

GENNAIO 2004

Ciò che molti si aspetteranno da questo corsivo è una valutazione del congresso celebratosi a Bari negli ultimi giorni dello scorso mese di ottobre in un'atmosfera di rilassante ospitalità.

E le attese non resteranno deluse anche se i segnali che il notariato riunito in Puglia ha mandato alla categoria non sono stati particolarmente intensi.

Proprio durante lo svolgimento del congresso si teneva a Bruxelles un'importante audizione dei rappresentanti delle libere professioni da parte del Commissario Mario Monti, che, da tempo, ha nel suo mirino tariffe, competenze esclusive e numero chiuso.

E tuttavia, sul punto, il notariato non si è interrogato e non ha discusso, lasciando sospesa una questione che noi ci aspettavamo centrale nello svolgimento del dibattito congressuale.

Neppure vi è stato dibattito sui lavori dei gruppi nominati dal Consiglio Nazionale per redigere un nuovo progetto di ordinamento, e ciò nonostante le linee guida per alcuni argomenti fossero già note e nonostante qualche spunto polemico avrebbe potuto nascere per il fatto che, ancora una volta, il punto dolente sul quale il notariato fatica a produrre idee e proposte sembra quello dell'accesso, tema sul quale la metafora dello struzzo viene fin troppo facile.

Nonostante ciò dibattito vi è stato ed anche vivace.

A prescindere dalla questione dei recapiti, ora uffici secondari, cui ogni congresso deve pagare un puntualissimo dazio, deve rilevarsi come ampio spazio abbia avuto la discussione sul principio di rotazione delle cariche, principio che, lo notiamo con una certa soddisfazione, è ormai patrimonio consolidato di una categoria che, con un voto congressuale discusso a lungo ma approvato a schiacciante maggioranza, ne ha dato una lettura sostanziale e non formale.

Alla luce del dibattito congressuale e del successivo voto, deve ritenersi scongiurato (a meno di incredibili scostumatezze, che la legge non impedisce ma che non farebbero onore ad elettori ed eletti) il pericolo che il ricambio di idee prodotto dal ricambio di uomini – sostanza del fenomeno - sia vanificato dal ping pong tra Cassa e Consiglio che, si vociferava, più di un consigliere aveva in animo di tentare.

Altra questione lungamente dibattuta è stata quella relativa a due aspetti del regolamento congressuale che è stato alla fine approvato dal congresso.

Qualcuno ricorderà che nel corsivo dello scorso mese di settembre avevamo ripreso un vecchio e da sempre perdente cavallo di battaglia sindacale: quello della gratuità dei congressi.

E nello stesso corsivo avevamo sottolineato l'errore in cui erano incorsi gli estensori della bozza di regolamento, che avevano omesso di indicare le associazioni di categoria ed in particolare quelle sindacali, tra i soggetti legittimati a proporre gli ordini del giorno da sottoporre all'assemblea.

Queste istanze erano quindi state formalmente sottoposte dalla giunta Federnotai al Consiglio Nazionale che, con delibera a maggioranza, aveva deciso di respingerle.

Con il consueto spirito di chi crede nei principi e li difende a prescindere dall'esito delle battaglie, le due questioni sono state nuovamente sollevate da Federnotai durante i lavori congressuali, come potrete leggere nel discorso di Egidio Lorenzi pubblicato nelle pagine immediatamente successive. Sulla gratuità l'evolversi del dibattito congressuale ha indotto lo stesso Consiglio Nazionale ad una frettolosa quanto opportuna ritirata, con conseguente appoggio all'ordine del giorno promosso da Federnotai.

Sulla legittimazione a proporre ordini del giorno da parte di associazioni di notai la decisione consiliare, pur pervicacemente sostenuta e difesa dai consiglieri Raiti e Vigneri sia in commissione che in assemblea, è stata ribaltata da una decisione adottata a schiacciante maggioranza.

Sia ben chiaro, nessuno ritiene queste decisioni importanti ed anzi spiace sottolineare quanto, tutto sommato, il tempo dedicato a queste questioni bagatellari avrebbe potuto essere impiegato su argomenti di ben diversa rilevanza.

Lo stesso sindacato nel corso della sua storia può vantarsi di risultati ben più significativi.

La vicenda appare peraltro paradigmatica di un nuovo corso della politica notarile ed è comunque un segnale positivo ed importante in vista di una stagione nella quale le libere associazioni di categoria saranno chiamate a ruoli di sempre maggiore importanza.

A quanto ci è dato ricordare, rare sono state le discussioni congressuali nelle quali la categoria si sia posta in posizione di contrasto con le scelte degli organi cosiddetti esponenziali.

In parte ciò era dovuto ad una malintesa funzione di filtro delle commissioni congressuali; anche a Bari infatti la Commissione Consiglio aveva ritenuto non opportuno riportare in assemblea una questione che il Consiglio Nazionale aveva già valutato e deciso.

Ma in parte era pure dovuto al fatto che le opinioni e le decisioni degli organi istituzionali sono comunque il frutto di discussioni collegiali di persone dotate di un'esperienza politica superiore alla media, mentre le contrarie istanze sostenute e discusse erano spesso rappresentate da colleghi, anche di valore, ma costretti dal loro isolamento ad una visione parziale del problema.

L'apparire ed il crescere dell'associazionismo sindacale in questo panorama è stato visto con una notevole, ma forse comprensibile, diffidenza.

Diffidenza da parte degli organi istituzionali che si vedevano affiancati, per la prima volta, da un altro soggetto pensante dotato di una visione non periferica e parziale, ma capace di sintesi tra componenti rappresentative di realtà locali molto eterogenee tra loro.

Ma diffidenza si è manifestata anche da parte di quei prestigiosi ma isolati colleghi, che si erano ritagliati il loro ruolo congressuale di Don Quichote con annessa plaudente e minoritaria claque.

E così per alcuni anni ed alcuni congressi il sindacato veniva visto come un gruppo di rompiscatole, neppure troppo simpatico, che tentava di spezzare regole da sempre a tutti gradite.

Qualcosa è però oggi cambiato ed è per questo che riteniamo opportuno sottolineare le già ricordate vicende baresi relative al regolamento dei congressi.

Un ruolo non indifferente in tale cambiamento deve attribuirsi alla lista sigillo, alla nascita di @res ed all'emergere di una voglia di occuparsi della cosa notarile anche da parte di chi sta fuori della stanza dei bottoni, non più però in modo velleitario ed isolato, ma con la forza del gruppo.

Lo svolgimento del congresso di Bari ci ha convinto che il guado sia quasi del tutto oltrepassato.

L'associazionismo notarile, che in Federnotai ha storicamente la sua massima espressione sia numerica sia di idee, si sta definitivamente affermando, e con esso il notariato sta sviluppando una forza propositiva e di critica che costituisce il necessario contrappeso per legittimare la forza politica e la rappresentatività degli organi istituzionali del notariato.

Solo con la definitiva consacrazione di una forte componente libero associativa infatti si potrà ottenere un sistema elettivo agli organi istituzionali basato su una competizione tra programmi, solo così l'attuazione dei programmi potrà essere verificata e la conduzione politica sottoposta a critica. E naturalmente solo così potrà risultare credibile l'etichetta di rappresentatività che deve essere esibita dai vertici di categoria quando si tratta con le istituzioni del paese a protezione della funzione notarile e degli interessi di categoria.

A Bari, nel corso del dibattito congressuale, una voce, autodefinitasi di peone, si è levata per chiedere se, alla fine, per poter esprimere un'opinione ci si sarebbe dovuti iscrivere a Federnotai.

La domanda è retorica e la risposta scontata.

Certo è però che se qualcuno vuole esprimere la sua opinione e prima di allora vuole sottoporla a verifica e, magari, aggiustarla e migliorarla, in Federnotai o in altri gruppi similmente organizzati troverà il luogo per passare da peone ad autore della politica.

## INTERVENTO DEL PRESIDENTE DI FEDERNOTAI AL CONGRESSO NAZIONALE DI BARI

Un cordialissimo, affettuoso saluto alle colleghe e ai colleghi ed un cordialissimo benvenuto agli ospiti.

Dunque oggi tocca a me rappresentare Federnotai in questa tradizionale occasione all'inizio dei Congressi Nazionali.

Lo statuto della nostra associazione è rigorosissimo: ogni Giunta Esecutiva dura in carica tre anni, senza alcuna possibilità di rinnovo del mandato ed è questa la ragione per cui vedete spesso Presidenti diversi a rappresentare la Federazione: a ciascuno riesce di fare un paio di Congressi ed al massimo un Convegno!

Quando mi apprestavo a mettere per iscritto qualche appunto che servisse da guida a questo mio intervento, mi sono chiesto che cosa si aspetterebbe il collega congressista dall'intervento del presidente di Federnotai. Credo e spero di non sbagliarmi se mi rispondo che due sono le possibili linee di intervento: prima di tutto, parlando a tanti colleghi anche lontani dall'attività di Federnotai o addirittura giovani appena iscritti a ruolo che di Federnotai hanno appena appena sentito parlare, cogliere l'occasione di presentare gli elementi essenziali dell'attività dell'associazione, e dall'altro segnalare il pensiero di Federnotai relativamente ai principali problemi sul tappeto in materia di politica del notariato.

Che Federnotai sia la Federazione nazionale che raggruppa tutte le associazioni sindacali regionali dei notai, credo che oramai lo sappiano tutti; che l'aggettivo "sindacale" sia del tutto incidentale ed abbastanza irrilevante, lo considerano ancora in pochi.

Intendiamoci, non rinneghiamo affatto questa matrice "sindacale" che ci legittima, per esempio, alla stipulazione del contratto di lavoro dei dipendenti, e che ci legittima, insieme ai sindacati di tutte le altre professioni, ad essere convocati, quale riconosciuta "parte sociale" in tutte le sedi ministeriali o governative, ma vogliamo ribadire che, di fatto, siamo la parte libero-associazionistica del notariato, forse, anzi, l'unica voce organizzata non istituzionale del notariato, in quanto le esperienze di "@res" o della "lista sigillo" (esperienze che pure consideriamo con grande interesse e rispetto) non hanno certo una organizzazione e una rappresentatività paragonabili.

Oggi a Federnotai sono iscritti circa 1800 notai, il 40% circa del totale dei notai italiani: quando mi voglio vantare (e lo faccio spesso) ribadisco che non c'è organizzazione sindacale (né datoriale né dei lavoratori - né Confindustria né CGIL per intenderci -) che possa vantare una simile percentuale di iscritti.

Considerando i Comitati Direttivi delle 14 associazioni regionali aderenti alla Federazione; considerando la Giunta Esecutiva della Federazione, composta di 7 membri; considerando la redazione di FederNotizie; considerando quegli altri colleghi che comunque seguono attivamente, in varie vesti, l'attività dell'associazione, possiamo, senza sbagliarci di molto, valutare in almeno 150 /180 colleghi quelli direttamente, continuamente, vorrei dire quotidianamente impegnati intorno a Federnotai: mi pare un serbatoio importante di persone attive, impegnate, volenterose, di cui sarebbe suicida che il notariato "istituzionale" si disinteressasse o comunque prescindesse.

E l'impegno è quello classico di una associazione sindacale di professionisti: da un lato i servizi all'associato, e dall'altro l'impegno nella politica professionale.

Per quanto riguarda i servizi, oggi la Federazione offre ai propri iscritti una gamma vastissima di vantaggi e di opportunità: dalle forme assicurative integrative, all'accordo collaborativo con la carta di credito "Diners", a convenzioni di vario genere per la telefonia, per il noleggio dell'automobile in sostituzione dell'acquisto, per il noleggio normale di un autoveicolo, persino per i buoni pasto ai dipendenti o per l'archiviazione ottica delle pratiche in studio.

E vi assicuro che si tratta, in ogni caso, non di quelle convenzioni semi-finte del tipo: "i medici dentisti consigliano ...", ma di vere opportunità di risparmio importante per i propri servizi di studio.

Su questo punto, tuttavia, non vi voglio tediare e vi invito a visitare il nostro sito internet: "www.federnotai.it" ed anche, in questi giorni, a visitare qui il nostro stand dove potrete conoscere più approfonditamente i servizi che vi interessano e soprattutto procedere alla sottoscrizione della "carta del notaio Diners" che costituisce tessera associativa a Federnotai.

Ma ancora la nostra attività è nel senso di servizi più mirati, più direttamente legati all'attività professionale, piuttosto che a quella di gestione dello studio.

E quindi organizziamo in sede locale corsi di aggiornamento per i colleghi, corsi di specializzazione per i dipendenti, in taluni casi anche corsi di istruzione del personale in maniera di mettere a disposizione dei colleghi che avessero necessità di assumere dipendenti, un serbatoio di persone già sostanzialmente formate.

Ed infine ci dedichiamo anche ad attività più direttamente scientifiche con l'organizzazione di convegni e congressi ai quali diamo sempre un taglio che noi definiamo appunto "sindacale", definizione puramente simbolica per significare il tralasciare la pura teoria giuridica o scientifica (che lasciamo ai pure interessantissimi convegni "istituzionali"), privilegiando un contenuto invece molto concreto, immediatamente diretto all'utilità pratica, quotidiana, del lavoro notarile.

E ancora poche parole, per completare questa parte di presentazione del nostro lavoro, voglio dedicare al nostro giornale, a FederNotizie: credo che direttamente o indirettamente lo conosciate tutti: è nato, tanti anni fa, come semplice veicolo di informazione dell'attività della Federazione ed è diventato ormai il giornale di categoria più letto, più citato, più considerato.

Ed anche questo in forza, credo, del suo taglio pratico, operativo, (scusatemi) "sindacale".

E nella stessa linea si muovono anche le iniziative di stampa più localizzate, come per esempio il bel giornale telematico realizzato dall'associazione Campania.

E passo allora al secondo filone che ho creduto di individuare come necessario in questo mio intervento: quello delle considerazioni e delle valutazioni che Federnotai esprime sugli argomenti di politica notarile e quindi sull'operato dei nostri organi istituzionali.

Intendiamoci bene: non ci spetta, né ci arroghiamo, né rivendichiamo alcun diritto di esame sull'operato degli organi rappresentativi, né ci spetta di indicare a nessuno se l'una o l'altra iniziativa siano giuste o meno.

Quello che ci spetta, ma che anzi consideriamo un nostro dovere, è di dire come la pensiamo, come una libera associazione che muove tante idee e tante discussioni, che coinvolge tante persone, la pensi sui temi principali della politica professionale, aiutando la discussione e la riflessione, con il contributo anche del proprio punto di vista in questa sede congressuale che è l'unica occasione che la categoria ha a disposizione per esprimere un parere sull'operato dei propri organi istituzionali.

Credo che se non facessimo questo, mancheremmo ad un preciso dovere nei confronti dei nostri iscritti, ma pure nei confronti degli organi istituzionali stessi: il pungolo, la critica, il rilievo, quando sono costruttivi e collaborativi, sono in realtà un aiuto a chi, spesso, lavora in assenza di una possibilità costante di verifica.

Entrando in questo argomento non può mancare, nel senso che si tratta di una cosa davvero sincera e davvero sentita, un calorosissimo ringraziamento, una calorosissima, affettuosa stretta di mano, a tutti i consiglieri nazionali ed ai consiglieri di amministrazione della Cassa e naturalmente in modo particolare ai loro presidenti e segretari.

Come chi ci segue ben sa, noi abbiamo alcune riserve sul meccanismo di elezione dei nostri amministratori; abbiamo alcune riserve sulla opportunità di mantenere l'attuale sostanziale volontarietà della prestazione; abbiamo alcune riserve sul metodo in cui nel notariato scaturiscono le candidature. Vi rimando, al proposito, all'editoriale ed alla lettera aperta pubblicati sul FederNotizie di novembre, che è in distribuzione al nostro stand.

Ma tutto questo fa parte del "condendum", del futuro, della battaglia politica per il miglioramento di quanto riteniamo migliorabile.

Oggi, con le attuali regole, il ringraziamento sentito e sincero a chi dedica così tanta parte del proprio impegno, del proprio entusiasmo, del proprio tempo, all'interesse di tutti, è davvero fatto con grande piacere.

Nello spirito quindi che prima indicavo di assoluta collaborazione e costruttività, segnalerò anzitutto quegli aspetti della politica notarile realizzati dal Consiglio Nazionale che ci hanno trovato del tutto concordi.

(Una parentesi: la materia della amministrazione della Cassa Nazionale del Notariato è più difficile, più specialistica, meno adatta a discorsi generali. Ho tuttavia considerato che i miei predecessori, nelle analoghe precedenti occasioni, hanno dovuto sempre inserire sia pure poche parole per una garbata critica a qualche aspetto dell'attività della Cassa. Il solo fatto che questa volta io non ne parli, significa che non sono emerse, perlomeno per i non specialisti, sostanziali ragioni di critica. Casomai, potremmo lamentare una certa assenza della nostra Cassa sui temi più generali, come per esempio la riforma pensionistica in atto, sulla quale sono intervenuti quasi tutti i rappresentanti delle altre casse professionali. Ma, forse, il rimanere un poco in retroguardia può essere anche una posizione politica condivisibile.)

Abbiamo molto apprezzato il lavoro del Consiglio Nazionale e di Notartel nella materia informatica: quando ci viene voglia di criticare (e viene a tutti sia ben chiaro, e anche noi non ce ne siamo astenuti, anche sul giornale) io dico sempre che dovremmo riportarci ad alcuni anni fa. Se qualcuno (per esempio il presidente nazionale in un discorso al Congresso) ci avesse parlato di un giornale informativo quotidiano nei nostri studi; di un collegamento fra tutti i notai d'Italia per lo scambio di impressioni, notizie e giudizi; della possibilità di effettuare ispezioni ipotecarie e catastali in tutta Italia stando seduti alla nostra scrivania, (e non parliamo dell'invio telematico delle formalità), ebbene avremmo pensato che stesse leggendo un libro di fantascienza.

E' vero, si tratta anche del progresso tecnologico, si tratta in alcuni casi di inevitabili scelte della Pubblica Amministrazione, ma, riconosciamolo, il notariato spesso queste scelte le ha anticipate; è riuscito, finalmente, a gestirle, almeno in buona parte; a incanalarle in binari accettabili. E in diversi casi le scelte del notariato sono state innovative e tali da costituire "principio", "scuola", per tutti gli altri (basti, ad esempio, la vicenda della firma digitale e la scelta di essere autorità di certificazione). Tutto è migliorabile; tutto, sempre, si può perfezionare e non vorremmo quindi dare la sensazione che noi crediamo, in questa materia, che "tutto va ben, madama la marchesa ...", ma siamo tuttavia convinti che in un bilancio generale, siano molto maggiori gli aspetti positivi, che quelli negativi. Ancora, abbiamo apprezzato e siamo stati vicini al Consiglio Nazionale (in alcuni aspetti marginali anche collaborando direttamente) nell'attività cosiddetta di "lobbying", per la quale intendiamo quella lecita, buona: quell'attività cioè di attenzione alle iniziative governative, ministeriali, della Pubblica Amministrazione, etc., tendente ad evitare danni, a migliorare quanto si va facendo, anche a collaborare nell'interesse della categoria.

Ci pare che il Consiglio Nazionale si sia mosso sempre con tempestività, con opportuna prudenza, con la dovuta attenzione, giungendo spesso a risultati insperabili.

Abbiamo apprezzato l'impegno profuso intorno alla riforma della materia societaria: si tratta di una riforma epocale per il notariato e quindi era giusto che ci fosse un impegno importante e costante del nostro supremo organo.

Infine abbiamo apprezzato moltissimo le iniziative del Consiglio Nazionale in relazione alla riforma dell'ordinamento. Ho riletto gli interventi dei miei predecessori nei precedenti Congressi ed ho notato che sempre, almeno a partire dai primi anni '90, c'è stata, sistematicamente e costantemente, una esortazione agli organi istituzionali ad elaborare un progetto di riforma dell'ordinamento, anche da tenere nel cassetto, pronto per quando i tempi fossero maturi. Si tratta per Federnotai di una priorità assoluta ed indifferibile.

Ed una esortazione del genere, c'era, forte e chiara, nell'intervento di Andrea Sacchetti l'anno scorso a Milano. Ebbene questa volta il richiamo non è caduto nel vuoto, e sono state celermente costituite le commissioni di lavoro che dovrebbero finalmente esaminare tutto l'ordinamento (e non più pezzettini alla volta) in una visione riformatrice d'insieme.

Siamo davvero contenti di questa scelta e stiamo lavorando anche noi per dare alle commissioni nominate ed al Consiglio Nazionale stesso tutta la nostra possibile collaborazione ed aiuto.

Gli unici dubbi ci sorgono circa l'esito di questi lavori: non vorremmo che facessero la fine di quelli sull'accesso e sul territorio: esame, discussione, impegno, ma poi totale oblio e nessun risultato pratico. Sul territorio ci sono letture diverse dei risultati del convegno di Roma del 2001: a noi pare che, in tema di riorganizzazione dei distretti, ci fosse una sostanziale intesa fra le varie componenti; altri dicono che non è vero e che la volontà del notariato era nel senso dell'immobilismo più totale. Non mi interessa qui sviluppare questo contrasto: mi basta sottolineare che dal Consiglio Nazionale non abbiamo avuto alcuna decisione: neppure quella di non decidere ritenendo di interpretare la volontà della maggioranza.

Ma certamente questa volta sulla riforma generale dell'ordinamento, non sarà così, e comunque noi vigileremo perché non sia così: ci sia cioè il massimo coinvolgimento della cosiddetta "base", ma poi in qualche modo si decida, prima che siano altri a decidere per noi, perché allora sarebbero davvero guai.

Fin qui le luci, almeno le principali, ora devo però segnalarvi anche le ombre.

Non sono molte, le ombre, e questo è un buon segno, e si tratta, devo dire, di sensazioni, di impressioni, più che di precise decisioni pratiche.

Mi pare tuttavia importante far conoscere, ai colleghi congressisti, queste nostre sensazioni ed impressioni negative perché su di esse si possa riflettere, magari solo per concludere che noi ci sbagliamo.

Mi riferisco ad alcune decisioni in materia deontologica / tariffaria e ad alcune scelte in materia di nuova regolamentazione dei Congressi Nazionali.

Abbiamo assistito ad alcune decisioni (in materia di recapiti ed uffici secondari ed in materia di unificazione degli onorari per gli atti cosiddetti minori) che, senza assolutamente valutarne il merito, ci sono apparse perlomeno curiose per la assolutamente inconsueta rapidità con cui sono state prese, e inopportune non fosse altro che per la loro estemporaneità rispetto alla, pure in corso, revisione dell'ordinamento. Quasi una specie di corsa a predisporre il fatto compiuto che ci è parsa davvero intempestiva ed anomala.

E veniamo alla riforma del regolamento dei Congressi. E' un argomento di cui sarà chiamata ad occuparsi la Commissione Consiglio di questo Congresso e quindi in quella sede si andranno approfondendo i vari aspetti della proposta.

Quelle che voglio qui sottolineare sono due specifiche scelte operate dal Consiglio Nazionale con le quali siamo assolutamente in contrasto e che temiamo possano sottintendere "filosofie" (scusatemi il brutto termine) che, se fossero vere, sarebbero, a nostro parere, ancora più meritevoli di contrasto. La bozza di regolamento ci era stata cortesemente sottoposta dal Consiglio Nazionale con l'invito a segnalare i nostri eventuali rilievi.

E noi avevamo sostenuto la necessità di considerare del tutto gratuita la partecipazione al Congresso e la possibilità che gli ordini del giorno potessero essere autonomamente presentati, oltre che da un certo numero di notai (inizialmente 10 e poi 25), anche dai gruppi organizzati del notariato, e quindi per esempio dai consigli notarili, dai comitati regionali, ed anche da Federnotai.

Entrambe queste proposte sono state respinte dal Consiglio Nazionale anche se in esito ad una accesa discussione e con una risicata maggioranza.

La nostra preoccupazione, intendiamoci bene, non è di ordine pratico: è infatti ben evidente che 25 notai per presentare ordini del giorno, noi li troviamo molto facilmente, anzi, se volessimo disturbare, potremmo facilmente presentare, al prossimo Congresso, 100 o 1.000 o 10.000 ordini del giorno (non lo faremo, ve lo assicuro !).

