

Che cosa sono i “pubblici poteri”?

Il Trattato dell'Unione Europea pone fra le sue libertà fondamentali la libertà di stabilimento dei cittadini in tutto il territorio dell'Unione. Questo rappresenta un diritto fondamentale e qualsiasi eccezione, anche se prevista nel Trattato, deve essere interpretata restrittivamente. Questo significa che la Corte deve sempre incoraggiare il libero movimento di servizi e, anche quando sussistono delle restrizioni, queste debbono essere monitorate da vicino.

Le eccezioni che hanno ad oggetto l'esercizio di pubblici poteri cadono sotto la previsione dell'art. 39 (4) e 45 del Trattato. Entrambi gli articoli esonerano dalla previsione di libertà di stabilimento quelle attività che siano connesse, direttamente o indirettamente, con l'esercizio di “pubblici poteri”.

L'art. 39 (4) si riferisce a lavori nell'ambito della pubblica amministrazione, di conseguenza non è di fatto applicabile a notai o studi legali privati.

L'art. 45 invece si riferisce a privati e studi legali. La domanda è se questi esercitino “pubblici poteri” o siano in qualche modo collegati con essi.

La locuzione “pubblici poteri” non viene definita nel Trattato, di conseguenza molti casi sono giunti alla Corte di Giustizia perché gli Stati Membri hanno chiesto l'esenzione per esercizio di “pubblici poteri”, usandola per negare a stranieri la libertà di stabilimento garantita dal Trattato, sostenendo l'applicabilità della deroga ex art. 45.

Cosa abbiamo imparato dai casi decisi dalla Corte di Giustizia?

Una decisione chiave è quella **Reyners** [2/74 del 21/06/1974, Reyners/Belgian State (Rec. 1974, p.631) (GR1974/00317 P1974/00325 che voleva lavorare in Belgio. La Corte decise che “the possible application of restrictions on freedom of establishment provided for by the first paragraph of Article 55 [now art.45] must therefore be considered separately in connexion with each member state having regard to the national provisions applicable to the organizations and the practice of this profession”.

In quel caso, un avvocato olandese voleva praticare in Belgio e ciò gli fu negato sulla base del fatto che non era belga e che gli avvocati belgi esercitano “pubblici poteri”.

Visto che altri Stati applicavano le medesime restrizioni, decisero anch’essi di prendere parte al procedimento *Reyners*. La Corte di Giustizia notò che doveva essere considerata non solo ogni professione separatamente, ma anche ogni attività esercitata all’interno di ciascuna professione.

Questa eccezione è perché l’art. 45 riguarda “attività”, non le professioni per intero. Anche se un’attività è connessa all’esercizio di “pubblici poteri”, questo non è sufficiente per esimere l’intera professione, a meno che quella attività non sia così indissolubilmente legata alle altre da non poter essere ragionevolmente separata.

La Corte sostenne chiaramente in *Reyners* che molte della attività suppostamente esonerate non possono dirsi in connessione con l’esercizio di “pubblici poteri”. Una di queste attività era la consulenza legale (basilare per molti notai).

Reyners è una pietra miliare anche perché rende chiaro che non spetta ai singoli Stati di decidere in cosa consistano i “pubblici poteri”. Altrimenti ciascuno Stato potrebbe allargarne la nozione a piacere.

Citando la Corte in *Reyners*: “This consideration must however take into account the community character of the limits imposed by Article 55 on the exceptions permitted to the principle of freedom of establishment in order to avoid the effectiveness of the Treaty being defeated by unilateral provisions of other states” [paragraph 50]

Altri casi rilevanti sui “pubblici poteri”

Possiamo annoverare il caso degli insegnanti in Grecia [Commission v. Greece Case 147/86], personale di sicurezza in Spagna [Commission v. Spain Case C-114/97], commissari autorizzati [Thijssen Case C-42/92], data processing [Commission v. Italy Case C-3/88], ausiliari dei trasporti [Commission v. Greece Case C-306/89] e gioco del lotto [Commission v. Italy C-272/91].

La difesa dell'art. 45 ha fallito in ciascuna di queste occasioni.

Perché dunque i notai si aggrappano a una difesa che non ha praticamente mai vinto?

I notai sono molto timidi nel mostrare le loro argomentazioni, preferendo sostenere impunemente l'applicabilità della deroga invece di presentarne alcuna prova. Ciò che abbiamo sono solo supposizioni e congetture sulla loro posizione. Riteniamo che questa timidezza abbia una ottima ragione di esistere, e cioè che non ci sono sufficientemente convincenti argomenti a sostenere la loro tesi.

