

MISTARO + PAVLOVIC +
3^a B

13/MAR/06

AFFIDAMENTO DI SOMME AL NOTAIO

PREMESSA

E' un dato di esperienza il fatto che il rapporto che viene a crearsi tra le parti e il notaio, quando a questo le prime affidano somme per l'esecuzione di un incarico, è sovente causa di difficoltà e, spesso, fonte di contestazioni.

Le situazioni in cui si creano i presupposti per tale rapporto sono spesso al limite del litigioso, l'equilibrio economico e giuridico delle posizioni delle parti è precario. Questa precarietà, peraltro, si manifesta al notaio nell'imminenza dell'atto (riscontro di formalità pregiudizievoli da eliminare) o addirittura in sede di stipula (es. immobili ancora da consegnare, piccoli difetti del bene, mancata esibizione di documenti non necessari per la stipula ma espressamente richiesti dalle parti - certificato di abitabilità ecc.). Il notaio, in questi casi, è chiamato a fronteggiare una situazione delicata che, peraltro, deve essere risolta tempestivamente.

E' ovvio che in questi casi, se la tempestività sfocia nella fretta e nella superficialità, il problema anziché essere risolto viene ingigantito con la conseguenza che ora il notaio non sta più "fuori" ma "dentro" il rapporto e ciò rappresenta oltre che una degenerazione, un ulteriore elemento di gravità.

L'esperienza fatta all'interno di un consiglio notarile insegna che molte delle lamentele che avanzano i clienti nei confronti dei notai derivano proprio da rapporti relativi al *deposito* di somme, e quello che più impressiona è che tali lamentele, più o meno giustificate, acquistano comunque maggior pregio per effetto della non puntuale definizione del rapporto e della incompleta indicazione delle sue modalità di esecuzione piuttosto che da un difetto di diligenza del notaio nell'esecuzione dell'incarico.

Su queste considerazioni e sul tentativo di analizzare il fenomeno al fine di averne la conoscenza sufficiente ad evitare improvvisazioni nella gestione di tali delicati incarichi, sono improntate le osservazioni che seguono.

QUALIFICAZIONE DEL RAPPORTO

Talvolta il notaio, a completamento e migliore esecuzione della sua attività professionale, o anche come espressione tipica di questa attività, riceve in deposito somme di denaro o per utilizzarle direttamente ovvero a garanzia del fatto che gli adempimenti conseguenti alla stipula dell'atto non ricevano pregiudizio da vicende non controllabili. Altre volte il deposito al notaio assume funzione di garanzia per l'esecuzione di attività che non dovranno essere compiute dal notaio ma da terzi o, talvolta, da una delle parti

Comunemente si parla di somme in *deposito*, di notaio *depositario*, ecc. riferendosi, in maniera più o meno cosciente, alla fattispecie disciplinata dagli artt. 1766 e seg. del codice civile come se, appunto, l'affidamento della somma da parte del cliente al notaio derivasse da un contratto di deposito tra loro instauratosi.

In verità anche la Giurisprudenza talvolta ha qualificato questo rapporto facendo riferimento al contratto tipico di deposito. Tuttavia mi pare che la fattispecie meriti maggiore attenzione per l'individuazione dei suoi connotati qualificanti i quali poi, se valutati anche alla luce dello scopo che gli interessati intendono raggiungere, consentono ed anzi impongono qualificazioni giuridiche diverse.

Il contratto tipico di deposito è caratterizzato dalla consegna di una cosa al depositario con l'obbligo per questi di custodirla al fine di restituirla all'avente diritto. Di questi tre elementi (consegna-custodia-restituzione) quello tipico che qualifica il contratto di deposito e lo differenzia da altre figure, ove pure compaiono gli elementi della consegna e della restituzione, è proprio l'attività di custodia che costituisce l'obbligo del depositario, e che esprime la causa stessa del contratto. Questo vuol dire che le altre attività del depositario, cioè la consegna e la restituzione, assumono una qualificazione per così dire secondaria, in quanto collegate l'una come precedente e l'altra come conseguenza della vera funzione tipica del contratto, che ne costituisce la causa, e che è appunto la custodia; cioè il depositante consegna perché il depositario custodisca, e questi custodisce per restituire. Ora, mi pare quantomeno lontano dalla realtà sostenere che il cliente consegna al notaio somme in denaro con l'unico scopo che il notaio le custodisca e gliel restituisca dopo un certo termine. La consegna non è certo fatta in funzione della mera custodia, ma per fornire al notaio i mezzi necessari per l'esecuzione di un certo incarico. L'obbligo che assume il notaio non è quello di

custodire per restituire, ma quello più qualificante e peculiare di eseguire un incarico che le parti gli affidano (es. estinzione di un debito, cancellazione di formalità pregiudizievoli ecc.).