Così come siamo assolutamente convinti che ciascuno di noi può permettersi gli euro necessari all'iscrizione al Congresso.

Ma si tratta di questioni di principio che ci paiono davvero non secondarie.

Il momento congressuale è l'unico che sia istituzionalmente deputato a discutere e a pronunciarsi nelle materie della politica del notariato.

Se qualcuno dovesse pagare, sarebbe casomai chi non ci viene, chi non vuole proprio parlarne, chi si disinteressa dei problemi della propria professione.

E quindi, perlomeno, le spese di organizzazione del congresso devono essere poste a carico dell'intera collettività, attraverso il versamento della tassa al Consiglio Nazionale e non a carico di coloro che, intervenendo al Congresso, portano già il loro entusiasmo, il loro tempo, la loro disponibilità, il loro impegno.

Naturalmente ogni contorno, dal caffè, al trasporto in autobus, alle gite, a tutto il resto, resterebbe invece rigorosamente a pagamento.

Ma ancora più preoccupanti sono, a nostro parere, le sensazioni che scaturiscono dall'aver respinto quell'altra nostra proposta.

L'aver voluto individuare un certo numero di notai per la presentazione degli ordini del giorno è del tutto condivisibile (si può poi discutere se vadano bene 25, o 10, o 37, ma questo è secondario) in quanto si evita di dover discutere di argomenti estemporanei, non ragionati, del tutto settoriali od insignificanti, presentati all'ultimo momento da qualcuno magari affetto da mania di protagonismo. L'aver invece voluto tenere del tutto fuori da questa possibilità i "centri pensanti" del notariato, ci sconcerta non poco. Secondo il Consiglio Nazionale (o almeno secondo quella maggioranza di consiglieri nazionali) sono meglio 25 colleghi che, all'ultima ora, magari qui nelle sale congressuali, sottoscrivono un ordine del giorno preparato da un amico o conoscente, che non Federnotai, i Consigli Notarili, i Comitati Regionali, che, perdinci, presenterebbero degli ordini del giorno pensati, ragionati, discussi fra numerosi notai già per loro natura più informati, impegnati, consapevoli.

Sembra quasi, ma speriamo proprio che non sia così, che non si voglia, alle spalle, un notariato pensante, un notariato consapevole e informato, ma che si voglia solo chi si fa guidare, secondo quella che viene definita "sindrome del manovratore", da chi dice: "lasciatemi fare, che tanto faccio il meglio per voi".

Noi queste proposte le ripresenteremo in Commissione Consiglio, laddove si discuterà del nuovo regolamento, ma mi piaceva richiamare qui i congressisti ed il Consiglio Nazionale stesso a riflettere ancora su questi argomenti che possono apparire minori, ma che sono invece "sintomo" del vedere, in due modi del tutto diversi, la politica del notariato.

Mi avvio a concludere. Avendo però fatto la scelta sistematica di segnalarvi prima gli aspetti positivi e poi quelli negativi, non vorrei lasciare una errata impressione: non vorrei assolutamente che restasse la sensazione di una nostra contrapposizione con il Consiglio Nazionale.

Grazie al cielo, il tempo della contrapposizione, delle reciproche incomprensioni, degli equivoci, delle preminenze, etc. è scaduto; mi sento di affermare che oramai questa è storia che non si ripeterà.

Con il Consiglio Nazionale e con il Consiglio di Amministrazione della Cassa abbiamo un ottimo rapporto di cordialità improntato ad un reciproco costruttivo dialogo, scambio di notizie e di collaborazioni ove occorra.

Le nostre critiche, come mi è capitato di dire proprio in occasione della presentazione della nuova Giunta presso i due nostri organi rappresentativi, sono quelle che si fanno tra amici che si stimano; quelle fatte per invitare l'amico alla riflessione, certo per difendere la propria posizione, ma anche ben consapevoli che comunque si sta lavorando allo stesso obiettivo e che quindi le scelte dell'amico che si stima, anche se alla fine fossero diverse dalle nostre, sono certamente coerenti, fatte in totale buona fede e sempre con l'unico fine del bene del notariato.

Federnotai è da noi intesa come luogo di confronto delle idee, aperto ad ogni contributo, conscio ed orgoglioso della propria storia, ma anche mai schierato su posizioni preconcrete.

Dicevamo prima di tutti coloro che non sono qui. Ecco, siamo davvero convinti che i nostri organi rappresentativi debbano essere contenti di tutti i rilievi, di tutte le critiche, di tutte le contrapposizioni che provengono da chi è oggi qui presente, perché noi siamo quelli (scusate l'autoincensamento - ma quando ci vuole ci vuole) che tolgono tre o quattro giorni alle proprie stipule per discutere appassionatamente del futuro del notariato.

Meglio di chi non critica, non rileva, non si contrappone, perché non gli interessa proprio nulla, se non stare nel proprio studio a stipulare e parcellare.

Buon lavoro a tutti noi.

Egidio Lorenzi

*L'articolo riproduce la relazione svolta a Roma il 26 settembre 2003 in occasione del Convegno ABI-Federnotai "Il mutuo tra diritto ed economia di mercato".*

*In attesa della pubblicazione degli atti completi del convegno, che sarà curata da ABI, riteniamo utile far conoscere alla categoria il contenuto di questo intervento, le cui proposte non mancheranno di essere valutate da chi sta lavorando alla riforma del processo delle esecuzioni ed a quella dell'ordinamento del notariato.*

## **LA FORMULAZIONE ESSENZIALE DEL CONTRATTO DI MUTUO FONDIARIO**

La domanda cui il mio intervento dovrebbe rispondere è: che cosa è necessario (o opportuno, o utile) che sia inserito nel contratto di mutuo fondiario?

Il contratto di mutuo fondiario è regolato da norme contenute in diverse disposizioni: quelle in materia di contratti finanziari (Legge 142/1992 e D.M. 8 luglio 1992), la Delibera del Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR) del 9 febbraio 2000, nonché, quando il mutuatario è un "consumatore" secondo la definizione dell'art.1469 bis comma 2° c.c., il Capo XIV bis del Libro IV del Codice ("Dei contratti del consumatore" - artt.1469 bis e ss.) introdotto con la Legge 52/1996, poi modificata con la Legge 526/1999, disposizioni integrate con la Legge 281/1998 (c.d. Statuto dei consumatori, modificato con Legge 340/2000, con D.Lgs. 224/2001, e con la nuova Legge comunitaria del 2002).

Queste norme, in coerenza con gli indirizzi emersi in sede di Comunità Europea, hanno contribuito a dare maggiore trasparenza al sistema, in ossequio ai generali principi di correttezza e buona fede, eliminando o almeno riducendo gli inconvenienti legati alla circostanza che il mutuatario in genere non possiede le informazioni necessarie per un'equa trattativa e per un'adeguata comprensione delle clausole contrattuali.

Il contenuto del contratto di mutuo si è venuto così espandendo, con clausole che possono anche sembrare pletoriche (ad esempio in materia di *privacy* o di esempi di calcolo per l'estinzione anticipata). Non intendo, però, addentrarmi su questo terreno; vorrei solo osservare che non sempre le ripetizioni giovano alla chiarezza, e che è auspicabile che le Banche, nella compilazione delle minute, si attengano alle indicazioni fornite dall'ufficio studi del CNN.

Vorrei invece affrontare il tema sotto un diverso profilo, che a mio avviso presenta maggior interesse. Vorrei cioè partire dalla domanda: quale funzione svolge il notaio in questi contratti? come si atteggia qui la funzione del notaio? di quali contenuti concreti si riempie? che cosa appare all'interno del contratto dell'opera del notaio?



In questo modo il mio intervento si lega alle idee elaborate e alle proposte avanzate nel corso degli ultimi anni da Federnotai, che hanno avuto un significativo riscontro e una sensibile penetrazione all'interno della categoria, e che ruotano attorno a un'idea centrale: il cuore della funzione è nella sua natura pubblica. Il compito di cui il notariato è investito è quello di garantire l'esercizio dell'autonomia privata, un bene la cui tutela ha valenza costituzionale (art.41 Cost.).

Certo oggi l'autonomia privata sembra vivere una grave crisi, ma non è morta, anche se gli schemi si irrigidiscono e i margini di contrattazione si comprimono. In questo nuovo contesto, assai più complesso di quello di un tempo, il notaio continua a svolgere il suo compito tradizionale, assicurando in particolare alla parte più debole la comprensione delle clausole contrattuali e verificando che esse siano effettivamente volute e accettate.

L'assistenza del contraente più debole è nel DNA del notariato, anche al di fuori dei limiti previsti dalle norme sui consumatori; e in effetti le considerazioni che svolgerò riguardano in generale l'intervento del notaio in tutti i mutui, anche se, ovviamente, in quelli dei consumatori bisognerà tenere conto anche delle nuove disposizioni di carattere speciale.

La natura di "consumatore" di una parte accentua il livello di attenzione del notaio, ma non modifica la funzione. Il notaio non tutela solo l'interesse della parte più debole, ma quello di tutte le parti, anzi dell'intero sistema; svolge un'attività di giustizia preventiva.

Proviamo a ricostruire l'intera fattispecie tenendo conto degli interessi che vanno tutelati. In sintesi possiamo individuare tre profili nei quali si manifestano le garanzie che il notaio deve assicurare nel ricevere un mutuo fondiario, che riguardano:

- 1) la proprietà e la libertà degli immobili offerti in garanzia;
- 2) la conformità delle clausole contrattuali all'ordinamento giuridico;
- 3) l'effettiva comprensione delle clausole da parte dei soggetti che intervengono nell'atto, e specificamente del mutuatario.

Per ciascuno di questi profili credo di poter affermare che la documentazione che emerge dal contratto è insufficiente, e che si potrebbero avanzare proposte migliorative.

1)

Il notaio deve anzitutto accertare la proprietà degli immobili offerti in garanzia e la loro libertà da precedenti pesi, garantendo alla Banca che sussistono le condizioni perché l'ipoteca che si andrà ad iscrivere consegua il grado promesso. Quest'accertamento, in effetti, è eseguito anche nell'interesse del mutuatario, non solo nell'ipotesi frequente di contestuale acquisto del bene e quindi come acquirente, ma perché comunque lo rende certo che l'ipoteca offerta costituisca una reale garanzia per la Banca, giacché in mancanza egli sarebbe chiamato a far fronte all'obbligazione col restante suo patrimonio.

Le indagini che il notaio svolge al riguardo sono spesso complesse: comportano la ricostruzione della storia ventennale dell'immobile, la verifica della continuità e della regolarità di una serie di titoli e dell'inesistenza di gravami a carico di una molteplicità di

soggetti che nel tempo si sono succeduti nella sua titolarità; occorre poi controllare la situazione catastale e, nei limiti consentiti da un'indagine documentale, la regolarità urbanistica dell'immobile.

L'esito di queste ricerche viene raccolto nella cd. "relazione preliminare" che il notaio consegna alla Banca, e di cui non si fa alcuna menzione nell'atto. Se poi la Banca avrà la necessità di agire per l'espropriazione forzata, dovrà produrre in giudizio, ai sensi della Legge 3/8/1998, n. 302 art. 1, il certificato notarile sostitutivo delle risultanze delle visure catastali e dei registri immobiliari; dovrà cioè dare incarico ad un notaio per ripetere il lavoro già svolto in sede di stipula, che andrà ora eseguito in condizioni assai più complesse, senza la collaborazione delle parti, con un enorme e inutile spreco di tempo e di spese.

Questa procedura potrebbe essere facilmente modificata.

Non ha senso che la "relazione preliminare" resti destinata ad un mero uso interno della Banca.

La Legge 302/1998 ha sancito la funzione del notaio nella redazione di certificazioni sulla situazione ipo-catastale degli immobili. Nel contratto di mutuo potrà essere contenuta, o – se si vuole – allegata, la "relazione" redatta con riferimento alla data di stipula. Ovviamente sarà necessario armonizzare il contenuto della "relazione preliminare" con quella del "certificato", ma non credo che al riguardo sussistano difficoltà insormontabili. Poi eventualmente in sede di espropriazione sarà necessario soltanto integrare la documentazione con un certificato relativo al periodo successivo alla stipula del mutuo.

Se si accetterà questa soluzione, otterremo una notevole economia in sede di esecuzione; ma non è questo l'obiettivo principale cui la mia proposta tende. Credo che, se introdurremo questa prassi, avremo il risultato di elevare il contenuto etico del contratto, la dignità della nostra prestazione, rendendo trasparenti l'attività del notaio e la sua responsabilità; porteremo all'interno del contratto di mutuo la parte più importante e delicata dell'attività del notaio, che oggi inspiegabilmente ne resta estranea; consentiremo a chiunque legga l'atto di verificare quali indagini siano state eseguite; daremo un significativo contributo a sciogliere un'ambiguità per certi versi ancora irrisolta: gli accertamenti sono eseguiti nell'interesse della parte che li richiede o per un interesse superiore? sono effetto di un incarico professionale o di una funzione pubblica?

Se è vera la seconda alternativa, vi è un interesse pubblico, legato non alle vicende del singolo rapporto contrattuale, ma all'affidabilità che il contratto con la sua circolazione crea: è quindi nell'atto il "luogo" nel quale va data espressa menzione delle indagini svolte e del loro esito.

Così la prassi che potremmo utilmente e facilmente introdurre per i mutui fondiari potrebbe successivamente estendersi a tutti gli atti che comportano formalità presso i Registri Immobiliari, in modo che il notaio vi inserisca la sua dichiarazione sugli accertamenti eseguiti; ovvero – perché in questi atti può verificarsene la necessità – l'indicazione della loro omissione, totale o parziale, su espressa, eccezionale e motivata richiesta di tutte le parti.

2)

Veniamo quindi al secondo punto: il notaio deve accertare la conformità dell'atto all'ordinamento.

Non dimentichiamo che il notaio, anche se riceve un atto in buona parte predisposto dalla Banca, lo fa proprio, che l'atto è comunque "del notaio". Lo stesso vale per il capitolato e per tutti gli allegati.

Il notaio, recita l'art.28 n.1 della Legge Notarile, "non può ricevere atti espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico"; ma quale controllo esercita il notaio per vizi non sanzionati da nullità?

La questione nella materia dei mutui ci tocca assai da vicino in relazione alle norme sulle condizioni generali di contratto (art.1341 c.c.) e soprattutto a quelle sulle cd. "clausole abusive" (art.1469 bis e ss. c.c.), per le quali è prevista la sanzione dell'inefficacia.

Certo la legge notarile sembra limitare la responsabilità del notaio al ricevimento di clausole nulle; inoltre la formulazione dei casi di "clausole abusive", influenzata dall'inevitabile incalzante contaminazione del nostro sistema giuridico con quello di *common law*, è tale da lasciare margini di incertezza che sembrano mal conciliarsi col rigore degli artt. 27 e 28 L.N., che, interpretati alla lettera, lascerebbero un margine sottilissimo per il notaio: schiacciato tra il divieto di ricevere gli atti espressamente vietati, e l'obbligo di prestare il suo ministero in ogni altro caso.

Credo che anche in questa materia dobbiamo dare una risposta non ambigua.

Il notariato deve anzitutto intervenire come istituzione, come infatti è avvenuto con il Convegno di Bergamo del 13 novembre 1998 e con gli Studi in tema di mutui ipotecari pubblicati nella Collana studi del CNN. Questi lavori dovrebbero convincere le Banche ad eliminare dalle loro minute clausole in "odore di abusività". Ma, laddove quest'azione di dissuasione non desse i suoi frutti, il singolo notaio, quando gli viene richiesto di inserire clausole non allineate al disposto dell'art.1469 ter c.c., come si deve comportare? quali poteri ha di intervenire sul regolamento contrattuale?

Immaginare che il notaio possa astenersi dall'esercitare un controllo sul carattere abusivo delle clausole è inimmaginabile, è contro natura. Che senso avrebbe allora il suo intervento? Il notaio che riceve la clausola predisposta dalla Banca esprime necessariamente un giudizio sulla sua regolarità, sulla sua conformità all'ordinamento, e quindi anche sul suo carattere non abusivo.

La sanzione dell'inefficacia, se è – probabilmente – al riparo dalle sanzioni disciplinari dell'art. 28, non elimina certo il rischio di una responsabilità professionale del notaio nei confronti del mutuatario-consumatore (connessa – per esempio – all'adempimento di una disposizione contrattuale inefficace sulla cui regolarità la parte abbia fatto affidamento), e forse anche nei confronti della Banca. Ma la responsabilità del notaio anche qui non può esaurirsi nell'ambito di un rapporto privatistico. Circoscrivere alla sfera della responsabilità interna verso le parti il controllo del notaio significa, anche qui, svuotare la funzione, e accreditare l'idea di un notaio spettatore indifferente delle vicende delle parti, attento solo a non assumere responsabilità.

Anche per il controllo della regolarità dell'atto vale quanto detto in relazione alle indagini ipo-catastali: è affidato al notaio non per un incarico professionale, ma nell'esercizio della

pubblica funzione. Il notaio, pertanto, se ha perplessità sul possibile carattere abusivo di qualche clausola, ha il dovere di metterne al corrente le parti e di adoperarsi perché la clausola venga eliminata; il suo intervento può anche concretizzarsi nel portare le parti a negoziare determinate parti del contratto, e di ciò egli darà atto, rendendo così valide le clausole stesse; qualora non riesca nel suo intento, dovrà comunque ricevere l'atto come richiesto dalle parti, ma dovrà fare espressa menzione dell'ammonizione da lui loro rivolta sulla possibilità che la clausola risulti inefficace ai sensi dell'art.1469 quinquies c.c..

Per coerenza, ritengo che dovrebbe essere ritenuto privo di effetti l'eventuale esonero di responsabilità del notaio reso al di fuori dell'atto.

3)

Passo quindi al terzo profilo della garanzia: l'accertamento dell'effettiva comprensione delle clausole da parte del mutuatario.

Questo accertamento avviene principalmente attraverso la lettura dell'atto, che, per quanto possa apparire pleonastica e noiosa, assolve in realtà in maniera fondamentale alla funzione di informazione e rende più agevole la spiegazione. Le disposizioni in vigore prevedono l'obbligo per la Banca di comunicare preventivamente al mutuatario la minuta del contratto e il Capitolato; questo non è certo sufficiente a farci essere certi che il mutuatario abbia letto questi documenti e abbia compreso il meccanismo del mutuo. Quando possibile, sarebbe opportuno fissare un appuntamento preventivo presso lo studio per fornire, in condizioni di maggiore serenità, le spiegazioni del caso, e per consentire al mutuatario di chiedere alla Banca eventuali chiarimenti e modifiche.

Torniamo alla lettura. È necessario non perdere il senso della sacralità della lettura, che è il momento nel quale l'atto pubblico prende vita. Se è tollerabile e ragionevole una lettura più veloce dei dati verificati dal notaio e di scarso interesse per le parti (quelli, per esempio, relativi ai documenti da cui emergono i poteri del rappresentante della Banca), per il resto la lettura deve essere attenta e precisa.

Le parti non possono rinunciare alla lettura dell'atto; possono invece rinunciare alla lettura dell'allegato. Inserire quindi una clausola nel capitolato allegato anziché nell'atto determina la possibilità che la clausola stessa non venga letta, col rischio che si sottragga all'occasione di una spiegazione o di una discussione. Non è peregrina la proposta che si elimini la prassi di allegare il capitolato, e se ne riporti invece il contenuto nell'atto, in modo da evitare che se ne possa omettere la lettura. In ogni caso è necessario che la rinuncia alla lettura del capitolato non sia una prassi: il notaio ne faccia sempre espressa richiesta alle parti, e comunque sia in grado, in caso di rinuncia alla lettura, di dare le necessarie spiegazioni sul contenuto del capitolato.

Il notaio, oltre alla lettura e normalmente durante la lettura, spiega alle parti il contenuto dell'atto, come espressamente previsto dal codice deontologico ("il notaio è tenuto a ... dare alle parti i chiarimenti richiesti o ritenuti utili a integrazione della lettura dell'atto"). Le spiegazioni saranno, ovviamente, calibrate in ragione della personalità del mutuatario, e riguarderanno gli aspetti del contratto che sono di più immediato interesse per il mutuatario (durata, periodicità delle rate, meccanismo degli interessi, modalità di estinzione anticipata, etc.).

In effetti per i mutui la spiegazione è quasi più importante della lettura. Essendo il contratto quasi interamente predisposto dalla Banca, la spiegazione sopperisce a quella fase preliminare nella quale il notaio indaga la volontà delle parti per metterla per iscritto.

La legge notarile non prevede alcuna menzione in ordine alla spiegazione dell'atto alle parti.

Le menzioni, per quanto anch'esse possano apparire talvolta pedanti e pleonastiche, assolvono una funzione assai importante, perché richiamano in maniera solenne all'osservanza rigorosa di una determinata procedura, e perché, se non veritiere, concretano il reato di falso.

Allo scopo di accentuare l'attenzione delle parti sull'importanza della spiegazione, potrebbe essere utile inserire nei contratti di mutuo fondiario – e magari in tutti gli atti in cui intervengono "consumatori" – una clausola di questo tenore: "La parte mutuataria, da me espressamente interpellata, dichiara di aver compreso le clausole del presente contratto e di non aver bisogno di ulteriori chiarimenti o spiegazioni."

Avremmo così, anche su quest'aspetto dell'intervento del notaio, una documentazione più completa all'interno dell'atto.

Ho quindi avanzato tre proposte: l'inserimento nell'atto della "relazione preliminare", delle riserve del notaio sul carattere abusivo di singole clausole, della menzione della dichiarazione della parte che non sono necessari ulteriori chiarimenti o spiegazioni. Possono sembrare modifiche modeste, perché si esauriscono in dichiarazioni o in menzioni; credo però che le parole siano importanti, quelle degli atti pubblici ancora di più, e che anche queste piccole novità potrebbero aiutarci a far crescere la qualità e la trasparenza della funzione.

Faccio ancora qualche osservazione.

- Il notaio deve essere sempre scelto dal mutuatario.

Solo così si può mantenere il fondamentale rapporto di fiducia su cui la prestazione del notaio deve innestarsi.

- Non si deve indulgere alla fretta.

Le Banche tendono spesso a lasciarsi condizionare dal fattore "tempo"; chiedono che l'operazione si chiuda al più presto. In realtà per gli accertamenti che devono essere eseguiti occorre tutto il tempo necessario, che non è programmabile preventivamente, ma cambia di caso in caso.

Di questo è necessario che si rendano conto tutti i soggetti che operano nel settore, anche gli agenti immobiliari.

I preliminari che vengono stipulati al di fuori degli studi notarili spesso prevedono termini non sufficienti, e in tal modo il promittente acquirente corre gravi rischi.

Per risolvere alla radice questo problema occorrerebbe fare in modo che l'intera trattativa ritorni, come era in passato, presso gli studi notarili, ma perché questo avvenga è necessario soprattutto che finalmente si approvi la legge su "prezzo/valore".

- L'erogazione degli importi mutuati.

Non dovrebbe essere difficile mettere a punto una procedura che faccia passare sempre l'erogazione del capitale mutuato attraverso il notaio dopo la verifica dell'esito dell'iscrizione ipotecaria.

In una prospettiva più ampia, e sempre che si risolva la questione prezzo/valore, potrebbe essere utile fornire al notaio – come già avviene in altri ordinamenti – gli strumenti per provvedere in tutti i casi di compravendita alla consegna del prezzo al venditore dopo tutte le verifiche del caso.

- Sui contratti unilaterali: non sono favorevole.

Sottraggono al notaio il confronto con la Banca, una sia pur minima verifica dell'effettivo contenuto della contrattazione intercorsa tra le parti, la possibilità di eventuali modifiche dello schema predisposto. Sono giustificati da una logica di "fretta" che non possiamo condividere.

Mi fermo qui; ma devo tornare su un tema che mi è caro. Se tutte le proposte che ho formulato sono di facile realizzazione, e potrebbero essere attuate anche subito senza alcuna riforma, credo che noi notai dobbiamo spingere perché si trasformino in norme giuridiche, perché entrino nel nuovo Ordinamento, quello che da tanto tempo aspettiamo.

