

Atti notarili partecipati da soggetti stranieri: controlli e menzione degli stessi

Mario Molinari, Sovrintendente Archivio notarile di Milano

1. Legge notarile: la presenza del soggetto straniero, norme di riferimento.
2. Menzioni e attestazioni nella legge notarile - atto pubblico e scrittura privata autenticata.
3. Leggi speciali che disciplinano la presenza dello straniero sul territorio.
4. Richiamo alle norme di Diritto Internazionale Privato.
 5. Quale incapacità.
 6. Il ruolo del notaio.
 7. Il contenuto del controllo.

//*

1 - Legge notarile: la presenza del soggetto straniero, norme di riferimento.

Ritengo opportuno, nel proporre alcune riflessioni sugli aspetti salienti della presenza del soggetto straniero in atto notarile, effettuare un brevissimo richiamo alle norme del 1913, che affrontano alcuni e non tutti, gli aspetti collegati alla presenza del soggetto straniero davanti al notaio pubblico ufficiale.

Senza soffermarsi eccessivamente sulla necessità del controllo da parte del notaio della capacità del soggetto parte, (sia straniero o che italiano), concetto e obbligo di portata generale, è doveroso evidenziare quanto stabilito dall'articolo 48 l.n., in merito alla necessaria presenza dei testimoni, nell'ipotesi in cui anche solo una delle parti formali "non sappia o non possa leggere e scrivere".

La riforma all'articolo in commento, determinata dall'articolo 12, comma primo, lettera c) della legge 28 novembre 2005, n. 246, ha del tutto eliminato le precedenti titubanze sulla reale portata del principio posto dall'articolo 48 l.n..

Il saper e poter leggere e il saper e poter scrivere è condizione fondamentale per consentire la non presenza dei testimoni in atto notarile.

Il mancato rispetto dell'indicata norma, comporta un doppio profilo sanzionatorio, che qui richiamo senza particolari approfondimenti, e cioè l'articolo 138, secondo comma, che prevede, sul piano prettamente disciplinare, la sospensione da sei mesi ad un anno del notaio che contravviene alle disposizioni ...dell'articolo 48 l.n.; mentre sul piano sostanziale l'articolo 58 l.n. stabilisce che "l'atto notarile è nullo"4) se non furono osservate le disposizioni dell'articolo 48 l.n..

Com'è evidente la capacità del soggetto parte di saper e poter leggere ed anche scrivere è elemento particolarmente importante e presidiato da norme di particolare impatto, sia sul piano delle conseguenze per il notaio, sia per quanto riguarda la validità del documento negoziale per atto notarile.

Oltre a quanto indicato e previsto dall'articolo 48 l.n., è necessario riferirsi anche agli articoli 54 e 55 della legge notarile, che affrontano la questione della lingua in cui è redatto l'atto notarile, nonché il meccanismo e gli strumenti con i quali il notaio entra in contatto con le parti (straniere), nell'esercizio della completa funzione di adeguamento formale e sostanziale, che la legge gli assegna inderogabilmente.

In maniera sintetica, i due articoli della legge notarile, regolamentano - in maniera diversa - l'ipotesi in cui una o più parti non conoscano la lingua italiana. Nell'articolo 54 l.n. la soluzione è data - dopo aver riconfermato il principio generale che l'atto notarile, ricevuto dal pubblico ufficiale italiano, deve essere scritto in lingua italiana (e questo non solo per motivi di circolazione del documento) - dalla conoscenza da parte del notaio della lingua in cui si esprimono la o le parti. Tale elemento garantisce il pieno espletamento della richiamata funzione di adeguamento, sul presupposto che tra parte e notaio non vi sia alcun ostacolo nel contatto e nello scambio di informazioni e dati necessari per la formalizzazione dell'esatta volontà negoziale, considerato che entrambi colloquiano nella stessa lingua (straniera).

Sul piano della forma, il doppio testo richiesto a fronte o di seguito, risolve la questione documentale.

L'articolo 55 l.n., invece, richiede la immancabile presenza di un interprete (e dei testimoni), che consenta il rapporto notaio/parte, ai fini dell'indagine della volontà negoziale e della procedura di formale documentazione (ovviamente per il motivo che tra notaio e la parte non vi è contatto diretto, non avendo una lingua comune).

Anche per gli articoli 54 e 55 della legge notarile, le sanzioni e conseguenze, sono analoghe a quelle indicate per l'articolo 48 l.n..

Sanzione disciplinare della sospensione da sei mesi ad un anno, ex articolo 138 l.n., e nullità dell'atto ricevuto in violazione dei due articoli menzionati, per quanto stabilito dall'articolo 58 l.n..

Va anche sottolineato il fatto che tra le norme citate può esservi un chiaro collegamento, nel senso che la previsione dell'articolo 48 l.n., nella nuova e vigente versione, e cioè che la parte sappia e possa leggere e scrivere (cioè che non sia un analfabeta), possa svolgersi nei riguardi del documento notarile che si accinge a siglare, quindi in un testo che sia alla parte comprensibile.

La funzione del saper leggere e scrivere (e certamente non solo sottoscrivere), ha un corretto valore e significato se rivolta al contenuto del documento notarile. Tanto è vero

che gli articoli 54 e 55 della legge notarile, disciplinano in maniera autonoma e parzialmente diversa la questione della presenza dei testimoni all'atto.

L'articolo 48 l.n. riguarda la presenza del c.d. analfabeta, come indicato, mentre i due articoli 54 e 55 l.n. disciplinano la presenza di una o più parti che non conoscono la lingua italiana, pur non essendo analfabeta.

Non affronto la questione della necessità o obbligo, da parte del notaio di verificare, sotto la sua diretta responsabilità, la questione del saper e poter leggere e scrivere e della conoscenza, della parte della lingua italiana, in un modo idoneo e sufficiente per consentire al notaio ed alla parte stessa di rapportarsi in maniera adeguata e sufficiente, ai fini della più volte richiamata funzione di adeguamento. Questione che assume una rilevante importanza nell'ipotesi di scrittura privata autenticata, ove spesso si afferma che il contenuto della scrittura privata sia - in genere - il frutto dell'attività delle parti e non del notaio, che si limita alla sola autentica delle sottoscrizioni, questo perché renderebbe doveroso un approfondito esame degli obblighi funzionali del notaio.

Questo attiene, per alcuni aspetti, al capitolo delle menzioni e attestazioni, al quale rinvio.

Però il richiamo a questa doppia possibilità, fa emergere in maniera chiara l'importanza di un corretto approccio alla questione della parte straniera, delle sue capacità e dei limiti posti dalla legge notarile.

Va ribadito, che quanto riportato è semplicemente il dato previsto dalla legge notarile, senza altre particolari aggiunte.

2 - Menzioni e attestazioni nella legge notarile - atto pubblico e scrittura privata autenticata.

Autorevole e costante dottrina ha da sempre affermato e confermato, che nell'ambito di quanto prescritto dalla legge notarile, il regime delle menzioni (indicazione in atto di un elemento, dato espressamente richiesto dalla legge notarile stessa), e delle attestazioni (indicazione in atto di un fatto storico accaduto, nell'ambito del paradigma dell'articolo 2699, e seguenti del codice civile), sia un regime vincolato e predeterminato e non soggetto a particolari modifiche (dal 1913 ad oggi).

Sul piano della pura forma, gli elementi che la legge notarile nel suo insieme - con particolare riferimento agli articoli del 47 al 59 - richiede e prescrive che siano inseriti nel documento è una disciplina compiuta che non può essere a piacimento ampliata, né applicata in via analogica.

Il concetto è arcinoto e ribadito in più occasioni per essere qui formalmente contestato. Analogamente, però, non può essere sminuita la richiesta del legislatore - espressa e incontrovertibile - di una menzione, sul presupposto che la si trovi poco logica o coerente con la procedura di documentazione.¹

¹ Il riferimento va - ovviamente - alla richiesta espressa della menzione della presenza dei testimoni (quale che ne sia la causa), presente nella parte finale del nuovo articolo 48 l.n.. Menzione nel caso non venga riportata in atto, comporta - a tutti gli effetti - la violazione dell'articolo stesso.

Occorre però ricordare, come nel corso degli ultimi anni, come il documento notarile debba contenere una miriade di “menzioni e attestazioni”, che pur non provenendo direttamente dalla legge notarile (che regola la forma del documento), hanno affollato l’atto, e fanno diretto rinvio ad una innumerevole serie di adempimenti o certificazioni, che il legislatore ha ritenuto opportuno richiedere che siano espressamente menzionate/attestate nell’atto.

