

▪ Settore Internazionale

Diritto Straniero

Riconoscimento della definizione di "notaio" in un documento del GAFI

Nella sessione plenaria di Rio de Janeiro, 15-17 Ottobre 2008, il GAFI *Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux* (o, all'inglese, FATF – *Financial Action Task Force*), con sede a Parigi, ha adottato la "Guidance on the Risk-Based Approach (RBA) to Combating Money Laundering and Terrorist Financing for Legal Professionals", che nel sito dell'istituto (www.fatf-gafi.org) viene descritta come sviluppata in consultazione stretta con i rappresentanti delle professioni legale e notarile. La "Guida" costituisce il risultato di una riflessione comune con le professioni legali, sulle implicazioni di un approccio alla lotta al finanziamento del crimine e del terrorismo, fondato sull'elaborazione di un concetto efficace di "rischio apparente", ed enuncia i principi generali e le *best practices* che allo stato risultano più adatti ad essere proposti ai governi e alle professioni legali stesse, in materia di progettazione e realizzazione di tecniche operative efficaci nella pratica dell'attività quotidiana.

L'istruttoria e la redazione tecnica del documento sono state affidate al coordinamento della sede londinese della *law firm Freshfield Bruckhaus Deringer LLP*, (quanto di più *common lawyer* ci sia!), ed ha visto per la prima volta la partecipazione attiva, su espresso invito, del notariato latino sia europeo che internazionale, attraverso le nostre istituzioni CNUE e UINL.

Il documento è estremamente complesso, e sarà oggetto di specifica valutazione nel merito.

E' importante sottolineare tuttavia il conseguimento di due importanti risultati, spendibili – data l'autorevolezza dell'Istituto- su quei tavoli di discussione e confronto, specie comunitari, in cui si fronteggiano le visioni latina e anglosassone, del mondo dei servizi legali, e dove spesso si nega il valore pubblicistico della funzione notarile.

L'autorità "dell'atto notarile"

Il primo è dato dal punto 11 delle definizioni stipulative, dove si descrive in modo sommario, ma molto completo e puntuale, il contenuto delle singole professioni legali

Come si legge nel testo che segue, il profilo del *civil law notary* è riconosciuto ed esplicito, nei connotati a noi propri (si veda in questo senso anche in *CNN Notizie* del 16 luglio 2008, *Il notariato internazionale rettifica la definizione di "notaio" in un documento del GAFI.*).

In particolare va notato che dalla definizione emerge che l'atto autentico notarile possiede i caratteri dell'imperatività quale esercizio della sovranità nazionale. In questo ordine di ragionamento, il fatto che la scrittura privata possa modificare i rapporti con le parti, non prova nulla. Poiché la scrittura privata non può essere imposta alla generalità dei consociati, ma solo ai suoi sottoscrittori, per essa il problema è indifferente, perché non ha la forza imperativa propria dell'atto di sovranità, di costringere i terzi a riconoscere la modifica. Perché questo accada, si richiede l'intervento della sovranità pubblica, impersonata nei soggetti abilitati. O il notaio, o il giudice.

L'atto notarile è riconosciuto dunque come uno dei modi in cui la realtà attua l'ordinamento giuridico; ma poiché l'ordinamento è privo di voce, occorre che esso nomini chi parla per lui; allora, per diventare volontà dell'ordinamento *tout court*, è necessario un giudizio, espresso dalla persona che, identificandosi con l'ordinamento in forza del *munus publicum*, trasforma l'esperienza storica in esperienza giuridica (cfr per noi, l'art. 2699 c.c. che definisce "atto pubblico" il "documento redatto con le richieste formalità da un notaio o altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è

formato”). “Certezza pubblica”, “pubblica fede”, “piena fede” evocati dall’art. 2700 c.c. sono termini per esprimere il massimo grado di certezza che il nostro ordinamento può conferire ad un mezzo di prova.

Il significato dell’atto di certezza creato dall’intervento accertativo del pubblico ufficiale, si apprezza sul piano della prova; esso ha un livello di intensità probatoria che lo rende “dato oggettivo della realtà” su cui poggiare con certezza una conforme ricostruzione del fatto documentato, e perciò vi si attribuisce il valore di “piena prova”: ha in specie il significato di “certezza imposta *erga omnes*” con efficacia preclusiva (in primo luogo nei confronti del libero apprezzamento delle prove da parte del Giudice) di ogni incertezza in ordine alla storicità di una realtà giuridicamente rilevante, rappresentata nel documento. E’ la prova della prova (*probatio probata*), tale in quanto essa sola è capace di fondare su sé stessa il giudizio della propria autenticità, perché è il notaio, non il giudice, ad esprimere il giudizio vincolante sul fatto giuridico, al quale il processo deve conformarsi. Si forma dal punto di vista del diritto, una qualificazione giuridica oggettiva, ossia la fissazione del contenuto di una vicenda in modo storicamente non discutibile.

