato riscontrare, nel nostro attuale sistema, alcuna posizione (pubblica) in cui l'approccio all'attività sconti il solo carattere tipico delle professioni liberali e cioè della libera volontà di accettare l'incarico e di conseguenza erogare - solo se voluto - il servizio. L'assunto riguarda tutte le categorie professionali che hanno riflessi su di una funzione pubbliche e che hanno avuto il loro elemento di sintesi (o di scontro)

nei processi che hanno investito le tariffe professionali, di cui subito si dirà, e, di recente, i temi del c.d. equo compenso.

Delle due l'una: o si determina una ipotesi in cui vi è l'obbligo di esercitare il servizio, da cui consegue l'obbligo per i soggetti che ne siano destinatari di contrarre con chi è obbligato all'effettuazione del servizio, o se questo obbligo non c'è, è difficile, poi, pretendere che esso venga regolato come se tale obbligo comunque ci sia. In estrema sintesi, non si può pretendere di agire con i principi tipici dell'esercizio della professione libera, nel momento in cui si chiede l'attivazione del servizio, e, poi, pretendere di applicare i principi pubblicistici, una volta attivato il servizio. Si tratta di due facce di un medesimo problema in cui prevalgono o le regole del diritto pubblico o quelle del diritto privato e che si sintetizzano appunto in quale debba essere l'approccio al tema della concorrenza.

2.4. La liberalizzazione delle professioni

Quali i fondamenti giuridici del processo di liberalizzazione?

E' noto che il decreto legge 4 luglio 2006 n. 233 convertito con la legge 4 agosto 2006 n. 248 ha previsto disposizioni per la tutela della concorrenza nel settore dei servizi professionali.

La legge contiene una norma, solo parzialmente di recente corretta, su cui ruota l'intera riforma, che abroga l'obbligatorietà delle c.d. tariffe professionali che in passato - per notai del avvocati - erano fissate dal Ministero per la Giustizia. Attualmente, dunque, le tariffe sono conseguenti alla libera negoziazione tra le parti. Il decreto legge 24 gennaio 2012 n. 1 (convertito in legge n. 27 del medesimo anno) ha - infatti - esplicitamente previsto che "il corrispettivo delle prestazioni patrimoniali è pattuito al momento del conferimento dell'incarico professionale"

La libera negoziazione presuppone, però, evidentemente la possibilità della tariffa di sconta-

re della plurima contrattazione. In caso contrario, infatti, non si comprende come sia possibile negoziare il compenso in mancanza di alternative. Nel caso dei concessionari del diritto di privativa la determinazione delle tariffe avviene attraverso la predisposizione di un sistema direttamente pubblico o tale per effetto della procedura di gara, in cui è unilateralmente fissato dal concedente il livello del corrispettivo. Nulla di tutto questo avverrebbe nel caso di esercizio del sistema cambiario se si volesse esclusivamente ricostruire un monopolista nel titolare della sede. Ne deriva che in questo caso mancando l'obbligatorietà della tariffa si dovrebbe raggiungere il paradossale risultato che in questo caso la liberalizzazione abbia provocato, di fatto, il potere di determinazione delle tariffe al solo soggetto che eroga il servizio. Il destinatario dovrebbe limitarsi a prenderne atto. Si verificherebbe cioè un meccanismo addirittura peggiorativo rispetto al precedente in cui, almeno, le tariffe erano determinate dal Ministero.

E' vero - a tale proposito - che, in funzione di un mercato rilevante, come quello rappresentato dalla circoscrizione della sede, esiste il divieto dell'abuso delle posizioni dominanti, ma il divieto tutela dall'abuso, ma non garantisce la concorrenza. Garantisce cioè che il prezzo non sia eccessivamente alto, ma non consente affatto che esso si determini verso il basso nella misura migliore per il consumatore. Per giunta la situazione appare ancora più grave - e in definitiva fuori sistema - in quanto il contraente quale committente del servizio non è neppure chi ne corrisponde il prezzo. Il primo è, infatti, l'azienda di credito, mentre il secondo è il debitore escusso. Questo determina una ulteriore importante variante al sistema, in quanto non consenta di attivare alcuno dei principi tipici della libertà di contrarre che caratterizza il rapporto tra azienda di credito ed utente.