Con diversa responsabilità soggettiva in caso di menzioni non veritiere o insufficienti. A volte con responsabilità del notaio (per inidonea documentazione), a volte per la parte che deve assumersi la connessa responsabilità di una mancata dichiarazione o addirittura di una mendace dichiarazione obbligatoria (a volte richiesta a pena di nullità).

Qui c’è solo l’imbarazzo della scelta.

Dalla legge n.47 del 1985 fino ad arrivare al recente D.L. 78 in materia di allineamento catastale, senza dimenticare la documentazione dei mezzi di pagamento utilizzati, o le dichiarazioni sull’impiantisca degli immobili, non mancano leggi o disposizioni che abbiano reso la documentazione notarile sempre più complessa, o abbiano utilizzato il momento negoziale e la connessa obbligatoria presenza del notaio pubblico ufficiale, per ottenere - dalle parti - dichiarazioni o allegazioni, e comunque un pieno rispetto di normativa specifica.

A tale proposito, le lamentele notarili degli ultimi tempi, fanno fede di quanto affermato.

Le conseguenze, come accennato, possono riguardare la validità del documento (pena la nullità dell’atto), oppure una sanzione di carattere penale nel caso di dichiarazioni rilasciate sotto la prescritta ammonizione di legge.

A tale proposito va richiamato che la disciplina delle menzioni espressamente richieste dalla legge notarile trova nella stessa legge le soluzioni e le sanzioni applicabili in caso di mancata o inidonea presenza delle indicazioni richieste. Disciplina che può andare dalla semplice infrazione disciplinare sanzionata con una sanzione pecuniaria, sino alla declaratoria della nullità dell’atto, con la connessa responsabilità disciplinare del notaio. Sul piano delle attestazioni, stante la loro natura di elemento documentale che rinvia ad un accertamento, ad un fatto storico il loro collegamento alla funzione notarile di certezza pubblica è evidente, con la conseguenza che la falsa attestazione di un fatto che non si è verificato in concreto, può sfociare nell’ipotesi di violazione dell’articolo 479 c.p..

La questione poi deve essere collegata alla differenza sostanziale che corre tra l’atto pubblico, fondamentalmente disciplinato dalla legge notarile, e al quale le norme sulla forma del documento si applicano ex se, e la scrittura privata autenticata, che trova nella legge notarile gli altri richiami, evidentemente sul presupposto che la disciplina del 1913, proveniente dalla codificazione precedente del 1879 nel T.U., non aveva gran bisogno di regolamentare in maniera specifica la scrittura privata autenticata.

Che tra i due strumenti di documentazione negoziale vi sia una notevole differenza è evidente, e non può essere contestato. Permangono evidenti le differenze per quanto attiene alla compresenza delle parti e alla contestualità della procedura di realizzazione della scrittura privata autenticata, alla sua provenienza (anche se questo argomento, fin

troppo abusato, a mio avviso non ha particolare valore, stante la rara reale provenienza dalle parti del testo della scrittura privata).²

Ma, che dietro le due diverse procedure di documentazione (atto pubblico/scrittura privata autenticata), la funzione notarile debba essere considerata unitaria e comune - a mio avviso - è dato incontestabile, ormai condiviso anche dal mondo istituzionale notarile.

Di nuovo basterebbe ricordare il valore della legge n. 47 del 1985 in materia di controllo urbanistico edilizio, che per prima ha equiparato atto pubblico e scrittura privata autenticata dal punto di vista delle conseguenze in caso di bene incommerciabile, per poi arrivare al D.L. 78 in tema di catasto³ e conformità soggettiva⁴, ovviamente passando per la riforma del 2005, che ha espressamente esteso il divieto previsto dall'articolo 28 l.n. n. 1, anche alla scrittura privata autenticata.

Dato che trova altra conferma e rafforzamento dalla necessità della obbligatoria messa a raccolta delle scritture private autenticate da avviare a pubblicità commerciale o immobiliare.

Ma superando le valutazioni generali proposte, dobbiamo affrontare la questione dei testimoni e della lingua straniera per la scrittura privata autenticata.

Sul primo punto è pacifico che la modifica della legge notarile verificatasi nel 2005, ha eliminato qualsiasi dubbio in merito.⁵

La disciplina della presenza dei testimoni è - per la scrittura privata autenticata - analoga a quella dell'atto pubblico, anche per quanto riguarda le conseguenze, in caso mancato rispetto della norma.⁶

E' possibile - in qualche maniera - tracciare, nell'ambito delle menzioni e attestazioni, una linea che passa attraverso la valutazione che alcune menzioni espressamente

² Si è avuto modo di contestare formalmente in verbale ispettivo, e in maniera poi sostanzialmente non contestata, che ad es. tutte le compravendite immobiliari avevano una struttura documentale analoga, che rinviava ad una genesi accentrata

³ L'art. 19, comma 14, del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, come modificato in sede di conversione dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, ha aggiunto all'art. 29 della legge 27 febbraio 1985, n. 52, il seguente comma 1-bis: "Gli atti pubblici e le scritture private autenticate tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento di comunione di diritti reali su fabbricati già esistenti, ad esclusione dei diritti reali di garanzia, devono contenere, per le unità immobiliari urbane, a pena di nullità, oltre all'identificazione catastale, il riferimento alle planimetrie depositate in catasto e la dichiarazione, resa in atti dagli intestatari, della conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie, sulla base delle disposizioni vigenti in materia catastale. La predetta dichiarazione può essere sostituita da un'attestazione di conformità rilasciata da un tecnico abilitato alla presentazione degli atti di aggiornamento catastale. Prima della stipula dei predetti atti il notaio individua gli intestatari catastali e verifica la loro conformità con le risultanze dei registri immobiliari".

⁴ La seconda parte del comma 1-bis, disciplina la c. d. "conformità soggettiva".

Sul presupposto più che ovvio che al notaio incombe l'obbligo professionale di verificare - nei modi di legge - la titolarità del diritto reale oggetto dell'atto, mediante "l'accertamento della continuità delle trascrizioni e della relativa priorità rispetto ad eventuali formalità confliggenti, nel ventennio la nuova norma stabilisce che al notaio compete "prima della stipula di identificare gli intestatari catastali, verificando la loro conformità con le risultanze dei registri immobiliari". Su questo argomento richiamo la questione dell'allineamento catastale e conservatoria. Oltre alle menzioni espressamente previste dalla legge, rimane aperta dell'avvenuta verifica del rapporto Catasto/Conservatoria. Non c'è obbligo di espressa menzione ma l'allineamento deve essere verificato.

⁵ Art. 12, comma terzo, legge n. 246 del 2005, che ha modificato anche l'art. 1 della legge n. 226 del 1943.

⁶ Casu - Sicchiero, La legge notarile commentata - pag. 250.

previste per l'atto notarile, possono essere rimaste ancorate alla forma solenne, altre dettate dalla legge notarile stessa e viepiù dalla normativa speciale non consentono distinzioni tra atto pubblico e scrittura privata autenticata.

Più complessa è la ricostruzione dell'eventuale rispetto degli articoli 54 e 55 l.n., nell'ipotesi di scrittura privata autenticata.

Da fonte notarile si è sempre ribadito che gli articoli 54 e 55 non possono essere estesi alla scrittura privata autenticata, in quanto previsti solo ed unicamente per l'atto pubblico.

Si è avuto modo di precisare come tale posizione risulti sempre meno solida, viepiù dopo la modifica della legge notarile del 2005.

Le ragioni che in certa maniera hanno dettato le regole per l'atto pubblico, non sono sempre estranee o lontane dal caso di utilizzo della scrittura privata autenticata.

Il controllo di legalità da parte del notaio, il contatto tra notaio e parti, anche nella scrittura privata autenticata, non può essere ostacolato da una conoscenza di lingue diverse. Inoltre - come accennato - la presenza di parte straniera "analfabeta", complica non poco la questione della utilizzabilità della scrittura privata autenticata e della lingua in cui è redatta.

Le questioni, ritengo, non siano di scarso profilo, in considerazione anche della possibilità che alcune costruzioni documentali, possono prestare il fianco a interpretazioni penalmente rilevanti.

Da ultimo non è inutile ricordare quanto stabilito dall'articolo 60 della legge notarile, in tema di sussidiarietà della legge notarile stessa (in tema di forma), nei confronti delle norme del codice civile, di procedura civile o previste in qualunque altra legge dello Stato.

Quanto affermato, seppur in maniera eccessivamente sintetica, serve per arrivare alla conclusione che alcuni passaggi documentali, attinenti al contenuto negoziale voluto dalle parti, non possono non essere presenti sia nell'atto pubblico sia nella scrittura privata autenticata, con la connessa ulteriore conseguenza che le valutazioni in termini di veridicità, controllabilità, di quanto dichiarato o attestato, non sono diverse in funzione della forma dello strumento notarile prescelto. Con le conseguenze che è facile immaginare.