La condotta notarile consistente nell’imposizione della pubblica fede in nome e per conto dello Stato (funzione certificante) ad una manifestazione di volontà, ha in definitiva ed esattamente l’effetto di imporsi autoritativamente e in modo indipendente a chiunque, perfettamente rientrando –ad es.– nel modello di imperio prescritto dall’art. 45, TCE.

La definizione di “notaio latino”

L’ultimo comma dello stesso punto 11, è assai corretto nel tenere distinto il notaio latino, da quelle altre attività, che nel mondo anglosassone si definirebbero al massimo *para-legal*, ma che pur utilizzano l’espressione “*notary*” per denominarsi.

Detto comma è molto puntuale nell’escludere queste attività dal novero delle professioni legali, in quanto meramente amministrative e prive di contenuto specifico:

Punto 11. Per gli scopi di questa guida, "legal professionals" include sia avvocati (lawyers) che notai

1 Lawyers (omissis)

2 Sia la civil law che la common law hanno i notai, ma il ruolo dei notai di civil e di common law differisce molto. La common law differisce principalmente dalla civil law per il fatto che i precedenti sono tratti dalla case law, mentre nei sistemi civilistici sono le regole codificate ad essere applicate dai giudici ai casi al loro cospetto. In certi Paesi di common law, il notary public è un operatore qualificato e di esperienza, istruito nella preparazione ed esecuzione di documenti legali. In altri Paesi di common law, il notary public è un dipendente pubblico nominato da un'amministrazione governativa per testimoniare la sottoscrizione di importanti documenti (come contratti e costituzione di ipoteche), e per asseverare giuramenti.

Conosciuti solo nelle giurisdizioni di civil law, i notai di civil law sono al tempo stesso membri di una professione legale autonoma – ancorché regolata dalla legge – e pubblici ufficiali qualificati, poiché sono nominati dallo Stato attraverso un concorso selettivo fra laureati in legge. I notai di civil law, che sono vincolati all'obbligo di imparzialità nei confronti di entrambe le parti, debbono essere considerati, per quanto concerne le materie della proprietà immobiliare (conveyancing), diritto di famiglia, diritto ereditario e servizi legali in materia societaria, come professionisti nelle attività non-contenziose. Essi agiscono come gate-keepers, predisponendo i documenti ed assicurandone la legalità e la certezza e l'autenticità delle firme in loro presenza, fornendo una funzione di certificazione di pubblica fede, e al tempo stesso quella di terzo fiduciario. I civil law notaries sono obbligati dalla legge a non disinteressarsi dall'aspetto sostanziale del rapporto, rendendoli così responsabili per ogni aspetto dell'atto autentico. Per questa ragione, ai notai di civil law sono attribuite funzioni di natura pubblica come elemento delle loro prerogative legali. Nelle giurisdizioni di civil law, i documenti scritti notarili sono particolari mezzi di prova, a differenza che nei sistemi di common law, che sono basati sulle evidenze della libera testimonianza in giudizio: specifici poteri sovrani del-

lo Stato sono conferiti ai notai di civil law ed essi perciò possono conferire "pubblica autorità" ad ogni atto che ricevono. Per questo l'atto notarile ha una speciale efficacia in giudizio, perché esso è un mezzo di prova imperativamente vincolante; in più, esso ha efficacia esecutiva come una sentenza, e se conforme alle prescrizioni legali può essere iscritto in pubblici registri. Grazie a queste caratteristiche, i notai di civil law giocano un ruolo diverso rispetto ai servizi offerti dagli altri professionisti legali.

Questa guida non si applica a quei notai di common law che svolgono funzioni meramente amministrative come testimoniare documenti o certificarli, poiché queste non sono attività specifiche (1).

Assai importante infine (e assai difficile da ottenere) è il risultato di non essere più compresi, nell' ANNEX 2 - Glossary of Terminology, alla categoria "Legal Professional", in una stessa specie "civil law notaries and common law notaries", come era nelle intenzioni iniziali dei redattori britannici.