Quest'ultimo infatti non può in ogni caso modificare gli eventuali rapporti con l'istituto con altri più convenienti. La modifica è infatti del tutto irrilevante perché a quel servizio corrisponde sempre lo stesso prezzo a prescindere dall'istituto di credito che può contrarre sempre e solo con un solo soggetto che ne fissa il prezzo.

Ancora una volta con buona pace del principio di concorrenza che la norma vuole tutelare.

2.5. La sede notarile

Nel quadro complessivo appena delineato si inserisce il profilo relativo alla sede notarile e alla sua funzione. Nuovamente il suo inquadramento può fornire un elemento utile alla risoluzione del problema in concreto.

Anche con riferimento alla sede, si incontrano - o si scontrano - esigenze pubblicistiche e privatistiche. L'attribuzione della sede notarile - e la stessa ricostruzione dell'organico notarile che ne è la diretta conseguenza - possono, infatti, avere entrambe le chiavi di lettura di cui si è appena detto.

Sotto il secondo profilo, la determinazione del numero delle sedi rientrerebbe all'interno della (antica) concezione - addirittura di origine medioevale - secondo cui le attività liberali debbono essere programmate con riferimento al relativo bacino economico. Un equilibrato sviluppo delle professioni consentirebbe infatti di trarre beneficio economico "sicuro" dal loro esercizio e rappresenterebbe il punto di equilibrio per evitare che si possano formare sacche di attività improduttive. La concezione è - come si è detto - antica e si presta ad evidenti abusi in funzione delle stratificazioni che ne conseguono. Determinare un numero chiuso di soggetti che possono esercitare su di un territorio una determinata funzione significa, infatti, costruire una situazione di obiettivo privilegio temprata dal so-

lo fatto della astratta possibilità che hanno tutti di accedervi (tramite concorso).

Per contro, in una accezione pubblicistica l'attribuzione della sede non è il riconoscimento di un privilegio, ma della necessità che determinati servizi pubblici debbano essere assicurati necessariamente in funzione delle attività e delle funzioni attribuite al notaio. E', infatti, fin troppo nota la circostanza che al c.d. notaio latino sono riconosciute funzioni pubbliche, tipiche della particolare fede che consegue alle dichiarazioni di volontà che sono recepite attraverso l'atto che il notaio è chiamato a ricevere. In questo senso, il notaio è tenuto alla presenza nella sede di appartenenza in giorni determinati della settimana e, soprattutto, non può rifiutarsi - salvo evidentemente il caso in cui venga chiesta la stipula di un atto *contra legem* - di ricevere l'atto. Il suo è un comportamento dovuto, non dunque un privilegio, come si è detto, un onere tipico del funzionario pubblico, quale egli è nel momento della stipula.

La stessa determinazione delle sedi e degli organici - *rectius* le modalità per determinarle - è anche essa in bilico tra una accezione pubblicistica ed una accezione privatistica.

E' infatti il rapporto tra popolazione e numero di contrattazioni effettuate a determinare la sede sia in funzione della sua creazione sia in funzione della sua eventuale soppressione. Il rapporto che così si determina può essere visto o nella prospettiva (privatistica) di assicurare un reddito al professionista o nella prospettiva (pubblicistica) di assicurare un servizio alla comunità di riferimento.

La giurisprudenza che si è pronunciata in merito ha, anche essa, cercato sempre un equilibrio tra i due approcci partendo dal presupposto della connotazione della professione notarile quale attività privata di interesse pubblico.

In questa prospettiva, si è partiti dalla premessa secondo cui il Consiglio Nazionale del Notaria-