C'è un'ulteriore valutazione che deve essere introdotta.

Oltre il regime delle menzioni o attestazioni, spesso il legislatore ha richiesto che, per poter accedere all'attività negoziale, la parte sia nelle condizioni di poter validamente obbligarsi negozialmente. Vuoi perché è richiesto un certificato, un'autorizzazione, vuoi perché alla parte è richiesta espressamente una dichiarazione (con contenuto probatorio variabile, a seconda delle necessità del legislatore).

Nel caso non vi sia un'esplicita richiesta di menzione/attestazione, per cui tale elemento per il rispettato obbligo di menzione si rinviene nel documento, rimane in campo il ruolo del notaio, che nel rispetto di quanto stabilito dalla legge, se ammette la parte a svolgere normalmente la propria attività negoziale, significa che il controllo demandato al pubblico ufficiale, è stato effettuato ed ha avuto esito positivo.⁷

⁷ Non posso non fare riferimento alla coerenza soggettiva, di cui al D.L. n. 78.

La mancanza dell'espressa menzione (richiesta dalla legge), non vuol significare che sia abdicato o non eseguito il controllo sostanziale che lo Stato ha demandato al notaio pubblico ufficiale.

Questa valutazione è fondamentale quando ci si confronterà con le ipotesi di incapacità del soggetto parte.

Situazione che non è presidiata da un'espressa richiesta menzione, ma solo dalla valutazione e dal controllo del notaio, che se ammette la parte all'attività negoziale, sta a significare che per lui quel soggetto è idoneo e ha le capacità di legge per obbligarsi, e con questo assumendosene le conseguenti responsabilità, per non aver svolto o averlo fatto in maniera inadeguata, la funzione di verifica e controllo dei presupposti dell'atto.

3 - Leggi speciali che disciplinano la presenza dello straniero sul territorio.

Condizione di reciprocità e principio di regolare presenza sul territorio.

Unitamente alle norme della legge notarile che sono state richiamate, occorre evidenziare come per normativa "speciale", l'essere straniero comporta delle valutazioni che il notaio non può non effettuare.

Il riferimento è ovviamente alla condizione di reciprocità e alle norme che disciplinano la regolare, o meno, presenza dello straniero sul territorio nazionale.

Sul primo punto, ai sensi del vigente e non abrogato articolo 16 delle preleggi, "lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali".

Sull'esatta portata di quanto stabilito dall'articolo 16 delle preleggi, non posso che rinviare ai numerosi contributi, ed al precedente incontro qui a Viterbo lo scorso anno, incentrato proprio sulla condizione di reciprocità.

Solo due accenni a tale proposito.

Il principio stabilito dall'articolo 16 è tuttora vigente, nella sua struttura ritorsiva, e non è stato superato o abrogato né dall'introduzione della carta Costituzionale.

In effetti, "i diritti civili" ai quali fa riferimento l'articolo 16 delle preleggi, riguardano un'area diversa e ulteriore a quella delineata nei primi 12 articoli della Costituzione.

E nemmeno l'intero impianto delle norme che disciplinano oggi la regolare presenza sul territorio del cittadino straniero (nello specifico l'extracomunitario), hanno sminuito la portata della reciprocità. Anzi in diversi passaggi normativi è fatto esplicito richiamo a detto principio, che è stato comunque incardinato nella procedura di funzionamento del T.U. sull'immigrazione.

Non solo, ma va ribadito, che anche l'entrata in vigore della legge n. 218 del 2005, sui principi di Diritto internazionale privato, ha reso meno cogente il meccanismo previsto dal richiamato articolo 16 delle preleggi.

A chiarimento della portata del riferimento proposto, va esplicitato che sia la condizione di reciprocità, che il T.U. sull'immigrazione non possono riguardare cittadini europei, ai quali tali normative non possono applicarsi in virtù dei principi di libera circolazione e stabilimento, presenti nei trattati istitutivi e ampliativi della Comunità Europea.

Quindi, unitamente a quanto richiamato dalla legge notarile, al notaio è fatto

obbligo di valutare la sussistenza della verificata condizione di reciprocità, assieme al documentale rispetto delle norme che determinano la regolare presenza sul territorio di soggetti extracomunitari e per converso ne evidenziano l'irregolare presenza.

Solo per motivi di esposizione, va ribadito, che l'articolo 16 delle preleggi, afferma che il soggetto straniero è ammesso a godere dei diritti civili, per cui in caso di mancata verifica della condizione di reciprocità si è in presenza di un soggetto al quale il nostro ordinamento, nell'ambito del suo spazio giuridico, non riconosce la titolarità piena e inconfutabile di "diritti civili" come attribuiti e riconosciuti al cittadino.

Analogamente l'irregolare presenza sul territorio di soggetto extracomunitario, non solo rende possibile la procedura di allontanamento, ma comprime notevolmente la sua capacità di porre in essere una regolare attività negoziale, e questo vale in particolar maniera per la presenza del pubblico ufficiale italiano (notaio).

Solo per rendere più chiaro il filo logico del ragionamento, è il caso di richiamare quanto previsto dall'articolo 1, del D.P.R. 31 agosto 1999:

DECRETO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA 31 agosto 1999, n. 394 - Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'art. 1, comma 6, del D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

Accertamento della condizione di reciprocità

1. Per le persone fisiche straniere, i responsabili del procedimento amministrativo che ammette lo straniero al godimento dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino ed i notai che redigono gli atti che comportano l'esercizio di taluno dei predetti diritti o che vi prestano assistenza, richiedono l'accertamento della condizione di reciprocità al Ministero degli affari esteri, nei soli casi previsti dal testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero di seguito denominato: "testo unico, ed in quelli per i quali le convenzioni internazionali presiedono la condizione di reciprocità".

2. L'accertamento di cui al comma 1, non è richiesto per i cittadini stranieri titolari della carta di soggiorno di cui all'articolo 9 del testo unico, nonché per i cittadini stranieri titolari di un permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato o di lavoro autonomo, per l'esercizio di un'impresa individuale, e per i relativi familiari in regola con il soggiorno.

Diversi sono gli elementi che occorre palesare, ai fini del discorso che interessa.

Primo l'ammissione al godimento di taluni diritti civili non è automatico, ne discende "ipso iure" da alcuna specifica norma.

Vi è un procedimento, che potrà essere anche di natura amministrativa, e che vede i notai - nell'ambito dell'attività negoziale - in prima fila, proprio per l'esercizio - da parte del soggetto straniero - della sua capacità negoziale.

Inoltre il collegamento tra la necessaria verifica della condizione di reciprocità e la sussistenza di un regolare permesso di soggiorno o carta di soggiorno, è palesato dal secondo comma del citato articolo, che richiama l'apparato documentale che lo straniero extracomunitario può essere chiamato a detenere (e mostrare), per essere

ammesso all'esercizio dei suoi diritti civili.⁸

Il richiamo agli articoli 4 e 5 del T.U. n. 286, mi sembra doveroso e assolutamente pertinente.⁹

La relazione del Dottore De Angelis, sul punto, sarà di ausilio per ben comprendere la questione a cui faccio diretto riferimento.

4 - Richiamo alle norme di Diritto Internazionale

⁸ E questo non può non avere effetti sul documento negoziale, solo sul presupposto che non è stata prevista nella legge del 1913 la richiesta menzione.

