



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO
Dipartimento dei Diritti della Persona e Comparazione

Dottorato di ricerca in
Comparazione e Diritti della Persona
XII CICLO Nuova Serie

Tesi di dottorato
LA PUBBLICITÀ IMMOBILIARE E
LA FUNZIONE DEL NOTAIO
NEI SISTEMI GIURIDICI DI CIVIL LAW E COMMON LAW

Coordinatore:
Ch.mo Prof. Pasquale Stanzone

Tutor:
Ch.ma Prof.ssa Annamaria Giulia Parisi

Dottoranda:
Benedetta Pesiri

Anno Accademico 2012-2013

*A mio padre,
che ha radicato in me la convinzione
della dignità sociale ed umana di essere Notaio,
operando di giorno in giorno con ferma dedizione
a servizio della collettività.*

*Dal profondo dell'anima
sento di dover ringraziare il Prof. Pasquale Stanzone,
di cui ho percepito negli anni, sempre più,
la disponibilità, l'onestà di pensiero,
la coerenza morale e l'etica professionale,
la sensibilità umana,
qualità tutte raramente ricercabili in una modernità
sterile ed esasperata;
è Lui che ha reso certa la mia coscienza,
comprendendo silenziosamente le mie ansie e le mie paure,
dando forza e motivazione alle mie scelte, al mio scritto,
al mio sentire,
agli ideali su cui si è innervato il mio tempo...
a Lui devo la mia maturità di apprezzare la serenità,
di sorridere,
ancora di credere negli altri, di lottare, di vivere...
di costruire così il mio futuro!*

INDICE

CAPITOLO PRIMO

IL NOTAIO: NATURA, FUNZIONE E RUOLO

1. Il notaio: un “mistero”. La genesi storica dell’istituto notarile. La definizione di notaio contenuta nell’art. 1 della legge notarile. p. 2
2. La libera professionalità del notaio. Il “bifrontismo” e il coordinamento dei due aspetti dell’“anima notarile”: tesi ricostruttive. p. 7
3. *Segue*: gli orientamenti più recenti: il notaio quale espressione di armonica ed inscindibile sintesi delle due qualità di pubblico ufficiale e di libero professionista. p. 14
4. L’attività notarile: complessità ed unitarietà. La funzione di certificazione e la funzione di adeguamento. Le tradizionali ricostruzioni proposte dalla dottrina sulla figura e sull’attività del notaio. p. 21
5. *Segue*: revisione delle teorie esposte. L’attività notarile quale attività complessa ed unitaria che è “funzione di garanzia”. p. 31
6. *Segue*: il notaio e l’attività di mera “consulenza”. La necessità di tenere distinta l’attività di “consulenza” da quella di “assistenza giuridica”. p. 37
7. Il ruolo del notaio nel panorama socio-economico e giuridico della realtà contemporanea. Il notaio quale “garante dell’equilibrio contrattuale delle parti, nel

rispetto della legge” e quale “garante del corretto funzionamento del mercato”. Le indispensabili qualità del notaio: imparzialità, indipendenza, correttezza e competenza. p. 44

8. *Segue*: il notaio quale “custode del diritto e dell’ordinamento”. Il controllo di legalità e il controllo di liceità. p. 51

CAPITOLO SECONDO

IL NOTAIO NEI SISTEMI GIURIDICI DI CIVIL LAW E COMMON LAW

1. La definizione di notaio latino. p. 59
2. *Segue*: il notaio nell’ordinamento giuridico francese. p. 66
3. *Segue*: il notaio nell’ordinamento giuridico tedesco. p. 72
4. Il notariato nei sistemi giuridici di Common Law: le ragioni storiche e culturali del mancato sviluppo della figura del notaio latino. p. 75
5. La funzione notarile nei due sistemi di Civil Law e Common Law: analisi comparatistica. p. 80

CAPITOLO TERZO

I SISTEMI DI PUBBLICITÀ IMMOBILIARE E LA FUNZIONE DEL NOTAIO IN CIVIL LAW E COMMON LAW

1. Il fondamento della scelta legislativa in ordine all'intervento del notaio ai fini della formazione del titolo idoneo alla trascrizione.	p. 89
2. L'evoluzione storica dell'istituto della trascrizione: dalle origini al decreto francese del 4 gennaio 1955.	p. 97
3. <i>Segue</i> : l'evoluzione normativa della trascrizione nell'ordinamento italiano dal codice del 1865 al codice del 1942. La legislazione speciale successiva: rilevanza pubblicistica della trascrizione.	p. 106
4. Criteri di classificazione dei diversi sistemi di pubblicità immobiliare.	p. 116
5. I sistemi giuridici dei libri fondiari.	p. 122
6. Il sistema <i>Torrens (Land Titles System)</i> .	p. 130
7. Il sistema inglese di <i>Land Registration</i> .	p. 135
8. <i>Deeds Recording Systems e Title Insurance</i> .	p. 140
9. L'intervento del notaio nei diversi sistemi di pubblicità immobiliare: risultati dell'indagine comparata.	p. 147
Conclusioni	p. 151
Bibliografia	p. 156

CAPITOLO PRIMO

IL NOTAIO: NATURA, FUNZIONE E RUOLO

SOMMARIO: 1. Il notaio: un “mistero”. La genesi storica dell’istituto notarile. La definizione di notaio contenuta nell’art. 1 della legge notarile. – 2. La libera professionalità del notaio. Il “bifrontismo” e il coordinamento dei due aspetti dell’“anima notarile”: tesi ricostruttive. – 3. *Segue:* gli orientamenti più recenti: il notaio quale espressione di armonica ed inscindibile sintesi delle due qualità di pubblico ufficiale e di libero professionista. – 4. L’attività notarile: complessità ed unitarietà. La funzione di certificazione e la funzione di adeguamento. Le tradizionali ricostruzioni proposte dalla dottrina sulla figura e l’attività del notaio. – 5. *Segue:* revisione delle teorie esposte. L’attività notarile quale attività complessa ed unitaria che è “funzione di garanzia”. – 6. *Segue:* il notaio e l’attività di mera “consulenza”. La necessità di tenere distinta l’attività di “consulenza” da quella di “assistenza giuridica”. – 7. Il ruolo del notaio nel panorama socio-economico e giuridico della realtà contemporanea. Il notaio quale “garante dell’equilibrio contrattuale delle parti, nel rispetto della legge” e quale “garante del corretto funzionamento del mercato”. Le indispensabili qualità del notaio: imparzialità, indipendenza, correttezza, competenza. – 8. *Segue:* il notaio quale “custode del diritto e dell’ordinamento”. Il controllo di legalità e il controllo di liceità.