to ha ritenuto che l'aggiornamento degli organici debba essere il frutto di una operazione tale "da favorire l'inserimento di professionalità giovanili e di stimolare una fisiologica concorrenza nelle prestazioni di settore". In questo quadro "pur volendosi ammettere che la pianificazione delle sedi possa essere condotta cercando di soddisfare l'esigenza di redditività, è avviso del Collegio che non possa essere pretermessa la necessaria considerazione che va riservata alla peculiare valenza dell'attività notarile, e quindi all'interesse pubblico che il Legislatore ha inteso ricongiungere allo svolgimento della relativa funzione". Di qui la conseguenza che - nella determinazione della tabella - non si possa tener conto esclusivamente il dato repertoriale del volume di affari (il profilo privatistico). Occorra invece valutare nello specifico "le ulteriori variabili contemplate dalla norma di riferimento (popolazione, estensione del territorio, mezzi di comunicazione, tendenziale rapporto di un posto notarile ogni 7.000 abitanti)". Ciò esclude, sempre per la medesima giurisprudenza, che la potestà pubblica in materia possa legittimamente esprimersi attraverso la premiante valorizzazione di taluni dei dati appena richiamati a discapito di altri. Se dunque occorre tenere nella dovuta considerazione il profilo dell'attività, nella logica della tutela del professionista (la media repertoriale comparata), nondimeno il conseguimento delle finalità pubbliche perseguite (adeguamento delle sedi notarili quale elemento di razionalizzazione del servizio che esse sono deputate a fornire all'utenza) è elemento di cui tener conto salvo a non "eclissare i fondamentali canoni di correttezza dell'esercizio del potere" (TAR Lazio 7490 2008)

La necessità di assicurare l'equilibrio tra i due fattori ha - d'altro canto — da sempre caratterizzato l'approccio alla materia anche se ha spesso ha portato a soluzioni di compromesso.

2.5.1. Sede e territorio

Con riferimento specifico al rapporto tra attività e sede è, in questo senso, tipica la soluzione che si è trovata in tema di territorio in cui il notaio sarebbe competente ad esercitare la propria attività.

Una volta, infatti, in cui si siano assolti gli obblighi conseguenti alla necessità di assicurare la presenza in sede, è difficile ipotizzare una attività - soprattutto alla luce della nota giurisprudenza sulla impossibilità di avere una prevalenza stabile al di fuori di essa nella attività esercitata - che trovi il proprio limite nel distretto di appartenenza. Il notaio è e resta un libero professionista - tanto da essere per esempio assoggettato al sistema delle Casse e a sottostare al proprio Ordine Professionale a cui obbligatoriamente è iscritto - e non si comprende come possa essergli vietato l'esercizio della professione sull'intero territorio nazionale e non solo nell'ambito del distretto della Corte di Appello all'interno del quale è collocata la sede. E' come dire che il medico può esercitare la sua professione solo all'interno dell'ospedale di cui è dipendente o l'ingegnere può progettare un immobile solo all'interno del distretto in cui è iscritto. Il notaio sarebbe l'unico professionista per il quale ciò avviene. Di recente per gli avvocati - come è noto - è stato eliminato anche l'obbligo di indicare il domiciliatario nel caso di attività fuori dai limiti della Corte di Appello all'interno della quale ricade il proprio Ordine.

La soluzione - per difendere un sistema difficile a giustificarsi nella sua assoluta rigidità - è stata una tipica soluzione di compromesso che lascia - per buona parte - irrisolti i problemi dogmatici dell'equilibrio tra libertà nella professioni e vincoli che ne impediscono il pieno sviluppo.

La recente disposizione in tema di competenza territoriale ha, da un lato, infatti, confermato il divieto di esercizio dell'attività sull'intero territorio nazionale, ma, dall'altro, ha ampliato

l'ambito territoriale di riferimento allargandolo sino a ricomprendervi tutto il territorio in cui si manifesta la competenza della Corte di Appello all'interno del quale è la sede. Tipico è il compromesso.

2.5.2. Dal recapito alla sede secondaria

A soluzioni analoghe si è giunti anche in tema di sede notarile strettamente intesa.

In passato, le disposizioni erano particolarmente rigide e severe a tutela del notaio titolare della sede. A quest'ultimo veniva infatti garantito che nessuno dei notai del medesimo distretto potesse organizzarsi stabilmente nella sede assegnata in titolarità.

Il principio veniva sancito soprattutto in sede deontologica, nel senso che il relativo codice comportava l'applicazione di specifiche sanzioni per il notaio che stabilmente si stabilisse presso altra sede coperta da notaio titolare. Copiosa era la giurisprudenza in merito che appariva - alla luce del codice deontologico - rigidamente a tutela della sede notarile intesa in senso privatistico. Sia chiaro che - anche in questa accezione di assoluta rigidità - non era mai impedito all'utente finale di servirsi di un notaio diverso dal titolare della sede - l'operazione sarebbe stata impossibile - ma si cercava di ottenere il medesimo risultato in via indiretta e di fatto impedendo al notaio non titolare della sede di costituire uno stabile punto di riferimento attraverso una organizzazione dotata di continuità.