Così ragionando è chiaro che la qualificazione del rapporto non può più essere quella ristretta e rigida del contratto di deposito, ma quella più ampia di contratto di mandato (allo scopo di compiere atti giuridici) spesso qualificato dall'incarico tipicamente professionale ove questo sia configurabile.

NATURA DELL' INCARICO

La natura dell'incarico che può essere affidato al notaio in relazione ad un deposito di somma è la più varia; tuttavia credo che si possano immaginare categorie generali in cui è possibile riscontrare caratteri comuni, come meglio vedremo più avanti. Qui mi pare opportuno solo soffermarsi sulla necessità che l'incarico sia il più possibile puntualizzato, che siano previste modalità obbiettive di verifica delle situazioni (ad es. l'eliminazione di certi difetti della cosa).

Abbiamo visto che nel contratto di deposito l'obbligazione tipica e caratteristica del depositario è quella di custodire, ed abbiamo anche detto che il notaio non può considerarsi un mero depositario delle somme che riceve, in quanto egli non le riceve al solo scopo di custodirle, ma le riceve piuttosto per utilizzarle nell'interesse delle parti o a garanzia del soddisfacimento dei loro stessi interessi e comunque quale mezzo per una più completa esecuzione degli incarichi professionali che le parti gli hanno affidato.

Tuttavia, anche se il suo incarico non può dirsi esaurito con la custodia di quanto gli è stato affidato, certamente, anche solo come obbligazione accessoria, non c'è dubbio che al notaio competa anche un obbligo di custodia di quanto ricevuto. Mi sembra quindi opportuno analizzare quali siano le corrette modalità di custodia della somma.

Cominciamo con l'affermare un principio ovvio e cioè che il notaio non può utilizzare la somma per esigenze proprie o comunque in maniera tale da trarne profitto.

Detto questo, rimane da vedere allora quale sia l'uso corretto che il notaio deve fare della somma depositata.

Io credo che vada qui sottolineata quella distinzione, cui già si è fatto cenno, circa le tipologie entro cui si possono fare rientrare le varie ipotesi concrete di *deposito* di somma e dei conseguenti incarichi:

A) Somme affidate al notaio perché le utilizzi per estinguere debiti o per svolgere altre attività che richiedono comunque l'uso diretto del denaro.

Qui è ovvio che al notaio deve essere concessa la disponibilità della somma al fine di eseguire l'incarico, tuttavia bisogna distinguere ancora se l'incarico debba essere eseguito subito o se, per qualche motivo, la sua esecuzione debba essere differita nel tempo: nel primo caso ritengo che al notaio non possa essere attribuito alcun obbligo di proficuo impiego della somma (ovviamente proficuo per l'interessato) ed anzi gli debba essere riconosciuta la facoltà di utilizzare i normali mezzi di custodia e di utilizzo della somma tramite i canali bancari che, essendo adoperati al solo scopo di adempiere in brevissimo tempo l'incarico ricevuto, non possono certo configurare un utilizzo interessato e lucrativo della somma ricevuta.

Viceversa, quando l'incarico va eseguito dopo un certo lasso di tempo, è opportuno prevedere al momento del conferimento dell'incarico anche le modalità di custodia e di impiego della somma e il destinatario dei frutti.

B) Somma affidata al notaio in sede di stipula di atto di mutuo a garanzia della efficace costituzione dell'ipoteca.

Qui non c'è alcuna esigenza di riconoscere al notaio la disponibilità della somma, in quanto può benissimo adempiere il proprio incarico senza dovere utilizzare la somma stessa; può porsi, invece, una esigenza di custodia della somma. Pertanto, qualora questa esigenza si ponesse, la soluzione più corretta mi parrebbe quella di depositare la somma presso un Istituto Bancario con le modalità e le forme indicate dalle parti ma a nome del notaio il quale al momento dell'espletamento dell'incarico estinguerà il rapporto bancario versando la somma ricavata alla parte interessata secondo le specifiche modalità dell'incarico.