Si potrebbero – ad esempio – ipotizzare queste norme:

*<< Il notaio, in tutti gli atti che comportano formalità presso i Registri Immobiliari, deve inserire o allegare una sua dichiarazione sugli accertamenti eseguiti in relazione alla proprietà e libertà degli immobili. È ammessa deroga solo in caso di espressa motivata dispensa resa nell'atto da tutte le parti. >>*

*<< Il notaio deve far menzione nell'atto dei suoi rilievi in ordine alla presenza di eventuali cause di inefficacia, annullabilità o nullità sanabile risultanti documentalmente, e della volontà manifestata dalle parti di voler comunque procedere alla stipula. >>*

*<< Il notaio deve far menzione della lettura dell'atto alle parti e del fatto che queste lo hanno espressamente approvato e hanno dichiarato di ben conoscerne il contenuto e di non aver bisogno di ulteriori spiegazioni in merito. >>*

Federnotai si propone di continuare a lavorare in questa direzione; quello che ci serve è mettere a punto sempre meglio l'idea di un notariato forte e responsabile, con la pazienza di portarla avanti nei tempi e con gli strumenti che le circostanze consentiranno.

Giuseppe Di Transo notaio in Napoli

L'articolo riproduce la relazione svolta a Roma il 26 settembre 2003 in occasione del Convegno ABI-Federnotai "Il mutuo tra diritto ed economia di mercato".

In attesa della pubblicazione degli atti completi del convegno, che sarà curata da ABI, riteniamo utile far conoscere alla categoria il contenuto di questo intervento, le cui proposte non mancheranno di essere valutate da chi sta lavorando alla riforma del processo delle esecuzioni ed a quella dell'ordinamento del notariato.

#### PROPOSTE MIGLIORATIVE PER LA LEGGE N. 320/98

Il tema che mi è stato assegnato riguarda gli aspetti migliorativi della legge 302/98.

La legge 302/98 è quella che ha introdotto nel nostro ordinamento processuale la facoltà di delega al notaio del compimento di alcuni atti della procedura esecutiva immobiliare che si conclude con la vendita all'asta del bene staggito.

E' stato già detto, in altra sede, che questa legge costituisce un timido tentativo di soluzione dei gravi problemi connessi con la procedura esecutiva immobiliare, problemi che si sostanziano negli inaccettabili tempi di durata delle procedure e nella inidoneità a realizzare il massimo profitto cioè a soddisfare le concrete esigenze dei creditori.

Infatti la possibilità di delegare ai notai la fase della subastazione e della predisposizione della bozza del piano di riparto poteva certamente contribuire a ridurre i tempi di durata della procedura, ma scarsamente interferiva con la necessità di realizzare il massimo profitto.

I primi anni di applicazione della legge hanno confermato queste preoccupazioni.

I tempi di durata si sono certamente, e fortemente, ridotti là dove la delega è stata esercitata, mentre ancora insufficienti si possono considerare i riscontri positivi in termini di realizzazione del massimo profitto per il creditore.

Al creditore, tutto sommato, interessa che il bene venga messo all'asta nel più breve tempo possibile, che la messa in asta sia preceduta da una congrua e diffusa pubblicità, che il bene sia offerto in vendita con tutte le più ampie garanzie anche di ordine urbanistico, che il bene sia visitabile e valutabile direttamente da ciascun interessato, che nel periodo che va dal pignoramento alla vendita e anche oltre, fino alla sua liberazione dagli occupanti, sia gestito in modo da tornargli utile, che il denaro ricavato dalla vendita sia correttamente amministrato e, infine, che il progetto di distribuzione sia approvato con la massima sollecitudine.

Per la corretta tutela degli interessi del creditore la delega ai notai ha portato sicuro, ma non completo, giovamento.

I tempi di messa all'asta sono ampiamente inferiori all'anno dall'ordinanza di nomina, l'esame del fascicolo è svolto con assoluta padronanza professionale così da mettere facilmente in evidenza le lacune contenute nella documentazione di fascicolo in ordine alla reale appartenenza del bene, alla conformità delle descrizioni catastali con la consistenza del bene, alla correttezza delle iscrizioni e delle trascrizioni eseguite sul bene, all'incidenza del diritto di famiglia sulla proprietà, alla regolarità urbanistica dell'immobile e così via, la pubblicità dell'avviso d'asta raggiunge un pubblico più vasto e qualificato, il danaro ricavato dalla vendita è investito con la massima utilità per il creditore.

Ma i vantaggi tendono a fermarsi qui.

La legge di delega ai notai è nata infatti con i ceppi ai piedi.

Innanzitutto ne è stata, inspiegabilmente, limitata la portata alle vendite con incanto escludendo dalla delega tutta quella magistratura convinta che la vendita senza incanto sia la formula vincente. Secondariamente la delega, facoltativa, ha indotto molti giudici a non darla.

Ancora, ai notai non è stato espressamente posto l'obbligo di accettare l'incarico, così che si può dire che là dove non si sono costituite associazioni di notai per l'espletamento di questo specifico servizio, la disponibilità non ha superato, mediamente, il venti per cento.

Infine alcuni degli atti di rilevante portata (il decreto di trasferimento del bene subastato ed il progetto di distribuzione) sono stati affidati al notaio limitatamente alla formazione della bozza mentre è stato lasciato al giudice il compito di approvarli.

Tutte queste cose, messe insieme, hanno fortemente compresso le spinte che il notariato avrebbe potuto dare alla riforma.

Una ulteriore remora, all'offerta che il notariato avrebbe potuto dare, è venuta dalle Cancellerie, a volte sfornite di mezzi e di materiale, a volte indifferenti alla svolta imposta dalla riforma, a volte polemicamente ostruzionistiche e comunque impari ai loro doveri.

Di questa situazione di disagio si è reso conto anche il legislatore che ha varato tutta una serie di progetti di riforma della procedura, peraltro non sempre coerenti tra loro.

Nella relazione al disegno di legge governativo si legge che "le numerose innovazioni riguardanti il processo esecutivo rispondono, nel loro complesso, all'esigenza di razionalizzare e di velocizzare un processo che necessita di urgenti misure".

Certamente, attraverso le varie modifiche proposte, questo obiettivo verrà parzialmente raggiunto, ma scarso appare il contributo offerto per il miglioramento della delega notarile.

Sul punto, più attenta appare la proposta di legge Pisapia concernente modifiche al Codice di Procedura Civile in materia di espropriazione forzata immobiliare.

In ogni caso manca, in queste iniziative, il coraggio di incidere più profondamente sulla situazione attuale.

Peraltro i primi anni di applicazione della legge 302 sono serviti a qualcosa.

Innanzitutto, in un mondo ristretto, in buona misura sconosciuto e appannaggio di un modesto gruppo di operatori, l'ingresso del notariato è servito ad allargare il fronte degli interessati, ha portato una conoscenza ed un sapere nuovi, ha contribuito a migliorare il generale sistema delle esecuzioni immobiliari.

E' da questa constatazione che occorre partire per vedere dove sia possibile migliorare la procedura. Un discorso di fondo pregiudica, però, tutto il resto ed è quello che concerne il più esatto ruolo che il notaio è chiamato a svolgere.

Oggi è risaputo che non c'è obbligo per il giudice di delegare.

Questa impostazione della legge indebolisce fortemente il settore operativo e ingenera procedure tra loro diverse sia per l'impianto che per gli esiti, con effetti negativi sul piano della giustizia.

Il primo punto da riformare è proprio questo: che il giudice sia tenuto a delegare ed il notaio sia tenuto ad accettare la delega.

Rimanga pure l'obbligo per i Consigli Distrettuali di predisporre ogni anno l'elenco dei notai disponibili dentro i quali, in prima battuta, il giudice sia tenuto a scegliere il singolo notaio, restando però fermo che, in mancanza di disponibilità, il giudice possa scegliere il notaio prendendolo dal ruolo del distretto notarile al quale appartiene quel determinato Tribunale o, in casi eccezionali, anche fuori da detto distretto.

Una legge così fatta costringerebbe la categoria, e non solo una parte di essa, ad una qualificazione professionale generalizzata, oggi carente.

Comporterebbe anche l'eliminazione di tutte quelle strutture sorte ai margini dei Tribunali che, pur non effettuando la delega, si avvalgono di tutta una serie di operatori esterni all'amministrazione della giustizia.

A chi scrive è ben noto il sicuro successo conseguito dai giudici di quei Tribunali, ma è altrettanto evidente il rischio grosso che si correrebbe generalizzandone la procedura.

Se si continua a ritenere che la fase dell'esecuzione immobiliare debba svolgersi sotto il controllo giudiziario, la delega al notaio appare l'unica soluzione capace di garantire la presenza accanto al giudice di una persona che, per la sua specifica funzione, è in grado di garantire i requisiti di professionalità e di indipendenza.

Sul piano più generale una seconda modifica, di cui è sentita e diffusa l'esigenza, riguarda l'allargamento della delega anche alle vendite senza incanto.

A dire la verità non riesce facile capire come mai questo tipo di vendita sia stato sottratto alla delega notarile posto che si è da sempre ritenuto il mezzo migliore per combattere le intimidazioni e le minacce presenti nelle vendite con asta.

Certo però che non appaiono del tutto convincenti altre formule, poi adottate da alcuni Tribunali, che prevedono vendite senza incanto, ma con modalità diverse da quelle previste dalla legge sui depositi giudiziari.



Un altro momento delicato è quello della pubblicità che ha subito le più attente cure da parte del legislatore.

Da ultimo la legge 28 dicembre 2001 n. 448, modificata dalla legge 27 dicembre 2002 n. 289 ha stabilito che, a decorrere dall'1 gennaio 2003, il giudice dispone che l'avviso d'asta sia inserito una o più volte sui quotidiani di informazione locali aventi maggiore diffusione nella zona interessata o, quando opportuno, sui quotidiani di informazione nazionale e, quando occorre, che sia divulgato con le forme della pubblicità commerciale.

La divulgazione degli avvisi con altri mezzi diversi dai quotidiani di informazione deve intendersi complementare e non alternativa.

Questa legge ha cercato di recepire, senza riuscirvi appieno, quanto già sperimentato da molti Tribunali, ma non ha toccato il cuore della questione che è quello di consentire a chiunque, senza particolari sacrifici, di accedere al fascicolo di cancelleria usando i mezzi telematici ormai diffusi. E' evidente, ma lo è sul piano più generale che una diffusa, capillare, tempestiva pubblicità dell'asta consentirebbe una maggiore e più qualificata partecipazione e quindi maggiore competizione e migliori esiti.

Nella realtà, se si osserva ciò che sta succedendo nei vari Tribunali in seguito ad una più attenta e diffusa pubblicità delle aste, e cioè l'enorme crescita dell'interesse, della partecipazione e dalle aggiudicazioni a prezzi sempre più elevati, si può facilmente concludere che la pubblicità, se bene e in modo uniforme gestita, sarà in grado di diffondere e di affermare il mercato delle esecuzioni. Ne discende che il passo successivo dovrà essere l'obbligo per i Tribunali di disporre di un sito internet aggiornato su cui l'utente possa effettuare le visure.

L'ultima normativa sembrerebbe avviare a soluzione questo problema, ma sta molto all'attenzione di giudici e di notai la più proficua scelta dei mezzi.

Fondamentale, sul piano della riforma, appare l'intervento nel settore della custodia.

Oggi, custode, per legge, è lo stesso debitore. Il giudice può, su istanza del creditore procedente o di un creditore intervenuto, sostituirlo con altri. Sono state escogitate formule diverse, però tutte abbastanza onerose.

Il risultato è oggi che l'immobile rimane, nelle mani del debitore, spesso improduttivo e suscettibile di pericoloso decadimento.

Una soluzione si può trovare sanzionando con l'immediata decadenza del debitore dal ruolo di custode qualora, benché notificato, non si sia presentato all'udienza ex 569 e/o non abbia fornito idonee informazioni sullo stato di occupazione dell'immobile.

In ogni caso dovrebbe essere dato al giudice il potere di sostituire il debitore custode qualora non soddisfi gli obblighi impostigli dalla legge o non curi la buona amministrazione del bene, e ciò anche di ufficio.

Questi inadempimenti del debitore comporteranno, in ogni caso, la perdita del possesso del bene a seguito di ordinanza giudiziale, esecutiva e non impugnabile, di immediato rilascio.

In sede di riforma e sul presupposto che la delega al notaio sia generalizzata, si potrebbe prevedere che accanto alla figura del custode tenuto ad osservare i principi di una sana amministrazione dell'immobile, venga affidato all'ufficio del notaio (quindi non al notaio come tale) il compito di rendere visibile il bene in vendita.

Il provvedimento che attiva l'ufficio del notaio dovrebbe essere contenuto nella stessa ordinanza che nomina il notaio e dovrebbe avere forza di titolo esecutivo, tale cioè da consentire all'ufficio del notaio l'accesso all'immobile in quel giorno ed in quelle ore che saranno indicate nell'avviso d'asta. L'incarico andrà naturalmente retribuito sulla base di apposita tariffa.

Non sono sicuro che questa proposta troverà disponibile la categoria dei notai, ma se davvero essi sono convinti del ruolo, anche sociale, che sono chiamati a svolgere in una società moderna, questa è senz'altro un'occasione da non perdere.

Al di là delle apparenze l'incarico si risolverebbe in un non rilevante disturbo, ma avrebbe il pregio di far confluire in una figura terza tutta una serie di incombenze finalizzate ai massimi risultati di efficienza della delega.

In linea con questo problema c'è quello della liberazione dell'immobile occupato da terzi. Se il terzo non è in possesso di un titolo opponibile alla procedura potrà essere richiesto l'immediato rilascio dell'immobile.

Titolo idoneo è quello avente i requisiti di legge e data anteriore al pignoramento di oltre un anno. Una tale norma, assimilabile a quella ben più pregnante dettata in tema di fallimento per l'esercizio delle azioni revocatorie, avrebbe la forza di colpire tutte quelle, diffuse, manovre di copertura messe in atto da debitori che già intravedono profilarsi il pericolo del pignoramento.

Ci sarà chi, in perfetta buona fede (il terzo contraente col debitore) sarà chiamato a pagare senza colpa, ma il probabile non alto numero di questi soggetti, messo a confronto con l'esigenza di favorire la circolazione del bene, fa propendere senz'altro per questa soluzione.

Sul tema della liberazione dell'immobile si inserisce quello della sua amministrazione.

Oggi succede, come è largamente risaputo, che le procedure espropriative durino anni dal pignoramento e anche se, in un prossimo futuro, ci si può augurare che il sistema riduca a non più di due anni questo periodo, resta comunque irrisolto il problema della corretta gestione del bene.

E' vero che per l'art. 595 c.p.c. il debitore è costituito custode dei beni pignorati compresi i frutti e che, su istanza del creditore pignorante o di un creditore intervenuto, il giudice dell'esecuzione, sentito il debitore, può nominare custode una persona diversa, così come è vero che il custode è tenuto a rendere il conto e non può dare in locazione l'immobile pignorato se non con autorizzazione giudiziale, ma è altresì vero che, di fatto, sarà ben difficile, in caso di mancata surroga del debitore, poter recuperare i canoni di affitto pagati dai terzi al debitore stesso.

In sostanza quando la norma attua lo "spossessamento" giuridico del debitore e questo spossessamento viene notificato al terzo occupante a qualsiasi titolo l'immobile, costui non potrà più opporre pagamenti effettuati direttamente al debitore. Ciò consentirà l'esercizio di azioni di recupero del credito nei confronti del terzo che in certi casi, potrebbe risolversi in un largo utile per la procedura.

La delega al notaio deve, infine, essere completa.

Il notaio pertanto continuerà a redigere le bozze del decreto di trasferimento e del progetto di distribuzione con l'avvertenza però che, decorsi dieci giorni dal deposito in cancelleria senza che il giudice abbia sollevato eccezioni, essi diventano definitivi.

Ne consegue che trascorsi dieci giorni dal deposito in cancelleria del decreto, il notaio provvederà immediatamente alla sua trascrizione e quindi alla sua registrazione, così come, trascorsi dieci giorni dal deposito del progetto di distribuzione, sempre che il giudice non abbia sollevato eccezioni, il giudice stesso fisserà udienza, entro trenta giorni, per la discussione e l'approvazione del progetto.

Questi meccanismi procedurali, mentre restituiscono al notaio la pienezza delle sue funzioni, darebbero una formidabile accelerazione ai tempi della procedura.

Va notato, tra parentesi, che questi primi anni di applicazione della legge hanno potuto sottolineare la scarsissima incidenza dell'intervento del giudice sul decreto di trasferimento segno, peraltro scontato, che la professionalità del notaio, in questo campo, non richiede tutela o protezioni.

C'è ancora un aspetto della procedura, apparentemente secondario, da esaminare ed è quello della cancellazione di tutte le formalità pregiudizievoli (iscrizioni ipotecarie e trascrizioni di pignoramenti e di sequestro) che ingombrano l'immobile.

La restituzione dell'immobile al mercato passa attraverso il trasferimento della proprietà all'aggiudicatario libera da ogni formalità.

Si usa, nel decreto, ordinare contestualmente la cancellazione di tutte le formalità pregiudizievoli precedenti il pignoramento ed anche, benché senza alcuna plausibile ragione, di quelle successive al pignoramento.

Ciò comporta, oggi, per la cancelleria e per il notaio un'ulteriore attività puramente burocratica e per la procedura un costo inutile.

Si propone, in sostituzione di quanto oggi imposto dalla legge, che la norma preveda la pura e semplice caducazione di tutte le formalità senza obbligo di cancellazione.

Una nota di commento finale e generale si impone.

La procedura di esecuzione immobiliare deve rimanere affidata alla funzione giurisdizionale.

Il giudice, cui è affidata la conduzione della procedura, potrà avvalersi della collaborazione "in sua vece" del notaio e del suo ufficio notarile, soggetto cui già spetta una pubblica funzione.

Ne deriva che tutti gli aspetti processuali della vicenda rimarranno affidati al giudice, ma gestiti dentro un rito molto più schematico, semplice e definitivo.

Guido Roveda notaio in Milano

## UNA SOLUZIONE MODERNA ALLE ESIGENZE DEL MERCATO

Serpeggia in diversi ambienti una mistificazione secondo cui la professione notarile non corrisponde alle esigenze delle società di mercato e, addirittura, sia di contrasto a tali esigenze.

Ricorrono a queste idee soggetti che si accampano sotto il vessillo di un malinteso liberismo, così come esponenti di categorie tradizionalmente in lotta per erodere a loro vantaggio alcune funzioni tipicamente notarili.

L'assioma di partenza è l'abusato concetto secondo cui il mercato si autoregola e non ha bisogno di controlli e supervisioni. E' noto, tuttavia, fin dagli albori della dottrina liberale, che i maggiori economisti non hanno mai sposato la tesi della totale assenza di norme. Adam Smith con la sua immagine della "mano invisibile" ha affermato, anzi, un primato etico (ancor prima che giuridico) nell'esercizio dell'impresa.

In altri termini, è una falsificazione della realtà il pensiero che il mercato non abbia bisogno di regole. Quando un debitore è insolvente viene sottoposto all'adempimento coattivo in virtù di una regola giuridica, che scaturisce sia dal valore etico del pagamento sia dall'interesse socio-economico alla soddisfazione del credito.

Se non esistesse la norma giuridica (ancorchè originariamente morale) dell'adempimento, quello stesso mercato che alcuni intendono autarchicamente regolato, non potrebbe che crollare in un baleno.

Accolta la necessità delle "regole del gioco", occorre dimostrare che il notaio non sia una sentinella inutile posta a salvaguardia di antiquati balzelli.

A tal proposito, val la pena di ricordare la natura "antiprocessuale" connessa alla funzione notarile (sia di certificazione sia di adeguamento), ma ancor di più, alla luce delle recenti innovazioni, occorre diffondere la coscienza che il notaio rappresenti una soluzione moderna alle esigenze del mercato, grazie all'esercizio del suo pubblico-privato ministero, peraltro prestato a costi molto contenuti. Se ci riferiamo soltanto all'adempimento unico o alla trasmissione telematica degli atti al Registro Imprese, vien da notare che negli studi notarili, a spese dei singoli titolari, si sono trasferite mansioni fino a ieri costituenti un costo a carico della collettività: tassazione e registrazione, archiviazione ottica e pubblicità legale sono ormai attività che ricadono "in toto" sulle strutture notarili, con incremento di tutte le conseguenti responsabilità al riguardo.

Se valutiamo l'efficienza di queste operazioni e consideriamo il dato statistico sugli errori ad esse connessi (che è al di sotto del 2,5%), possiamo continuare ad affermare che il notaio non risponda alle esigenze di mercato?

Poter avere, praticamente in "real time", l'iscrizione di una S.R.L. al Registro delle Imprese è forse un laccio o lacciuolo alla iniziativa economica?

A monte di tutto ciò (e senza voler ripetere argomenti triti e ritriti) sta un'opera mediamente di alta qualificazione professionale destinata al controllo di legalità. Il tutto a un prezzo che, paragonato a quello di altri professionisti, fa impallidire per il suo contenimento entro limiti che un tempo si sarebbero definiti "politici".

Se qualcuno ritiene che il ritardo nella ripresa economica dell'Italia sia dovuto al fatto che per vendere un'automobile usata ci si debba "per forza" recare dal notaio, probabilmente questo qualcuno ha una percezione della realtà, a dir poco, distorta. Non è il notaio che rappresenta un argine all'iniziativa economica dei privati.

Di più: l'impresa sana non ha nulla da temere nell'essere sottoposta al controllo di legalità, poichè i principi della trasparenza le appartengono "a priori". E la trasparenza è indice del grado di affidabilità per gli utenti, così che il successo dell'impresa sana, in quanto tale vincitrice sui suoi "competitors", è il successo del mercato.

Di un mercato che passa anche per l'efficienza del lavoro notarile.

Diomede Falconio notaio in Macerata Campania

Fior del Mal

#### RITRATTO DI UN GIURISTA

Era un fine giurista, uno dei migliori della Sua nobile Categoria, spesso richiesto dall'Organo esponenziale di pareri, scritti e orali, sempre apprezzati, di interventi in Convegni e in Commissioni, anche nazionali.

Era insomma un punto di riferimento per tutti i suoi Colleghi.

Di Lui si ricordano innumerevoli studi ed interventi, tutti memorabili.

Sul piano deontologico più che essere un modello, era "il modello paradigmatico" : mai aveva fatto prevalere le esigenze della libera professione su quelle della Pubblica Funzione.

Superò sé stesso quando, richiesto da una importantissima "Organizzazione" di un parere sulla liceità di un atto di costituzione di ipoteca sui "clandestini" che a frotte attraversavano il Canale di Sicilia, a garanzia del debito da loro assunto per il viaggio, negò recisamente tale liceità, dottamente argomentando :

" per il diritto italiano l'ipoteca può essere concessa soltanto su beni immobili o su beni mobili registrati e la formalità assume valore costitutivo.

Appare indiscutibile che il negozio di concessione dell'ipoteca, se posto in essere prima che il bene abbia assunto la qualità di bene mobile registrato, lungi dall'essere soltanto annullabile o inefficace, sia radicalmente nullo e come tale non convalidabile, per impossibilità dell'oggetto.

Il negozio con il quale il clandestino concede ipoteca su se stesso non é quindi ricevibile dal notaio stante il disposto dell'art. 28 n. 1 della L. N.

Solo dopo l'avvenuta regolarizzazione, l'ex clandestino, in quanto ormai iscritto nei pubblici registri italiani, potrà concedere ipoteca su se stesso; fino a quel momento sarà solo possibile costituirlo in pegno, previo spossessamento."

MAL

Società & C.

#### I DIVERSI MODELLI DI S.R.L. OFFERTI DALLA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO

##### 1. I principi ispiratori della riforma in materia di S.r.l.

Nell'illustrare i principi ispiratori della riforma in materia di società a responsabilità limitata, la relazione al d.lgs. n. 6/2003 afferma che "la riforma in materia di società a responsabilità limitata... intende offrire agli operatori economici uno strumento caratterizzato da una significativa ed accentuata elasticità e che, imperniato fondamentalmente su una considerazione delle persone dei

soci e dei loro rapporti personali, si volge a soddisfare esigenze particolarmente presenti nell'ambito del settore delle piccole e medie imprese... La società a responsabilità limitata cessa di presentarsi come una piccola società per azioni... essa si caratterizza invece come una società personale la quale perciò, pur godendo del beneficio della responsabilità limitata, può essere sottratta alle rigidità di disciplina richieste per la società per azioni".