1. Il notaio: un “mistero”. La genesi storica dell’istituto notarile. La definizione di notaio contenuta nell’art. 1 della legge notarile.

Delineare il ruolo che il notaio riveste nella società e così capirne i poteri e la funzione è compito non agevole. Basti pensare, al riguardo, alle parole del Satta¹, il quale ha scritto che lo studio del diritto lo ha condotto

¹ Cfr. S. SATTA, *Poesia e verità nella vita del Notaio*, in *Riv. Not.*, 1955, p. V ss. Tale saggio appare ancora oggi di straordinaria attualità ed efficacia, per la passione che traspare da ogni sua parola e per la vitalità delle considerazioni svolte. Grande passione traluce anche in un altro antico e pregevole saggio di F. CARNELUTTI, *Diritto o arte notarile*, in *Vita Not.*, 1954, p. 209, ove si rileva che allorquando nella professione notarile si indaga «l’aspetto spirituale, affiora il concetto dell’arte; e i notari, che del loro pregevolissimo compito vogliono essere degni, a questo soprattutto devono pensare». Ed il Notaio, se vuole veramente esercitare a pieno la sua professione, aiutando le parti «a negoziare, che

sempre alla “contemplazione dei misteri”: dal “mistero del processo” al “mistero della norma”, al “mistero del diritto” ed, infine, allo studio di una figura che racchiude in sé tutti tali misteri: il *notaio*², il cui ruolo nella società e la cui funzione rappresentano problemi che la letteratura giuridica ha lungamente ed ampiamente affrontato e dibattuto.

Oggi si suole affermare, con sostanziale esattezza, che l’istituto moderno del notariato continua con non grandi differenze il corrispondente istituto medievale, che è formazione originale, sconosciuta all’antichità. Si aggiunge anche che, se un precedente romano si vuole trovare, nel senso di persona che soddisfacesse al compito di redigere atti per conto dei privati, esso va individuato non nel *notarius*, che originariamente era un mero stenografo e poi si trasformò in un funzionario, bensì nel *tabellio*. È, tuttavia, quest’ultima, una parola recenziore, che appare soltanto tra il II e il

è a sua volta navigare, deve conoscere non solo le vie della terra ma le vie del cielo» (*id.*, nel celeberrimo *La figura giuridica del Notaio*, in *Riv. Not.*, 1954, p. 1 e in *Riv. dir. proc. civ.*, 1954, I, p. 216). Così anche G. BUTTITTA, *L’arte del notaio prima e dopo il rogito. Per una nuova prospettiva funzionale*, in *Vita Not.*, 2000, p. 532 ss. Di «mistero del notariato» parla anche E. CALÒ, *Il “mistero” del notariato*, in *Notariato*, 2002, p. 525.

² Si ritiene che la radice della parola («*not*») sia comune alla lingua latina e greca e derivi dal sanscrito «*gna-tas*», che significa «*noto*»; tuttavia, secondo alcuni, i Romani dalla radice «*not*» avrebbero formato la voce «*nota*» (sorta di abbreviazione stenografica già conosciuta fin dall’epoca di Cicerone, la cui invenzione è attribuita da Polidoro Virgilio a Tirone, liberto dell’Arpinate, e da Dione al tabulario Marcenus) e, con l’aggiunta sostanziale «*rius*», la parola «*notarius*», per indicare appunto lo scriba che faceva uso di «*notae*» (cfr. PAPPÀFAVA, *Opere che illustrano il notariato*, Zara, 1880); secondo altri, invece, la parola sarebbe stata formata dalla semplice radice «*not*» (=noto) con il completativo «*arius*», per indicare colui che rende noto ciò di cui è richiesto (cfr. POLIZZOTTI, *Etimologia della parola “notaro”*, in *Il notariato italiano*, 1889, p. 203, che richiama al riguardo la vecchia formula notarile «ad ognuno fia noto»).

III secolo d.C.³ (quando, con lo sviluppo e l'evoluzione del commercio giuridico, si avverte l'esigenza di una documentazione che serva a provare i negozi da essa attestati), per esprimere la formazione di una classe professionale di redattori privati di documenti.

Si arriva dunque tardi, in Roma, a qualcosa che assomigli al notariato, le cui origini (strettamente connesse all'attribuzione della *publica fides* all'atto rogato dal notaio) vanno invece ricercate nell'epoca medievale e, più precisamente, in quell'arco di tempo che va più o meno dall'XI al XIII secolo d.C.⁴. Fu proprio in tale periodo che il termine *notarius* divenne generale, pur continuando a conservare, ancora per lungo tempo, un significato generico ed oscillante, indicando ora l'assistente, il ministro dell'Imperatore, del Papa o di un principe, ora l'attuario o cancelliere del

³ Il vocabolo risulta adoperato per la prima volta da Ulpiano. Il brano ulpiano (D. 48, 19, 9, 4-7) è importante anche perché dei *tabelliones* descrive i compiti: «*instrumenta formare, libellos, concipere, testationes consignare*», nonché «*testamenta ordinare vel scribere vel signare*».