⁹ Art. 4

Ingresso nel territorio dello Stato (Legge 6 marzo 1998, n. 40, art. 4)

1. L'ingresso nel territorio dello Stato è consentito allo straniero in possesso di passaporto valido o documento equipollente e del visto d'ingresso, salvi i casi di esenzione, e può avvenire, salvi i casi di forza maggiore, soltanto attraverso i valichi di frontiera appositamente istituiti. 2. Il visto di ingresso è rilasciato dalle rappresentanze diplomatiche o consolari italiane nello Stato di origine o di stabile residenza dello straniero. Per soggiorni non superiori a tre mesi sono equiparati ai visti rilasciati dalle rappresentanze diplomatiche e consolari italiane quelli emessi, sulla base di specifici accordi, dalle autorità diplomatiche o consolari di altri Stati. Contestualmente al rilascio del visto di ingresso l'autorità diplomatica o consolare italiana consegna allo straniero una comunicazione scritta in lingua a lui comprensibile o, in mancanza, in inglese, francese, spagnolo o arabo, che illustri i diritti e i doveri dello straniero relativi all'ingresso ed al soggiorno in Italia. Qualora non sussistano i requisiti previsti dalla normativa in vigore per procedere al rilascio del visto, l'autorità diplomatica o consolare comunica il diniego allo straniero in lingua a lui comprensibile, o, in mancanza, in inglese, francese, spagnolo o arabo. In deroga a quanto stabilito dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni, per motivi di sicurezza o di ordine pubblico il diniego non deve essere motivato, salvo quando riguarda le domande di visto presentate ai sensi degli articoli 22, 24, 26, 27, 28, 29, 36 e 39. La presentazione di documentazione falsa o contraffatta o di false attestazioni a sostegno della domanda di visto comporta automaticamente, oltre alle relative responsabilità penali, l'inammissibilità della domanda. Per lo straniero in possesso di permesso di soggiorno è sufficiente, ai fini del reingresso nel territorio dello Stato, una preventiva comunicazione all'autorità di frontiera. 3. Ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 3, comma 4, l'Italia, in armonia con gli obblighi assunti con l'adesione a specifici accordi internazionali, consentirà l'ingresso nel proprio territorio allo straniero che dimostri di essere in possesso di idonea documentazione atta a confermare lo scopo e le condizioni del soggiorno, nonché la disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno e, fatta eccezione per i permessi di soggiorno per motivi di lavoro, anche per il ritorno nel Paese di provenienza. I mezzi di sussistenza sono definiti con apposita direttiva emanata dal Ministro dell'interno, sulla base dei criteri indicati nel documento di programmazione di cui all'articolo 3, comma 1. Non è ammesso in Italia lo straniero che non soddisfi tali requisiti o che sia considerato una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone o che risulti condannato, anche a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati previsti dall'articolo 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale ovvero per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite. 4. L'ingresso in Italia può essere consentito con visti per soggiorni di breve durata, validi fino a 90 giorni, e per soggiorni di lunga durata che comportano per il titolare la concessione di un permesso di soggiorno in Italia con motivazione identica a quella menzionata nel visto. Per soggiorni inferiori a tre mesi saranno considerati validi anche i motivi esplicitamente indicati in visti rilasciati da autorità diplomatiche o consolari di altri Stati in base a specifici accordi internazionali sottoscritti e ratificati dall'Italia ovvero a norme comunitarie. 5. Il Ministero degli affari esteri adotta, dandone tempestiva comunicazione alle competenti Commissioni parlamentari, ogni opportuno provvedimento di revisione o modifica dell'elenco dei Paesi i cui cittadini siano soggetti ad obbligo di visto, anche in attuazione di obblighi derivanti da accordi internazionali in vigore. 6. Non possono fare ingresso nel territorio dello Stato e sono respinti dalla frontiera gli stranieri espulsi, salvo che abbiano ottenuto la speciale autorizzazione o che sia trascorso il periodo di divieto di ingresso, gli stranieri che debbono essere espulsi e quelli segnalati, anche in base ad accordi o convenzioni internazionali in vigore in Italia, ai fini del respingimento o della non ammissione per gravi motivi di ordine pubblico, di sicurezza nazionale e di tutela delle relazioni internazionali. 7. L'ingresso è comunque subordinato al rispetto degli adempimenti e delle formalità prescritti con il regolamento di attuazione.

Art. 5 Permesso di soggiorno (Legge 6 marzo 1998, n. 40, art. 5)

1. Possono soggiornare nel territorio dello Stato gli stranieri entrati regolarmente ai sensi dell'articolo 4, che siano muniti di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno rilasciati, e in corso di validità, a norma del presente testo unico o che siano in possesso di permesso di soggiorno o titolo equipollente rilasciato dalla competente autorità di uno Stato appartenente all'Unione europea, nei limiti ed alle condizioni previsti da specifici accordi. 2. Il permesso di soggiorno

Privato.

Altro tassello che deve essere collocato al suo posto, è quello relativo alla applicazione delle norme previste nella Legge 31 maggio 1995, n. 218, della Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, e dell'interferenza che tale complesso di regole ha nei confronti dell'attività del notaio.

Sono ormai lontane le rimostranze di chi affermava che tali regole difficilmente avevano impatto con l'attività notarile, o che il notaio potesse conoscere la materia solo in maniera superficiale e non approfondita.

La profonda modifica della società italiana, verificatasi negli ultimi 15 anni, ha

deve essere richiesto, secondo le modalità previste nel regolamento di attuazione, al questore della provincia in cui lo straniero si trova entro otto giorni lavorativi dal suo ingresso nel territorio dello Stato ed è rilasciato per le attività previste dal visto d'ingresso o dalle disposizioni vigenti. Il regolamento di attuazione può prevedere speciali modalità di rilascio relativamente ai soggiorni brevi per motivi di turismo, di giustizia, di attesa di emigrazione in altro Stato e per l'esercizio delle funzioni di ministro di culto nonché ai soggiorni in case di cura, ospedali, istituti civili e religiosi e altre convivenze. 2. -bis. Lo straniero che richiede il permesso di soggiorno è sottoposto a rilievi fotodattiloscopici 3. La durata del permesso di soggiorno è quella prevista dal visto d'ingresso, nei limiti stabiliti dal presente testo unico o in attuazione degli accordi e delle convenzioni internazionali in vigore. La durata non può comunque essere: a. superiore a tre mesi, per visite, affari e turismo; b. abrogata c. superiore ad un anno, in relazione alla frequenza di un corso per studio o per formazione debitamente certificata; il permesso è tuttavia rinnovabile annualmente nel caso di corsi pluriennali; d. abrogata e. superiore alle necessità specificamente documentate, negli altri casi consentiti dal presente testo unico o dal regolamento di attuazione. 3. -bis. Il permesso di soggiorno per motivi di lavoro è rilasciato a seguito della stipula del contratto di soggiorno per lavoro di cui all'articolo 5-bis. La durata del relativo permesso di soggiorno per lavoro è quella prevista dal contratto di soggiorno e comunque non può superare: 1. in relazione ad uno o più contratti di lavoro stagionale, la durata complessiva di nove mesi; 2. in relazione ad un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato, la durata di un anno; 3. in relazione ad un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, la durata di due anni. 3. -ter. Allo straniero che dimostri di essere venuto in Italia almeno due anni di seguito per prestare lavoro stagionale può essere rilasciato, qualora si tratti di impieghi ripetitivi, un permesso pluriennale, a tale titolo, fino a tre annualità, per la durata temporale annuale di cui ha usufruito nell'ultimo dei due anni precedenti con un solo provvedimento. Il relativo visto di ingresso è rilasciato ogni anno. Il permesso è revocato immediatamente nel caso in cui lo straniero violi le disposizioni del presente testo unico. 3. -quater. Possono inoltre soggiornare nel territorio dello Stato gli stranieri muniti di permesso di soggiorno per lavoro autonomo rilasciato sulla base della certificazione della competente rappresentanza diplomatica o consolare italiana della sussistenza dei requisiti previsti dall'articolo 26 del presente testo unico. Il permesso di soggiorno non può avere validità superiore ad un periodo di due anni. 3. -quinquies. La rappresentanza diplomatica o consolare italiana che rilascia il visto di ingresso per motivi di lavoro, ai sensi dei commi 2 e 3 dell'articolo 4, ovvero il visto di ingresso per lavoro autonomo, ai sensi del comma 5 dell'articolo 26, ne dà comunicazione anche in via telematica al Ministero dell'interno e all'INPS per l'inserimento nell'archivio previsto dal comma 9 dell'articolo 22 entro trenta giorni dal ricevimento della documentazione. Ugual comunicazione è data al Ministero dell'interno per i visti di ingresso per ricongiungimento familiare di cui all'articolo 29 entro trenta giorni dal ricevimento della documentazione. 3. -sexies. Nei casi di ricongiungimento familiare, ai sensi dell'articolo 29, la durata del permesso di soggiorno non può essere superiore a due anni. 4. Il rinnovo del permesso di soggiorno è richiesto dallo straniero al questore della provincia in cui dimora, almeno novanta giorni prima della scadenza nei casi di cui al comma 3-bis, lettera c), sessanta giorni prima nei casi di cui alla lettera b) del medesimo comma 3-bis, e trenta giorni nei restanti casi, ed è sottoposto alla verifica delle condizioni previste per il rilascio e delle diverse condizioni previste dal presente testo unico. Fatti salvi i diversi termini previsti dal presente testo unico e dal regolamento di attuazione, il permesso di soggiorno è rinnovato per una durata non superiore a quella stabilita con rilascio iniziale. 4. -bis. Lo straniero che richiede il rinnovo del permesso di soggiorno è sottoposto a rilievi fotodattiloscopici. 5. Il permesso di soggiorno o il suo rinnovo sono rifiutati e, se il permesso di soggiorno è stato rilasciato, esso è revocato quando mancano o vengono a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 22, comma 9, e sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio e che non si tratti di irregolarità amministrative sanabili. 6. Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti, salvo che ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano. 7. Gli stranieri muniti del permesso di soggiorno o titolo equipollente rilasciato dall'autorità di uno Stato appartenente all'Unione europea, valido per il soggiorno in Italia sono tenuti a dichiarare la loro presenza al questore con le modalità e nei termini di cui al comma 2. Agli stessi è rilasciata idonea ricevuta della dichiarazione di soggiorno. Ai contravventori si applica la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da lire 200 mila a lire 600 mila. Qualora la dichiarazione non venga resa entro 60 giorni dall'ingresso nel territorio dello Stato può essere disposta l'espulsione amministrativa. 8. Il permesso di soggiorno e la carta di soggiorno di cui all'articolo 9 sono rilasciati mediante utilizzo di mezzi a tecnologia avanzata con caratteristiche anticounterfeiting conformi ai modelli da approvare con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro per l'innovazione e le tecnologie, in attuazione del regolamento (CE) n. 1030/2002 del Consiglio, del 13 giugno 2002, riguardante l'adozione di un modello uniforme per i permessi di soggiorno rilasciati a cittadini di Paesi terzi. Il permesso di soggiorno e la carta di soggiorno rilasciati in conformità ai predetti modelli recano inoltre i dati personali previsti, per la carta di identità e gli altri documenti elettronici, dall'articolo 36 del