Cercheremo di vedere come questi principi guida dell'elasticità della nuova S.r.l. e della considerazione delle persone dei soci e dei loro rapporti personali, abbiano ricevuto concreta attuazione in alcuni istituti giuridici, per verificare in quali direzioni può orientarsi l'autonomia statutaria.

Nell'esaminare le principali facoltà offerte ai soci dalla riforma, utilizzeremo, a volte, come chiave di lettura, alcune differenze attualmente esistenti, relativamente agli istituti considerati, tra società di persone e società di capitali, seguendo l'autorevole indicazione di uno dei padri della riforma per il quale la S.r.l. emersa dalla riforma "si presta ad essere... considerata come un tipo intermedio fra la società di persone e la società per azioni. Di questa c'è, fondamentalmente, la disciplina dei rapporti esterni, mentre i rapporti interni fra i soci si possono modellare secondo lo schema delle società di persone" (Galgano, *Il nuovo diritto societario*, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da F. Galgano, volume ventinovesimo, Padova 2003, p. 473).

## 2. Le principali novità in materia di S.r.l.

### 2.1. Le partecipazioni ed i conferimenti

L'art. 2463, nell'indicare gli elementi che debbono essere inseriti nell'atto costitutivo, distingue, da una parte, i conferimenti di ciascun socio (n. 5) e, dall'altra, la quota di partecipazione di ciascun socio (n. 6), eliminando la precedente correlazione automatica tra frazione di capitale sottoscritta e misura della partecipazione sociale. Il successivo art. 2468 stabilisce che "se l'atto costitutivo non prevede diversamente, le partecipazioni dei soci sono determinate in misura proporzionale al conferimento".

Dunque, è consentito ai soci determinare le quote di partecipazione in misura non proporzionale ai rispettivi conferimenti, salvo naturalmente il limite del patto leonino ed il limite, fissato dall'art. 2464, per cui il valore dei conferimenti non può essere complessivamente inferiore all'ammontare globale del capitale sociale, norma posta evidentemente a tutela della corretta formazione del capitale sociale.

Questa facoltà consente ai soci, ad esempio, di valutare, in sede di costituzione, particolari esperienze, conoscenze o abilità del socio che possono risultare utili per l'impresa sociale, come già avviene di frequente nelle società di persone.

Inoltre, la partecipazione del socio può essere, per così dire, personalizzata prevedendo particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società e la distribuzione degli utili (art. 2468, comma 3), quali, ad esempio, il diritto di ricoprire senza limiti di tempo la carica di amministratore oppure il diritto ad una percentuale maggiorata, rispetto alla propria partecipazione, nella distribuzione degli utili di esercizio.

In materia di conferimenti, stabilisce l'art. 2464 che possono essere conferiti tutti gli elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica. È inoltre espressamente prevista la possibilità di conferire la prestazione d'opera o di servizi in favore della società, purché garantita tramite la prestazione di una polizza di assicurazione o un fideiussione bancaria.

In tal modo il legislatore della riforma asseconda l'esigenza della società di acquisire elementi utili per l'attività sociale, si pensi ad es. ad un brevetto, un marchio, oppure una prestazione d'opera particolarmente qualificata e detta una disciplina di tutela per i creditori sull'effettiva consistenza del patrimonio sociale, unica garanzia per i creditori della società.

Questa disciplina dei conferimenti avvicina la nuova S.r.l. alle società di persone nella quale è espressamente prevista la possibilità di conferire la prestazione d'opera. Direi anzi che, anche

quando non costituisce oggetto di un conferimento in senso tecnico, l'obbligo di prestare la propria opera a favore della società è un elemento tipico nei patti sociali delle S.n.c.

## 2.2. Intrasferibilità delle partecipazioni e mero gradimento

Il momento del trasferimento della partecipazione sociale è un momento particolarmente delicato per l'equilibrio interno della società.

La prassi ha adottato varie clausole che disciplinano dettagliatamente questa fase.

Alcune prevedono nel caso di cessione della partecipazione un diritto di prelazione, a parità di condizioni, in favore degli altri soci. Tali clausole hanno la funzione di consentire ai soci di mantenere inalterata la partecipazione al capitale sociale e di evitare l'ingresso in società di soggetti terzi.

Altre richiedono il preventivo gradimento di un organo sociale (amministratori o soci) per ammettere l'ingresso in società di nuovi soci. A volte il giudizio sul gradimento si basa su criteri oggettivi stabiliti preventivamente nell'atto costitutivo, altre volte è assolutamente libero (cd. mero gradimento) (Per una approfondita disamina delle clausole di prelazione e di gradimento si veda Campobasso, Diritto delle società, Torino 1999, pp. 226 e ss.).

Con una certa frequenza, com'è noto, gli statuti di S.r.l. prevedono:

una clausola di prelazione per il caso di trasferimento delle partecipazioni inter-vivos, variamente modellata a seconda delle particolari esigenze dei soci;

una clausola di mero gradimento per il caso di morte di uno dei soci con cui gli altri soci si riservano il diritto di scegliere se accettare l'ingresso in società degli eredi o legatari del socio defunto, rappresentati da un rappresentante comune, oppure se liquidare loro il valore economico della partecipazione.

In base al nuovo art. 2469, comma 2, l'atto costitutivo può prevedere l'intrasferibilità delle partecipazioni o subordinare il trasferimento al gradimento, anche mero, di organi sociali, di soci o di terzi. In tali casi, onde evitare che il socio rimanga prigioniero della società, come contrappeso, è riconosciuto al socio il diritto di recesso dalla società. L'atto costitutivo può stabilire un limite non superiore a due anni prima del quale il recesso non può essere esercitato.

Come si può notare, il legislatore ha offerto ai soci la possibilità di rendere la società chiusa e compatta, caratterizzata dall'intuitus personae esattamente come nelle società di persone in cui di regola per il trasferimento della partecipazione è necessario il consenso di tutti i soci.

## 2.3. Amministrazione

Una delle materie in cui il legislatore ha esaltato l'autonomia statutaria è quella dell'amministrazione della società.

Attualmente, com'è noto, la S.r.l. riproduce la rigida struttura corporativa propria della S.p.a. con un'assemblea dei soci che nomina gli amministratori ed approva il bilancio ed un organo amministrativo, monocratico o collegiale, a cui spetta la gestione della società. I tentativi della prassi di prevedere forme di amministrazione plurima disgiuntiva si sono scontrati con gli orientamenti prevalentemente contrari dei tribunali in sede di omologazione (cfr. App. Milano, 9 giugno 1971; Trib. Verona, 27 febbraio 1992; Trib. Cosenza, 9 febbraio 1994).

La riforma consente all'autonomia statutaria ampi margini di scelta.

L'art. 2475, comma 1 stabilisce che "Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'art. 2479".

È dunque concesso all'autonomia statutaria prevedere la nomina ad amministratore anche di soggetti non soci, come del resto già avviene nella disciplina attuale.

Secondo una prima interpretazione, non pacifica, la cui validità andrà attentamente verificata nella prima prassi applicativa, l'inciso iniziale della norma sopra richiamata consentirebbe anche di escludere, in tutto o in parte, la competenza dei soci in materia di nomina degli amministratori lasciando il potere amministrativo connaturato alla qualità di socio, come nelle società di persone,

oppure, ad esempio, attribuendo ad un socio la carica di amministratore senza limiti di tempo. La possibilità di esclusione della competenza dei soci sarebbe confermata dall'art. 2479, comma 1, n. 2 che riserva alla competenza dei soci la nomina degli amministratori, se prevista nell'atto costitutivo. (cfr. per la tesi prospettata nel testo Galgano, op. cit., pp. 475 e 476; Avagliano, Il nuovo diritto societario, Prime riflessioni, a cura dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, supplemento n. 1/2003, p. 344; Meneghetti, Manuale teorico-pratico delle Società a Responsabilità Limitata, AA.VV., p. 134; Santosuosso, I sistemi di amministrazione e controllo nel nuovo diritto societario, in Vita Not., 2003, p. 640).

Quanto alle varie forme di governance, l'autonomia statutaria può scegliere di affidare l'amministrazione ad un amministratore unico o a più persone che, salvo diversa previsione, costituiscono il consiglio di amministrazione.

Può tuttavia prevedere che l'amministrazione sia affidata a più persone disgiuntamente tra loro o congiuntamente, secondo le modalità previste dagli articoli 2257 e 2258 in materia di società di persone, norme espressamente richiamate dall'art. 2475, comma 3.

Pertanto, nell'esercizio della loro autonomia statutaria i soci possono mantenere la distinzione tra soci ed organo amministrativo, sottoposto al controllo dei soci, oppure riservare il potere di amministrazione ai soci, eventualmente con le stesse modalità di esercizio previste per la società in nome collettivo.

A seguito di una modifica apportata al d.lgs. 6/2003 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 4 luglio 2003, n. 153, ora anche la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione e scissione, nonché le decisioni di aumento di capitale delegate all'organo amministrativo possono essere adottate con le modalità appena esaminate, essendo stata eliminata la riserva a favore del consiglio di amministrazione.

Si noti che, anche ove l'organo amministrativo rimanga distinto, il confine tra attività di gestione ed attività di controllo dei soci è reso dalla riforma più labile. Valgano tre esempi:

dietro espressa riserva di competenza contenuta nello statuto oppure su richiesta di uno o più amministratori o di un certo quorum di soci, anche questioni attinenti alla gestione della società possono rientrare nella competenza delle decisioni dei soci. La differenza con la disciplina previgente è sostanziale, atteso che attualmente la delibera dell'assemblea su oggetti attinenti alla gestione della società ha esclusivamente un valore di parere e serve sostanzialmente per escludere la responsabilità interna degli amministratori nei confronti della società per l'operazione preventivamente autorizzata (cfr. per la disciplina dell'istituto ante riforma, Campobasso, Diritto delle società, Torino 1999, pp. 344 e ss.; per la nuova disciplina dell'istituto dell'autorizzazione dell'assemblea agli amministratori in materia di S.p.A., Galgano, op. cit., pp. 201 e ss.); è inderogabilmente attribuita alla competenza dei soci la decisione di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo (si pensi all'acquisto di un'azienda o di partecipazioni sociali);

sono solidalmente responsabili con gli amministratori i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi (art. 2476, comma 7).

Nel caso la società sia amministrata da un consiglio d'amministrazione, l'atto costitutivo può prevedere che le decisioni siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto. Si tratta di una novità assoluta della riforma che consente di adottare decisioni più agili, senza i formalismi tipici delle riunioni assembleari: convocazione, riunione, votazione, verbalizzazione. L'autonomia privata ha la massima libertà di regolare tali modalità di formazione della volontà collegiale nel rispetto dei due unici limiti fissati dal legislatore: il consenso va manifestato in forma scritta e dai documenti sottoscritti dagli amministratori devono risultare con chiarezza l'argomento oggetto della decisione ed il consenso alla stessa.

Questo nuovo strumento ad una prima lettura sembra particolarmente utile per le società in cui tra gli amministratori c'è un rapporto di collaborazione quasi quotidiano che consente loro uno scambio di idee e l'adozione di decisioni in maniera agile, rendendo superflue le formalità connesse

alle riunioni e delibere del consiglio di amministrazione. Si tratterà di valutare caso per caso se avvalersi di questa facoltà concessa dalla riforma.

#### 2.4. La responsabilità degli amministratori

Un istituto sul quale la Commissione Vietti ha fatto un'interessante applicazione di uno dei cardini della legge delega, e cioè la rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci, è quello della responsabilità degli amministratori.

In primo luogo, i soci che non partecipano all'amministrazione, analogamente ai soci di società di persone, hanno diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione (art. 2476, comma 2). Dal confronto con l'art. 2489 ante riforma emerge come sia stata accentuata la rilevanza centrale del socio a cui vengono riconosciuti tali diritti di controllo anche in presenza del collegio sindacale, contrariamente alla disciplina previgente.

Inoltre ciascun socio può esercitare l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori e chiedere, in caso di gravi irregolarità nella gestione, un provvedimento cautelare di revoca degli amministratori (art. 2476, comma 3), con il rimborso da parte della società, se la domanda era fondata, delle spese di giudizio e di quelle sostenute per l'accertamento dei fatti, salvo il regresso della società nei confronti degli amministratori. Nella disciplina attualmente vigente l'azione sociale di responsabilità è promossa a seguito di deliberazione dell'assemblea, anche se la società è in liquidazione (art. 2392 richiamato per la S.r.l. dall'art. 2489).

Come spiega la relazione governativa, "è sembrato logico che sulla base di questa soluzione divenisse sostanzialmente superflua ed in buona parte contraddittoria con il sistema la previsione di forme di intervento del giudice quali quelle ora previste dall'art. 2409... La prospettiva è in sostanza quella di fornire a soci uno strumento in grado di consentire ad essi di risolvere i conflitti interni alla società".

Trattandosi di un'azione sociale di responsabilità, seppure esperita dal singolo socio nel suo interesse, la stessa può essere oggetto di rinuncia o transazione da parte della società con una maggioranza particolarmente qualificata (art. 2476, comma 5).

La rinuncia e transazione da parte della società non pregiudicano il diritto al risarcimento dei danni spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori (art. 2476, comma 6).

#### 2.5. I controlli

Come per la S.r.l. ante riforma, la nomina del collegio sindacale è facoltativa finché il capitale sociale non sia pari o superiore al minimo di capitale stabilito per la S.p.A., con la riforma portato ad euro 120 mila. Diventa inoltre obbligatoria se per due esercizi consecutivi siano stati superati due dei limiti previsti per la redazione del bilancio consolidato per le S.p.A. che non abbiano emessi titoli negoziati sui mercati regolamentati (totale dell'attivo dello stato patrimoniale: euro 3.125.000; ricavi delle vendite e delle prestazioni: euro 6.250.000; dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 50 unità).

L'elemento di novità sta nella possibilità per la società della nomina facoltativa di un collegio sindacale o di un revisore, determinandone le competenze ed i poteri. In pratica la società, in cui non ricorrano i presupposti per la nomina obbligatoria del collegio sindacale, ha la possibilità di nominare un organo di controllo modellando i suoi compiti e poteri sulla base delle proprie esigenze.

Nei casi in cui la nomina è obbligatoria si applicano le disposizioni in tema di S.p.A. (art. 2477, ultimo comma).

A proposito del rinvio alla disciplina della S.p.A., segnalo che nella stessa il legislatore ha distinto: da una parte, il controllo sulla corretta amministrazione e sul concreto funzionamento della società affidato al collegio sindacale e, dall'altra, il controllo contabile affidato in alternativa ad un revisore contabile o ad una società di revisione. Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di



rischio il controllo contabile deve essere esercitato da una società di revisione iscritta nel registro dei revisori contabili.

L'art. 2409-bis consente però alle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e che non siano tenute alla redazione del bilancio consolidato di prevedere nello statuto che il controllo contabile sia esercitato dal collegio sindacale. In tal caso il collegio sindacale deve essere integralmente composto da revisori contabili iscritti nel Registro istituito presso il Ministero della giustizia. Invece, ove non eserciti il controllo contabile, è sufficiente che almeno un membro effettivo ed uno supplente sino scelti tra gli iscritti nel predetto registro.

I primi commentatori della riforma hanno segnalato la scarsa chiarezza del rinvio alla disciplina della S.p.A. di cui all'art. 2477, ultimo comma. In particolare non è chiaro se tale rinvio comporti, anche per la S.r.l., la netta distinzione tra il controllo sulla corretta amministrazione ed il controllo contabile e, di conseguenza, se, ricorrendo i presupposti dell'art. 2409 bis, comma 3, sia necessaria la nomina, oltre del collegio sindacale, anche di un revisore (Cfr. Avagliano, op. cit., pp. 354 e ss.). Tale dubbio dovrebbe essere risolto alla luce dell'aggiunta, nella recente riunione della Commissione Vietti che ha apportato delle correzioni al decreto non ancora approvate dal Consiglio dei ministri, di un secondo periodo all'ultimo comma dell'art. 2477, che stabilisce che "Se l'atto costitutivo non dispone diversamente, il controllo contabile è esercitato dal collegio sindacale". Pare dunque ammissibile la concentrazione delle due funzioni di controllo in capo al collegio sindacale.

## 2.6. Le decisioni dei soci

Uno degli istituti usciti maggiormente trasformati dalla riforma è quello delle deliberazioni dell'assemblea dei soci. Qui, a mio parere, è maggiormente evidente l'applicazione dei principi guida della riforma, più volte ribaditi, della considerazione delle persone dei soci e dei loro rapporti personali e dell'elasticità della nuova S.r.l. Le novità iniziano fin dalla nuova denominazione dell'istituto in decisioni dei soci, quasi a voler rendere immediatamente evidente la maggior incidenza delle persone dei soci.

Come illustra la relazione governativa "la regola di principio è che spetta al contratto sociale determinare quali materie siano di loro competenza e che d'altra parte, qualsiasi materia può essere sottoposta alla loro valutazione quando richiesto dagli amministratori o da un numero qualificato di soci: così il primo comma dell'art. 2479. In sostanza spetta al contratto sociale distribuire le competenze tra soci ed amministratori".

Abbiamo visto in precedenza che l'autonomia privata può spingersi al punto di concentrare tutti i poteri in capo ai soci ed attribuire ad essi anche l'amministrazione della società, come è nelle società di persone.

Vediamo ora due limiti fondamentali posti dal legislatore alla divisione di compiti tra soci ed amministratori.

Alcune materie sono riservate alla competenza inderogabile dei soci (art. 2479, comma 2). Tra queste, oltre alle materie tradizionalmente riservate all'assemblea dei soci (approvazione del bilancio e distribuzione degli utili; nomina degli amministratori e, se prevista nell'atto costitutivo, dei sindaci e del revisore, modificazioni dell'atto costitutivo), se ne aggiunge una completamente nuova per il nostro ordinamento: la decisione di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci (art. 2479, comma 2, n. 5).

Il legislatore ha preso atto che alcune operazioni, formalmente qualificabili come di amministrazione della società, nella sostanza comportano una sostanziale e surrettizia modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo e quindi cambiano l'assetto fondamentale della società. Pensiamo all'acquisto di un'azienda o di partecipazioni sociali che comportino l'allargamento dell'attività sociale ad un settore di attività completamente diverso da quello attuale. Ebbene, in questi casi la competenza a decidere l'operazione non è dell'organo amministrativo ma dei soci, coerentemente con il principio generale per cui spetta ai soci deliberare le modifiche dell'atto costitutivo. Questo comporterà una diversa modalità operativa nell'attività del

notaio che, per la verifica dei poteri del legale rappresentante della società, dovrà chiedere di esibire la deliberazione dell'assemblea dei soci (come vedremo meglio tra breve). Inoltre ai soci assenti o dissenzienti rispetto a questa deliberazione è attribuito il diritto di recesso ex lege (art. 2473, comma 1).

Passando al secondo limite (divisione di compiti tra soci ed amministratori), in base all'art. 2475, ultimo comma, risultante dalla modifica apportata dopo l'approvazione del decreto e pubblicata sulla Gazzetta ufficiale del 4 luglio 2003, n. 153, sono in ogni caso di competenza dell'organo amministrativo: la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione e scissione, nonché le decisioni di aumento di capitale delegate all'organo amministrativo.

L'altra grande novità è costituita dalle modalità di formazione della volontà dei soci.

Come spiega la relazione governativa "anche quando la competenza dei soci è inderogabile non necessariamente le caratteristiche del tipo societario richiedono l'adozione del metodo assembleare".

La deliberazione assembleare è necessaria solo per le modificazioni dell'atto costitutivo, per la decisione di compiere operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci, nel caso previsto dal quarto comma dell'articolo 2482-bis (riduzione del capitale per perdite) oppure quando lo richiedano uno o più amministratori o tanti soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale (art. 2479, comma 4). È necessaria inoltre per: lo scioglimento della società e l'assunzione di tutte le decisioni conseguenti e necessarie per regolare la fase di liquidazione (articoli 2484 e ss.), la trasformazione della società (articoli 2500-sexies e 2500-septies), la fusione e la scissione (articoli 2502 e 2502-bis, richiamati per la scissione dall'art. 2506-ter), per l'approvazione della proposta di concordato fallimentare o preventivo e per la domanda di ammissione alla procedura di amministrazione controllata (rispettivamente articoli 152, 161 e 187 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267).

Al di fuori di queste ipotesi, le decisioni dei soci possono essere prese, se ciò è previsto nell'atto costitutivo, mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto (art. 2479, comma 3). Ogni socio ha diritto di partecipare alle decisioni ed il suo voto vale in misura proporzionale alla sua partecipazione al capitale sociale (art. 2479, comma 5); le decisioni sono prese, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, con il voto favorevole dei soci che rappresentino almeno la metà del capitale sociale (art. 2479, comma 6). Va segnalato che a seguito della correzione apportata nella recente riunione della Commissione Vietti, non ancora approvata dal Consiglio dei ministri, il comma 6 dell'art. 2479 risulta così formulato: "Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, le decisioni dei soci sono prese con il voto favorevole di una maggioranza che rappresenti almeno la metà del capitale sociale".

Quando invece è l'assemblea ad essere chiamata a deliberare è previsto, salva diversa disposizione statutaria, un quorum costitutivo pari ad almeno la metà del capitale sociale ed il quorum deliberativo della maggioranza assoluta, salvo che per le modificazioni dell'atto costitutivo e la decisione di compiere operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci, per le quali occorre il voto favorevole dei soci che rappresentino almeno la metà del capitale sociale (art. 2479-bis, comma 3).

È fatta salva una diversa disposizione statutaria, che può richiedere maggioranze più elevate o l'unanimità dei consensi (cfr. Galgano, op. cit., p. 476; in giurisprudenza per la validità della clausola che prevedesse l'unanimità dei consensi per ogni modifica statutaria, cfr. App. Catania 19 gennaio 1981).

E' venuta meno la distinzione tra assemblea ordinaria e straordinaria, salvo la previsione di una maggioranza rinforzata per le deliberazioni più importanti per la vita della società (art. 2479-bis, comma 3).

Sulle maggioranze previste dalla riforma, ampiamente derogabili dall'autonomia statutaria, i primi commentatori hanno messo in luce alcune contraddizioni (Cfr. Busani, Il Sole-24 ore di mercoledì 13 agosto 2003, n. 221, p. 16).

Per le decisioni prese per iscritto con la modalità non assembleare, lasciava perplessi la maggioranza legale pari alla metà del capitale sociale. Considerato che tutti i soci hanno diritto di partecipare alla decisione, potrebbe esservi una maggioranza uguale e contraria alla decisione che in ipotesi potrebbe revocare la decisione adottata, con gravi difficoltà di funzionamento della società. Tale problema è stato superato dalla recente modifica del comma 6 dell'art. 2479 con cui si richiede il voto favorevole di una maggioranza che rappresenti almeno la metà del capitale sociale.

Quanto alle maggioranze legali richieste per la deliberazione assembleare, è stata sottolineata la possibilità che la maggioranza rinforzata prevista per le deliberazioni più importanti (almeno la metà del capitale sociale), in società in cui tutti i soci partecipano all'assemblea, risulti inferiore alla maggioranza prevista per tutte le altre decisioni (la maggioranza assoluta dei presenti). Infatti, se tutti i soci sono presenti, il quorum deliberativo è superiore al 50% del capitale sociale.

Infine, mi sembra contraddittorio per una società imperniata sulla considerazione delle persone dei soci e dei loro rapporti personali che le maggioranze legali siano state sensibilmente ridotte rispetto a quelle stabilite dall'art. 2486 ante riforma (la maggioranza del capitale sociale per l'assemblea ordinaria; almeno i due terzi del capitale sociale per l'assemblea straordinaria).

Riterrei opportuno un aumento delle maggioranze, utilizzando l'autonomia statutaria, sia per superare le incongruenze segnalate sia per modellarle sui rapporti di forza effettivi all'interno della società.