⁴ La gran parte degli studiosi che si sono occupati della storia del notariato è concorde nell'affermare che la *publica fides* non fu attribuita al notaio in un dato momento o mediante uno specifico atto, bensì che questa venne conseguita progressivamente, in un lasso di tempo che va più o meno proprio dall'XI al XIII secolo d.C. Ma, *contra*, cfr. A. GAUDENZI, *Sulla duplice redazione del documento italiano nel medioevo*, in *Arch. St. It.*, XLI, Firenze, 1908, il quale sostiene che già da una sentenza dell'anno 887 si vede come «i documenti scritti da un notaio pubblico qualsiasi avevano pubblica fede», ritenendo che questi atti derivassero tale prerogativa «dagli atti della curia romana, che la possedeva». Cfr. anche G. MENGOZZI, *Ricerche sull'attività della scuola di Pavia nell'Alto Medio Evo*, Pavia, 1924, p. 45 ss., il quale sostiene che il notariato «è nato ufficialmente a Pavia nell'832», fondando questa affermazione sul *Capitulare Papiensis* di Lotario, ove le disposizioni riguardanti la nomina dei notai prevedono non più un'elezione affidata all'arbitrio, «spesso incompetente, dell'assemblea pubblica», bensì su di un esame da parte dell'autorità pubblica, «che doveva prima sincerarsi che essi fossero veramente *sapientes* e *Deum timentes*». In tal modo il notaio acquisiva «il carattere di persona pubblica, che gli derivava dal fatto di essere nominato dall'autorità sovrana e in virtù di una delega di essa, per la quale esso diveniva una persona pubblica appositamente e particolarmente delegata a redigere gli atti per i privati e a tale scopo investita di *publica fede*».

tribunale, ora infine il professionista che presta l'opera sua ai privati, ricevendone le convenzioni in forma solenne e conservandole in perpetuo.

La discriminazione fra il notaio vero e proprio e l'ufficio di segretario di cancelleria si è invero compiuta solo nei secoli successivi, dappertutto e più o meno lentamente; ed è divenuta pressoché completa in Italia solo verso la fine del secolo XVIII. Fu allora che cominciò ad avvertirsi l'esigenza di creare una nuova organizzazione del Notariato; esigenza che venne soddisfatta, nel Regno d'Italia, con il provvedimento del 25 ventoso anno XI, cioè 16 marzo 1803. Fu questa la prima disciplina unitaria del notariato in Italia, che ha successivamente ispirato le diverse leggi preunitarie, quella unitaria del 1875, fino all'approvazione, nel 1913, della vigente legge sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili (**l. 16 febbraio 1913, n. 89**), la quale, all'art. 1, definisce i notai «pubblici ufficiali istituiti per ricevere gli atti tra vivi e di ultima volontà, attribuire loro pubblica fede, conservarne il deposito, rilasciarne le copie, i certificati e gli estratti».

È questa una definizione che non esaurisce la competenza notarile (lo stesso articolo, infatti, continua enumerando una serie di ulteriori facoltà concesse ai notai, e termina con un rinvio generico alle altre attribuzioni a loro deferite dalle leggi), ma che pone subito in rilievo la qualità di

pubblico ufficiale del notaio e il concetto della pubblica fede dal medesimo conferita agli atti ricevuti.

Per quanto concerne la nozione di pubblico ufficiale, bisogna fare riferimento all'art. 357 c.p., a norma del quale «sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa» ed «è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi». Ebbene, il notaio è pubblico ufficiale proprio perché egli, tenute presenti le caratteristiche e le modalità della funzione, esercita permanentemente, con retribuzione, per obbligo, una pubblica funzione amministrativa: nella specie, l'attribuzione della pubblica fede, in nome e per conto dello Stato.

La pubblica fede, a sua volta, conferisce all'atto pubblico, in virtù del combinato disposto degli artt. 2700 cod. civ. e 221 e ss. c.p.c., una particolare forza probante, sicché esso fa piena prova, fino a querela di falso, sia della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che l'ha

formato, sia delle dichiarazioni delle parti, sia degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti⁵.

La definizione contenuta nell'art. 1 della legge notarile, tuttavia, pur ponendo adeguatamente in luce l'aspetto pubblicistico della funzione notarile – in particolar modo, l'istituzionalità della figura del Notaio e la cosiddetta funzione certificante –, difetta di completezza: da essa non è dato rilevare alcun riferimento specifico né alla libera professionalità del notaio, né alla complessità dell'attività notarile globalmente considerata.

Esaminiamo ora con più attenzione proprio questi ultimi due aspetti, partendo dal primo.

2. La libera professionalità del notaio. Il “bifrontismo” e il coordinamento dei due aspetti dell’“anima notarile”: tesi ricostruttive.

Il notaio, nel nostro ordinamento, è non solo un pubblico ufficiale, ma anche un libero professionista; qualità, quest'ultima, che gli deriva, da un lato, dalla mancanza della qualifica di impiegato dello Stato e, dall'altro, dalla presenza, nel modo di essere della sua funzione, di elementi

⁵ Cfr., in tal senso, Cass., sez. II, 30 maggio 1996, n. 5013, in *Gius. Civ. mass.*, 1996, p. 800, la quale specifica che l'atto pubblico «fa fede fino a querela di falso dei fatti che il pubblico ufficiale attesta essere avvenuti in sua presenza o essere stati da lui compiuti, nonché della provenienza delle dichiarazioni dalle parti, ma non anche dell'intrinseca verità delle dichiarazioni medesime che, pertanto, possono essere contrastate al fine di dimostrarne la simulazione».

privatistici tipici della libera professione, quali: la mancanza di clientela fissa, la possibilità della concorrenza, il carico delle spese d'ufficio, il diritto di trarre il corrispettivo direttamente ed esclusivamente dal cliente, l'assunzione di responsabilità civile per colpa o dolo nell'esercizio della funzione, la possibilità di svolgere altre attività, non tutte collegate al ricevimento di atti tipici⁶.

Tuttavia, come è stato esattamente osservato, la legislazione notarile vigente dedica poca attenzione agli aspetti della professione notarile non riconducibili alla pubblica funzione, e, per quanto la carenza sia solo apparente (la disciplina dell'attività libero-professionale del notaio, infatti, può inquadrarsi in quella generale del contratto d'opera intellettuale⁷, regolata dagli artt. 2229 e ss. cod. civ.), una espressa definizione legislativa in tale direzione sarebbe necessaria o comunque opportuna, se non altro come sintesi e punto d'arrivo degli sforzi dottrinali volti a spiegare il "bifrontismo" e la "duplice anima" del notaio, ossia la coesistenza, nello stesso soggetto, delle figure del pubblico ufficiale e del libero professionista.