IMPIEGO-CUSTODIA

Poiché il notaio in questo rapporto di affidamento di somme non viene di certo scelto per le sue capacità di *custode*, ma piuttosto per le sue capacità di professionista cui viene affidata la cura di interessi per il cui soddisfacimento occorre disponibilità di denaro, l'affidamento delle somme è soltanto un presupposto necessario per l'esecuzione dell'incarico e quindi la custodia della somma, lungi dall'essere l'obbligazione tipica e principale del rapporto, va valutata come un'obbligazione accessoria, secondaria e certamente non qualificante del rapporto che anzi, visto nella sua espressione tipica, lascia appunto in secondo piano il problema "custodia" che è solo una conseguenza direi quasi non voluta e comunque non valutata dalle parti. Ribadisco che il notaio non è visto come il "miglior custode" ma come il "miglior esecutore" dell'incarico diverso e il custodire è una attività consequenziale, quasi accidentale. Se è così, allora non si rende applicabile nelle ipotesi esaminate il divieto di cui all'art. 1770 c.c. disposto per il contratto tipico di deposito, proprio perché l'obbligazione di custodire assume la fisionomia di obbligazione strumentale all'altra principale che può essere ricompensata in quella di un mandato. Ed in tema di mandato la norma che disciplina l'obbligo del mandatario di custodire le cose del mandante è quella di cui all'art. 1718 c.c. che, secondo me, è applicabile alle ipotesi di cui ci stiamo occupando e che significativamente parla di obbligo di "provvedere alla custodia" e non di obbligo di custodire, obbligo cioè di curare la custodia non necessariamente con i propri mezzi ma anche affidandola ad altri che possiedono strutture ed organizzazioni più adeguate. Questo differente modo di esprimersi a mio parere è significativo e soprattutto mette l'accento sulla diversità del rapporto. Infatti nel contratto tipico di deposito il depositante sceglie la controparte facendo affidamento sulle sue capacità di adempiere l'incarico affidatogli che è appunto quello di custodire. E' naturale quindi che sia inibito al depositario di affidare ad altri l'esecuzione del suo incarico di custodia; nell'affidamento di un incarico professionale invece la scelta del notaio viene fatta per le sue attitudini allo svolgimento di quel dato incarico, e l'aspetto del deposito e della conseguente custodia delle somme occorrenti per l'esecuzione dell'incarico sono obbligazioni secondarie e strumentali che ben possono essere affidate ad altri; anzi l'obbligo di eseguire l'incarico con la diligenza dovuta per la sua specifica qualifica professionale suggerisce, e talvolta impone, di utilizzare organizzazioni esterne per l'esecuzione di singole obbligazioni accessorie; nella organizzazione moderna della vita di relazione il notaio che pretenda di custodire in proprio somme considerevoli sarebbe certamente tacciato di trascuratezza essendo invece normale e doveroso affidarne la custodia a chi esercita la custodia come attività professionale ed ha organizzato a questo fine una valida e collaudata organizzazione: le banche appunto. Ciò però non significa che il notaio abbia libertà di usare e di impiegare le somme ricevute in deposito; è fin troppo ovvio, e lo si è già detto prima, che il notaio non deve trarre alcun profitto dall'impiego delle somme ricevute in deposito, pertanto quando il modo più corretto o più opportuno di custodia è quello del deposito presso una banca, poiché quest'ultima riconosce un compenso al depositante sotto forma di interessi, questi vanno ad avvantaggiare il cliente e non certo il notaio il quale pertanto, al momento del rendiconto, dovrà anche conteggiare gli interessi maturati o le altre utilità ricavate dalla custodia della somma.

In conclusione quindi mi pare di poter riassumere che:

A) se l'incarico che il notaio si è assunto va eseguito in tempi brevissimi, il deposito della somma in banca non può considerarsi un impiego e nemmeno una particolare modalità di custodia, ma soltanto un presupposto necessario (disponibilità effettiva della somma tenuto conto anche dei limiti alla girata di assegni) per l'esecuzione dell'incarico (pagamento) purché tempestiva, e purché tempestivo sia il rendiconto;

B) se l'incarico, o meglio, la sua esecuzione, richiede un certo lasso di tempo allora il notaio ha la facoltà di custodire la somma utilizzando il classico mezzo del deposito bancario anche senza espressa autorizzazione del cliente e salvo ovviamente un esplicito divieto in tal senso; va da sé che il deposito è fatto nell'interesse del cliente o del terzo interessato e che quindi a questi vanno riservati gli eventuali utili derivanti dal deposito.