I notai oscillano tra il sostenere che essi rientrano nella deroga in quanto altamente qualificati (il che è assurdo visto che anche molti avvocati lo sono ed in caso di necessità esami possono essere istituiti), oppure che essi esercitano “pubblici poteri” nel caso di accordi sul pagamento di somme firmati di fronte a loro.

La loro argomentazione funziona così: se A presta dei soldi a B ed essi firmano il loro accordo di fronte al notaio, allora se B non restituisce il denaro A può, sulla base dell'accordo, mandare un ufficiale giudiziario a prendere i beni di B senza dovere andare in giudizio.

Questa argomentazione mostrerebbe che i notai sono come giudici, che esercitano “pubblici poteri”, e dunque rientrano nella deroga prevista dall'art. 45.

Cosa c'è di sbagliato nelle argomentazioni dei notai?

1. La Corte di Giustizia in *Reyners* disse che la deroga si applica solo ad **attività**, non intere professioni. Anche se questa attività sopra indicata fosse espressione di “pubblici poteri”, non escluderebbe i notai dalla libertà di stabilimento, visto che costituisce solo una piccola parte delle attività notarili e non è neppure prevista in alcuni paesi europei.
2. L'esempio sopra citato non ha nulla a che vedere con l'andare da un giudice, visto che un giudice può imporre la sua decisione, a prescindere da quello che entrambe le parti vogliono. Nel caso della restituzione di denaro entrambe le parti hanno aderito sul contenuto dell'accordo e quindi su cosa sarebbe accaduto al debitore in caso di inadempimento. Il giudice possiede pubblici poteri in quanto decide

- indipendentemente dal volere delle parti. Il notaio attesta semplicemente ciò che è il volere delle parti, il che è completamente diverso.
3. Molte attività notarili comprendono la consulenza legale ed i notai sono molto pronti nel sostenere di poter esercitare tutte le attività legali. È già stato accertato che questa non è coperta dall'art.45.
 4. La professione notarile nell'Europa continentale è stata largamente basata su quella francese. La Corte di cassazione francese ha stabilito in due occasioni separate che i notai non posseggono "pubblici poteri".
 5. L'idea di "pubblici poteri" è un concetto preso in prestito dal diritto amministrativo francese. Indica un potere esercitato da entità pubbliche per l'interesse generale dello stato. Non è un concetto applicabile ad atti privati di soggetti singoli.
 6. Ritengo che, qualunque argomento venga prospettato da altri stati, almeno i notai francesi abbiano perso la loro argomentazione. La loro stessa Corte suprema non accetta le loro argomentazioni, perché dovrebbe chiunque altro?
 7. I notai fondano le loro argomentazioni sulla supposizione che la professione sia la stessa ovunque e quindi rientrante nella medesima deroga. Come mostrato dal caso *Reyners*, ciascuna deve giustificare la deroga per ognuna delle proprie attività, cosa che non è stata ancora fatta.
 8. Anche se i notai esercitano "pubblici poteri", non c'è alcuna ragione per cui starnieri non dovrebbero praticare in qualità di notai. Tutto ciò che serve è istituire degli esami proporzionati.

I casi francesi

La professione notarile è stata, come sopra detto, profondamente influenzata dalla Francia quando Napoleone esportò il "Code Civil" in molti paesi europei. Tuttavia, diversamente da altri notai europei, non credo che i notai siano tutti uguali. Infatti, come ho già sostenuto, ciascuna professione deve essere guardata separatamente.

La Corte di Cassazione

La Corte di Cassazione è la più alta e autorevole corte in Francia. Il 22 giugno 1999 ha dato il suo giudizio sull'interpretazione delle parole "un

dépositaire ou agent de l'autorité publique” nella Legge sulla diffamazione del 1881-0729 art. 31. (N° de pouvoir : 98-83514)

Il caso riguardava un notaio e la possibilità che esso possedesse o meno “pubblici poteri”. La Corte decise che i notai non venivano coperti da tale previsione e confermò la decisione della Corte inferiore « dès lors qu'un notaire, qui n'est pas investi de prérogatives de puissance publique, n'a pas la qualité d'agent de l'autorité publique ».

È importante notare che “puissance publique” e “autorité publique”, il significato dei quali fu deciso relativamente ai notai francesi da una corte francese, sono esattamente le qualità reclamate dai notai per rientrare nella deroga prevista dal Trattato.