reso tali affermazioni non solo prive di obiettivo riscontro ma addirittura pericolose per il notaio pubblico ufficiale.

L'accenno fatto alla legge n. 218, ha il solo scopo di rendere chiaro che le norme di risoluzione di conflitto tra ordinamenti sono norme che consentono di individuare quale sia la disciplina concreta che può applicarsi al caso, che presenta elementi di estraneità, quali ad esempio, la presenza avanti al notaio di parti con cittadinanza diversa, o con una capacità che viene disciplinata da normativa non italiana.

Non è la sede per affrontare le diverse e complesse questioni discendenti dall'obbligo di rispetto della legge 218, ma sempre per lo scopo sotteso alla mia relazione, non posso non fare riferimento ad alcuni principi basilari della disciplina, per poi individuare i punti che ritengo di maggior sensibilità in materia di applicazione di norme straniere.

La prima è di ordine sistematico, ed è disciplinata dagli articoli 14 e 15 della legge n. 218, ai quali rinvio.

Il dato è fondamentale e non può non riguardare l'operatore del diritto, che in prima persona, applica le norme (straniere), rintracciate a mezzo della legge sulla Riforma del sistema di diritto internazionale privato italiano.

So che su questo punto, le opinioni sono diverse, ma sono convinto che non vi possa essere altra corretta interpretazione a riguardo.

La seconda questione discende direttamente dall'applicazione delle norme della legge n. 218, e impattano trasversalmente l'attività del notaio, in relazione alle diverse capacità del soggetto straniero, determinate dalla legge e dall'ordinamento che si deve applicare nel caso concreto. Dalla capacità determinata dalla maggiore età, alle capacità speciali di testare, succedere, obbligarsi, oppure quale regime patrimoniale è applicabile ai coniugi, ecc. ecc..

5 - Quale incapacità?

Prima di procedere alle conclusioni, relative a quale sia il ruolo del notaio, e quanto dell'attività funzionale del pubblico ufficiale debba travasarsi nel documento, anche in funzione di menzione o attestazione, è doveroso puntualizzare una questione che sembra rimasta in sospeso dal mio ultimo intervento qui a Viterbo.

Si tratta di definire quale incapacità affligge il soggetto straniero che non sia in perfetta regola sia per quanto riguarda la condizione di reciprocità, sia per quanto attiene la violazione delle norme che regolamentano la sua presenza sul territorio.

testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. 8. -bis. Chiunque contraffà o altera un visto di ingresso o reingresso, un permesso di soggiorno, un contratto di soggiorno o una carta di soggiorno, ovvero contraffà o altera documenti al fine di determinare il rilascio di un visto di ingresso o di reingresso, di un permesso di soggiorno, di un contratto di soggiorno o di una carta di soggiorno, è punito con la reclusione da uno a sei anni. Se la falsità concerne un atto o parte di un atto che faccia fede fino a querela di falso la esclusione è da tre a dieci anni. La pena è aumentata se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale. 9. Il permesso di soggiorno è rilasciato, rinnovato o convertito entro venti giorni dalla data in cui è stata presentata la domanda, se sussistono i requisiti e le condizioni previsti dal presente testo unico e dal regolamento di attuazione per il permesso di soggiorno richiesto ovvero, in mancanza di questo, per altro tipo di permesso da rilasciare in applicazione del presente testo unico.

Per quanto riguarda la condizione di reciprocità, non posso che riportare quanto già qui esposto, lo scorso 25 maggio 2012:

- “In merito alle conseguenze del difetto di reciprocità e quindi di attività posta in essere da soggetto giuridicamente incapace, basta - anche qui - fare riferimento a valutazioni elementari.

Su questo fondamentale punto sembra esservi una sostanziale prevalenza di coloro che affermano che il criterio di reciprocità riguardi direttamente ed unicamente la capacità giuridica dello straniero e non la sua capacità di agire.¹⁰

La *ricostruzione* che si propone sembra avallata, in fatto, dalle diverse prese di posizione del Notariato, che - peraltro - ha poi attestato la sua linea difensiva su altri punti strategici della questione.

Al fatto che la reciprocità attenga alla capacità giuridica del soggetto, si connette in maniera diretta la conseguente nullità del negozio giuridico¹¹ posto in essere dal soggetto incapace.

L’argomento è centrale, almeno per le considerazioni da svolgere nell’ambito del tema assegnatomi.

Ripetendo quanto già affermato in argomento, è facile rinviare a quanto chiaramente precisato nello Studio CNN 16 febbraio 1988, n. 211, a firma G. Casu: *“La dottrina afferma che la condizione di reciprocità si sostanzia in un requisito attinente alla capacità giuridica, il che comporta che un atto privo del requisito stesso è da ritenersi affetto da nullità radicale, insanabile, non soggetta a prescrizione, rilevabile da chiunque vi abbia interesse e d’ufficio dal giudice.. Le conseguenze sull’attività notarile sono intuibili: seppure debba affermarsi che l’art. 28 L.N. trovi applicazione solo nell’ipotesi di nullità testuale, come lascia intendere l’avverbio “espressamente”¹², non manca una opinione - sotto molteplici profili criticabile - che appare tesa ad ampliare la sfera applicativa dell’art. 28 ben oltre tale ipotesi. Va peraltro precisato che in dottrina non è*

10

Sono dell’opinione esposta: G. Petrelli in “Formulario notarile commentato” Vol. III tomo I, in nota a p. 739, ove sono riportati gli autori e le decisioni in tal senso. T. Salvadori in atti Convegno di Lerici 28 maggio 1994, in Riv. Not. 1994, p. 1240; E. Novario Acquisto immobiliare del cittadino elvetico: problemi di reciprocità, in Riv. Not. 1999, p. 832 e nota n. 3; E. Cudia “Riflessi del principio di reciprocità nell’attività dello stato civile e del notaio” in Riv. Not. 1995, p. 153; G. Casu “Per una revisione critica della condizione di reciprocità alla luce dei trattati internazionali” Studio CNN 16 febbraio 1988, n. 211 “...La dottrina afferma che la condizione di reciprocità si sostanzia in un requisito attinente alla capacità giuridica il che comporta che un atto privo del requisito stesso è da ritenersi affetto da nullità radicale insanabile, non soggetta a prescrizione, rilevabile da chiunque vi abbia interesse e d’ufficio dal giudice”.

11

Trib. Roma sent. 30 agosto 1989 “...ha dichiarato nullo, per insussistenza della condizione di reciprocità, un contratto preliminare a cui era parte un cittadino iraniano”. Così P. Mengozzi, op. cit. p.1216. T. Salvadori, op. cit. p. 1240 “incapacità di essere titolare del rapporto implica invalidità del negozio che è preordinato a porlo in essere, invalidità che si fa rientrare nella nullità (risolvendosi nella impossibilità di realizzare la situazione finale cui tende il negozio stesso) e quindi, secondo una certa lettura dell’articolo 28 della legge notarile, responsabilità disciplinare del notaio.”