⁶ Cfr. C. LEGA, *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Milano, 1974, p. 152.

⁷ Il contratto di prestazione intellettuale fra notaio e cliente può essere qualificato come tipico, consensuale, ad effetto obbligatorio, a contenuto in parte eterodeterminato, a prestazioni corrispettive, di durata, eventualmente plurilaterale, essenzialmente oneroso, *intuitu personae*, a rilevanza generale. Più specificatamente, la giurisprudenza qualifica tale contratto come "*contratto misto*", risultante dalla combinazione della causa del contratto d'opera intellettuale con quella del mandato: in tal senso, per tutte, cfr. Cass., 18 marzo 1997, n. 2396, in *Vita Not.*, 1997, p. 425.

A tal proposito, problema ampiamente dibattuto è quello relativo al coordinamento di siffatti due caratteri, in termini di prevalenza o di combinazione dell'una qualità con l'altra; problema che tanto la dottrina quanto la giurisprudenza hanno affrontato, giungendo a conclusioni spesso diametralmente opposte.

Al riguardo, da una autorevolissima dottrina è stato sostenuto che il notaio rappresenta l'esempio di maggior rilievo del concetto di «*esercizio privato di pubbliche funzioni*» e di «*amministrazione pubblica del diritto privato*»⁸. Il notaio, allora (al pari – sia pure con diversità di connotazioni e diverso grado di pregnanza – dell'avvocato, del medico, del comandante delle navi mercantili per le funzioni di polizia di bordo e la formazione di atti di stato civile, ma anche del soggetto titolare di una concessione amministrativa), si configurerebbe come privato professionista investito (anche) di potestà pubblicistiche; come soggetto privato che assurge al ruolo di “*organo – sia pure in senso non tecnico – indiretto*” dello Stato. Gli elementi caratteristici di tale figura dogmatica sarebbero, pertanto: il crisma pubblico della funzione esercitata; il carattere privato del soggetto esercente; la non totale coincidenza fra gli scopi della Pubblica

⁸ Cfr. L. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, I, p. 147 ss.; III, p. 385 e 407 ss.; V, p. 293 ss.; *id.*, *L'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, p. 19 ss. Nello stesso senso, sia pure acriticamente, cfr. L. DELPINO-F. DEL GIUDICE, *Diritto amministrativo*, Napoli, 1994, p. 139; e R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1994, p. 156.

Amministrazione e del privato esercente, il quale agisce per la realizzazione non solo di fini eminentemente pubblicistici, ma anche di tipo personale (la percezione dell'onorario o il fine di lucro).

Tale concezione, però, non appare più del tutto convincente. Essa, in primo luogo, non supera l'obiezione che il *genus* "esercizio privato di pubbliche funzioni" è unificato al suo interno dal solo carattere residuale e negativo: si tratta di figure spesso tra loro eterogenee, unite solo dalla mera non riconducibilità ad altro *genus*. Aderendo a tale impostazione, inoltre, si giungerebbe ad un risultato proficuo esclusivamente sotto il profilo descrittivo, ma non sotto l'aspetto sostanziale. Nulla, peraltro, viene detto da coloro che hanno sostenuto tale tesi circa il rapporto tra l'attività "pubblicistica" del notaio, titolare appunto di funzione pubblica, e l'attività dallo stesso svolta in forza di incarico professionale da parte dei clienti.

L'affidamento a soggetti privati di funzioni pubbliche è stato quindi ricostruito in termini diversi da un'altra stimabile dottrina, la quale ha affermato che il notaio sarebbe piuttosto beneficiario di un «munus publicum»: si tratterebbe, insomma, di un privato, il quale, avendo cura di interessi altrui, non importa se pubblici o privati, imputa a sé interamente gli effetti degli atti che compie, sia pure «sotto il controllo o sotto la direzione ed il controllo di pubbliche autorità amministrative o

giudiziarie»⁹. Tali atti dovrebbero, inoltre, essere riferiti non alla collettività, bensì a singoli «uffici statali ausiliari», portatori di interessi corrispondenti a quelli che il titolare del “*munus*” deve curare. Il notaio sarebbe, in tal modo, titolare di un “*munus*” di tipo professionale, anzi «l’esercizio stesso dell’attività professionale sarebbe *munus publicum*»¹⁰. Più precisamente, secondo una più recente prospettazione di questa tesi¹¹, quando la funzione amministrativa è demandata ad un soggetto che non è titolare di alcun complesso organizzativo al quale la funzione stessa sia ascrivibile, esiste pur sempre un ufficio in senso oggettivo (inteso come determinazione delle potestà nelle quali il suo esercizio si concreta, anche se manca la struttura materiale servente¹²), con la conseguenza che la potestà pubblica non può essere riferita ad una istituzione organizzata nell’ambito dei pubblici poteri, ma soltanto al suo titolare. L’esercizio della funzione, a causa della mancanza di un ufficio organizzato nell’ambito dei pubblici poteri, al quale imputare l’attività, viene allora posto in essere in nome proprio dal soggetto agente; i risultati dell’attività svolta, invece, in

⁹ Cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, p. 168 ss.; *id.*, *Istituzione di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 92 ss. In giurisprudenza si trova conferma di tale orientamento nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, del 1 aprile 1996, in *Foro Amministrativo* 1996, IV, p. 1164.

¹⁰ Cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 169; e V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, II ediz., Torino, 1997. In tale prospettiva, cfr. anche F. CIAMPI, *La funzione notarile e le sue prospettive*, in *Riv. Not.*, 1979, p. 752, il quale ha individuato nel notaio «un ausiliario di diritto privato della Pubblica Amministrazione».

¹¹ Cfr. F. VALENTINI, *Figure, rapporti, modelli organizzatori*, in *Tratt. dir. amm. Santaniello*, vol. IV, Padova, 1996, p. 58 ss.

considerazione della rilevanza pubblica degli interessi perseguiti e della loro alienità, profittano a vantaggio della collettività o, più esattamente, dello Stato-comunità. Ebbene, in questo schema si inquadrebbe perfettamente la posizione del notariato, che è organizzato secondo il modello libero-professionale, ma riferisce i risultati della sua attività allo Stato-comunità, come si evince, ad esempio, dall'intestazione dell'atto pubblico¹³.