La rigida difesa (privatistica) della titolarità della sede non poteva evidentemente resistere nel tempo. L'evoluzione dei principi in tema di concorrenza, la libera circolazione dell'attività economica, in un sistema sempre più veloce e, soprattutto, il ribaltamento della protezione sempre più rivolta all'utenza attraverso il contenimento delle tariffe - fenomeno che ha riguardato tutte le categorie professionali e a cui

si è accennato in precedenza - rendevano, infatti, impossibile mantenere una disposizione tanto rigida come quella appena evidenziata. Inoltre, non bisogna dimenticare le sollecitazioni provenienti dai principi tipici della normativa europea sul diritto di stabilimento.

Il persistere dell'accezione privatistica al problema della sede notarile avrebbe portato al paradossale che - a parità di condizioni - tutti avrebbero potuto stabilirsi in qualsiasi paese europeo, ma che questo fosse vietato per una sola categoria. Non vale a tale proposito replicare che, anche nel caso del diritto di stabilimento, la possibilità di esercitare l'attività che ne conseguono è comunque subordinata ad una procedura di accertamento della relativa idoneità. L'accertamento delle idoneità alla professione notarile - in virtù del concorso nazionale - è valida infatti per l'intero territorio italiano. I trasferimenti di sede non sono infatti subordinati ad alcun ulteriore accertamento circa le attitudini e le capacità professionali, ma esclusivamente condotte sulla base di valutazioni che, semmai, possono modificare la valutazione della soglia minima, che si intende comunque per tutti esistente.

Di qui una prima apertura alle nuove esigenze, conseguenti alla necessità di apertura dei mercati, con la modifica del codice deontologico e la possibilità concessa al notaio, non titolare della sede, di indicare il c.d. "recapito" in una località diversa rispetto a quella della sede assegnata. Il concetto di recapito conteneva in sé i tipici elementi della ambiguità che ha - come si è avuto più volte modo di sottolineare - accompagnato la materia. Il recapito infatti, pur richiamando un certo concetto di stabilità, avrebbe comunque lasciato intendere l'impossibilità di una effettivamente organizzazione stabile.

Recapito è, appunto, il luogo dove qualcosa può essere consegnato, ma non il centro stabile di una organizzazione che non si limita solo alla

fase terminale del processo produttivo, ma contribuisce alla stessa fase produttiva. Il concetto di recapito evoca insomma una sorta di precarietà e comunque una - ormai inconcepibile dato il prevalere delle organizzazioni come profilo concettuale - situazione di instabilità.

Il concetto di recapito è stato dunque - abbastanza rapidamente - superato per essere sostituito dal più moderno concetto di ufficio secondario - come organizzazione stabile di mezzi e persone - che il notaio può indicare quale centro attrattore della clientela nella prospettiva di una maggiore concorrenzialità dei servizi offerti all'utenza. Ancora una volta, la soluzione è comunque di compromesso. Una volta stabilito il principio, della possibilità di una organizzazione stabile anche al di fuori della sede attribuita, non si vede infatti perché sia stata limitata ad una l'indicazione della sede secondaria che lascia pensare ad una sorta di graduazione degli uffici difficilmente giustificabile. Non si comprende infatti - a rigore - il perché di una sede secondaria e non - per così dire - di un'ulteriore graduazione nei numeri con più sedi secondarie.

La vera novità è, però, ora la fonte che diventa di livello legislativo.

L'art. 12 comma 4 del decreto legge n. 1 del 2012 prevede infatti esplicitamente che "Il notaio può recarsi, per ragione delle sue funzioni, in tutto il territorio del distretto della Corte d'Appello in cui trovasi la sua sede notarile, ed aprire un ufficio secondario nel territorio del distretto notarile in cui trovasi la sede stessa".

3. Il servizio cambiario

Si tratta ora di valutare ora se esistano profili specifici che riguardano il servizio cambiario e come questi possano e debbano omogeneizzarsi con il quadro appena delineato.