12

Lo scritto è del 1988, periodo nel quale l’ “espressamente” veniva coniugato in termini di - esistenza di norma espressa che sancisse la contrarietà a norma di legge e conseguente espressa nullità- Dopo la sentenza n. 11128 del 1997 la Corte di Cassazione ha radicalmente modificato tale impostazione, rinvenendo la violazione dell’articolo 28 della legge notarile, ogni volta in cui il negozio fosse affetto da una “inequivocabile” sostanziale contrarietà all’ordinamento, collegabile ad esempio alla violazione dell’articolo 1418 cc., esprimendo la valenza disciplinare della nullità virtuale, senza quindi la assoluta necessità che vi fosse espressa norma che sancisse la nullità.

pacifica l'opinione che la mancata osservanza della condizione di reciprocità comporti violazione dell'art. 28 legge notarile. Da una parte della dottrina, infatti, si ritiene che l'art. 28 non può essere violato da difetti del negozio che si sostanzino in vizi di carattere soggettivo, quale sarebbe in definitiva il vizio della mancanza di capacità giuridica.¹³ Altri autori, ancora, hanno affermato che non può imputarsi al notaio l'inosservanza di norme che, in quanto afferenti a un diritto straniero, egli non appare tenuto a conoscere, proprio perché non rientrano nella sua scienza ufficiale.¹⁴

Malgrado questo tentativo dottrinale, l'operatore giuridico notaio non può disattendere l'incombenza del criterio di reciprocità e si vede costretto a tenerne conto nel suo concreto operare. Tanto più se si considera che non appare pacificamente accettata l'opinione che l'art. 16 preleggi sia stato travolto dalla carta costituzionale.¹⁵

A voler trarre qualche anticipata conclusione sul punto, sembra che il vizio attinente alla sostanziale incapacità giuridica del soggetto straniero, che agisca in assenza della verificata condizione di reciprocità, determini la nullità del negozio, al che consegue la tipica responsabilità disciplinare del pubblico ufficiale che ha ricevuto o autenticato un atto viziato da evidente nullità sostanziale.

La ricostruzione di una semplice inefficacia del negozio e quindi una evidente impossibilità a richiedere l'applicazione dell'articolo 28 della legge notarile, in relazione a negozio non nullo anche se inefficace per incapacità giuridica, credo sia dettata più da ragioni obiettive, che tendono a minimizzare, il più possibile, l'evidente rilevanza disciplinare dell'inopportuno intervento notarile in tale frangente.¹⁶

E con questo richiamo considero chiarita quale incapacità soggettiva mi riferisco, in uno con le conseguenze disciplinari per il notaio.

13

Sembra strano che al notaio non competa la valutazione della situazione soggettiva della parte negoziale, in termini di assoluta incapacità giuridica. E' sempre stata riconosciuta la responsabilità del notaio per semplice violazione = inosservanza delle norme che regolano la semplice capacità giuridica. Superfluo richiamare il contenuto dell'articolo 54 del regolamento notarile e delle conseguenze disciplinari connesse alla sua violazione, rinviando all'enorme quantità di materiale sull'argomento. Oggi - più di ieri - un argomento del genere come proposto nel 1988 non sarebbe di scarsa efficacia.

14

Anche queste argomentazioni oggi appaiono prive di valore. Questo per le seguenti semplici considerazioni. La prima riguarda l'emanazione della legge n. 218 del 2005, in materia di norme di diritto internazionale privato, che all'articolo 14 prevede la conoscenza della norma straniera da parte del giudice. A tale principio devono necessariamente associarsi i Notai, in tutti i casi in cui la norma straniera ha effetto sia sulla forma che sul contenuto del negozio, formalizzato con l'ausilio del notaio. Il secondo argomento è quello già ricordato introdotto dall'articolo 1 del DPR 394 del 1999, in merito all'obbligo per il notaio di verificare - quando occorra - la condizione di reciprocità attingendo ai pareri del Ministero degli Esteri. Quale terzo punto è facile rammentare che oggi la collegabilità dell'articolo 28 della legge notarile ai semplici casi di nullità anche non unicamente testuale, è ampiamente riconosciuta.

15

Il dubbio che la Carta Costituzionale non avesse abrogato l'articolo 16 delle preleggi era già evidente nel 1988.

16

G. Baralis, in la condizione di reciprocità Milano 2001, p. 48 e ss, come riportato da Petrelli. Op. cit. p.739.

Rimane da precisare l'incapacità del soggetto che risulti irregolarmente sul territorio o perché sia entrato in maniera clandestina, sia perché vi sia rimasto nell'ipotesi di scadenza del permesso di soggiorno, oltre i limiti consentiti dalla prassi.¹⁷

Anche su quest'argomento non posso che rinviare a quanto già affermato in precedenza e presumo quanto riproposto nella mattinata dalle relazioni che mi hanno preceduto, da parte dei funzionari pubblici incaricati - appunto - di gestire la complessa procedura del rilascio, rinnovo e della espulsione del soggetto "irregolare".¹⁸

17

Dal sito Min Esteri **L'Ingresso degli Stranieri In Italia** -
L'ingresso nel territorio italiano degli stranieri provenienti dalle frontiere esterne dello Spazio Schengen è consentito soltanto allo straniero che: a) si presenti attraverso un valico di frontiera; b) sia in possesso di un passaporto o di altro documento di viaggio equivalente riconosciuto valido per l'attraversamento delle frontiere; c) disponga di documenti che giustifichino lo scopo e le condizioni del soggiorno e dimostri di disporre di mezzi finanziari sufficienti in relazione alla natura, alla durata prevista del soggiorno, ed alle spese per il ritorno nel Paese di provenienza (o per il transito verso uno Stato terzo). Da tale dimostrazione è esentato lo straniero già residente nel territorio di una delle parti contraenti, e munito di regolare autorizzazione al soggiorno; d) sia munito, ove prescritto, di valido visto di ingresso o di transito; e. non sia segnalato ai fini della non ammissione nel Sistema Informativo Schengen; f. non sia considerato pericoloso per l'ordine pubblico, la sicurezza nazionale o le relazioni internazionali di una delle Parti contraenti, da disposizioni nazionali o di altri Stati Schengen. Lo straniero già residente in uno Stato Schengen e titolare di permesso di soggiorno, è esente da visto per soggiorni non superiori a 3 mesi, a condizione che l'ingresso in Italia non avvenga per motivi di lavoro subordinato, lavoro autonomo o tirocinio. Lo straniero sprovvisto anche solo di uno dei requisiti richiesti, può essere oggetto di respingimento, che può essere attuato dalle competenti Autorità di Frontiera anche in presenza di regolare visto d'ingresso o di transito.

18

Il T.U. delle disposizioni sull'immigrazione e sulla condizione dello straniero, approvato con il decreto legislativo n. 286/1998 e modificato da ultimo con la legge n. 189/2002, conferma la distinzione tra stranieri regolarmente soggiornanti e stranieri non regolari che indubbiamente può essere considerata "una delle più eloquenti rappresentazioni di quanto una qualificazione normativa può incidere sulle opportunità di vita di un essere umano uguale ad un altro essere umano". Infatti il T.U., in sostanziale conformità con gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, conferma che le posizioni giuridiche soggettive di cui è titolare lo straniero in Italia sono configurate con un'ampiezza progressivamente crescente in dipendenza delle diverse categorie di stranieri per i quali la legge prevede una posizione - progressivamente più rafforzata - di regolarità di soggiorno nel territorio dello Stato italiano, secondo una scansione che si può sintetizzare secondo il seguente schema: a) situazioni giuridiche soggettive (diritti e doveri) attribuite agli stranieri presenti alla frontiera e agli stranieri comunque presenti nel territorio dello Stato (siano essi in regola o no con le norme sull'ingresso e sul soggiorno degli stranieri);

b) situazioni giuridiche soggettive che sono attribuite soltanto agli stranieri regolarmente soggiornanti;

c) alcuni diritti fondamentali sono riservati soltanto agli stranieri titolari di carta di soggiorno o di determinati tipi di permessi di soggiorno di lunga durata;

d) alcuni diritti attribuiti soltanto agli stranieri titolari di carta di soggiorno (e i figli minori conviventi in essa iscritti);

e) ulteriori e diverse situazioni giuridiche più favorevoli per i cittadini extracomunitari si possono ricavare da eventuali disposizioni di accordi internazionali. La configurazione del trattamento dello straniero in senso progressivamente più protettivo in ragione della durata e della qualità suo radicamento regolare nel territorio della Repubblica sembra funzionale a delineare una migliore precisazione della distinzione tra stranieri regolarmente soggiornanti e stranieri che si trovano illegalmente nel territorio dello Stato e un itinerario di progressiva integrazione dello straniero regolarmente soggiornante nella vita civile, sociale ed economica del Paese. Apparentemente l'ordinamento sceglie un processo di progressivo avvicinamento della condizione giuridica del cittadino extracomunitario a quella del cittadino. Tuttavia non si tratta affatto di una totale identificazione: anche in periodo di progressiva globalizzazione planetaria la cittadinanza intesa come cittadinanza-appartenenza resta lo strumento con cui lo Stato distingue tra chi ha diritto di entrare e di rimanere nel territorio statale e chi questo diritto non lo ha.