Tale orientamento è stato tuttavia sottoposto a vivace critica, soprattutto in quanto ricalcherebbe, in sostanza, la teoria dell'“esercizio privato di pubbliche funzioni”: la sostanziale coincidenza di interessi del notaio e dell'ufficio statale ausiliato fa in modo che il primo appaia, in tale ottica, quale “sostituto” della Pubblica Amministrazione. Per cui tale indirizzo, oltre a postulare un ruolo sostitutivo per il notaio, le cui funzioni viceversa gli appartengono originariamente e non per effetto di una delega successiva, contrasta altresì con l'inesistenza di qualsiasi vincolo di subordinazione con la stessa Pubblica Amministrazione. Inoltre, anche esso, al pari dell'altro, postula una disaggregazione implicita fra carattere pubblico e privato: il notaio sarebbe, insomma, sempre un cittadino privato

¹² Ciò non significa che, nel caso del notaio, una struttura materiale manchi. Essa, peraltro, come avviene per i beni strumentali che questi deve predisporre a proprie spese per l'esercizio della sua attività, non è rilevante, se considerata sotto il profilo organizzativo.

¹³ Cfr. l'art. 51, comma 1, l. not., che dispone: «L'atto notarile reca l'intestazione REPUBBLICA ITALIANA».

al quale, sia pure stabilmente, è attribuita la funzione di certificazione e documentazione, al di là dell'esercizio della quale continua a restare tale, ossia un privato cittadino.

Un altro Autore ha affermato, poi, che il notaio è «*ufficiale di diritto privato*, in quanto coopera alla redazione dell'atto in cui rappresenta la volontà privata», aggiungendo che egli gioca un «*ruolo predominante nel procedimento di formazione del diritto privato*». Il notaio, insomma, «traduce l'intento negoziale delle parti nell'atto di rappresentazione di quest'intento», ed è pubblico ufficiale proprio in quanto «coopera alla formazione dell'ordinamento privato riconosciuto e quindi al diritto privato obiettivo»¹⁴. Tale impostazione, pur rigorosa, tralascia addirittura la qualità libero-professionale del notaio, optando per una valenza assorbente del carattere di pubblico ufficiale.

In senso opposto, un diverso indirizzo ha sostenuto che «l'ufficio notarile è essenzialmente di natura privatistica»¹⁵. Tale configurazione

¹⁴ Cfr. S. ROMANO, *La distinzione fra diritto pubblico e privato (e i suoi riflessi sulla configurazione dell'ufficio notarile)*, in *Riv. Not.*, 1963, p. 44-44. Cfr. anche C. VOCINO, *La funzione processuale del notaio*, in *Riv. Not.*, 1956, p. 1, il quale sostiene che l'attività del notaio è «tutta e soltanto, sempre e ovunque esercizio connaturale di una pubblica funzione».

¹⁵ Cfr. P. MAZZOLA, voce «*Notaio e Notariato*», in *Digesto*, Torino, 1995, XII, p. 230 ss. Si inserisce in tale indirizzo anche G.C. LASAGNA, *Il Notaro e le sue funzioni*, Genova, 1974, p. 281, il quale afferma che l'elemento che caratterizza il notaio è l'essenza libero-professionale, perseguendo egli, innanzitutto, fini propri e dei clienti, e solo mediamente dello Stato; in tale ottica «la pubblica funzione, pertanto, è un "quid" che si aggiunge alla libera professione, per conferire a determinate prestazioni professionali notarili una maggiore rilevanza giuridica, specialmente a fini probatori, e per creare maggiori e più pressanti responsabilità del notaio»; la funzione del notaio è allora «*di natura essenzialmente privatistica*». Nello stesso senso cfr. FILIBERTI, *La professione notarile nella attuale società italiana*, in *Riv. Not.*, 1966, p. 665, il quale giunge ad affermare che «l'acquisizione della clientela rappresenta l'obiettivo principale del professionista».

della figura del notaio avrebbe un “solido” fondamento pratico, in quanto consentirebbe al notaio di agire sempre in piena autonomia, a garanzia delle parti che hanno richiesto il suo ministero, mantenendosi “rigorosamente neutrale”. Sarebbero manifestazione di tale natura l’ampia discrezionalità organizzativa, l’onere di sostenere i costi di studio ed, infine, il sottostare a procedure d’accesso alle fonti informatiche pubbliche senza alcun potere ordinatorio. È tuttavia evidente il carattere descrittivo di tale ultima indagine e, soprattutto, l’assoluta carenza di approfondimento della portata dell’art. 1 della legge notarile.

3. *Segue: gli orientamenti più recenti: il notaio quale espressione di armonica ed inscindibile sintesi delle due qualità di pubblico ufficiale e di libero professionista.*

Un orientamento più recente è quello che, in contrasto con le precedenti tesi, afferma dapprima che quello del notaio è «un ufficio a cui è preposto il Notaio-persona, in virtù di un rapporto di servizio *sui generis*», e, quindi, che «*l’attività professionale del Notaio è sempre e tutta esercizio di pubblica funzione*»¹⁶. Il notaio, secondo tale impostazione, non è né un ufficio riferibile all’amministrazione pubblica, in quanto non solo non svolge attività amministrativa, ma neppure è inserito in tale struttura; non è

naturalmente ufficio giudiziario, nonostante il carattere di terzietà, né ovviamente ufficio legislativo. Il notaio è «soltanto ed immediatamente un ufficio della Repubblica», alla quale sono da imputare come risultato finale i suoi atti e la sua attività. Pertanto gli atti del notaio, singolarmente considerati, andranno imputati solo al notaio-ufficio, laddove l'attività nel suo complesso, se esercizio di libera professione, andrà riferita al notaio-persona, se, al contrario, esercizio di pubblica funzione, al notaio-ufficio. Tale orientamento, pur autorevolmente sostenuto, incontra, tuttavia, l'obiezione che la distinzione tra elemento soggettivo (Notaio-persona) ed elemento oggettivo (Notaio-ufficio) non afferisce alla struttura e alla funzione, aventi un carattere spiccatamente unitario, bensì al rapporto fra il titolare e l'ufficio medesimo. Inoltre, la troppo complessa tecnica di imputazione prescinde da un dato fondamentale e, cioè, che l'attività primaria del notaio è pur sempre quella della formazione degli atti pubblici notarili, finendo per contraddire l'originario assunto iniziale allorquando, pur aderendo alla concezione unitaria, si distingue l'attività imputabile al Notaio-persona da quella imputabile al Notaio-ufficio.