## 2.7. Titoli di debito

Per la prima volta si è prevista la possibilità per la S.r.l. di emettere titoli di debito, analoghi alle obbligazioni delle S.p.A. (art. 2483). Al fine di assicurare la necessaria salvaguardia degli interessi dei risparmiatori, la sottoscrizione dei titoli di debito è consentita solamente ad investitori professionali soggetti a vigilanza a norma delle leggi speciali. In caso di successiva circolazione dei titoli di debito, chi li trasferisce risponde della solvenza della società nei confronti degli acquirenti che non siano investitori professionali ovvero soci della società medesima.

## 3. Alcune applicazioni della riforma

Dopo questo breve rassegna di alcuni dei nuovi istituti delineati dalla riforma del diritto societario, pur nella consapevolezza che le opzioni applicative a disposizione del mercato sono assai variegata, tentiamo di delineare la fisionomia di alcuni modelli di S.r.l. assai diverse tra loro, utilizzando alcune delle tante possibilità offerte dalla riforma.

### 3.1. La S.r.l. sul modello della S.n.c.

Pensiamo ad una società tra pochi soci, affiatati tra loro, che partecipano personalmente alla gestione dell'impresa sociale, uno dei quali ha una qualificata esperienza pluriennale nel settore, che gli consente di apportare in società un avviamento rilevante.

Le esigenze principali di questa costituenda società sono:

riconoscere al socio che apporta l'avviamento una adeguata partecipazione sociale, pur a parità di valore di conferimento in società;

prevedere regole nella circolazione delle partecipazioni che evitino l'ingresso indiscriminato in società di estranei che possano compromettere l'affiatamento all'interno della compagine sociale; la partecipazione personale dei soci nella gestione dell'impresa sociale;

la previsione di modalità di assunzione delle decisioni dei soci il più possibile agili, senza la perdita di tempo e di energie che comportano le formalità assembleari tipiche delle società di capitali.

Vediamo come i nuovi istituti possono essere calati in questa realtà concreta.

Al socio con una qualificata esperienza può essere riconosciuta una partecipazione al capitale sociale superiore al conferimento effettuato (art. 2468, comma 2) oppure gli può essere riconosciuta una partecipazione agli utili superiore alla sua quota di partecipazione al capitale sociale (art. 2468, comma 3), come già, a volte, avviene attualmente nella S.n.c.

I soci possono prevedere, oltre ad una clausola di prelazione a parità di condizioni in caso di alienazione delle quote, una clausola di mero gradimento che impedisca l'ingresso di estranei in società senza il preventivo consenso di tutti i soci, esattamente come avviene attualmente nelle società di persone. A fronte di questo rilevante limite alla circolazione delle partecipazioni sociali ai soci è attribuito, ex lege, il diritto di recedere dalla società ed ottenere il rimborso della partecipazione (art. 2469, comma 2).

In materia di amministrazione, a questa società sembra attagliarsi il modello di gestione plurima, regolato dagli artt. 2257 e 2258 c.c., propria delle società di persone; con la previsione, ad esempio, del potere di amministrazione disgiuntiva dei singoli soci per le operazioni di normale gestione e dell'amministrazione congiuntiva di tutti i soci per le operazioni di gestione straordinaria.

Infine, quanto alle modalità di adozione delle decisioni dei soci, stante la diretta partecipazione dei soci alla vita della società, questa società potrà prevedere nello statuto quorum deliberativi più elevati rispetto a quelli legali, fino a prevedere il consenso unanime dei soci, ad esempio, per la modifica dello statuto sociale. Sarà senz'altro opportuno inserire nello statuto la possibilità di adottare le decisioni dei soci mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto (art. 2479, comma 3), evitando le formalità tipiche delle riunioni assembleari, salve le ipotesi in cui è necessaria la deliberazione dell'assemblea dei soci (art. 2479, comma 4).

### 3.2. La S.r.l. sul modello della S.p.A.

Pensiamo ad una S.r.l. costituita per svolgere una attività complessa, con una struttura organizzativa articolata, un management professionale e con la necessità di raccogliere ingenti capitali.

Anche per questo modello di società la riforma offre delle importanti opportunità.

L'amministrazione della società sarà affidata ad un consiglio di amministrazione, la cui durata in carica sarà limitata nel tempo dai soci all'atto della nomina. Trattandosi di amministratori professionisti, estranei alla compagine sociale, lo statuto dovrà espressamente prevedere che l'amministrazione possa essere affidata a non soci.

Lo statuto potrà stabilire che le decisioni degli amministratori siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto, rendendo in tal modo più agevole il funzionamento del C.d.A. (art. 2475, comma 4).

Potranno essere, per statuto, riservate alla competenza dei soci le decisioni su alcune operazioni più importanti di gestione della società, individuate nello statuto, eventualmente anche in relazione al valore dell'operazione. In tal modo la materia viene spostata, per statuto, dalla competenza dell'organo amministrativo alla decisione dei soci, che si assumeranno anche la responsabilità per le eventuali conseguenze dannose dell'operazione (cfr. art. 2476, comma 7).

Lo statuto potrà prevedere la nomina di un revisore determinandone le competenze ed i poteri, ad esempio, attribuendo al revisore il controllo contabile modellato sulla disciplina dettata per le S.p.A. dagli articoli 2409-bis e ss. (art. 2477).

Lo statuto potrà prevedere la possibilità che l'assemblea si svolga con intervenuti dislocati in più luoghi, contigui o distanti, audio-video collegati, a condizione che siano rispettati il metodo collegiale ed i principi di buona fede e di parità di trattamento dei soci, seguendo, nel regolare tale modalità di svolgimento assembleare, le analitiche prescrizioni della giurisprudenza onoraria (cfr. Documenti elaborati dalla Commissione del Consiglio Notarile di Milano per l'elaborazione di principi uniformi in materia di società, delibera del 21 novembre 2000). L'art. 2370, ultimo comma, attribuisce espressamente allo statuto della S.p.A. la possibilità di consentire l'intervento all'assemblea mediante mezzi di telecomunicazione; tale norma è sicuramente applicabile per analogia anche alla S.r.l. (cfr. Busani, il Sole-24 ore di venerdì 8 agosto, n. 216, p. 18).

La società potrà inoltre fare ricorso alla nuova forma di finanziamento costituita dall'emissione di titoli di debito, purché prevista nello statuto (art. 2483).

### 3.3. La nuova S.r.l. unipersonale

Merita un accenno, infine, la nuova S.r.l. unipersonale delineata dalla riforma.

L'art. 2463 conferma che la società può essere costituita anche con atto unilaterale.

Viene confermata anche la disciplina dei conferimenti in caso di società costituita da un unico socio o di aumento di capitale sottoscritto dall'unico socio. Il conferimento in denaro deve essere integralmente versato, nella prima ipotesi, presso una banca prima della sottoscrizione dell'atto costitutivo (art. 2464, comma 4); nella seconda, presso le casse sociali all'atto della sottoscrizione dell'aumento di capitale (art. 2481-bis, comma 5).

Se viene meno la pluralità dei soci, i versamenti ancora dovuti devono essere effettuati nei novanta giorni (art. 2464, ultimo comma).

Sostanzialmente invariata è rimasta la prescritta pubblicità nel registro delle imprese per le ipotesi in cui l'intera partecipazione appartenga ad un solo socio o muti la persona dell'unico socio, salvo le novità dovute alla possibilità che unico socio sia una persona giuridica (art. 2470).

La principale novità della riforma consiste nell'aver ampliato le possibilità di utilizzo della S.r.l. unipersonale eliminando due limiti della precedente disciplina (cfr. art. 2497, comma 2 ante riforma).

Con la riforma possono essere unici soci di S.r.l., conservando il beneficio della responsabilità limitata, anche una persona giuridica e l'unico socio di più S.r.l. unipersonali.

E' dunque consentito per la prima volta all'imprenditore la separazione di determinate fette di patrimonio, autonome tra loro e dal restante patrimonio personale, da destinare all'esercizio di altrettante imprese commerciali in forma di S.r.l. unipersonale.

### 4. Conclusione

Al termine di questo breve excursus sulla nuova disciplina della S.r.l., della quale ho ipotizzato alcune tra le tante possibili applicazioni alla luce della riforma, mi sembra di poter affermare che il legislatore ha messo a disposizione del mercato una serie notevole di nuovi strumenti. A questo punto il testimone passa ai professionisti che operano nel mondo societario ai quali tocca l'arduo compito di forgiare le nuove società sulla base delle concrete esigenze del mercato, valorizzando gli strumenti offerti dal legislatore.

Alessandro Torroni notaio in Forlì

## LA TRASPARENZA BANCARIA IL PARERE

E' stato chiesto di esprimere un parere *pro-veritate* in ordine alle possibili conseguenze per i contratti notarili di mutuo stipulati a partire dal 1° ottobre u.s., del mancato adeguamento da parte delle banche alla nuova disciplina della

trasparenza, in vigore appunto da tale data<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La circolare della Banca d'Italia è datata 25 luglio 2003 ed è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 19 agosto 2003 n. 191, supp.ord. n. 137; essa ha comportato l'aggiornamento n. 9 delle Istituzioni di Vigilanza di cui alla originaria circolare 229 del 21 aprile 1999. La delibera CICR, oggetto di attuazione

Occorre premettere che il compito non è agevole, in considerazione delle difficoltà interpretative inerenti sia le norme neo-emanate, sia quelle contenute nel titolo VI del testo unico bancario (Trasparenza delle condizioni contrattuali): difficoltà, a loro volta, originate da una tecnica redazionale imperfetta, frutto di una ancora problematica dimestichezza con i concetti sorti nell'ambito del diritto consumeristico.

Le novità normative che sembrano rilevanti per l'attività notarile sono le seguenti:

a) Le banche sono anzitutto tenute a mettere a disposizione dei clienti "fogli informativi" strutturati nelle seguenti sezioni: informazioni sulla banca; caratteristiche e rischi tipici dell'operazione o del servizio; condizioni economiche dell'operazione o del servizio; clausole contrattuali che regolano l'operazione o il servizio.

---

da parte di Banca d'Italia, è del 4 marzo 2003 (G.U. 27 marzo 2003, n.72) e dispone l'entrata in vigore dei provvedimenti il 1° ottobre 2003: tale termine transitorio è (era) in disponibilità del CICR, per effetto della delega contenuta nell'art.116 *t.u.b.*, ma non di Banca d'Italia: ogni rinvio da quest'ultima disposto sembra, pertanto, avere valore esclusivamente nei rapporti disciplinari tra quest'ultimo ente e le banche.

Inoltre, prima delle conclusioni del contratto il cliente ha il diritto, non comprimibile dalla banca ma dal cliente stesso rinunciabile, di ottenere "una copia completa del testo contrattuale idonea per la stipula per una ponderata valutazione del contenuto"<sup>2</sup>. La copia espressamente deve comprendere il testo delle condizioni generali di contratto.

Si è posto il dubbio se sia necessario inserire nel contratto notarile una clausola con la quale la parte mutuataria dichiara di essersi/non essersi avvalsa del proprio diritto di avere preventiva conoscenza del contratto.

Tale clausola non è, in effetti, né necessaria né opportuna.

La certezza di una esauriente informazione preventiva non può realizzarsi attraverso l'introduzione di clausole destinate a divenire più o meno "di stile", quanto attraverso la prescrizione di un comportamento attivo di comunicazione e la fissazione di modalità che rendano concretamente ed obiettivamente riscontrabile tale comportamento. Un

---

<sup>2</sup> Le espressioni nel testo comprese tra virgolette sono tratte dalle norme attuative emanate dalla Banca d'Italia. "La consegna di copia del contratto idonea per la stipula può essere subordinata al pagamento, da parte del cliente, di un rimborso spese": nota 2 all'art.7.

esempio di tali modalità è offerta dalla legislazione spagnola (decreto 5 maggio 1994, relativo alla trasparenza delle condizioni finanziarie dei prestiti ipotecari alle persone fisiche per la casa) in forza della quale, tra l'altro, il mutuatario ha il diritto di esaminare il progetto di atto nello studio del notaio durante i tre giorni lavorativi precedenti la sua stipulazione.

Nulla del genere è previsto dalla normativa italiana, che rimette per la generalità di tutti i contratti alla stessa parte obbligata la formazione e la conservazione delle prove dell'avvenuto adempimento: è infatti previsto che "la banca acquisisce attestazione dell'avvenuta consegna su una copia del foglio informativo stesso, che conserva agli atti", e che "la banca acquisisce una apposita attestazione in calce allo schema contrattuale, nella quale il cliente dichiara se intende avvalersi o meno di tale diritto. Ove le parti addivengano alla conclusione del contratto, l'attestazione è conservata dalla banca".

Pur rimanendo scettici sull'efficacia di tale soluzione normativa, è del tutto chiaro che ogni eventuale dichiarazione resa nel contesto dell'atto stipulato, sebbene ovviamente non vietata, sarebbe del tutto

pleonastica: l'attestazione rilevante ai sensi di legge è solo quella acquisita in calce

allo "schema contrattuale", che attiene alla fase pre-contrattuale. Sarebbe quindi auspicabilmente da evitare che il notaio acquisisca dichiarazioni inutili, che possono ingenerare l'apparenza di un rispetto della legge solo formale, relative per di più ad adempimenti non solo istituzionalmente riservati ad altri soggetti, ma anche esclusi dalla sua conoscenza effettiva.

Solo per completezza, si osserva che nell'ambito degli elementi formativi del consenso contrattuale, la prescrizione di un adempimento di carattere procedurale appare, per l'ordinamento interno, del tutto inconsueto; con conseguente problematicità di individuazione delle stesse sanzioni civilistiche per la mancata consegna del documento<sup>3</sup>.

b) Ulteriore documento informativo è il "documento di sintesi", "volto a fornire al cliente una chiara evidenza delle più significative

<sup>3</sup> Di generica inopponibilità al consumatore parla F. Macario, relativamente agli aspetti procedurali del credito al consumo, in Commento al d.lgs. 1° settembre 1993, n.385, a cura di F. Belli, G. Contento, A. Patroni Griffi, M. Porzio e V. Santoro, vol. II, 2038 s., Bologna, 2003.

condizioni contrattuali ed economiche". Tale documento riproduce lo schema del foglio informativo, salva la possibile omissione delle informazioni riguardanti la banca e di quelle relative alle caratteristiche e ai rischi dell'operazione o del servizio. Esso è "unito" al contratto: sembrerebbe, pertanto, sia alla copia, che deve essere completa, per l'informativa precontrattuale, sia all'originale vero e proprio: il documento di sintesi, infatti, oltre a dover essere redatto con modalità anche grafiche di immediata percezione e comprensione, "costituisce il frontespizio del contratto". Potrebbe tentare di sostenersi che il documento di sintesi debba essere unito al solo schema per l'informativa precontrattuale: a ciò sembrerebbe contribuire la collocazione della relativa prescrizione nella sezione seconda della circolare di Banca d'Italia, relativa alla "pubblicità e informazione precontrattuale". Tuttavia, la fonte dell'obbligo risiede nella delibera C.I.C.R., e precisamente nell'art. 9 della stessa, il quale è significativamente rubricato "informazione contrattuale"; senza contare il fatto che, potendo l'informazione precontrattuale essere "rinunciata" dal cliente, negare l'unione del documento di sintesi almeno al contratto vanificherebbe pressoché del tutto l'impalcatura costitutiva della trasparenza. Inoltre, la

nota n.2 dell'art. 7 della stessa circolare, si riferisce alla consegna al cliente di una copia del contratto

"idonea per la stipula": da cui si deduce che la copia idonea per l'informativa precontrattuale, completa di condizioni generali e documento di sintesi, è anche quella (l'unica) idonea per la stipula dell'originale.

Il documento di sintesi costituisce il *trait d'union* tra la procedura informativa e il contratto vero e proprio: e fin d'ora si intuisce come lo stesso, primo punto di arrivo della contrattazione tra le parti, possa in futuro divenire la parte più importante dell'accordo stesso, causando una generale semplificazione dei contratti, oggi spesso prolissi e pleonastici.

Un primo problema è meramente redazionale e concerne la compatibilità della posizione in frontespizio con le caratteristiche formali dell'atto pubblico. Sembra al proposito possibile avvalersi delle conclusioni raggiunte dalla dottrina relativamente ad un altro requisito formale che contrasta con la disciplina dell'atto pubblico: quello della doppia sottoscrizione delle clausole vessatorie (artt. 1341 e 1342 c.c.). Qui, pur ricordando la tesi secondo la quale le modalità di ricevimento dell'atto pubblico assicurano la piena



conoscibilità del contenuto dell'atto rendendo superflua ogni ulteriore prescrizione formale, è preferibile ritenere che, in tali situazioni, sia possibile e doveroso ricercare modalità pratiche che costituiscano un ragionevole compromesso nel rispetto di entrambe le discipline. Con riguardo al caso in esame, pertanto, sembra ammissibile che 1) il documento di sintesi sia riportato nel corpo dell'atto, posizionandolo all'inizio dello stesso, subito dopo la comparsa e le attestazioni di rito, quale prima premessa idonea a captare prioritariamente l'attenzione della parte mutuataria; oppure, ma in subordine, 2) il documento di sintesi sia allegato all'atto, ma con una specifica prescrizione (deontologica) di non consentirne la rinuncia alla lettura e di effettuarne la lettura preliminarmente a quella del dispositivo contrattuale.

Secondo problema è cosa succede se la banca non abbia ancora predisposto il documento di sintesi, ovvero se vi siano conseguenze di alcun genere sull'atto stipulato che sia mancante di tale elemento. Se, infatti, il cliente può rinunciare all'informativa precontrattuale, al contrario non è prevista alcuna possibilità di deroga all'unione del documento di sintesi al contratto almeno al momento della stipula. Per opportunità di svolgimento,

si rinvia la trattazione di questo aspetto alla fine del prossimo paragrafo.

c) Le disposizioni della Banca d'Italia ricomprendono anche alcune prescrizioni in materia di contenuto del contratto.

L'art. 9 della circolare prevede, infatti, che il contratto (oltre che il documento di sintesi e lo stesso foglio informativo: per quest'ultimo il riferimento normativo è l'art.3) riporti un indicatore sintetico di costo (ISC), "calcolato conformemente alla disciplina sul tasso annuo effettivo globale (TAEG)".

Anche qui potrebbe a prima vista sostenersi che, poiché l'art. 9 della circolare costituisce l'ultimo articolo della sezione II, dedicata alla pubblicità e alla informativa precontrattuale, l'ISC debba essere contenuto nel solo schema contrattuale a quest'ultima destinato. Tuttavia anche qui vale la diversa rubrica dell'art. 9 della delibera CICR. Inoltre, poiché l'art. 3 della sezione III della circolare, chiaramente rubricato "contenuto dei contratti", al comma 1 dispone "che il testo del contratto riporta almeno le *condizioni economiche*<sup>4</sup> e le clausole indicate nel foglio informativo"; e poiché l'art. 3

<sup>4</sup> Corsivo di chi scrive.

(sez. II) nel prescrivere i contenuti del foglio informativo chiaramente ricomprende nel dettaglio delle *condizioni economiche*<sup>5</sup> anche il "TAEG o indicatore sintetico di costo", sembra indubbio che tale elemento debba venire a fare parte del contratto effettivamente oggetto di stipula.

Con ciò viene finalmente superata la non giustificata, per questo aspetto, diversità di trattamento tra operazioni di credito al consumo e altre operazioni di finanziamento: è infatti del tutto evidente l'utilità dell'indicazione del tasso effettivo sia al fine di poter effettivamente comparare le condizioni contrattuali proposte dalle diverse banche (alcune delle quali integrano di fatto i tassi nominali pattuiti con spese di vario genere), sia al fine di poter controllare sulla base di dati omogenei il possibile superamento del tasso soglia anti-usura: quest'ultimo viene infatti elaborato sulla base degli stessi elementi (costitutivi del TEGM) che vengono computati per il TAEG.

Proseguendo nella disamina delle ulteriori prescrizioni di contenuto, si osserva che le norme sono state più che altro l'occasione per il riepilogo di regole già vigenti autonomamente, e autonomamente sanzionate. Infatti:

- "l'indicazione di tasso di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali oneri di mora" (art.3, 1° comma), costituisce una mera ripetizione di quanto già previsto dall'articolo 117, 4° comma *t.u.b.*. In più è prevista l'indicazione delle commissioni spettanti alla banca, delle voci di spesa a carico del cliente, comprese quelle relative alle comunicazioni. La norma precisa, ulteriormente, che "il testo del contratto riporta almeno le condizioni economiche e le clausole indicate sul foglio informativo". Il significato di quest'ultima disposizione è chiaro: in più vuole anche dire che, in fase di stipulazione del contratto, alcune clausole possano essere corrette in senso più favorevole al cliente. Poiché principio ricavabile dalle norme del titolo VI *t.u.b.* è quello della invalidità di tassi, prezzi o condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati, deve infatti inferirsi che in forza dell'inciso in oggetto i costi che emergono dal contratto devono essere almeno pari (se non inferiori, ma comunque non superiori) a quelli del foglio informativo;
- la nullità delle clausole di rinvio agli usi (articolo 3, 2° comma) è già prevista dall'articolo 117, 6° comma, *t.u.b.*;

<sup>5</sup> Corsivo di chi scrive.

- novità, invece, costituisce la prescrizione (art. 3, 3° comma), nel caso che il contratto contenga clausole di indicizzazione, di indicare il valore del parametro al momento della conclusione del contratto;

- la facoltà inerente allo *ius variandi* (art. 3, 4° comma), riproduce solo l'art. 117 5° comma *t.u.b.*;

- le prescrizioni dell'art. 3, 6° e 7° comma costituiscono ripetizioni della delibera C.I.C.R. del 9 febbraio 2000 in materia di anatocismo; così come quelle dell'articolo 3, 8° comma riproducono la delibera C.I.C.R. pure del 9 febbraio 2000 in tema di estinzione anticipata del credito fondiario.

Le novità di contenuto disposte dalla Banca d'Italia consisterebbero, in definitiva, in una più analitica indicazione dei costi a carico della clientela, nell'indicazione dell'ISC, e nell'indicazione del valore attuale del parametro di indicizzazione.

Cosa succede, tuttavia, se la banca non fornisce il dato numerico rappresentativo dell'ISC (o TAEG), o gli altri nuovi dati richiesti? Al fine di dare una risposta a tale quesito, occorre ricordare che la circolare della Banca d'Italia in esame costituisce disposizione attuativa della delibera C.I.C.R. del 4 marzo 2003. La delibera C.I.C.R., a sua volta, come

espressamente dichiarato nella premessa, è emanata ai sensi degli artt. 116, comma 3, 117, comma 2, 118, comma 1 e 119, comma 1 *t.u.b.*: una prima osservazione è che nessuna delle norme richiamate prevede testualmente alcun tipo di sanzione.

Non può, però, sfuggire all'interprete che la Banca d'Italia per certo verso ha esorbitato i limiti della delibera C.I.C.R., andando a dettare disposizioni in tema non solo delle materie espressamente "delegate", ma anche di "contenuto minimo dei contratti". Si deve quindi preliminarmente affrontare il problema dell'eventuale coordinamento con l'articolo 117, 8° comma, *t.u.b.*, il quale dispone letteralmente che "La Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti o titoli, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti e i titoli difformi sono nulli".

Non sembra, però, che la fattispecie normativa qui richiamata riguardi le disposizioni in questione:

- anzitutto non è stato osservato l'iter procedurale di legge: le norme di Banca d'Italia in esame costituiscono espressa attuazione di una delibera C.I.C.R.; la fattispecie invece dell'ultimo comma

dell'articolo 117 *t.u.b.* prevede una iniziativa autonoma della Banca d'Italia;

- la stessa fattispecie di cui all'articolo 117, 8° comma sembra far riferimento a contenuti di tipo normativo e non di tipo materiale quali quelli derivanti dalle norme qui esaminate: si vuole cioè assicurare la congruenza di contenuti giuridici con la denominazione data agli stessi in modo che il cliente non possa ad es. scambiare, come è capitato, un tipo di investimento per un altro. In tali casi ovviamente ha senso anche la prevista corrispondente sanzione di nullità totale, che costringe la banca a restituire il denaro al cliente;

- da ultimo, ma si direbbe con argomentazione decisiva, si osserva che la stessa sanzione di nullità totale prescritta da questo comma, sarebbe assolutamente contraria agli interessi del cliente (esposto per quel verso all'anticipata restituzione dell'intero) nonchè allo spirito che informa le norme sulla trasparenza, tutte rivolte alla salvaguardia del contratto, salva l'eliminazione o la sostituzione delle clausole non adeguate.