In tema, va ricordato che l'art. 68 del RD 1669/1933 prevede che il protesto deve essere

fatto con un solo atto da un Notaio o da un Ufficiale Giudiziario. Nei Comuni nei quali non esiste Notaio o Ufficiale Giudiziario il protesto può essere levato dal Segretario Comunale. Il Regio Decreto 1736/1933, sostanzialmente, è sul medesimo orientamento in quanto anch'esso individua, in generale, nel Comune l'ambito territoriale entro il quale va verificata la presenza o meno del Notaio. Infine, l'art. 10 della l. 349/1973 dispone che "I pubblici ufficiali abilitati ai protesti possano, d'intesa con le aziende di credito per i titoli da esse consegnati, concordarne la ripartizione". La norma prevede, inoltre, che, in caso di mancato accordo tra le categorie, disponga l'autorità Giudiziaria, mentre, nel caso in cui non vi sia accordo all'interno della categoria dei Notai, la distribuzione debba essere operata dal Consiglio Notarile.

Prima di dar conto di come la norma è stata di recente interpretata, vanno fatte due considerazioni preliminari, entrambe fondamentali ai fini della ricostruzione del sistema. La prima è che tutte le norme richiamate fanno riferimento ad un contesto normativo in cui l'esistenza del Notaio sul territorio coincideva con la sede. Si tratta, infatti, di normative che hanno preceduto sia la normativa delle cosiddette liberalizzazioni, sia le più recenti disposizioni di cui si è già avuto modo di dire, che hanno rivisto, almeno in parte, la regolamentazione della professione notarile e, soprattutto, hanno introdotto la regola dell'ufficio secondario.

La seconda è che l'indisponibilità per qualsiasi ragione del notaio è stata intesa in maniera assai larga e, sostanzialmente, con una chiave di lettura che tenesse conto del solo interesse di quest'ultimo. Di qui l'affermazione di un'idea, pressoché costante, secondo cui il Notaio avrebbe potuto liberamente accettare o rifiutare l'espletamento del servizio. In sostanza questo era rimesso ad una sua, assolutamente libera, scelta a cui il Notaio non avrebbe potuto sot-

trarsi solo nel caso in cui non ci fosse altro modo per svolgere il servizio.

Il problema si pone in quanto il quadro normativo appena richiamato è stato ritenuto, da una abbastanza recente sentenza (TAR Campania, Salerno, n. 9/2016), da interpretare nel senso di un obbligo, nel caso in cui esista il Notaio titolare della sede a cui, nel caso di sua disponibilità, dovrebbe dunque riconoscersi per intero il servizio cambiario. La sentenza, in sostanza, partendo dalla “indisponibilità per qualsiasi ragione” del Notaio di esercitare il servizio giunge alla conclusione che, i due aspetti sarebbero speculari, così che, qualora ci sia questa disponibilità, vi sia poi un obbligo per le Banche di servirsi del Notaio medesimo. Ora, a parte ogni considerazione, riprendendo quanto detto all’inizio sulla difficoltà a configurare un obbligo a carico di un terzo (la Banca) a stipulare il contratto, che, se ci fosse, dovrebbe presumere la possibilità di chiamare in giudizio colui il quale si rifiuta di farlo, non si può non sottrarsi alla sensazione di una costruzione del sistema del tutto “fuori squadra” rispetto all’attuale evoluzione del sistema normativo. Nella sentenza si legge addirittura che “non pare al Collegio revocabile e indubbio che una volta ricostituita la titolarità della sede nonché verificata la volontà di esercitare funzioni in argomento ed in carenza di consenso da parte del Notaio titolare ad una ripartizione concordata (consensuale) della stessa attività, è a quest’ultimo che compete in via ordinaria o normale lo svolgimento della medesima”. La sentenza fa, più volte, riferimento alla copertura della sede basandosi sull’interpretazione dell’esistenza del Notaio sul territorio esclusivamente con riferimento alla sede come se esistenza e sede fossero termine tra loro interscambiabili.

In realtà, il punto vero della questione non è tanto la presenza, in sé considerata, del Notaio sul territorio, ma se la sua presenza sia lecita e

le condizioni affinché sia tale. Nel passato sistema, infatti, presenza lecita e sede erano termini tra loro sovrapponibili. La presenza stabile sul territorio era, infatti, consentita solo al Notaio titolare della sede. Qualsiasi altro Notaio che volesse stabilmente installarsi nel territorio, lo avrebbe fatto in maniera illecita in quanto la norma sulla deontologia professionale non consentiva stabili organizzazioni laddove fosse esistente un Notaio titolare della sede.