Anche quest'ultima impostazione dottrinale, pertanto, non può essere pienamente condivisa. Essa, tuttavia, assume una sua rilevanza in quanto evidenzia un dato di grandissimo rilievo: il notaio «non è un professionista

¹⁶ Cfr. M. NIGRO, *Il Notaio e il diritto pubblico*, in *Riv. Not.*, 1979, p. 1151 ss.

come gli altri, non è “più” o “meno” professionista degli altri, ma soltanto “diverso”, perché l’ordinamento fa della struttura professionale del suo agire un punto di svolgimento di valori generali»¹⁷.

È proprio partendo da questa riflessione che un altro Autore ancora – discostandosi solo in parte dalla precedente dottrina –, nell’affrontare la *vexata quaestio* del “bifrontismo” del notaio, ha affermato che esiste un notaio-funzionario (pubblico ufficiale preposto ad un ufficio della Repubblica) e un notaio-professionista (soggetto privato prestatore d’opera intellettuale): il notaio non è mai l’uno e l’altro insieme, ma è l’uno o l’altro in base all’attività contingente svolta¹⁸. E poiché tale dottrina rifiuta la possibilità che il notaio conservi il carattere di prestatore d’opera intellettuale privato allorché eserciti la funzione pubblica¹⁹, giunge a configurare il notaio quale «*pubblico libero funzionario*» che esercita la sua opera a favore di soggetti terzi, la cui professionalità attiene alle modalità di contatto con questi ultimi. Diviene così evidente il rischio insito in tale orientamento: concepire il notaio quale “pubblico funzionario”, sia pure “libero”, svisciva la professionalità del notaio e lascia intravedere il

¹⁷ Cfr. M. NIGRO, *Il Notaio e il diritto pubblico*, cit., p. 1172, il quale aggiunge che la professionalità ha «un significato ancora più profondo: essa è il modo mediante il quale il notaio si congiunge alla comunità sociale di cui è membro e partecipa intimamente alla vita di essa».

¹⁸ Cfr. G. GIRINO, *Le funzioni del Notaio*, in *Riv. Not.*, 1983, p. 1058 ss.

¹⁹ Cfr. G. GIRINO, *La figura giuridica del Notaio*, in *Riv. Not.*, 1985, p. 573, in cui si afferma che il notaio «quando esercita le funzioni del pubblico ufficio è sempre e soltanto pubblico ufficiale, quando esegue prestazioni strafunzionali è sempre e soltanto libero professionista o privato prestatore d’opera intellettuale: *cumulabilità sì, concorsualità no*».

pericolo, da sempre paventato, di un suo inserimento organico nella Pubblica Amministrazione.

Una dottrina ancora più recente ha, poi, tentato di conciliare le due qualità di pubblico ufficiale e di libero professionista del notaio, riconoscendo l'attività notarile nel suo complesso quale «*esercizio libero ed autonomo di un'attività di pubblico interesse*»²⁰. È palese il tentativo di questo Autore di limare le asperità dell'orientamento che vede nel notaio un "libero pubblico funzionario".

Non è, tuttavia, solo quest'ultimo il rilievo interessante di tale definizione: da essa si può evincere la tendenza a considerare il notaio sempre di più quale espressione di sintesi delle due qualità di pubblico ufficiale e libero professionista, le quali non appaiono più distinte né verticalmente (separando, cioè, rigidamente le ipotesi in cui il notaio opera quale pubblico ufficiale rogante da quelle in cui opera in forza di un incarico professionale ricevuto), né orizzontalmente (individuando nell'attività libero-professionale il modo di atteggiarsi della pubblica funzione nei confronti del cliente), ma divengono – attraverso un processo di osmosi – così intrinsecamente legate da connotare strutturalmente la figura del notaio. Appare del tutto irrilevante, allora, il tentativo di operare

una scissione fra i suddetti due caratteri, così come il tentativo di individuare quale delle due qualità appaia, in confronto all'altra, recessiva. Se è vero, infatti, che l'oggetto della funzione notarile – indagine della volontà delle parti allo scopo di fornire alle medesime lo strumento più idoneo, legalmente ed economicamente, per il raggiungimento di questa volontà – ben potrebbe sussistere senza la facoltà di attribuire a tale strumento la pubblica fede, è anche vero che, alla luce del dato normativo, il notaio ha il potere-dovere di effettuare tale attribuzione in qualità di pubblico ufficiale, e pertanto qualsiasi discussione sulla prevalenza o meno di quest'ultimo carattere rischia di non avere alcuna rilevanza pratica.

Possiamo pertanto concludere, richiamando le parole dell'Anselmi, che il notariato, nel nostro ordinamento, «è *ad un tempo una professione libera e un pubblico ufficio*»²¹: nella figura giuridica del notaio di oggi confluiscono e si fondono elementi pubblicistici, costituiti dalla sua veste di pubblico ufficiale che attribuisce pubblica fede alle private pattuizioni, nonché elementi privatistici, sorgenti dalla sua natura di libero professionista che svolge attività prenegoziale di consulenza legale ed assistenza dei soggetti nello svolgimento dei loro rapporti giuridici. Il notaio è, quindi, contestualmente e contemporaneamente, pubblico ufficiale

²⁰ Cfr. N. VOTTA, *La funzione notarile e il diritto pubblico*, in *Giur. Italiana*, 1986, p. 417, il quale considera la tesi proposta – al pari di quella che vede nel notaio un “pubblico funzionario autonomo” – la più prossima «alla realtà concreta del ministero notarile».

e libero professionista; è «anello di congiunzione fra il privato e la Pubblica Amministrazione»²². Togliere al notariato questo collegamento e renderlo o solo pubblico o solo privato, significa perdere, in un colpo solo, l'uno e l'altro: i due aspetti sono indissolubili, ed ogni tentativo di scinderli porterebbe ad inevitabili esiti negativi per l'economia e l'amministrazione della giustizia.