La sensazione complessiva, in sostanza, è che le prescrizioni di contenuto inserite nelle norme emanate dalla Banca d'Italia costituiscano un semplice completamento di un

provvedimento che sorge nell'area della "comunicazione": la norma di primo riferimento della delibera C.I.C.R. è proprio l'articolo 116 *t.u.b.* il quale significativamente è rubricato "pubblicità"; gli artt. 118 e 119 *t.u.b.* vengono richiamati espressamente per gli aspetti relativi alle comunicazioni ai clienti; mentre le disposizioni dettate in tema di forma dei contratti (117, comma 2 *t.u.b.*) consistono in effetti in ipotesi di deroga alla forma scritta. La logica che sottende l'ampliamento della materia normata è che sarebbe evidentemente inutile prescrivere comportamenti in tema di pubblicità se poi questi non possono avere un riscontro verificabile nei contenuti. Pertanto, ed in conclusione, sembra potersi tranquillamente concludere che la sanzione per l'inosservanza delle disposizioni di carattere contenutistico inserite nelle norme emanate da Banca d'Italia non è sicuramente quella testuale prevista dall'art.117 u.c. *t.u.b.*<sup>6</sup>.

L'analisi è, tuttavia, da completare; e, posto che comunque ci si trova in una

<sup>6</sup> Sull'ultimo comma dell'art. 117 *t.u.b.* non sono state rinvenute indicazioni giurisprudenziali, numerose, invece, su altri aspetti disciplinati dall'art. 117, come il divieto di rinvio agli usi (clausole "uso-piazza"), e la prescrizione di forma scritta. In dottrina, la disposizione è oggetto di critica per l'effetto di nullità totale e non parziale, come le altre sanzioni.

sfera di sanzionabilità virtuale, in quanto non testualmente disposta, si tratta di individuare quali possono essere le norme di riferimento da cui trarre indicazioni comportamentali. Orbene, sembra indubbio che, al proposito non si possa prescindere dall'osservazione della contigua disciplina dettata per il capo II del titolo VI (artt. 121-126): quella emanata in tema di credito al consumo.

Anzi, una prima analisi della nuova disciplina corrobora la persuasione, già indotta dall'osservazione delle esperienze tedesca e francese, di una consumerizzazione dello stesso concetto civilistico di mutuo. L'estensore delle norme si muove ormai nell'ottica del credito al consumo: non solo il TAEG, ma anche concetti come "contenuto minimo" e gli stessi meccanismi procedurali di consegna dei documenti, rievocano indubbiamente le analisi e le argomentazioni tipiche di questo settore dei finanziamenti, le cui conclusioni dovranno sicuramente rivedersi anche alla luce delle stesse norme qui commentate<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Considerando che è già stata proposta una nuova direttiva sul credito al consumo, è facile prevedere che la materia non riuscirà molto presto a trovare un assetto definitivo.

Si osserva, dunque, al proposito che:

- ai sensi dell'articolo 124 *t.u.b.* la nullità è testualmente prescritta (comma 3) solo e specificamente quando i contratti di credito al consumo abbiano a oggetto l'acquisto di determinati beni o servizi e, in tal caso, non contengano la descrizione analitica degli stessi, il prezzo di acquisto e gli eventuali acconti, le condizioni per il trasferimento del diritto di proprietà: tutte fattispecie che sicuramente non rilevano agli effetti di cui trattasi;

- per il caso di mancata indicazione del TAEG, questo viene sostituito *ex lege* con il "tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministero del tesoro, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto" (art. 124, comma 5); soluzione analoga a quella prevista per il caso mancata indicazione per iscritto del tasso nominale (art. 117, commi 4 e 7 lettera a);

- la mancata espressa e contrattuale indicazione di spesa, è sanzionata con la non debenza in assoluto (comma 4): come è, d'altronde, del tutto ovvio, essendosi qui in un'ipotesi di carenza di materia contrattuale; nel caso, invece, che le spese siano indicate nel contratto ma in

misura superiore a quella pubblicizzata, gli importi vengono sostituiti da quelli pubblicizzati; in mancanza di pubblicità, nulla è dovuto;

- non è invece prescritta la valorizzazione del parametro di indicizzazione al momento della conclusione del contratto, né prevista reazione alla sua mancanza; tuttavia sembrerebbe prescrizione di rilevanza minore, posto che il valore del parametro sarà per lo più ricompreso nella determinazione del tasso nominale iniziale.

L'inquadramento giuridico di queste sanzioni sembra, ad onor del vero, richiamare comunque un concetto di nullità: tipici di questa sanzione sono gli interessi, pubblici o di serie, oggetto di protezione; inoltre, sia la non debenza di oneri, sia l'automatica sostituzione di prezzi appaiono effetti tipici della nullità parziale. Anche se autorevole dottrina, con riguardo al meccanismo generale dell'art.1339 c.c., offre soluzioni logiche alternative entrambe sostenibili: potendosi sia dire che la legge sostituendo l'accordo tra le parti evita di renderlo nullo, sia dire che la legge lo rende nullo e quindi lo sostituisce<sup>8</sup>. Quanto, poi, alla mancanza del TAEG, è da verificare se l'intervento correttivo della legge, possa

realmente ricondursi ad una sostituzione (non certo della clausola che fissa il tasso nominale), oppure, preferibilmente, ad un inserimento integrativo del contratto: in questo secondo caso, vi è meno spazio per la nullità; in entrambi i casi, le conseguenze per la banca rischiano di essere preoccupanti.

Nei ristretti limiti in cui si possa parlare di nullità, si tratta sicuramente di nullità relativa ("le nullità previste dal presente titolo possono essere fatte valere solo dal cliente": art. 127 *t.u.b.*), parziale (le sole nullità totali previste dal capo VI sono quelle disposte dall'art. 117 comma 3 - mancanza di forma scritta - e comma 8 - di cui sopra -) e, inoltre, virtuale, ovvero connessa quantomeno ad un "consolidato orientamento giurisprudenziale"<sup>9</sup>.

Particolare, a questo punto, appare la valutazione della mancanza del documento di sintesi.

Essa non può comportare la conseguenza prevista per il caso di mancanza di forma (117, comma *t.u.b.*), stante l'effetto *boomerang* a danno del cliente che si troverebbe esposto a restituire l'intera somma; nemmeno, ovviamente, può parlarsi di nullità parziale, posto che lo stesso non è una clausola

<sup>8</sup> R. Sacco, *Il contratto*, Torino, 1975, 793.

<sup>9</sup> A.A. Dolmetta, *Sui <limiti> di applicazione dell'art.28 legge notarile. A proposito della violazione di norme.*

contrattuale. Mentre ipotizzare un'inopponibilità totale al cliente, in applicazione analogica delle sanzioni per vizi nell'*iter* informativo precontrattuale, aprirebbe la strada ad un intervento integrativo della legge di tale ampiezza, da apparire allo stato forse poco praticabile. In conclusione, pertanto, al momento attuale delle riflessioni e dell'esperienza applicativa, la sanzione per la sua mancanza sembra potere essere esclusivamente quella pecuniaria a danno della banca, disposta in via generale dall'articolo 144 *t.u.b.*, così come del resto apertamente riconosciuto, fin dalla premessa delle norme attuative dalla Banca d'Italia.

Resta solo un'avvertenza.

Verificato che per la valutazione del superamento del tasso soglia il confronto in termini di omogeneità va effettuato, nel momento della stipulazione del contratto, non con il tasso nominale ma con quello effettivo, appare oltremodo opportuno che quest'ultimo abbia una evidenziazione ufficiale, nello stesso corpo dell'atto (ad. esempio: il tasso nominale annuo è fissato nel ...%; tale tasso, in considerazione delle spese annesse al contratto e dei termini per sua restituzione è pari ad un TAEG del...%).

Infatti, la continua discesa del tasso soglia ha comportato per conseguenza che alcuni contratti, specialmente tra quelli a tasso fisso, rischiano fin dal momento della stipulazione di oltrepassare la soglia per il solo effetto del termine di durata, o dell'inserimento di un costo aggiuntivo. In caso di superamento, la sanzione di nullità discende direttamente dalla normativa antiusura (l.108/1996).

m  
o  
  
P  
a  
r  
e  
r  
e  
  
p  
r  
o  
  
v  
e  
r  
i  
t  
a  
t  
e  
  
r  
i  
c  
h  
i  
e  
s  
t  
o  
  
d  
a  
l  
  
C  
o  
n  
s  
i  
g  
l  
i  
o  
  
N  
o  
t  
a



## IL COMMENTO

L'entrata in vigore delle nuove norme sulla trasparenza bancaria sta creando notevoli problemi interpretativi e comportamenti non omogenei delle banche e dei notai.

Da parte di qualcuno si ipotizzano nullità dell'atto notarile con conseguente applicabilità dell'art. 28 legge notarile; qualche banca vuole inserire il documento di sintesi nel testo del contratto notarile di mutuo, altre lo vogliono allegare al contratto; alcune banche sembrano voler estendere la prassi della rinuncia dei clienti ai loro diritti nella fase precontrattuale; una banca, nelle sue istruzioni interne, afferma che nel caso in cui i clienti abbiano rinunciato al loro diritto ad ottenere nella fase precontrattuale copia dell'atto, la rinuncia deve constare da espressa dichiarazione di cui il notaio sarà tenuto a dare atto ed inseriscono nel contratto una clausola in cui mutuatari e garanti dichiarano di non essersi avvalsi del diritto ad ottenere una copia completa del testo contrattuale prima della stipula dell'atto.

Lo studio n. 4703 del C.N.N. raggiunge conclusioni tranquillizzanti per il notaio ma non assume una precisa posizione sulla inserzione o allegazione al contratto di mutuo del documento di sintesi (inserzione o allegazione non obbligatoria nè vietata); afferma l'opportunità di indicare l'ISC nei contratti e l'assenza di sanzioni per il notaio nel caso in cui non abbia provveduto a tale indicazione. Stranamente lo studio nulla dice a proposito delle funzioni notarile che, a mio parere, vengono pesantemente intaccate dalla inserzione o allegazione del documento di sintesi.

Con riferimento:

al T.U. 1.09.1973 n. 385 titolo VI, Trasparenza delle condizioni contrattuali, capo I, Operazioni e servizi bancari e finanziari, artt. 115, 116, 117, 118, 119, 120;

alla deliberazione del CICR 4.03.2003;

al provvedimento 25.07.2003 del Governatore della Banca d'Italia, vengono in considerazione le seguenti problematiche.

Entrata in vigore della deliberazione CICR del 4.03.2003

Il provvedimento 25.07.2003 prevede espressamente che l'entrata in vigore delle nuove disposizioni è fissata, in conformità alla delibera CICR del 4.03.2003, alla data dell'1.10.2003.

La lettera 18.09.2003 n. 218275 della Banca d'Italia al primo capoverso conferma l'entrata in vigore della nuova disciplina sulla trasparenza l'1.10.2003, come previsto dalla delibera CICR del 4.03.2003.

La frase, contenuta nella medesima lettera, "gli intermediari dovranno in ogni caso completare al più presto - e comunque entro il 31 dicembre c.a. - gli adeguamenti delle procedure operative resi necessari dalla nuova disciplina" non è evidentemente tale da prorogare il termine prescritto nella delibera CICR.

Ma la Banca d'Italia nell'allegato alla lettera di cui sopra dice anche "... la comunicazione verrà effettuata solo per eventuali variazioni intervenute dopo il 1° ottobre 2003".

Non sembra, inoltre, che la Banca d'Italia possa modificare il contenuto della delibera CICR senza una espressa previsione della stessa.

Avviso (provvedimento 25.07.2003, Sezione II, Pubblicità e informazione precontrattuale, paragrafi 1 e 2; delibera CICR 4.03.2003 art. 4; T.U. art. 116).

L'avviso contiene, tra l'altro, le "principali norme di trasparenza"; è esposto nei locali aperti al pubblico; deve indicare la disponibilità dei "fogli informativi" e il "diritto ad ottenere copia del contratto idonea per la stipula, che include un documento di sintesi", il diritto di ricevere un esemplare del contratto stipulato.

L'avviso non riguarda il notaio se non per il riferimento alla inclusione nella copia del contratto del "documento di sintesi".

Fogli informativi (provvedimento 25.07.2003, Sezione II, Pubblicità e informazione precontrattuale, paragrafi 1 e 3; delibera CICR 4.03.2003 art. 5).

Le banche mettono a disposizione dei clienti "fogli informativi", sui quali si incentra la pubblicità preventiva; deve esservi coerenza tra le informazioni riportate nei fogli informativi e il contenuto del contratto; i fogli informativi sono strutturati in modo da prevedere quanto previsto al paragrafo 3 punto 1 del provvedimento della Banca d'Italia, tra cui le clausole contrattuali che regolano l'operazione o il servizio con lo scopo di "richiamare l'attenzione del cliente su clausole non strettamente economiche contenute nel contratto"; le clausole più complesse possono essere riportate integralmente nei fogli informativi; è indicata una particolare disposizione con riferimento alla materia dei contratti di "mutuo per la casa di abitazione": i fogli informativi possono essere sostituiti da quanto previsto nella raccomandazione della Commissione Europea del 1° marzo 2001. L'allegato alla lettera Banca d'Italia 18.09.2003 dice che gli intermediari potranno dare attuazione alla nuova disciplina mettendo a disposizione della clientela un foglio informativo composto dell'attuale "foglio informativo analitico" adeguatamente integrato.

Anche il foglio informativo non sembra interessare il notaio se non in negativo nel senso più avanti precisato.

Copia completa dello schema del contratto (provvedimento 25.07.2003, Sezione II, Pubblicità e informazione precontrattuale, paragrafi 1 e 7; delibera CICR 4.03.2003 art. 8).

L'art. 8 (Informazione precontrattuale) della deliberazione CICR del 4.03.2003, prevede che il cliente ha diritto di ottenere una copia completa del testo di contratto prima della conclusione di esso per una ponderata valutazione del contenuto.

Il paragrafo 7 (informazione precontrattuale) del provvedimento Banca d'Italia 25.07.2003, prevede che, prima della conclusione del contratto, la banca consegni al cliente, che ne abbia fatto richiesta, una copia completa del testo contrattuale idonea per la stipula per una ponderata valutazione del contenuto; che la banca acquisisce un'attestazione in calce allo schema precontrattuale nella quale il cliente dichiara se intende avvalersi o meno di tale diritto.

Documento di sintesi (provvedimento 25.07.2003, Sezione II, Pubblicità e informazione precontrattuale, paragrafi 1 e 8; delibera CICR 4.03.2003 art. 9).

La delibera CICR del 4.03.2003 all'art. 9 (Informazione contrattuale) prevede che al contratto è unito un documento di sintesi delle principali condizioni contrattuali.

Il paragrafo 8 del provvedimento della Banca d'Italia 25.07.2003 (Documento di sintesi), contenuto nella sezione II (Pubblicità e informazione precontrattuale), prevede che "al contratto è unito un "documento di sintesi" diretto "a rendere immediatamente percepibili i più significativi diritti e oneri previsti dal contratto stesso" volto a fornire al cliente una chiara evidenza delle più significative condizioni contrattuali ed economiche"; che il documento di sintesi costituisce il frontespizio del contratto e che esso riproduce lo schema del foglio informativo.

L'allegato alla lettera della Banca d'Italia 18.09.2003, prevede che "per quanto concerne il documento di sintesi - con riguardo sia alla conclusione del contratto che alla consegna al cliente del testo contrattuale idoneo per la stipula - gli intermediari potranno fare riferimento" al foglio informativo.

Indicatore sintetico di costo (provvedimento 25.07.2003, Sezione II, Pubblicità e informazione precontrattuale, paragrafo 9; delibera CICR 4.03.2003 art. 9).

L'art. 9 (Informazione contrattuale) della delibera CICR 4.03.2003 prevede che la Banca d'Italia individui le operazioni ed i servizi per le quali gli intermediari sono obbligati a rendere noto un "indicatore sintetico di costo" (ISC), "comprensivo di tutti gli oneri a carico del cliente, in analogia al TAEG ...".

Il paragrafo 9 (Indicatore sintetico di costo) del provvedimento della Banca d'Italia 25.07.2003 prevede che il contratto e il documento di sintesi di cui al precedente paragrafo 8, della medesima sezione II (Pubblicità e informazione precontrattuale), riportano un "indicatore sintetico di costo" (ISC), quando hanno per oggetto categorie di operazioni indicate nell'allegato B della deliberazione del 4.03.2003 del CICR tra i quali rientrano mutui, aperture di credito, anticipazioni bancarie.

### Contratti

La sezione III (Contratti) del provvedimento della Banca d'Italia del 25.07.2003, prevede al paragrafo 1 (Premessa), che la sezione contiene disposizioni in materia di forma e contenuto minimo dei contratti; che le disposizioni della sezione si applicano a tutti i servizi bancari e finanziari (incluso il credito al consumo) offerti dalle banche in Italia; che restano rimesse ai rapporti tra banca e cliente e, in ultima analisi, alle valutazioni dell'autorità giudiziaria, le questioni relative alla validità dei contratti e alle singole clausole.

Il paragrafo 2 (Forma dei contratti) prevede che i contratti sono redatti per iscritto e che ogni esemplare di essi, comprensivo delle condizioni generali di contratto, è consegnato al cliente; che nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo e la nullità può essere fatta valere solo dal cliente.

Il paragrafo 3 (Contenuto dei contratti) prevede quanto deve essere indicato nei contratti e precisa che il testo del contratto riporta almeno le condizioni economiche e le clausole indicate nel foglio informativo.

Sono nulle e si considerano non apposte talune clausole contrattuali; la nullità può essere fatta valere solo dal cliente.

Va tenuto presente che il titolo VI (Trasparenza delle condizioni contrattuali) capo I (Operazioni e servizi bancari e finanziari) del T.U., indica, all'art. 115, l'ambito di applicazione del capo I, all'art. 116 le forme di pubblicità, all'art. 117 che i contratti sono redatti per iscritto e che in caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo; che la Banca d'Italia può prescrivere "che determinati contratti ... abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti e i titoli difformi sono nulli".

Sempre il T.U. al titolo VI (Trasparenza delle condizioni contrattuali) capo III (Regole generali e controlli) prevede all'art. 127 che le disposizioni del titolo VI sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente e che le nullità previste dal titolo stesso possono essere fatte valere solo dal cliente.

Non sembra che le disposizioni sopra indicate siano particolarmente organiche e tra loro coordinate, né che esse abbiano tenuto presente il ruolo del notaio e la natura dell'atto notarile.

In nessun modo può venire in considerazione l'art. 28 L.N. con riferimento alla materia in esame. Le nullità sono previste nel titolo VI del T.U. il cui art. 127 prevede espressamente che le nullità previste nel titolo "possono essere fatte valere solo dal cliente"; le nullità previste dal provvedimento della Banca d'Italia (ben dubbio che un provvedimento del genere possa prevedere nullità se non identiche a quelle del T.U.) si riferiscono alla violazione della prescrizione sulla forma scritta riferendosi evidentemente a contratti bancari nei quali non interviene il notaio; alla nullità di clausole particolari (paragrafo 3, Sezione III), con sostituzione ex lege di esse; in ogni caso la nullità può essere fatta valere solo dal cliente.

Particolarmente rilevante è l'art. 117 (Contratti) del T.U. secondo il quale la Banca d'Italia può prescrivere che detti contratti abbiano un contenuto tipico determinato con la previsione che i contratti difformi sono nulli.

Problema da risolvere è se le previsioni in tema di pubblicità e trasparenza (documento di sintesi e ISC) incidano sul contenuto dell'atto notarile e possano indurne la nullità nel caso di difformità rispetto alle disposizioni.

Va precisato che l'unico caso che possa far pensare all'art. 28 L.N. è quello previsto dall'art. 117 T.U. comma 8. Gli altri casi, infatti, identificano ipotesi di "nullità relativa" o "inefficacia" che non rientrano nell'art. 28 L.N.

Ma su tale punto faccio rinvio alle considerazioni svolte da Pier Luigi Fausti nel suo parere pro veritate pubblicato sul presente numero di Federnotizie.

Lo scopo delle norme sulla trasparenza delle condizioni contrattuali è chiaramente enunciato nel comunicato 25.07.2003 della Banca d'Italia: tutela della clientela e promozione della concorrenza. Le norme riguardano la pubblicità preventiva delle condizioni finalizzate anche alla comparazione, la conoscenza da parte del cliente delle clausole predisposte dalle banche, la forma e il contenuto dei contratti.

E' evidente da quanto prima riportato che avvisi, fogli informativi, copia del contratto, documento di sintesi, ISC tendono, in generale e nel loro complesso, a fornire al cliente una maggiore informazione.

Ma è innegabile che nei vari documenti si rivela una diversa "tensione" alla trasparenza: l'avviso è esposto al pubblico; deve, esso stesso, contenere le principali norme di trasparenza; deve indicare il diritto ad ottenere bozza del contratto che include un documento di sintesi e il diritto a ricevere copia del contratto. Esso costituisce il primo contatto del cliente non tanto con un funzionario (l'avviso è esposto al pubblico) quanto con "l'ambiente bancario".

I fogli informativi sono messi a disposizione (non esposti al pubblico) dei clienti, affinano il contatto con la banca fornendo varie notizie (sulla banca, sui rischi dell'operazione, sulle clausole contrattuali, ecc.) e perseguono lo scopo di richiamare l'attenzione del cliente su clausole non strettamente economiche contenute nel contratto.

La copia completa dello schema del contratto tende a rendere possibile al cliente una ponderata valutazione del contenuto: l'informazione diventa ancora più pregnante pre-raffigurando al cliente quello che sarà il suo contratto definitivo. Il cliente può richiedere tale copia: egli è già a conoscenza di tale suo diritto attraverso l'avviso, è ben libero di rinunciare, la banca deve acquisire un'attestazione dove il cliente dichiara se intenda o meno ottenere la copia.

Estremamente negativo sarebbe se le banche adottassero una prassi che, senza troppi chiarimenti, richiedesse la rinuncia del cliente ad ottenere la copia del contratto in quanto verrebbe negato lo scopo stesso delle norme sulla trasparenza bancaria.

Il documento di sintesi costituisce il frontespizio della copia del contratto e tende ad evidenziare quelle che saranno le più importanti clausole del contratto definitivo. Qui la tensione alla trasparenza è ulteriormente affinata perchè si vuol evitare che anche il cliente più disattento "sorvoli" su dette clausole.

Mentre la deliberazione della Banca d'Italia include il documento di sintesi nella pubblicità e informazione precontrattuale (paragrafo 8, Sezione II), la deliberazione CICR del 4.03.2003 prevede all'art. 9 (Informazione contrattuale contrapposta a quella precontrattuale dell'art. 8) che "al contratto è unito un documento di sintesi delle principali condizioni contrattuali".

Ciò porterebbe a ritenere che il documento di sintesi debba far parte del contratto definitivo (atto notarile) anche perchè si deve ritenere che il testo di esso debba essere conforme alla copia.

E su tale considerazione non può influire l'eventuale rinuncia del cliente ad ottenere la copia del contratto in fase precontrattuale: la rinuncia alla copia non incide, come è evidente, sul contenuto di essa e, quindi, sul contenuto del contratto definitivo.

La deliberazione della Banca d'Italia include anche l'ISC nella pubblicità e informazione precontrattuale, ma l'art. 9 CICR prevede che la Banca d'Italia individui i casi nei quali "gli intermediari sono obbligati a rendere noto" l'ISC.

Inoltre l'ISC deve essere indicato nel documento di sintesi e nello schema di contratto per cui esso dovrebbe far parte del contratto definitivo, come detto per il documento di sintesi.