Questa decisione é recente ma conferma una precedente sentenza francese della Corte di Cassazione che stabilì: « les officiers ministériels : les notaires ne peuvent être considérés ni comme des fonctionnaires publics, ni comme des dépositaires ou agents de l'autorité publique, ni comme des citoyens chargés d'un service public ; ils n'exercent leur ministère que dans les intérêts privés » (Crim., 5 janv. 1935, D.H., 1935, p. 165).

È importante notare che la professione notarile così come elaborata in Francia fu copiata da molte altre in Europa, di conseguenza le stesse considerazioni che la Corte di Cassazione ha fatto potrebbero essere facilmente estese ad altri paesi.

Alcuni scrittori francesi parlano dei notai

Jean Carbonnier nel suo trattato sul diritto civile francese, dà molto rilievo ai notai nella loro funzione di testimoni privilegiati. Il notaio tiene verbale di tutto ciò che accade in sua presenza e tale funzione é praticamente insostituibile.

Tuttavia Carbonnier nota che commettono un errore coloro che equiparano i notai ai giudici. Egli sottolinea infatti come il giudice possa imporre la propria volontà sulle parti, a prescindere dalla loro volontà, mostrando così la sua indipendenza. Il notaio invece, non può imporre alcuna decisione o condizione che non sia stata previamente accettata dalle parti, visto che il suo lavoro consiste nel tenere verbale degli accordi intervenuti fra le parti e

renderli legalmente coercibili. La presenza del notaio é la condizione che assicura un certo valore legale al documento redatto.

Carbonnier scrive: « En parallèle avec une tendance qui revendique l'autonomie du droit notarial en face du droit civil, on a essayé, à l'étranger, de faire apparaître entre les parties et le notaire un rapport juridique notarial, de droit mi-public, mi-privé, qui aurait son contenu et son esprit propres – un peu à l'image de l'action en justice, conçue comme un rapport juridique entre plaideurs et juge. L'analogie ne peut être poussée très loin, car le notaire n'a pas sur les parties la même autorité que le juge dans l'instance; non seulement il ne juge pas, mais il ne fait pas acte de volonté ; son activité (constater, vérifier, qualifier) n'est qu'une condition extrinsèque de l'efficacité de l'acte juridique émanant de la volonté des parties. » [J. Carbonnier : Droit Civil page 151, pubblicato da Presses Universitaires de France]

In realtà, la vera pietra miliare del sistema notariale francese fu definito nella legge del “25 ventose an XI”:

“Les notaires sont des officiers publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux acts de l'autorité public et pour en assurer la date, en conserver le depot, en délivrer des grosses et expéditions”

Nessuna menzione di poteri dei notai sui cittadini dunque, é chiaro invece che sone le parti del contratto che volgono coferirgli un determinato valore legale e per questo ricorrono ad un notaio. Il potere che essi hanno é dunque di conferire all'atto un certo valore sul piano probatorio.

La differenza é dunque chiara: il giudice impone la sua volontà, mentre il notaio conferisce valore legale alla volontà delle parti e ha il dovere di essere imparziale. Infatti egli non può e non deve imporre il suo volere a chicchessia. Il potere coercitivo che farebbe rientrare i notai nella deroga di cui all'art. 45 priverebbe gli stessi della loro caratteristica fondamentale.

Tutti i cittadini esercitano “pubblici poteri”

Ritengo che la legge francese stessa ammette che, in date circostanze, qualunque cittadino può fare quello che i notai fanno. I notai in Francia normalmente redigono atti che vengono chiamati “actes notariés”. Tuttavia,

secondo il Décret du 14-10-1955, le parti di un documento privato da esse redatto senza alcun intervento del notaio, possono dare all'atto lo stesso valore che il notaio stesso darebbe semplicemente firmandolo di fronte ad un notaio dopo aver provato la propria identità e depositandolo presso di esso.

Questa pratica riflette la realtà dei fatti. Il contratto é espressione della volontà delle parti mentre il notaio svolge la funzione di testimone super partes, conserva gli atti, consiglia ove richiesto, ma la sua attività puó essere svolta anche dalle parti privatamente.

Cito il testo francese: "L'ordonnance n°45-2590 du 2 novembre 1945 investit les notaires d'un monopole pour recevoir les actes ou contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique....En revanche, les parties peuvent conférer à l'acte sous seing privé une valeur équivalente à celle d'un acte notarié, en procédant d'un commun accord à son dépôt aux minutes d'un notaire avec reconnaissance d'écritures et de signatures (Décret du 14-10-1955 art 66) .