Da B. NASCIMBENE* (a cura di), *"Diritto degli stranieri"*, con contributi di P. Bonetti e di Annamaria Casadonte, Laura Castelvetti, Walter Citti, Federico Gualandi, Alessandra Lang, Giuseppe Ludovico, Mirta Marando, Luigi Melica, Lorenzo Miazzi, Bruno Nascimbene, Livio Neri, Massimo Pastore, Nazzarena Zorzella, CEDAM ed. 2004.

Non posso che fare mia la valutazione proposta dal Consiglio notarile di Milano, all'interno dell'orientamento ispettivo in materia, che parla di "incapacità giuridica".¹⁹

Ritengo utile riportare una sentenza della Corte di Cassazione relativa ad alcuni degli aspetti di cui al mio intervento.²⁰

7 - Il ruolo del notaio

Risulta evidente che, delineati gli elementi normativi e le conseguenze giuridiche connesse alle incapacità che abbiamo richiamato, rimane agevole precisare quale sia il ruolo del notaio.

Non può che farsi riferimento agli elementi fondamentali e aggiungerei scolastici, attinenti al necessario e irrinunciabile ruolo di verificatore della legittimità del soggetto parte a porre in atto l'attività negoziale davanti al notaio pubblico ufficiale.

E questo non solo dal punto di vista della legittimazione negoziale semplice, il soggetto può impegnarsi o impegnare altri, in base ad una situazione giuridica chiara e verificata, rispondente al vero, e alle prescrizioni di legge, ma soprattutto (per quello che attiene all'argomento del mio intervento) sulla capacità dello stesso, in relazione alle norme speciali che abbiamo richiamato.

Non solo, ma l'accelerazione del processo di internazionalizzazione della nostra società che nel giro di qualche decennio è passata da terra di emigranti, a terra di immigrazione, rende attualissimo un altro fronte di questioni di non facile soluzione per il notaio, e cioè quelle attinenti alla esatta individuazione della norma applicabile al soggetto non cittadino, in

19

INTERVENTO IN ATTO DI STRANIERI EXTRACOMUNITARI E MENZIONE DEL PERMESSO DI SOGGIORNO DOPO IL DECRETO-LEGGE 23 MAGGIO 2008, N. 92, RECANTE "MISURE URGENTI IN MATERIA DI SICUREZZA PUBBLICA"

La menzione in atto, a cura del notaio, delle dichiarazioni delle parti, in ordine agli estremi, alla vigenza e alle caratteristiche del permesso di soggiorno del cittadino straniero extracomunitario, ovvero di altro titolo che legittima la presenza sul territorio, sebbene non è prescritta, riveste carattere di notevole opportunità:

1) nelle ipotesi in cui la stessa capacità giuridica dello straniero dipende dalla sua regolare permanenza nel territorio nazionale;

2) nei casi in cui il negozio posto in essere rientri, almeno astrattamente, in ragione della cittadinanza di uno dei soggetti e della regolarità/irregolarità della sua permanenza sul territorio nazionale, nella fattispecie penalmente rilevante di cui al comma 5 bis dell'art. 12 del d. lgs. 286 del 1998, introdotto dall' art. 5 del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, convertito in legge, con modificazioni, dalla Legge 24 luglio 2008 n. 125.

L'omissione sistematica e ingiustificata di detta menzione nei casi sopra indicati, costituisce violazione dell'art. 50 del Codice Deontologico nella parte in cui prescrive che per soddisfare esigenze di chiarezza e di completezza il notaio deve curare che, dal testo dell'atto, normalmente risulti la completa qualificazione giuridica della fattispecie

20

CASSAZIONE SU CAPACITA'

Sez. 5, Sentenza n. 43391 del 10/10/2008

In tema di falsità ideologica in atti pubblici, il notaio, in qualità di pubblico ufficiale, ha il dovere di esprimersi in linguaggio adeguato alle conoscenze ed all'intelligenza di chi deve sottoscrivere l'atto e, quindi, di accertare che il sottoscrittore ne abbia compreso il significato e le implicazioni.

(La Corte, nel confermare la condanna del notaio per il reato - doloso - di cui all'art. 479 cod. pen., ha precisato che, se il notaio trascura questa necessità per prassi, agisce in maniera imprudente, mentre, se il sottoscrittore manifesta sintomi evidenti di incomprendimento del tenore dell'atto e dei suoi effetti, oppure addirittura assoluta distanza da quanto avviene, il notaio, nel sottoscrivere a sua volta l'atto, rispettivamente accetta il rischio di attestare il falso o vuole direttamente il falso).

ossequio ai principi che la legge n. 218 del 1995 ha sancito.

Ovviamente la questione è ancora più importante e complessa della sola individuazione della capacità (giuridica/di agire) del soggetto extracomunitario regolarmente o non regolarmente sul territorio, e sfocia nella necessità per il notaio di gestire, con competenza ed esatta cognizione, l'elemento di estraneità con nostro ordinamento che è determinato dalla presenza di un non cittadino o di soggetto che faccia riferimento ad un ordinamento straniero (non sempre di facile utilizzo).

Nel richiamare i più recenti lavori sull'argomento, sembra evidente che l'esatta individuazione della legge applicabile in caso successione, o di capacità di ricevere per testamento, non sia di poco conto per il notaio, non solo per gli aspetti di responsabilità civile che ne possono conseguire, ma anche per gli altri aspetti che conseguono ad un'imprecisa attività funzionale. Ma per tornare a problemi molto più banali, e numericamente più importanti, trovo corretto effettuare un preciso richiamo ad esempio alla esatta individuazione del regime patrimoniale de coniugi (stranieri) in sede di acquisto immobiliare, anche e soprattutto per l'obbligo pubblicitario che incombe sul notaio pubblico ufficiale.²¹

8 - Il contenuto del controllo

Come è noto - almeno alla platea notarile - il controllo svolto dal Conservatore sull'attività del notaio è un controllo documentale, periodico e previsto dalla legge. Non è il caso di ripercorre tutte le tesi che si sono incrociate - da anni - sull'argomento, ritenendo sufficiente proporre la versione più accreditata,²² che non limita il potere di controllo solo ad un superficiale riscontro del rispetto di semplici regole formali, senza poter approfondire gli aspetti salienti della funzione di adeguamento formale e sostanziale assegnata al notaio pubblico ufficiale, dall'ordinamento.

Anche i comportamenti deontologicamente rilevanti, oggi, rientrano nell'alveo del controllo ispettivo ordinario - anche se con una particolare garanzia dal punto di vista soggettivo di chi possa sollevarli.

21

Ciò è espressamente confermato proprio dalla giurisprudenza segnalata dalla controparte (Cass. n. 7380/2010), nella parte in cui testualmente afferma: *"Il contratto di lavoro stipulato con il lavoratore extracomunitario privo del permesso di soggiorno è un contratto in violazione di legge. L'occupazione di lavoratori privi del permesso di soggiorno (o con permesso di soggiorno scaduto, revocato o annullato) costituisce reato..."*

22

Più che un'ispezione in senso tecnico, è una attenta verifica documentale su atti trasmessi all'archivio notarile distrettuale dal notaio nell'anno successivo ad ogni biennio, che ha come più limitato scopo quello di accertare - se nella redazione e conservazione degli atti, nella tenuta e nella conservazione dei registri e dei repertori e nei versamenti all'archivio, siano osservate le disposizioni di legge - "Tenore-Celeste La responsabilità disciplinare del notaio; Giuffrè editore 2008 - pag. 59. Il controllo, in linea generale, consiste nell'accertamento del regolare esercizio di una funzione e nel giudizio di conformità alle regole. L'organo preposto al controllo ha il potere di sindacare, a fini preventivi, rettificativi o repressivi, in vista della salvaguardia degli interessi sui quali è chiamato a vigilare, l'operato di altri organi o soggetti. "F. Ebner, Gli archivi notarili - Stamperia nazionale 1998; pag. 87

Prendendo spunto da quanto richiamato, al Conservatore spetta anche il compito di coltivare il contenzioso amministrativo avanti alla Coredi, e eventualmente proporre appello al provvedimento della stessa, presso la Corte d' Appello.