A me sembra che varie considerazioni portino a ritenere che nessun obbligo sussista a carico del notaio che riceve un atto pubblico di mutuo:

le norme prese in considerazione si riferiscono a tutti i contratti bancari (basterebbe, per convincersene, il riferimento alla forma scritta) senza alcun specifico riferimento a contratti ricevuti dal notaio;

le norme tendono a fornire al cliente un tipo di informazione che egli necessariamente già riceve dal notaio: nessun senso sembra avere che in un atto notarile debba essere incluso un documento di sintesi quando il notaio è tenuto all'indagine della volontà, all'adeguamento, alla lettura integrale dell'atto e quando potrebbe succedere che documento di sintesi e contratto non siano perfettamente coerenti tra loro;

nessun senso sembra avere che il documento di sintesi costituisca il frontespizio di un atto notarile mentre ha perfettamente senso con riferimento ad altri tipi di contratti bancari;

valgono le considerazioni sostenute da Fausti sul credito al consumo sottolineando come alla previsione dell'art. 124 n. 2 lettera c del T.U. (Indicazione nei contratti del TAEG) non sia connessa alcuna sanzione di nullità che, comunque anche a volerla ipotizzare, rientrerebbe in quelle dell'art. 127 comma 2;

i controlli (art. 128 T.U.) relativi al titolo VI, le sanzioni penali e amministrative previste dal T.U. sono rivolte unicamente agli intermediari (dell'art. 117 comma 8 si è già detto).

Concludendo.

A mio parere nessuna influenza sulla redazione degli atti hanno le norme esaminate; nessun obbligo sorge a carico del notaio; nessuna sanzione può di conseguenza essergli applicata, in particolare per non aver inserito negli atti il documento di sintesi e l'ISC.

Il che non toglie che sia opportuno inserire nei contratto l'ISC con lo scopo di conferire ad essi una maggior chiarezza e trasparenza.

A mio parere vanno respinte recisamente le imposizioni delle banche particolarmente con riferimento a clausole che riguardano la rinuncia dei clienti ai loro diritti dato che essa si riferisce esclusivamente alla fase precontrattuale che deve essere gestita esclusivamente dalla banca senza che alcuna clausola ad essa relativa venga inserita nel contratto.

Ma va anche recisamente respinta la pretesa di inserire o allegare ad un contratto notarile un documento di sintesi che tenda ad evidenziarne i punti principali ai fini della trasparenza: ciò costituisce un pesante attentato alla funzione fondamentale del notaio che è quella di interpretare la volontà delle parti svolgendo anche la funzione di adeguamento e di dare lettura dell'atto.

Il C.N.N. dovrebbe immediatamente prendere contatti con l'ABI per concordare modalità di procedimento omogenee e per evitare che da una normativa palesemente tesa ad attuare una miglior trasparenza dei rapporti, soprattutto con riferimento alla fase precontrattuale, derivi una ingiustificata lesione delle funzioni notarili.

Gian Franco Condò notaio in Lecco

Esperienze

#### CESSIONI DI CREDITI CARTOLARIZZATI E CANCELLAZIONI IPOTECARIE

Non credo che molti di noi abbiano prestato particolare attenzione ad alcune conseguenze (perverse) che traggono origine dal sistema che il Legislatore ha ideato per le cessioni di crediti fra banche e/o società che si occupano di cartolarizzazione dei crediti.

Naturalmente queste cartolarizzazioni non hanno nulla a che vedere con le dismissioni degli immobili degli enti previdenziali, SCIP1, SCIP2 et similia, dove pure vigono regole che possono far inarcare qualche sopracciglio, ma, come suol dirsi, quella è un'altra storia.

Quando, come al solito a causa di un caso concreto, mi sono soffermato sul quadro legislativo, che regola la materia, ho avuto la conferma di quello che da tempo considero un dato di fatto e cioè del potere senza pari che il mondo delle banche e della finanza esercita sul Legislatore.

Le norme che vengono in considerazione sono l'art. 58 del T.U.B. – Testo Unico Bancario ovvero D. Lgs. N.385 del 1993 e gli articoli (in particolare n.3 e n.4) della Legge 30 aprile 1999 n.130 intitolata Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti.

Per comodità di lettura, ne riporto sinteticamente il contenuto.

L'art.58 T.U.B. si occupa fra l'altro della cessione alle banche di rapporti giuridici in blocco (e quindi anche di rapporti di credito) e recita: "2. La banca cessionaria dà notizia dell'avvenuta cessione mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana." e prosegue: "3. I privilegi e le garanzie di qualsiasi tipo, da chiunque prestate o comunque esistenti a favore del cedente, conservano la loro validità e il loro grado a favore della banca cessionaria senza bisogno di alcuna formalità o annotazione."

La Legge n.130/1999, dopo aver individuato all'art. 3 le società per la cartolarizzazione dei crediti, all'art. 4 dice: "Alle cessioni dei crediti poste in essere della presente legge si applicano le disposizioni contenute nell'art. 58, commi 2, 3 e 4, del testo unico bancario."

Insomma ora non solo le banche ma anche le società che hanno ad oggetto l'attività finanziaria di cartolarizzazione possono cedere innumerevoli rapporti giuridici con un unico contratto, per il quale non è prevista alcuna forma pubblicitaria ad eccezione della pubblicazione della "notizia" sulla Gazzetta Ufficiale, con un annuncio del tutto simile all'avviso di convocazione di un'assemblea societaria.

Le operazioni di cartolarizzazione disciplinate dalla L. 130/1999 sono sempre più numerose e non riguardano solo cifre da manovra finanziaria.

Al contrario, vengono poste in essere con frequenza dai maggiori istituti bancari che cedono, per lo più a società loro figlie e per i motivi più svariati "blocchi" di crediti che talvolta non sono neppure di facile individuazione per l'osservatore terzo.

Sotto questo profilo è interessante osservare nella Gazzetta Ufficiale uno di questi avvisi. Talvolta è abbastanza semplice comprendere se un credito è ricompreso nella cessione: "La cessione riguarda tutti i mutui stipulati fra la data x e la data y". In altri casi non è altrettanto agevole: "La cessione riguarda ... tutti i mutui classificati alla data xy nelle scritture contabili dell'Istituto come 1) sofferenze; 2) incagliati; 3) ...".

Ovvio che senza conoscere le scritture contabili del cedente i rapporti non sono identificabili.

E' poi normale che si presentino, per così dire, catene di S. Antonio relative agli stessi pacchetti di crediti che da A vengono venduti a B che li cede a C e così via.

Bene, si dirà, l'esigenza della circolazione veloce di beni e diritti, la società moderna coi suoi ritmi e coi suoi notai "telematici" e "teleconferenzisti" non consente più di appesantire questa fattispecie con un iter colmo di adempimenti e passaggi.

Pertanto anche tutti i privilegi e le garanzie (leggi ad es. ipoteche) si trasferiscono automaticamente, senza alcuna annotazione dalla società A alla società B (e magari alla C), senza che per nessuno sia possibile rendersene conto, ad eccezione di quei pochi fortunati che amano trascorrere la giornata immersi nella lettura del Foglio delle Inserzioni della Gazzetta Ufficiale.

In questa situazione, vi viene richiesto di procedere alla classica cancellazione di un'ipoteca e vi rivolgete fiduciosi al creditore originario, cioè a quello che in base alle risultanze dei titoli in vostro possesso e delle visure di aggiornamento che avete provveduto giudiziosamente ad espletare, vi appare essere l'unico, vero, inimitabile ... Creditore Ipotecario.

D'altra parte, siete stati cresciuti, fin dalla più tenera infanzia, alla regola che "quod non est in Conservatoria, (pardon: actis) non est in mundo" e non sarebbe logico che vi abbandonaste alla coltivazione del dubbio Realtà/Apparenza.

Se pensate che il creditore originario si dichiari incompetente, vi rimetta sulla buona strada e vi indichi il suo avente causa, probabilmente peccate di ottimismo: ciò può avvenire in un limitato numero di casi, ma purtroppo normalmente accade che l'ufficio con il quale siete in contatto per ricevere l'assenso alla cancellazione, non sia neppure al corrente dell'avvenuta cessione e di chi sia divenuto titolare: per esso la posizione debitoria è chiusa, quindi nulla osta.

Talvolta poi non ha neanche la capacità di percepire la rilevanza del problema: spesso la società cessionaria del credito è al 100% figlia del creditore originario, cosa che pare sufficiente al vostro interlocutore per "surrogarsi" nell'assentire alla cancellazione: parlo per esperienza diretta.

Perciò in questo caso è molto probabile che l'atto di assenso venga sottoscritto da chi con il credito non ha più alcun rapporto e, di conseguenza, non ha alcun titolo per acconsentire all'eliminazione delle garanzie.

Tuttavia l'esigenza di velocizzare i rapporti giuridici, la circolazione di beni e diritti (e pure di rendere agevole la vita delle banche) viene così salvaguardata e se la cancellazione è stata assentita da chi non aveva diritto di farlo, poco male.

Che poi ci sia un art. 2883 C.C. e magari un art. 54 Reg. L. N. , è cosa che solo i più inguaribili pignoli possono voler sottolineare.

Dalla piccola indagine esperita non mi sembra che sull'altro versante (conservatoria), si nutrano particolari preoccupazioni: c'è stato l'intervento del notaio, avrà ben verificato lui se chi ha detto "OK assentiamo" aveva il potere di farlo.

E' pur vero che nella normalità dei casi le conseguenze per le parti saranno trascurabili: le ipoteche vengono solitamente cancellate quando il debito che garantiscono è stato già da tempo saldato; che poi la cancellazione sia assentita da un soggetto "incompetente" non è fatto tale da creare danni né al creditore, né al debitore. Tuttavia non sempre è così: nel caso concreto che mi ha fatto soffermare sulla questione, il debito era tutt'altro che saldato, lo sarebbe stato in sede di vendita dell'immobile ipotecato e ciò nonostante l'istituto bancario originariamente creditore, pur avendo ceduto il rapporto a società sue figlie, insisteva (devo dire con vera arroganza) per rilasciare in proprio l'assenso alla cancellazione.

La principale e più vistosa conseguenza che deriva dalle norme in discorso è la lacerazione di un sistema che, pur sicuramente imperfetto, fa parte della nostra cultura, del modo di essere del nostro lavoro, lacerazione tale da lasciarci interdetti quando veniamo a contatto con essa e da spingerci a riflettere sulla possibilità di "ridurre i danni" che possono derivare da queste nuove regole del gioco. Sarebbe forse possibile ipotizzare di ricevere gli atti di assenso solo a fronte di una dichiarazione della banca o della società che attestasse di essere legittima "titolare" del credito.

Ma sarebbe accettata una simile richiesta, oppure il sistema delle banche e della finanza la rifiuterebbe, forte del potere che gli ha permesso di dettare regole particolari ed eccezionali, valide solo quando sono di scena i suoi interessi?

E comunque, anche se accettata, questa dichiarazione ovvierebbe realmente al problema, se non fosse rispondente al vero?

E' a mio parere difficile che possano esserci interventi legislativi che risolvano la questione, dal momento che la normativa nasce proprio da "esigenze" di semplificazione e sarà quindi difficile una sua rettifica: tuttavia, poiché l'art. 58 T.U.B. afferma che per queste cessioni la Banca d'Italia emana istruzioni e "può stabilire forme integrative di pubblicità", forse questa potrebbe essere la via di un'auspicabile correzione di rotta, se riuscissimo a dimostrare che l'esigenza di certezza non giova solo al notaio.

Carlo Cafiero

Corrispondenza

**CONCORSO IN CRISI**

Il 12, 13 e 14 novembre si sono svolte le prove scritte del concorso notarile.

Alcune riflessioni sulla tempistica nella dettatura dei temi e sulla formulazione dei quesiti, possono costituire una valida occasione di verifica dell'attenzione del Consiglio Nazionale sulle

problematiche relative all'accesso alla professione ed in particolare sulle modalità di svolgimento delle prove concorsuali.

Il Consiglio Nazionale relativamente al Concorso notarile bandito con D.D.G. 10-12-1999 allo scopo di seguire più "dall'interno" lo svolgimento delle varie fasi delle prove concorsuali, aveva segnalato al Ministero, quale membro della nominanda Commissione un suo componente, individuato in tale occasione nella persona del collega Mario Mazzola.

L'intento era quello di conferire alle prove concorsuali connotazioni più umane con l'eliminazione di eccessivi ritardi nella dettatura dei temi e con la formulazione di quesiti che avessero ad oggetto argomenti utili a saggiare la cultura, la logicità complessiva delle argomentazioni, la capacità di ragionamento dei candidati.

In considerazione del deludente svolgimento delle ultime prove concorsuali, per ciò che appresso dirò, c'è da chiedersi perchè il Consiglio Nazionale abbia inteso abbandonare quel meccanismo che aveva instaurato con la segnalazione al Ministero di un suo componente quale membro della Commissione esaminatrice.

Veniamo allo svolgimento di quest'ultimo concorso.

Sembra che in nessuno dei tre giorni dedicati alle prove scritte il tema sia stato dettato prima delle ore 13,30. La mia personale opinione è che anche la formulazione dei quesiti proposti non sia idonea ad operare una corretta ed approfondita valutazione dei candidati in sede di correzione degli elaborati. E' stata confermata la tendenza, constatata in alcuni degli ultimi concorsi, a proporre ai concorrenti la redazione di atti complessi (e mi riferisco all'atto tra vivi) che riduce eccessivamente il tempo disponibile per la trattazione degli argomenti teorici e degli spunti motivazionali, privilegiando inevitabilmente l'aspetto pratico e la conoscenza casuale (o legata all'appartenenza a limitate aree geografiche) di alcune disposizioni, quali ad esempio l'art. 47 della legge 29.12.1990 n. 428 in materia lavoristica.

E' anche accaduto che la traccia di volontaria giurisdizione, trattando il divieto di cui all'art. 323 c.c. come se fosse un ordinario conflitto di interesse, richiedesse ai candidati di redigere un ricorso per la convalida di un atto che non sarebbe stato possibile compiere, neanche previa autorizzazione del giudice, nè dai genitori, nè da un curatore speciale, per cui il provvedimento di autorizzazione eventualmente adottato dal giudice non verrebbe a sanare l'invalidità dell'atto (in tal senso l'unanime dottrina: - Bucciante in Trattato Rescigno, IV, pag. 640; Ferri, Potestà dei genitori - commentario Scialoja-Branca, pag. 116-117; A e M. Finocchiaro, Dir. famiglia, II, pag. 2146).

Ritengo che, paradossalmente, siano stati penalizzati quei candidati, che più preparati degli altri conoscendo la complessità del problema, hanno dovuto analizzare a lungo la questione alla ricerca di soluzioni di più certa legittimità rispetto all'opinione della Commissione che emergeva con evidenza dalla traccia.

Se questo è lo stato dell'arte, bisogna chiedersi, quanto abbia contribuito a delineare tale situazione l'iniziativa assunta dal Ministero di discostarsi da una consolidata prassi nella nomina dei componenti della Commissione del concorso, scegliendo dei notai che non erano stati inseriti nella "rosa" dei nominativi scelti dal Consiglio Nazionale. Ma bisogna anche chiedersi se l'attenzione che il Consiglio Nazionale ha dedicato alla scelta dei notai componenti la "rosa" da segnalare al Ministero e soprattutto la trasparenza sui criteri e le modalità con i quali è stata operata la scelta negli ultimi anni e negli ultimi concorsi sia tale da giustificare non solo la richiesta dell'osservanza di tale prassi da parte del Ministero, ma di auspicare anche che la prerogativa del Consiglio Nazionale di designare i nominativi che compongono la "rosa" sia disposta legislativamente.

Mi riferisco in particolare al concorso indetto con D.D.G. 10.12.1999 relativamente al quale sono diventate di dominio pubblico le lacerazioni (dimissioni di due notai e di un Professore) provocate in seno alla Commissione dal riesame degli elaborati di una candidata (a busta aperta e identità nota).

Il Consiglio Nazionale dovrebbe dare una risposta chiara e trasparente per dissolvere le ombre sulla serietà del concorso notarile che hanno ingenerato anche pericolose domande. Ciò potrebbe fare assicurando il Notariato che sono infondate le notizie secondo le quali il Consiglio Nazionale



avrebbe designato uno dei notai di quella Commissione nonostante "il grido di dolore" fatto pervenire dal Consiglio Notarile del distretto di appartenenza, che stava per comminare a tale notaio la sanzione della censura successivamente confermata dalla Suprema Corte di Cassazione. Se ciò fosse accaduto, sarebbe necessario rivedere i criteri che vengono adottati dal Consiglio Nazionale per la scelta dei notai da segnalare al Ministero, o rinunciare dignitosamente a tale prerogativa anche in considerazione di quanto accaduto in occasione del concorso in atto. L'altra risposta che il Consiglio Nazionale dovrebbe dare è perché abbia inteso abbandonare quel meccanismo che aveva instaurato con la segnalazione al Ministero di un suo componente quale In proposito voglio ricordare due delibere adottate dal Consiglio Nazionale: La prima n. 1/1539 del 5 luglio 2002 nella quale si dice "esprime - la vivissima preoccupazione della intera categoria per la situazione che si è verificata nello svolgimento della menzionata procedura concorsuale; riafferma - il principio che i valori della trasparenza, dell'anonimato e dell'uniformità di trattamento devono essere garantiti con ogni mezzo possibile anche in fase di riesame degli elaborati dei candidati ammessi a nuova correzione, al fine di preservare la qualità ed il rigore nell'accesso alle funzioni notarili, elemento qualificante della professione;" La seconda del 28 marzo 2003 in cui "preso atto - che in nessun momento sono venuti a mancare, in seno al Consiglio Nazionale, i sentimenti di stima, di fiducia e di certezza delle qualità morali e professionali del consigliere Mario Mazzola, nonché della assoluta lealtà, rigore e correttezza con i quali egli si è reso portatore delle indicazioni maturate in seno al CNN - delibera - di esprimere ancora una volta il più alto apprezzamento per l'impegno, la dedizione, lo straordinario livello culturale profusi dal consigliere Mario Mazzola nello svolgimento del suo incarico". Sarebbe opportuno, sempre ai fini della necessaria trasparenza che il Consiglio Nazionale dicesse con chiarezza se ha condiviso ed approvato la decisione del collega Mazzola di fare sostenere le prove orali ad una candidata ammessa a seguito di riesame disposto dal T.A.R., non solo prima che fosse completato il riesame delle prove scritte di altri candidati ammessi alla ricorrezione dal T.A.R., ma addirittura con precedenza rispetto a candidati già ammessi alla prova orale con il giudizio della commissione e per i quali non pendeva alcun giudizio amministrativo; decisione che provocò le dimissioni di tre commissari tra i quali il Professore Santoni, membro effettivo della Commissione.

Ciro Raiola notaio in Verona

## LA TRASPARENZA BANCARIA

### IL PARERE

E' stato chiesto di esprimere un parere *pro-veritate* in ordine alle possibili conseguenze per i contratti notarili di mutuo stipulati a partire dal 1° ottobre u.s., del mancato adeguamento da parte delle banche alla nuova disciplina della trasparenza, in vigore appunto da tale data<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> La circolare della Banca d'Italia è datata 25 luglio 2003 ed è stata pubblicata sulla

Gazzetta Ufficiale del 19 agosto 2003 n. 191, supp.ord. n. 137; essa ha comportato l'aggiornamento n. 9 delle Istituzioni di Vigilanza di cui alla originaria circolare 229 del 21 aprile 1999. La delibera CICR, oggetto di attuazione da parte di Banca d'Italia, è del 4 marzo 2003 (G.U. 27 marzo 2003, n.72) e dispone l'entrata in vigore dei provvedimenti il 1° ottobre 2003: tale termine transitorio è (era) in disponibilità del CICR, per effetto

Occorre premettere che il compito non è agevole, in considerazione delle difficoltà interpretative inerenti sia le norme neo-emanate, sia quelle contenute nel titolo VI del testo unico bancario (Trasparenza delle condizioni contrattuali): difficoltà, a loro volta, originate da una tecnica redazionale imperfetta, frutto di una ancora problematica dimestichezza con i concetti sorti nell'ambito del diritto consumeristico.

Le novità normative che sembrano rilevanti per l'attività notarile sono le seguenti:

a) Le banche sono anzitutto tenute a mettere a disposizione dei clienti "fogli informativi" strutturati nelle seguenti sezioni: informazioni sulla banca; caratteristiche e rischi tipici dell'operazione o del servizio; condizioni economiche dell'operazione o del servizio; clausole contrattuali che regolano l'operazione o il servizio.

Inoltre, prima della conclusione del contratto il cliente ha il diritto, non comprimibile dalla banca ma dal cliente stesso rinunciabile, di ottenere "una copia completa del testo contrattuale idonea per la stipula per una ponderata valutazione del contenuto"<sup>11</sup>. La copia espressamente deve comprendere il testo delle condizioni generali di contratto.

Si è posto il dubbio se sia necessario inserire nel contratto notarile una clausola con la quale la parte mutuataria dichiara di essersi/non essersi avvalsa del proprio diritto di avere preventiva conoscenza del contratto.

Tale clausola non è, in effetti, né necessaria né opportuna.

---

della delega contenuta nell'art.116 *t.u.b.*, ma non di Banca d'Italia: ogni rinvio da quest'ultima disposto sembra, pertanto, avere valore esclusivamente nei rapporti disciplinari tra quest'ultimo ente e le banche.

<sup>11</sup> Le espressioni nel testo comprese tra virgolette sono tratte dalle norme attuative emanate dalla Banca d'Italia. "La consegna di copia del contratto idonea per la stipula può essere subordinata al pagamento, da parte del cliente, di un rimborso spese": nota 2 all'art.7.

La certezza di una esauriente informazione preventiva non può realizzarsi attraverso l'introduzione di clausole destinate a divenire più o meno "di stile", quanto attraverso la prescrizione di un comportamento attivo di comunicazione e la fissazione di modalità che rendano concretamente ed obiettivamente riscontrabile tale comportamento. Un esempio di tali modalità è offerta dalla legislazione spagnola (decreto 5 maggio 1994, relativo alla trasparenza delle condizioni finanziarie dei prestiti ipotecari alle persone fisiche per la casa) in forza della quale, tra l'altro, il mutuatario ha il diritto di esaminare il progetto di atto nello studio del notaio durante i tre giorni lavorativi precedenti la sua stipulazione.

Nulla del genere è previsto dalla normativa italiana, che rimette per la generalità di tutti i contratti alla stessa parte obbligata la formazione e la conservazione delle prove dell'avvenuto adempimento: è infatti previsto che "la banca acquisisce attestazione dell'avvenuta consegna su una copia del foglio informativo stesso, che conserva agli atti", e che "la banca acquisisce una apposita attestazione in calce allo schema contrattuale, nella quale il cliente dichiara se intende avvalersi o meno di tale diritto. Ove le parti addivengano alla conclusione del contratto, l'attestazione è conservata dalla banca".

Pur rimanendo scettici sull'efficacia di tale soluzione normativa, è del tutto chiaro che ogni eventuale dichiarazione resa nel contesto dell'atto stipulato, sebbene ovviamente non vietata, sarebbe del tutto pleonastica: l'attestazione rilevante ai sensi di legge è solo quella acquisita in calce

allo "schema contrattuale", che attiene alla

fase pre-contrattuale. Sarebbe quindi

auspicabilmente da evitare che il notaio

acquisisca dichiarazioni inutili, che possono

ingenerare l'apparenza di un rispetto della legge solo formale, relative per di più ad adempimenti non solo istituzionalmente riservati ad altri soggetti, ma anche esclusi dalla sua conoscenza effettiva.

Solo per completezza, si osserva che nell'ambito degli elementi formativi del consenso contrattuale, la prescrizione di un adempimento di carattere procedurale appare, per l'ordinamento interno, del tutto inconsueto; con conseguente problematicità di individuazione delle stesse sanzioni civilistiche per la mancata consegna del documento<sup>12</sup>.

b) Ulteriore documento informativo è il "documento di sintesi", "volto a fornire al cliente una chiara evidenza delle più significative condizioni contrattuali ed economiche". Tale documento riproduce lo schema del foglio informativo, salva la possibile omissione delle informazioni riguardanti la banca e di quelle relative alle caratteristiche e ai rischi dell'operazione o del servizio. Esso è "unito" al contratto: sembrerebbe, pertanto, sia alla copia, che deve essere completa, per l'informativa precontrattuale, sia all'originale vero e proprio: il documento di sintesi, infatti, oltre a dover essere redatto con modalità anche grafiche di immediata percezione e comprensione, "costituisce il frontespizio del contratto". Potrebbe tentare di sostenersi che il documento di sintesi debba essere unito al solo schema per l'informativa precontrattuale: a ciò sembrerebbe contribuire la collocazione della relativa prescrizione nella sezione seconda della circolare di Banca d'Italia,

relativa alla "pubblicità e informazione precontrattuale". Tuttavia, la fonte dell'obbligo risiede nella delibera C.I.C.R., e precisamente nell'art. 9 della stessa, il quale è significativamente rubricato "informazione contrattuale"; senza contare il fatto che, potendo l'informazione precontrattuale essere "rinunciata" dal cliente, negare l'unione del documento di sintesi almeno al contratto vanificherebbe pressoché del tutto l'impalcatura costitutiva della trasparenza. Inoltre, la nota n.2 dell'art. 7 della stessa circolare, si riferisce alla consegna al cliente di una copia del contratto

"idonea per la stipula": da cui si deduce che la copia idonea per l'informativa precontrattuale, completa di condizioni generali e documento di sintesi, è anche quella (l'unica) idonea per la stipula dell'originale.