Oggi, quella stessa voce del Glossario suona con una apprezzabile nostra distanza e solitudine rispetto a quelli con i quali, forse sulla spinta di una scarsa conoscenza, eravamo stati accomunati, a causa dell'equivocità della condivisione di una parte del nome:

In this Guidance, the term "Legal professional" refers to lawyers, civil law notaries, common law notaries, and other independent legal professionals.

II GAFI

Il GAFI è il più importante organismo internazionale intergovernativo per la lotta al riciclaggio e al finanziamento al terrorismo, dove esperti in questioni giuridiche, finanziarie ed operative perseguono l'obiettivo di concepire e promuovere le politiche e le strategie di lotta al riciclaggio del denaro proveniente dal crimine, e alla lotta contro il terrorismo.

Attualmente si compone di 31 Paesi e Governi, e 2 organizzazioni internazionali, oltre a più di 20 osservatori, fra cui 5 organismi regionali e 15 organizzazioni o organismi internazionali.

Di fatto, le sue indicazioni sono “quasi-vincolanti”; ed infatti il documento principale da esso prodotto (le “Quaranta Raccomandazioni del GAFI”-1990, poi continuamente aggiornate), costituiscono le fondamenta degli sforzi della lotta al riciclaggio, sono state adottate da circa 130 Paesi del mondo e sono alla base delle 3 Direttive comunitarie.

Cesare Licini

(1) 11. *For purposes of this Guidance, legal professionals include both lawyers and notaries.*

Lawyers are members of a regulated profession and are bound by their specific professional rules and regulations. Their work is fundamental to promoting adherence to the rule of law in the countries in which they practice. Lawyers hold a unique position in society by providing access to law and justice for individuals and entities, assisting members of society to understand their increasingly complex legal rights and obligations, and assisting clients to comply with the law. Lawyers have their own professional and ethical codes of conduct by which they are regulated. Breaches of the obligations imposed upon them can result in a variety of sanctions, including disciplinary and criminal penalties. The provisions contained in this Guidance, when applied by each country, are subject to professional secrecy and legal professional privilege. As is recognised by the interpretative note to the FATF Recommendation 16, the matters that would fall under legal professional privilege or professional secrecy and that may affect any obligations with regard to money laundering and terrorist financing are determined by each country. Likewise, ethical rules that impose obligations, duties, and responsibilities on legal professionals vary by country. The legal professionals’ counseling and advisory role, especially in an increasing regional and global marketplace, does not generally involve a cash handling function.

Both civil and common law countries have notaries, but the roles of civil and common law notaries differ. Common law mainly differs from civil law in that precedents can be drawn from case law, while in civil systems codified rules are applied by judges to the cases before them. In some common law countries, the common law notary public is a qualified, experienced practi-

tioner, trained in the drafting and execution of legal documents. In other common law countries, the notary public is a public servant appointed by a governmental body to witness the signing of important documents (such as deeds and mortgages) and administer oaths. Known only in civil law jurisdictions, civil law notaries are both members of an autonomous legal profession – although regulated by the law – and qualified public officials, as they are appointed by the State through a selective public contest among law graduates. Civil law notaries, who are bound by an obligation of impartiality with respect to both parties, must be regarded, in matters of real property (conveyancing), family law, inheritance and corporate legal services as practising non-contentious activities. They act as gatekeepers by drafting, ensuring the legality and certainty of the instruments and the authenticity of signatures presented to them; providing as well a public fiduciary function by performing the role of a trusted third party . Civil law notaries are obliged by law not to detach themselves from the core of the relationship, therefore making them responsible for all aspects of the deed. For this reason, civil law notaries are assigned functions of a public nature as part of their legal assignments. In civil law jurisdictions, notarial written documents are particular means of evidence, unlike in the common law systems, which are based on the free evidence of witnesses in court: special supreme State powers are devolved to civil law notaries and they can therefore assign “public authority” to each deed they perform. Thereby the civil law notary’s deed has a special effectiveness in a trial, whereby it is a means of peremptory binding evidence; furthermore, it is as judicially enforceable as a judgement; if it complies with the law, it can be registered on a public registry. Owing to these characteristics, civil law notaries play a different role in comparison to the services provided by other legal professionals. This Guidance does not cover those common law notaries who perform merely administrative acts such as witnessing or authenticating documents, as these acts are not specified activities.