ONEROSITA' DEL RAPPORTO

Nessun dubbio sulla onerosità del rapporto sia perché, anche inquadrandolo sotto la categoria del contratto di deposito, la norma dell'art. 1767 c.c. ne statuisce la onerosità tenuto conto della qualifica professionale del

depositario e delle circostanze concrete; sia e soprattutto poiché il rapporto è qualificato dall'incarico che il notaio assume e in riferimento al quale il deposito assume solo la funzione di mezzo per l'esecuzione stessa.

Si tratta invece di vedere in base a quali norme e a quali criteri vadano determinati i compensi.

Questo punto, che esula dal programma di questo lavoro, va qui solo accennato. Si richiama per completezza la norma di cui all'art. 21 della Tariffa Notarile, precisando che essa si riferisce però soltanto all'affidamento di somme e valori e nulla dice circa il compenso relativo all'esecuzione dell'incarico che consegua a tale affidamento. A me pare quindi che il compenso per l'incarico specifico rientri nella previsione dell'art. 34 comma 2 della Tariffa che richiama l'art. 2233 c.c.; in conseguenza di ciò mi pare molto opportuno che le modalità di determinazione del compenso vadano indicate espressamente nella lettera di incarico in cui il notaio avrà cura di far indicare quindi l'oggetto del deposito, le modalità e i termini dell'incarico e le modalità di determinazione del compenso, ad es. anche facendo riferimento alle tariffe di altri ordini professionali che espressamente contemplino le specifiche attività.

RESPONSABILITA' – DILIGENZA DOVUTA

Per quanto il rapporto vada considerato e valutato nella sua unitarietà, io credo sia opportuno distinguere all'interno di esso le varie componenti e, soprattutto ai nostri fini, distinguere lo scopo dal mezzo approntato per il suo raggiungimento.

Da quello che fin qui si è detto appare chiaro che lo scopo vero che spinge le parti al deposito è quello di assicurarsi l'esecuzione di un dato incarico professionale approntando i mezzi necessari; va da sé quindi che il rapporto può, ai fini di valutarne le modalità di esecuzione, essere frazionato nei due momenti "deposito-custodia" ed "esecuzione dell'incarico" e ciò non per svilirne l'unitarietà ma anzi per meglio coglierne le diverse sfaccettature ai fini di una maggiore intelligenza del rapporto stesso.

Detto ciò credo sia incontestabile che, nell'instaurare un rapporto di quelli che si stanno esaminando, il notaio viene scelto per le sue capacità professionali di "esecutore" di quel preciso incarico e non certo per le sue capacità di "custode" delle cose depositategli.

Sicché, nell'esecuzione dell'incarico la sua diligenza deve essere quella dovuta per la sua qualifica professionale a norma dell'art. 1176 c.c., e conseguentemente proporzionale deve essere la sua responsabilità; al contrario nella attività di custode, poiché nessuna qualifica professionale gli può essere riconosciuta per tale attività, la sua diligenza sarà quella che deve prestare il comune depositario a norma dell'art. 1768 c.c. e cioè quella generica del buon padre di famiglia.

RENDICONTO E RESTITUZIONE

Una volta eseguito l'incarico il notaio dovrà tempestivamente rendere il conto e restituire all'interessato quanto dovuto.

Questa attività che è conclusiva del rapporto, a parte i casi patologici di contrasto tra gli interessati e/o tra questi e il notaio, non dovrebbe presentare problemi e non richiede quindi particolare approfondimento; tuttavia credo che alcune puntualizzazioni possano essere utili.

Innanzitutto, ovviamente, rendere il conto non vuol dire limitarsi alla esplicitazione delle operazioni contabili: di quanto ricevuto, di quanto speso e di quanto da restituire. Bisogna invece dimostrare documentalmente, in base al tipo di incarico specifico che si è ricevuto, di averlo adempiuto nei tempi e con le modalità opportune e/o secondo quanto concordato.

Per quanto riguarda poi l'oggetto della restituzione non c'è molto da dire se non rammentare che alle somme depositate vanno aggiunti gli interessi riscossi, il che vuole solo dire che al depositario non può andare il vantaggio economico che il denaro abbia prodotto, non anche, per ciò solo, che al depositario competa un obbligo di "compensare" il depositante per l'uso del denaro; infatti gli interessi vanno liquidati solo se e nella misura in cui sono stati effettivamente riscossi.