Del resto, una conferma di tale assunto si rinviene nell'esame delle stesse fonti positive. Non può affermarsi, infatti, che la legge notarile sia esclusiva regola dell'essere pubblico ufficiale del notaio: l'art. 147 l. not. è, ad esempio, espressione sintomatica di tale coesistenza, in quanto la compromissione della sua dignità e reputazione, del decoro e prestigio della classe notarile può discendere dalla sua «condotta nella vita pubblica e privata», nonché dall'illecita concorrenza fatta ai colleghi con riduzione di onorari e diritti accessori, indipendentemente dall'esercizio della pubblica funzione *striato iure*²³.

²¹ Cfr. A. ANSELMI, *Principi di arte notarile*, Roma, 1952, p. 23 ss.

²² Cfr. R. BARONE, *Funzione pubblica e sociale del Notaio – Atti del XXI Congresso Internazionale del Notariato Latino. Berlino 1995*, Roma, 1995, p. 24. Cfr. anche P. BARILE, *Riflessioni di un costituzionalista sulla professione di notaro*, in *Vita Not.*, 1984, p. 36, il quale rileva che la professione di notaro ha una «duplice natura», «nell'ambito di un'unica funzione». Il notaio è definito «armonica fusione di elementi pubblicistici e privatistici» da N. AMATO, in *I limiti della libertà professionale del Notaio*, in *Riv. Not.*, 1960, p. 65; «sintesi di attributi inseparabili» da F. MILLONI, in *Riflessioni sull'organizzazione e la funzione del Notaio nel sistema giuridico italiano e le sue prospettive nel quadro di integrazione europea*, in *Riv. Not.*, 1991, p. 451; «un'unica entità con due profili diversi, ma entrambi presenti nello svolgimento del ruolo» da R. PERCHINUNNO, in *Il Notariato nell'economia liberale*, in *Riv. Not.*, 1994, p. 547.

²³ Confermano tale assunto anche l'art. 74 l. not., a proposito del diritto al corrispettivo, che dovrà essere prestato «dalle parti»; e l'art. 76 l. not., il quale statuisce, in ipotesi di nullità per causa imputabile

Del pari, l'attività e l'organizzazione libero professionale del notaio non possono prescindere dal suo essere pubblico ufficiale: l'art. 2230 cod. civ. recita che la prestazione d'opera professionale è regolata dalle norme codicistiche, purché non contrastino con «la natura del rapporto».

Espressione dell'essere contestualmente pubblico ufficiale e libero professionista del notaio è, altresì, il cd. codice deontologico²⁴, le cui norme esprimono non solo un giudizio etico sulla condotta, ma rappresentano, nel contempo, regola d'azione e fonte integrativa del contenuto degli obblighi della sua prestazione professionale²⁵.

Se l'esercizio della funzione pubblica notarile manifesta, dunque, i tratti caratteristici dell'attività libero-professionale (come, ad esempio, le modalità di remunerazione, l'assenza di una clientela stabile, l'ammissibilità di una concorrenza che sia lecita, l'organizzazione di studio), la pubblica funzione, con l'insopprimibile qualità di terzietà del notaio, influenza indelebilmente anche il rapporto privatistico fra notaio e cliente. La pubblica funzione e l'attività libero-professionale non rappresentano, allora, l'espressione di due distinti atteggiamenti della stessa

al notaio rogante, l'obbligo di restituire le somme pagate dalle parti oltre al «risarcimento dei danni a norma di legge».

²⁴ Conferma inoltre l'assunto dell'osmosi tra le due qualità non solo la statuizione, contenuta nel detto codice, che il notaio, nell'espletamento della fondamentale attività di "mediazione giuridica", è «chiamato nella congiunta e non separabile veste di pubblico ufficiale e libero-professionista» (art. a.1.1., comma primo, parte descrittiva), ma anche la successiva affermazione che la «normativa che lo riguarda» risulta composta dall'unione di regole provenienti da ambiti eterogenei.

figura, svolgentesi in tempi e modi differenti e paralleli, bensì le qualità fondamentali di un'anima, quella notarile, intimamente ed inscindibilmente unitaria.

«Non esiste, quindi, un notaio pubblico ufficiale distinto dal notaio-professionista. Le due qualifiche non si sommano, ma si combinano nella figura unitaria»²⁶.

4. L'attività notarile: complessità ed unitarietà. La funzione di certificazione e la funzione di adeguamento. Le tradizionali ricostruzioni proposte dalla dottrina sulla figura e l'attività del notaio.

La definizione di cui all'art. 1 l. not., come sostenuto precedentemente, si dimostra inadeguata ed incompleta anche sotto un diverso profilo: essa, evidenziando il solo aspetto pubblicistico della funzione, sembra sottovalutare la complessità e l'importanza dell'attività notarile, trascurandone quegli ulteriori aspetti che la valorizzano e la rendono un *unicum* nell'ambito degli ordinamenti notarili di tipo latino.

Ad un attento esame del testo normativo di cui all'art. 1 l. not., difatti, si può facilmente notare come il legislatore si sia limitato a riconoscere

²⁵ Cfr. G. CELESTE, *La deontologia professionale nel sistema delle fonti dell'ordinamento notarile*, in *Cons. Stato*, 1997, p. 95 ss.