La questione è oggi, come si è visto, del tutto diversa e l’esistenza lecita sul territorio è consentita anche al Notaio non titolare della sede.

Al di là di questa considerazione, anche un’interpretazione strettamente letterale della norma, rende impossibile l’identità tra titolarità della sede ed esercizio della funzione. La norma, infatti, fa riferimento al caso in cui nel Comune “non esista Notaro” e non parla affatto di sede notarile. L’equivoco è tutto in questa disposizione in cui esistenza equivarrebbe a sede, conclusione, questa, che poteva, come si è detto, apparire condivisibile nel precedente sistema ma attualmente non ne è più in armonia ed, anzi, ne è in deciso contrasto.

Il punto, però, sembra altro.

La disposizione che sostanzialmente sovrappone sede ad esistenza, infatti, dimentica completamente proprio il profilo della concorrenza in quanto istituisce un monopolio del tutto scollegato con l’attuale assetto del sistema. Sul punto va rilevato l’intrinseco paradosso della sentenza che, a tale proposito, prevede: “il principio di fondo che individua nell’indisponibilità per qualsiasi ragione il presupposto della supplenza pare tuttavia agevolmente estensibile anche alla specie della concorrenza nella stessa attività di più Notai, titolari, e non, di sede”. Il che sarebbe come dire che la concorrenza è subordinata alla volontà del (potenziale) monopolista e che essa si possa liberamente sviluppare solo nel caso in cui il monopolista stesso intenda ri-

nunziare alla sua posizione di vantaggio. Il risultato sarebbe talmente assurdo che dovrebbe consentire al monopolista anche di lasciare alla libera concorrenza quelle sole parti più costose e meno produttive del servizio, come nel caso, per esempio, di accessi particolarmente gravosi o particolarmente complessi. La concorrenza, cioè, vi sarebbe solo per quegli aspetti che il monopolista non vuole e che, in realtà, una volta esercitata la (presunta) concorrenza, agevolano piuttosto che aggravare, la posizione del monopolista medesimo.

In questa prospettiva, peraltro, vanno ulteriormente sottolineati altri paradossi e, cioè, che l'utente può rivolgersi indifferentemente al Notaio o all'Ufficiale Giudiziario in servizio (Consiglio di Stato n. 7122, cfr. Consiglio di Stato n. 772/98). Il paradosso è evidente. L'utente potrebbe scegliere tra categorie diverse, ma non all'interno della stessa categoria. Inoltre, sempre la giustizia amministrativa, ha chiarito come la necessità dell'intesa tra aziende di credito e i consigli notarili debba essere doppia. Prima tra i titolari delle diverse categorie e poi all'interno dei Notai. Intesa fondamentale "quando più notai siano interessati a svolgere il predetto servizio" senza fare alcun riferimento alla sede. Il che sarebbe del tutto inutile nel caso di esistenza del monopolista (di fatto).

In conclusione, il Notaio titolare della sede – nel regime di abrogazione delle tariffe previste in via autoritativa – sarebbe soggetto al regime della concorrenza per la stipula di ogni atto e di ogni servizio con l'unica esclusione del servizio cambiario. Il che è l'ulteriore e, forse, fondamentale paradosso che si avrebbe in materia.

4. Normativa antitrust e Corte di Giustizia Europea

Una visione del problema di cui si discute che non voglia tener conto dei processi in atto e vo-

glia, sostanzialmente, restare ancorata ai vecchi archetipi non coerenti alla riforma delle professioni e alle nuove regolamentazioni delle organizzazioni notarili, correva, peraltro, il rischio di far intervenire nuovi protagonisti nella vicenda, estranei al sistema della autoregolamentazione delle professioni che appariva, ed è, il perno su cui si muove la sentenza in precedenza richiamata e, in definitiva, oggi l'intero sistema

Il primo (pericoloso) protagonista per l'autorevolezza della posizione assunta e per l'impossibilità a governarne appieno gli effetti, sarebbe stata l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato cui compete, tra l'altro, la possibilità di attivare specifiche indagini conoscitive capaci di ottenere la completa riscrittura delle organizzazioni economiche che ne sono oggetto

In tema, un provvedimento (n. 5400/97) del 1997 già sottolineava come "sotto la specie dell'interesse pubblico si persegua la tutela di interessi privati meramente contingenti e di breve respiro che si traducono in uno svantaggio per la collettività" Il riferimento è specifico all'attività notarile non in quanto tale ma al suo atteggiarsi in funzione della protezione degli interessi della categoria e non dell'utenza. Anche il più recente provvedimento n.19435 del 15 gennaio 2009 (sempre con lo strumento dell'indagine conoscitiva) ha denunciato il deficit di concorrenza che continuerebbe a caratterizzare l'offerta di servizi legali riservata ai notai. Gli esempi potrebbero continuare.