Inoltre l'approdo anche della scrittura privata autenticata (a raccolta), nel novero dei documenti negoziali oggetto della verifica, ha colmato una lacuna da tempo evidenziata, in relazione alla unitarietà della funzione svolta dal notaio, che non può differenziarsi sostanzialmente, in funzione della forma del documento ricevuto. Ciò premesso, si è sempre affermato come in presenza di un obbligo di menzione o attestazione non rispettata da parte del notaio, nell'ambito della procedura di documentazione, consente al Conservatore di elevare la contravvenzione collegata, secondo la procedura usuale relativa all'ispezione notarile.

Nell'ipotesi di un passaggio documentale non espressamente presidiato da un obbligo di menzione/attestazione, ove si verta di questione, elemento attinente alla capacità giuridica del soggetto part, sono convinto che rientri nella competenza degli ispezionanti chiedere conto della valutazione effettuata dal notaio, e financo l'esibizione della documentazione che è posta a fondamento della valutazione del notaio.

Il comportamento del notaio potrà essere valutato anche in relazione ai principi generali di chiara collaborazione nei riguardi dell'organo ispettivo, sul piano deontologico.

Ricordiamo comunque che la Coredi, quale organo disciplinare di primo grado, ha il potere di assumere autonomamente, tutte le prove ritenute rilevanti ai fini della decisione richiesta, ai sensi dell'articolo 158-bis, comma settimo della legge notarile.

Quindi l'esibizione del materiale richiesto, può sempre essere ottenuto.

Richiamando un episodio verificatosi tempo orsono, il notaio costituiva in atto cittadini extracomunitari che non dichiaravano (e comunque non veniva indicato in atto), quale regime patrimoniale vigesse tra loro, sul presupposto - documentalmente riportato in atto - che a tali soggetti (extracomunitari), non si applicavano le disposizioni di cui all'articolo 159 e seguenti del Codice civile, giusta l'articolo 19 delle disposizioni della legge in generale (gli atti ispezionati riguardavano il biennio 2008/2009).

A tale riguardo lo stesso Consiglio notarile prendeva posizione in merito, rilevando l'imprecisa indicazione del regime patrimoniale della famiglia dei cittadini stranieri, unitamente alla ulteriore imprecisione redazionale per non aver riportato in atto alcuna notizia in merito al necessario permesso di soggiorno.

La richiesta di un mese di sospensione, è stata dalla Coredi tramutata in una censura al notaio, in presenza di circostanze attenuanti ex articolo 144 l.n..

[Dal sito del Ministero degli esteri](#)

[L'ingresso in Italia](#)

L'ingresso nel territorio italiano è consentito soltanto agli stranieri che:

- si presentano attraverso un valico di frontiera
- siano in possesso di un passaporto o di [altro documento di viaggio](#) (pdf 17 KB) equivalente riconosciuto valido per l'attraversamento delle frontiere
- abbiano un visto di ingresso o di transito, nei casi in cui è richiesto
- non siano segnalati al sistema informativo Schengen ai fini della non ammissione
- non siano considerati pericolosi per l'ordine pubblico, la sicurezza nazionale, la salute pubblica o le relazioni internazionali
- dimostrino di avere mezzi finanziari per il loro sostentamento ([vedi tabella](#)) e abbiano a disposizione la somma necessaria al rimpatrio, eventualmente dimostrabile con l'esibizione del biglietto di ritorno.

Gli stranieri in ingresso sono sottoposti ai controlli di frontiera, doganali, valutari e sanitari.

Lo straniero sprovvisto anche solo di uno dei requisiti richiesti può essere respinto alla frontiera. Il provvedimento può essere attuato dalle Autorità di Frontiera anche in presenza di regolare visto d'ingresso o di transito.

Gli stranieri che vengono in Italia per **visite, affari, turismo e studio** per periodi non superiori ai tre mesi, **non devono chiedere il permesso di soggiorno**.

Per lo straniero che proviene da Paesi che **non applicano l'Accordo di Schengen** l'obbligo di rendere la dichiarazione di presenza è soddisfatto con l'apposizione del timbro uniforme Schengen sul documento di viaggio al momento del controllo di frontiera.

Invece, lo straniero che proviene da Paesi che **applicano l'Accordo di Schengen** dovrà presentare la [dichiarazione di presenza](#) (pdf 202 KB), entro otto giorni dall'ingresso, al questore della provincia in cui si trova.

Per chi **alloggia in strutture alberghiere** costituirà dichiarazione di presenza copia della dichiarazione resa all'albergatore e sottoscritta dallo straniero. La copia di queste dichiarazioni sarà consegnata allo straniero per essere esibita ad ogni richiesta da parte degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza.

Dall'8 agosto 2009 è introdotto il **reato di ingresso e soggiorno illegale** nel territorio dello Stato italiano (l.94 del 15/7/2009). Pertanto, chi entra o soggiorna in maniera irregolare in Italia commette il reato di immigrazione clandestina, **punito con un'ammenda da 5.000 a 10.000 euro**.

I cittadini stranieri che entrano o soggiornano in Italia illegalmente sono denunciati al giudice di pace e rimpatriati. Il Questore, pertanto, dopo aver eseguito l'espulsione o il respingimento dello straniero, ne dà comunicazione allo stesso giudice di pace che pronuncia sentenza di non luogo procedere.

[Visto di ingresso](#)

Il visto è l'autorizzazione concessa allo straniero per l'ingresso nel territorio della Repubblica italiana. E' stampato su carta adesiva e si applica sul passaporto o [altro documento di viaggio](#) (pdf 20 KB) del richiedente.

Alla domanda di visto deve essere allegata una foto formato tessera, un documento di viaggio valido e, dove richiesto, la documentazione specifica per il tipo di visto richiesto.

Lo straniero deve obbligatoriamente indicare:

- finalità del viaggio;
- mezzi di sostentamento per il viaggio ed il soggiorno;
- condizioni di alloggio

Il visto è rilasciato dalle ambasciate e dai consolati italiani nello stato di origine o della stabile residenza dello straniero. Non è possibile il rilascio del visto (né la proroga) allo straniero che già si trovi in Italia.

I cittadini di [alcuni Paesi](#) (pdf 19 KB) **non sono obbligati** a richiedere il visto d'ingresso per soggiorni per turismo, missione, affari, invito e gara sportiva purchè **non superiori a 90 giorni**. (pdf 19kb)

Dal prossimo 1° settembre 2010, i cittadini dei Paesi esenti dall'obbligo del visto per corto soggiorno potranno far ingresso in Italia, per soggiorni fino a novanta giorni, anche per motivi di studio, senza la necessità di richiedere il corrispondente visto d'ingresso per studio. [Leggi la circolare e le disposizioni del Ministero Affari Esteri](#) (pdf 184 kb)

Diversamente, cittadini di [altri Paesi](#) (pdf 14 KB) hanno **sempre l'obbligo di visto**.

1. Visto per soggiorni brevi fino a 90 giorni (Visto Schengen Uniforme). Consente al titolare il transito e il breve soggiorno fino a 90 giorni, all'interno dello Spazio Scengen.

2. Visto per soggiorni di lunga durata, di tipo D (Nazionali). Per tutti i soggiorni di lunga durata (oltre 90 giorni) gli stranieri devono avere sempre il visto, anche se cittadini di Paesi non soggetti ad obbligo di visto per soggiorni di breve durata. Il visto di tipo D è valido per l'ingresso ed il soggiorno in Italia superiore a 90 giorni (per uno o più ingressi) e consente al titolare di circolare liberamente nell'area Schengen per un periodo non superiore a tre mesi per semestre. L'esercizio della libera circolazione è consentito solo qualora il visto sia in corso di validità.

3. Lo straniero già residente in uno Stato Schengen e titolare di permesso di soggiorno, è esente da visto per soggiorni non superiori a 3 mesi, a condizione che l'ingresso in Italia non avvenga per motivi di lavoro subordinato, lavoro autonomo o tirocinio. Anche in questo caso occorre la dichiarazione di presenza

Tipologie di Visto.

Sono 20 le tipologie di visto d'ingresso: adozione, affari, cure mediche, diplomatico, familiare al seguito, gara sportiva, invito, lavoro autonomo, lavoro subordinato, missione, motivi religiosi, reingresso, residenza elettiva, ricongiungimento familiare, studio, transito aeroportuale, transito, trasporto, turismo, vacanze-lavoro.

- Visto tipo A: transito aeroportuale
 - Visto tipo B: transito, è stato abolito di seguito all'entrata in vigore del Regolamento (UE) n. 265/2010 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 marzo 2010.
 - Visto tipo C: per l'ingresso e il soggiorno di breve durata, fino a 90 giorni, con uno o più ingressi
- Visto tipo D: per l'ingresso e il soggiorno di lunga durata, superiore a 90 giorni e l'esercizio del diritto di libera circolazione.