Il documento di sintesi costituisce il *trait d'union* tra la procedura informativa e il contratto vero e proprio: e fin d'ora si intuisce come lo stesso, primo punto di arrivo della contrattazione tra le parti, possa in futuro divenire la parte più importante dell'accordo stesso, causando una generale semplificazione dei contratti, oggi spesso prolissi e pleonastici.

Un primo problema è meramente redazionale e concerne la compatibilità della posizione in frontespizio con le caratteristiche formali dell'atto pubblico. Sembra al proposito possibile avvalersi delle conclusioni raggiunte dalla dottrina relativamente ad un altro requisito formale che contrasta con la disciplina dell'atto pubblico: quello della doppia sottoscrizione delle clausole vessatorie (artt. 1341 e 1342 c.c.). Qui, pur ricordando la tesi secondo la quale le modalità di ricevimento dell'atto pubblico assicurano la piena conoscibilità del contenuto dell'atto rendendo superflua ogni ulteriore prescrizione formale, è preferibile ritenere che, in tali situazioni, sia possibile e doveroso ricercare modalità pratiche che costituiscano un

<sup>12</sup> Di generica inopponibilità al consumatore parla F. Macario, relativamente agli aspetti procedurali del credito al consumo, in Commento al d.lgs. 1° settembre 1993, n.385, a cura di F. Belli, G. Contento, A. Patroni Griffi, M. Porzio e V. Santoro, vol. II, 2038 s., Bologna, 2003.

ragionevole compromesso nel rispetto di entrambe le discipline. Con riguardo al caso in esame, pertanto, sembra ammissibile che 1) il documento di sintesi sia riportato nel corpo dell'atto, posizionandolo all'inizio dello stesso, subito dopo la comparsa e le attestazioni di rito, quale prima premessa idonea a captare prioritariamente l'attenzione della parte mutuataria; oppure, ma in subordine, 2) il documento di sintesi sia allegato all'atto, ma con una specifica prescrizione (deontologica) di non consentirne la rinuncia alla lettura e di effettuarne la lettura preliminarmente a quella del dispositivo contrattuale.

Secondo problema è cosa succede se la banca non abbia ancora predisposto il documento di sintesi, ovvero se vi siano conseguenze di alcun genere sull'atto stipulato che sia mancante di tale elemento. Se, infatti, il cliente può rinunciare all'informativa precontrattuale, al contrario non è prevista alcuna possibilità di deroga all'unione del documento di sintesi al contratto almeno al momento della stipula. Per opportunità di svolgimento, si rinvia la trattazione di questo aspetto alla fine del prossimo paragrafo.

c) Le disposizioni della Banca d'Italia ricomprendono anche alcune prescrizioni in materia di contenuto del contratto.

L'art. 9 della circolare prevede, infatti, che il contratto (oltre che il documento di sintesi e lo stesso foglio informativo: per quest'ultimo il riferimento normativo è l'art.3) riporti un indicatore sintetico di costo (ISC), "calcolato conformemente alla disciplina sul tasso annuo effettivo globale (TAEG)".

Anche qui potrebbe a prima vista sostenersi che, poiché l'art. 9 della circolare costituisce l'ultimo articolo della sezione II, dedicata alla pubblicità e alla informativa precontrattuale, l'ISC debba essere contenuto nel solo schema contrattuale a quest'ultima destinato. Tuttavia anche qui vale la diversa rubrica dell'art. 9 della delibera CICR. Inoltre, poiché l'art. 3 della sezione III della

circolare, chiaramente rubricato "contenuto dei contratti", al comma 1 dispone "che il testo del contratto riporta almeno le *condizioni economiche*<sup>13</sup> e le clausole indicate nel foglio informativo"; e poiché l'art. 3 (sez. II) nel prescrivere i contenuti del foglio informativo chiaramente ricomprende nel dettaglio delle *condizioni economiche*<sup>14</sup> anche il "TAEG o indicatore sintetico di costo", sembra indubbio che tale elemento debba venire a fare parte del contratto effettivamente oggetto di stipula.

Con ciò viene finalmente superata la non giustificata, per questo aspetto, diversità di trattamento tra operazioni di credito al consumo e altre operazioni di finanziamento: è infatti del tutto evidente l'utilità dell'indicazione del tasso effettivo sia al fine di poter effettivamente comparare le condizioni contrattuali proposte dalle diverse banche (alcune delle quali integrano di fatto i tassi nominali pattuiti con spese di vario genere), sia al fine di poter controllare sulla base di dati omogenei il possibile superamento del tasso soglia anti-usura: quest'ultimo viene infatti elaborato sulla base degli stessi elementi (costitutivi del TEGM) che vengono computati per il TAEG.

Proseguendo nella disamina delle ulteriori prescrizioni di contenuto, si osserva che le norme sono state più che altro l'occasione per il riepilogo di regole già vigenti autonomamente, e autonomamente sanzionate. Infatti:

- "l'indicazione di tasso di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali oneri di mora" (art.3, 1° comma), costituisce una mera ripetizione di quanto già previsto dall'articolo 117, 4° comma *t.u.b.*. In più è prevista l'indicazione delle commissioni spettanti alla banca, delle voci di spesa a carico del cliente, comprese quelle relative alle comunicazioni. La norma precisa,

<sup>13</sup> Corsivo di chi scrive.

<sup>14</sup> Corsivo di chi scrive.

ulteriormente, che "il testo del contratto riporta almeno le condizioni economiche e le clausole indicate sul foglio informativo". Il significato di quest'ultima disposizione è chiaro: in più vuole anche dire che, in fase di stipulazione del contratto, alcune clausole possano essere corrette in senso più favorevole al cliente. Poiché principio ricavabile dalle norme del titolo VI *t.u.b.* è quello della invalidità di tassi, prezzi o condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati, deve infatti inferirsi che in forza dell'inciso in oggetto i costi che emergono dal contratto devono essere almeno pari (se non inferiori, ma comunque non superiori) a quelli del foglio informativo;

- la nullità delle clausole di rinvio agli usi (articolo 3, 2° comma) è già prevista dall'articolo 117, 6° comma, *t.u.b.*;

- novità, invece, costituisce la prescrizione (art. 3, 3° comma), nel caso che il contratto contenga clausole di indicizzazione, di indicare il valore del parametro al momento della conclusione del contratto;

- la facoltà inerente allo *ius variandi* (art. 3, 4° comma), riproduce solo l'art. 117 5° comma *t.u.b.*;

- le prescrizioni dell'art. 3, 6° e 7° comma costituiscono ripetizioni della delibera C.I.C.R. del 9 febbraio 2000 in materia di anatocismo; così come quelle dell'articolo 3, 8° comma riproducono la delibera C.I.C.R. pure del 9 febbraio 2000 in tema di estinzione anticipata del credito fondiario.

Le novità di contenuto disposte dalla Banca d'Italia consisterebbero, in definitiva, in una più analitica indicazione dei costi a carico della clientela, nell'indicazione dell'ISC, e nell'indicazione del valore attuale del parametro di indicizzazione.

Cosa succede, tuttavia, se la banca non fornisce il dato numerico rappresentativo dell'ISC (o TAEG), o gli altri nuovi dati richiesti? Al fine di dare una risposta a tale quesito, occorre ricordare che la circolare della Banca d'Italia in esame

costituisce disposizione attuativa della delibera C.I.C.R. del 4 marzo 2003. La delibera C.I.C.R., a sua volta, come espressamente dichiarato nella premessa, è emanata ai sensi degli artt. 116, comma 3, 117, comma 2, 118, comma 1 e 119, comma 1 *t.u.b.*: una prima osservazione è che nessuna delle norme richiamate prevede testualmente alcun tipo di sanzione.

Non può, però, sfuggire all'interprete che la Banca d'Italia per certo verso ha esorbitato i limiti della delibera C.I.C.R., andando a dettare disposizioni in tema non solo delle materie espressamente "delegate", ma anche di "contenuto minimo dei contratti". Si deve quindi preliminarmente affrontare il problema dell'eventuale coordinamento con l'articolo 117, 8° comma, *t.u.b.*, il quale dispone letteralmente che "La Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti o titoli, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti e i titoli difformi sono nulli".

Non sembra, però, che la fattispecie normativa qui richiamata riguardi le disposizioni in questione:

- anzitutto non è stato osservato l'iter procedurale di legge: le norme di Banca d'Italia in esame costituiscono espressa attuazione di una delibera C.I.C.R.; la fattispecie invece dell'ultimo comma dell'articolo 117 *t.u.b.* prevede una iniziativa autonoma della Banca d'Italia;

- la stessa fattispecie di cui all'articolo 117, 8° comma sembra far riferimento a contenuti di tipo normativo e non di tipo materiale quali quelli derivanti dalle norme qui esaminate: si vuole cioè assicurare la congruenza di contenuti giuridici con la denominazione data agli stessi in modo che il cliente non possa ad es. scambiare, come è capitato, un tipo di investimento per un altro. In tali casi ovviamente ha senso anche la prevista corrispondente sanzione di nullità totale, che costringe la banca a restituire il denaro al cliente;

- da ultimo, ma si direbbe con argomentazione decisiva, si osserva che la stessa sanzione di nullità totale prescritta da questo comma, sarebbe assolutamente contraria agli interessi del cliente (esposto per quel verso all'anticipata restituzione dell'intero) nonché allo spirito che informa le norme sulla trasparenza, tutte rivolte alla salvaguardia del contratto, salva l'eliminazione o la sostituzione delle clausole non adeguate.

La sensazione complessiva, in sostanza, è che le prescrizioni di contenuto inserite nelle norme emanate dalla Banca d'Italia costituiscano un semplice completamento di un provvedimento che sorge nell'area della "comunicazione": la norma di primo riferimento della delibera C.I.C.R. è proprio l'articolo 116 *t.u.b.* il quale significativamente è rubricato "pubblicità"; gli artt. 118 e 119 *t.u.b.* vengono richiamati espressamente per gli aspetti relativi alle comunicazioni ai clienti; mentre le disposizioni dettate in tema di forma dei contratti (117, comma 2 *t.u.b.*) consistono in effetti in ipotesi di deroga alla forma scritta. La logica che sottende l'ampliamento della materia normata è che sarebbe evidentemente inutile prescrivere comportamenti in tema di pubblicità se poi questi non possono avere un riscontro verificabile nei contenuti. Pertanto, ed in conclusione, sembra potersi tranquillamente concludere che la sanzione per l'inosservanza delle disposizioni di carattere contenutistico inserite nelle norme emanate da Banca d'Italia non è sicuramente quella testuale prevista dall'art.117 u.c. *t.u.b.*<sup>15</sup>.

L'analisi è, tuttavia, da completare; e, posto che comunque ci si trova in una sfera di sanzionabilità virtuale, in quanto non testualmente disposta, si tratta di

<sup>15</sup> Sull'ultimo comma dell'art. 117 *t.u.b.* non sono state rinvenute indicazioni giurisprudenziali, numerose, invece, su altri aspetti disciplinati dall'art. 117, come il divieto di rinvio agli usi (clausole "uso-piazza"), e la prescrizione di forma scritta. In dottrina, la disposizione è oggetto di critica per l'effetto di nullità totale e non parziale, come le altre sanzioni.

individuare quali possono essere le norme di riferimento da cui trarre indicazioni comportamentali. Orbene, sembra indubbio che, al proposito non si possa prescindere dall'osservazione della contigua disciplina dettata per il capo II del titolo VI (artt. 121-126): quella emanata in tema di credito al consumo.

Anzi, una prima analisi della nuova disciplina corrobora la persuasione, già indotta dall'osservazione delle esperienze tedesca e francese, di una consumerizzazione dello stesso concetto civilistico di mutuo. L'estensore delle norme si muove ormai nell'ottica del credito al consumo: non solo il TAEG, ma anche concetti come "contenuto minimo" e gli stessi meccanismi procedurali di consegna dei documenti, rievocano indubbiamente le analisi e le argomentazioni tipiche di questo settore dei finanziamenti, le cui conclusioni dovranno sicuramente rivedersi anche alla luce delle stesse norme qui commentate<sup>16</sup>.

Si osserva, dunque, al proposito che:

- ai sensi dell'articolo 124 *t.u.b.* la nullità è testualmente prescritta (comma 3) solo e specificamente quando i contratti di credito al consumo abbiano a oggetto l'acquisto di determinati beni o servizi e, in tal caso, non contengano la descrizione analitica degli stessi, il prezzo di acquisto e gli eventuali acconti, le condizioni per il trasferimento del diritto di proprietà: tutte fattispecie che sicuramente non rilevano agli effetti di cui trattasi;

- per il caso di mancata indicazione del TAEG, questo viene sostituito *ex lege* con il "tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministero del tesoro, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto" (art. 124, comma 5); soluzione analoga a quella prevista per il caso mancata

<sup>16</sup> Considerando che è già stata proposta una nuova direttiva sul credito al consumo, è facile prevedere che la materia non riuscirà molto presto a trovare un assetto definitivo.

indicazione per iscritto del tasso nominale (art. 117, commi 4 e 7 lettera a);

- la mancata espressa e contrattuale indicazione di spesa, è sanzionata con la non debenza in assoluto (comma 4): come è, d'altronde, del tutto ovvio, essendosi qui in un'ipotesi di carenza di materia contrattuale; nel caso, invece, che le spese siano indicate nel contratto ma in misura superiore a quella pubblicizzata, gli importi vengono sostituiti da quelli pubblicizzati; in mancanza di pubblicità, nulla è dovuto;

- non è invece prescritta la valorizzazione del parametro di indicizzazione al momento della conclusione del contratto, né prevista reazione alla sua mancanza; tuttavia sembrerebbe prescrizione di rilevanza minore, posto che il valore del parametro sarà per lo più ricompreso nella determinazione del tasso nominale iniziale.

L'inquadramento giuridico di queste sanzioni sembra, ad onor del vero, richiamare comunque un concetto di nullità: tipici di questa sanzione sono gli interessi, pubblici o di serie, oggetto di protezione; inoltre, sia la non debenza di oneri, sia l'automatica sostituzione di prezzi appaiono effetti tipici della nullità parziale. Anche se autorevole dottrina, con riguardo al meccanismo generale dell'art.1339 c.c., offre soluzioni logiche alternative entrambe sostenibili: potendosi sia dire che la legge sostituendo l'accordo tra le parti evita di renderlo nullo, sia dire che la legge lo rende nullo e quindi lo sostituisce<sup>17</sup>. Quanto, poi, alla mancanza del TAEG, è da verificare se l'intervento correttivo della legge, possa realmente ricondursi ad una sostituzione (non certo della clausola che fissa il tasso nominale), oppure, preferibilmente, ad un inserimento integrativo del contratto: in questo secondo caso, vi è meno spazio per la nullità; in entrambi i casi, le conseguenze per la banca rischiano di essere preoccupanti.

Nei ristretti limiti in cui si possa parlare di nullità, si tratta sicuramente di nullità relativa ("le nullità previste dal presente titolo possono essere fatte valere solo dal cliente": art. 127 *t.u.b.*), parziale (le sole nullità totali previste dal capo VI sono quelle disposte dall'art. 117 comma 3 - mancanza di forma scritta - e comma 8 - di cui sopra -) e, inoltre, virtuale, ovvero connessa quantomeno ad un "consolidato orientamento giurisprudenziale"<sup>18</sup>.

Particolare, a questo punto, appare la valutazione della mancanza del documento di sintesi.

Essa non può comportare la conseguenza

prevista per il caso di mancanza di forma

(117, comma *t.u.b.*), stante l'effetto

*boomerang* a danno del cliente che si

troverebbe esposto a restituire l'intera somma;

nemmeno, ovviamente, può parlarsi di nullità

parziale, posto che lo stesso non è una

clausola contrattuale. Mentre ipotizzare

un'inopponibilità totale al cliente, in

applicazione analogica delle sanzioni per vizi

nell'*iter* informativo precontrattuale, aprirebbe

la strada ad un intervento integrativo della

legge di tale ampiezza, da apparire allo stato

forse poco praticabile. In conclusione,

pertanto, al momento attuale delle riflessioni e

dell'esperienza applicativa, la sanzione per la

sua mancanza sembra potere essere

<sup>17</sup> R. Sacco, *Il contratto*, Torino, 1975, 793.

<sup>18</sup> A.A. Dolmetta, *Sui <limiti> di applicazione dell'art.28 legge notarile. A proposito della violazione di norme.*

esclusivamente quella pecuniaria a danno della banca, disposta in via generale dall'articolo 144 *t.u.b.*, così come del resto apertamente riconosciuto, fin dalla premessa delle norme attuative dalla Banca d'Italia.

Resta solo un'avvertenza.

Verificato che per la valutazione del superamento del tasso soglia il confronto in termini di omogeneità va effettuato, nel momento della stipulazione del contratto, non con il tasso nominale ma con quello effettivo, appare oltremodo opportuno che quest'ultimo abbia una evidenziazione ufficiale, nello stesso corpo dell'atto (ad. esempio: il tasso nominale annuo è fissato nel ...%; tale tasso, in considerazione delle spese annesse al contratto e dei termini per sua restituzione è pari ad un TAEG del...%). Infatti, la continua discesa del tasso soglia ha comportato per conseguenza che alcuni contratti, specialmente tra quelli a tasso fisso, rischiano fin dal momento della stipulazione di oltrepassare la soglia per il solo effetto del termine di durata, o dell'inserimento di un costo aggiuntivo. In caso di superamento, la sanzione di nullità discende direttamente dalla normativa antiusura (l.108/1996).

Pier Luigi Fausti notaio in Bergamo  
Parere pro veritate richiesto dal Consiglio

Notarile di Milano



## **Attività sindacali**

### **VERBALE DELLA RIUNIONE DELL'ASSEMBLEA DEI DELEGATI DEL 15 NOVEMBRE 2003**

Napoli, via Chiaia n. 142.

L'assemblea si apre alle ore 10 circa.

Sono presenti:

per la Campania: Pappa Monteforte, Vitolo, Castaldo, Miranda, Cesaro;

per l'Emilia: Auriemma, Tonelli ;

per il Lazio: Rummo, Bellelli, Giuliani;

per la Lombardia: Cambareri, Lorenzi, Setti, Melli;

per la Puglia: Troise;

per il Triveneto: Finelli, Ferretto, Fiengo, Bidello.

Aprire la riunione il Presidente Lorenzi, che relaziona sugli ottimi esiti del convegno del giorno precedente, organizzato dall'Associazione Campania presso l'Istituto Sant'Orsola ed avente come oggetto la firma digitale.

La qualità veramente alta dei relatori, il taglio dinamico, la tempistica, ne fanno un modello da esportare in altre Regioni.

Anche il luogo ha contribuito a rendere particolarmente apprezzabile il convegno, che ha visto la presenza e gli interventi mirati e di alto contenuto del collega Paolo Piccoli.

Il Presidente rammenta poi lo stato delle convenzioni di Federnotai, con Tag, con Arval e con Maggiore, precisando che due sono già state firmate e che si attende quindi la verifica sul campo della effettiva portata delle iniziative.

Vengono quindi trattati i seguenti argomenti:

#### **RIFORMA ORDINAMENTO**

Il solo Triveneto ha presentato un testo su disciplinare e ispezioni.

La Campania fa presente di avere pubblicato sul giornale locale l'esito di un questionario sul tema affidatole (forma degli atti).

Il Lazio dichiara di avere terminato il suo lavoro.

La Lombardia dovrebbe essere in grado di fornire il suo elaborato prima della fine dell'anno.

Tutte le associazioni, che ancora non l'hanno fatto, vengono invitate dal Presidente a far pervenire i lavori alla Federazione, la quale, come già deliberato, ne curerà l'invio a tutte le altre associazioni, nonché, dopo un breve esame, alle commissioni del CNN, a **FederNotizie** e al sito di Federnotai.

#### PROGRAMMI 2004

Gli sforzi per l'anno prossimo saranno essenzialmente indirizzati su due obiettivi:

il 6° Congresso di Federnotai, da tenersi presumibilmente in autunno;

la rinascita delle associazioni meno attive.

Per entrambi gli argomenti, ma soprattutto per il primo, il Presidente richiede un apporto collaborativo di idee e di disponibilità da parte di tutti.

#### CONGRESSO DI BARI

Il Presidente relaziona dapprima sugli aspetti logistici.

La saletta ed lo stand a disposizione di Federnotai, come del resto tutti gli altri stands, avevano una dislocazione assolutamente infelice, che ha penalizzato gli sponsor.

Passando ai contenuti ed all'esito del Congresso, il Presidente fa notare come si sia trattato di un assoluto ed incontestabile successo della Federazione: infatti i due punti qualificanti del nostro parziale dissenso al nuovo regolamento congressuale sono stati entrambi accolti; il primo, la gratuità, è stato addirittura direttamente fatto proprio dal Consiglio Nazionale, mentre il secondo, la possibilità di proporre ordini del giorno da parte di enti rappresentativi, è stato approvato a grandissima maggioranza in sede di voti congressuali, malgrado l'ostinata ed ormai consueta opera di defatigante tentativo di insabbiamento in commissione ed in parte anche in assemblea plenaria.

Prende la parola il collega Castaldo che lamenta la difficoltà del lavoro nelle commissioni del congresso, e ritiene che comunque il congresso notarile non sia una reale sede di democrazia.

Afferma inoltre che Federnotai dovrebbe operare in modo tale che i suoi fini vengano fatti propri dal Consiglio Nazionale, anziché cercare una autonoma via di realizzazione.

#### STATUTO FEDERNOTAI

Il Presidente lamenta la apparente latitanza della commissione incaricata nella precedente assemblea dei delegati.

Bidello conferma che alcuni componenti di tale commissione sono effettivamente poco reperibili, ed illustra brevemente una bozza in materia di votazioni proposta da Miro Falchi della Sardegna.

Seguono numerosi interventi di Cambareri, di Rummo di Pappa Monteforte e di altri, dai quali comunque si evidenzia il comune desiderio di giungere ad una modifica del sistema di votazione, basata su di un criterio di moderato premio alle regioni con maggior numero di iscritti.

Si delibera comunque che, qualora in occasione dell'assemblea dei delegati di marzo 2004 non sia ancora pronta la bozza elaborata dalla commissione, detta assemblea avrà proprio la riforma dello statuto come unico punto all'ordine del giorno.

#### CONSILP

Giuliani relaziona sulle novità, che si sostanziano in un ormai aperto conflitto tra l'attuale presidente ed il suo sindacato, cioè quello dei dottori commercialisti, per motivi non del tutto evidenti.

La posizione di Federnotai è, per il momento, quella di una pura attesa, anche in vista delle prossime elezioni di primavera.

#### VARIE

Prende la parola Tonelli, che propone un intervento di Federnotai in merito all'atteggiamento di alcuni Conservatori di Archivi Notarili sugli atti societari, atteggiamento che riporta in vita una sorta di omologa posticipata, aggravata da provvedimenti ai sensi dell'art. 28 della Legge Notarile.

Da ultimo propone la stesura e la diffusione di un vademecum in relazione ai rischi giuridici legati agli atti di donazione.

Cambareri trae spunto dall'intervento di Tonelli, per sostenere che le considerazioni da lui fatte dovrebbero servire anche quale criterio di valutazione per le nomine al Consiglio Nazionale.

La riunione si chiude alle 13,30 circa.

a cura di Paolo Setti