L' Autorità si fa forte, in questo caso, dell'altro protagonista che potrebbe entrare, con effetto dirompente, nel settore fino a diventarne l'assoluto e vero protagonista.

La Corte Europea di giustizia, infatti, non distingue tra le diverse figure di notariato esistenti in Europa e accomuna entrambi a figure che possono qualificarsi come imprenditori. La qua-

lificazione non comprende solo i notai, qualsiasi tipo di notaio, ma tutte le figure professionali senza alcuna distinzione tra loro

A riprova di quanto affermato non è mancato chi ha sottolineato come “evidente, e documentata, sia stata l'influenza esercitata dalle ripetute "Segnalazioni" dell'AGCM che hanno accompagnato il percorso formativo del legislatore del 2012, così come è attuale l'ulteriore stillicidio di raccomandazioni *de iure condendo* che investono perfino la legge n. 27/2012 (con la proposta di abrogazione del quarto comma dell'art. 9 che, rifacendosi all'art. 2233, comma 2, codice civile, prevede un adeguamento della misura del compenso "all'importanza dell'opera")”.

Questo a tacere della possibilità, nell'ambito del ricorso dinanzi al G.A. contro una delibera che dovesse essere ritenuta lesiva della concorrenza, del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea, ai sensi dell'art. 79 c.p.a. e 29 delle Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale per verificare la compatibilità con le norme del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

Si tratta ormai di un giudizio non particolarmente infrequente, in quanto il giudice amministrativo appare particolarmente attento ai rapporti tra normativa nazionale e principi del Trattato e ce è stato ritenuto addirittura obbligatorio.. Il rinvio alla Corte consente - è bene ripeterlo - l'intervento di un organo particolarmente attento ai principi in tema di concorrenza e che potrebbe anche - più o meno indirettamente - ampliare il tema decidendo fino a coinvolgere - a rigore per la sua giurisprudenza - la limitazione dell'azione del notaio come limitata al solo distretto della Corte di Appello. Le motivazioni che legittimerebbero una tale scelta sono state già espresse in precedenza.

5. I presupposti della nuova normativa

Nel quadro appena delineato si inserisce la norma della legge di bilancio per il 2018 di cui agli inizi si è detto

Essa trarrebbe origine – il condizionale è d'obbligo – da una sentenza della Corte di Cassazione il cui passaggio principale converrà riprendere per intero.

Dice la Corte: "Può in astratto convenirsi che i Consigli notarili distrettuali, in quanto enti rappresentativi di imprese che offrono sul mercato in modo indipendente e stabile i propri servizi professionali, sono associazioni di imprese, che possono perciò rendersi promotrici di intese restrittive della libertà di concorrenza, ai sensi dell'art. 2, comma 1, della legge 10 ottobre 1990, n. 287. Deve tuttavia affermarsi che il Consiglio notarile, quando assuma l'iniziativa del procedimento disciplinare, eserciti, in adempimento dello specifico compito di vigilanza del decoro nella professione e nella condotta dei notai iscritti ad esso affidato dalla legge, la gestione di "servizi di interesse economico generale", e sia perciò esente dall'applicabilità delle norme in tema tutela della concorrenza e del mercato, ai sensi dell'art. 8, comma 2, legge n. 287/1990. La ragione di questa esenzione trova il proprio fondamento nel fatto che tali servizi, benché esercitati da imprese, sono funzionali ad obiettivi extraeconomici d'interesse generale, essendo volti a soddisfare esigenze di carattere sociale, ambientale, culturale e simili, facenti capo ad un'indeterminata platea di soggetti. Peraltro, la necessità di bilanciamento tra tale interesse economico generale e la ratio cui è ispirata la normativa sulla concorrenza impone che la deroga all'operatività delle disposizioni a tutela della concorrenza sia ravvisabile soltanto per quei comportamenti che appaiano strettamente connessi all'adempimento degli specifici compiti affidati all'impresa. L'esenzione del Consiglio notarile dalla normativa sulla concor-

renza e sul mercato, allorché esso eserciti funzione disciplinare, deriva, allora, dalla considerazione che in tale veste il Consiglio è portatore di un interesse all'esatta applicazione della sanzione, che gli deriva dalla spettanza in capo all'Ordine del compito di elaborare i principi di deontologia professionale (la cui enunciazione è rimessa istituzionalmente al Consiglio nazionale del Notariato dall'art. 2, lettera f, della legge 3 agosto 1949, n. 577), e di vigilare che tali regole siano osservate insieme a quelle poste dal legislatore, in quanto assumono rilevanza disciplinare" (Cass., sez. un., 26 giugno 2002, n. 9328; Cass. 24 ottobre 2003, n. 16006).

La sentenza e la norma che ne è derivavano intendere in primo luogo una centralità dei Consigli cui spetta la definizione delle linee su cui correttamente deve esercitarsi l'attività professionale.

A questo proposito va ricordato come la Cassazione abbia sottolineato l'importanza della previsione di regole deontologiche, che valgano a individuare, sul piano disciplinare, "la 'tenuta' dell'equilibrio tra professionalità e regime dei compensi" - è il punto centrale della questione - promuovendo uno sviluppo dell'azione disciplinare verso "la verifica, ben più incisiva di quanto indirettamente sin qui ottenuto mediante il controllo sull'osservanza delle tariffe, del rispetto dei criteri di personalità, territorialità e qualità della prestazione" (Così Cass., 23 aprile 2013, n.9793).

Con riferimento alle norme deontologiche degli avvocati - con principio applicabile anche a quelle della professione notarile - si è ritenuto che "le norme del codice disciplinare rappresentano fonti normative integrative del precetto legislativo" e, in concreto, quel "complesso di regole di cui gli organi di governo si sono dotati al fine di poter attuare i valori caratterizzanti la professione" (Cass. nn. 5776 e 13078, entrambe del 2004) In questa prospettiva, le norme deon-

tologiche - non più interpretate come mere norme pattizie - sarebbero, dunque, direttamente interpretabili dalla giurisdizione di legittimità. Ed infatti - spiega la Corte (Cass., sez. un., 6 giugno 2002, n. 8225) - spetta agli ordini professionali ("enti esponenziali della categoria") sia il potere di applicare le sanzioni previste dalla legge, sia la funzione di produzione normativa all'interno della categoria, attraverso l'enunciazione delle regole di condotta che i singoli iscritti sono tenuti a osservare nello svolgimento dell'attività professionale (così come anche precisato da Cass., sez. un., 23 gennaio 2002, n. 762).

5.1. La centralità dei Consigli

L'organo di autogoverno in questa sua attività non è però libero e non potrà non muovere dalla presa d'atto dei processi di liberalizzazione che hanno investito anche la professione notarile sia con riferimento al nuovo sistema contrattato delle tariffe sia con la possibilità di istituire l'ufficio secondario legittimamente riconosciuto dal Consiglio.

L'intervento del Consiglio appare assolutamente necessario perché la sua mancanza avrebbe, probabilmente anche in tempi brevi, come conseguenza, per le ragioni già esposte, e paventate dalla stessa sentenza appena richiamata, la totale *deregulation* del settore esattamente come è ormai principio tipico dei processi che investono le categorie professionali, dove sono ormai in discussione - la polemica è nota - gli stessi Ordini Professionali nella accezione che ne è stata data nel nostro Paese.

In sostanza quello che è cambiato non è il contenuto della regolamentazione che non può non restare, per tutte le ragioni espresse in precedenza, nell'ambito della tutela delle concorrenza, ma del soggetto che è chiamato a garantirla. I Consigli assumono in questo senso una responsabilità fondamentale come punto di equi-

librio tra esigenze pubbliche e private e dovranno fare un buon uso del proprio potere e del contesto sovranazionale in cui si inseriscono le relative regolamentazione.

Sullo sfondo resta infatti sempre la Corte di Giustizia Europea e questa il legislatore nazionale non può proprio abolirla.