²⁶ Cfr. M. D'ORAZI FLAVONI, *L'autonomia del diritto notarile*, in *Riv. Not.*, 1957, p. 191.

esplicitamente al notaio, in quanto “pubblico ufficiale”, la sola funzione di ricevimento degli atti: il ruolo del notaio è stato così posto in diretto ed essenziale collegamento con l’atto pubblico, documentazione probatoria privilegiata dell’autonomia privata. Il legislatore, cioè, nel suindicato articolo, avendo dato rilievo al notaio solo ed esclusivamente nella sua qualità di pubblico ufficiale, ha, come inevitabile conseguenza, finito con il riconoscergli espressamente la sola *funzione di certificazione*, che consiste nell’attribuzione della pubblica fede. Funzione, questa, che è esercitata in nome e per conto dello Stato, al quale essa appartiene, e che viene dal Capo dello Stato delegata al notaio, il quale chiude il risultato della sua prestazione professionale con l’apposizione del sigillo che reca, con il suo nome, lo stemma della Repubblica. Sotto il profilo della funzione certificante, il notaio assume la veste di testimone privilegiato²⁷; ed è proprio all’esercizio della funzione certificante che tendono le numerose formalità che la legge prescrive e che il notaio deve osservare sia nel ricevimento di un atto pubblico sia nell’autenticazione di una sottoscrizione. Sempre a tale funzione mirano altresì le norme che

²⁷ Una volta si diceva che l’attestazione del notaio equivaleva a quella di due testimoni; e di ciò era ancora traccia nell’art. 777 cod. civ 1865, secondo il quale il testamento pubblico poteva essere ricevuto da un notaio in presenza di quattro testimoni o da due notai in presenza di due testimoni (cfr. A. ANSELMI, *Principi di arte notarile*, cit., p. 12).

disciplinano la conservazione degli atti, dapprima nell'ufficio del notaio e sotto la sua responsabilità, quindi nell'Archivio notarile distrettuale²⁸.

La rilevanza riconosciuta all'attività di certificazione demandata al notaio non implica, peraltro, la negazione del suo ruolo nella formazione del regolamento negoziale. Basti pensare, a tal proposito, all'affermazione del Baratta, secondo il quale «il contenuto essenziale della funzione notarile consiste nell'attività di assistenza, di natura giuridica, degli interessi dei privati, avente per fine precipuo la realizzazione di scopi pratici ai quali mira la volontà espressa al notaio e nella quale assume notevole rilievo la redazione formale dell'atto pubblico»²⁹. Si evidenzia, così, che compito del notaio è non solo quello di documentare l'intervenuto accordo, ma anche quello di far conseguire alle parti medesime “*certezza e sicurezza di tutela giuridica*”, chiarendo quel che esse in realtà vogliono e traducendolo nella più esatta ed “adeguata” formulazione giuridica. L'attività notarile, pertanto, non può ritenersi limitata al mero accertamento della volontà delle parti, ma «si estende a tutte quelle attività, preparatorie e

²⁸ È proprio in relazione all'esercizio di tale funzione, inoltre, che lo Stato si è riservato la superiore vigilanza sull'esercizio del notariato: da ciò derivano le garanzie richieste circa la moralità e l'istruzione di coloro che aspirano ad esercitare il notariato, l'incompatibilità con altri uffici e professioni, la limitazione del numero dei notai, il giuramento di fedeltà alle leggi della Repubblica, l'obbligo di prestare il proprio ministero.

²⁹ Cfr. V. BARATTA, *La natura giuridica dell'atto notarile*, in *Il Notariato nella società moderna e le sue funzioni*, Palermo, 1966, p. 214.

successive» – tra le quali, è stato aggiunto³⁰, deve ritenersi ricompresa anche l’attività di “*consulenza fiscale*” ai clienti –, «necessarie in quanto tese ad assicurare la serietà e certezza dell’atto giuridico posto in essere, e ciò in conformità allo spirito della legge professionale (art. 1 l. not.)»³¹.

Da qui il riconoscimento, accanto alla funzione di certificazione, di un “*quid pluris*” che contraddistingue la prestazione del notaio e rende, in questo modo, particolare e caratteristica la sua attività.

Già nel corso dei lavori preparatori della legislazione notarile francese dell’800, del resto, i notai furono definiti «regolatori della volontà dei contraenti, quando sembrano non esserne che gli estensori», «consiglieri disinteressati, compilatori imparziali e giudici volontari»³². È, dunque, a questo complesso di compiti che il legislatore francese voleva riferirsi, nell’istituire l’ufficio del notaio, recependo il comune sentire della società, fondato sulla tradizionale funzione che l’istituzione notarile aveva già

³⁰ Cfr. Cass., 13 gennaio 2003, n. 309, in *Riv. Not.*, 2003, p. 986, secondo cui la funzione notarile «non si esaurisce nella mera registrazione delle dichiarazioni delle parti, ma» – ed è qui il punto di novità della sentenza in esame – «si estende all’attività di consulenza, anche fiscale, nei limiti delle conoscenze che devono far parte del bagaglio di un professionista che svolge la sua attività nel campo della contrattazione immobiliare». Il notaio, pertanto, ha l’obbligo, ai sensi dell’art. 1176 cod. civ., di compiere un’adeguata ricerca legislativa (o di successiva consulenza) al fine di far conseguire alle parti il regime fiscale più favorevole, ove, per avventura, non sia già a conoscenza dello stesso. In tal senso, cfr. G. SALITO, *Il notaio diventa consulente fiscale delle parti*, in *Riv. Not.*, 2003, p. 987. Cfr. anche V. SISCARO, *Colpa professionale nell’attività notarile: informazione e consulenza fiscale*, in *Vita Not.*, 2003, p. 144 ss., per cui i compiti di «assistenza “qualificata” delle parti», tra i quali sarebbero compresi anche quelli di consulenza fiscale, «rientrerebbero nella funzione di *adeguamento* che il notaio è istituzionalmente chiamato a svolgere».

³¹ Cfr. Cass., 18 marzo 1999, n. 5946, in *Guida al diritto*, 1999, 32, p. 48.

³² Le citazioni tra virgolette sono tratte da J. FAVARAT, voce «*Notaio*», in MERLIN, *Repertorio universale e ragionato di giurisprudenza e questioni di diritto*, vol. XIII, Napoli, 1831, p. 179, dove sono

assunto in epoca prerivoluzionaria. E la stessa scelta fu compiuta nella legislazione italiana sia preunitaria che postunitaria, modellate proprio su quella francese³³.

Si diffuse, così, nella dottrina italiana³⁴, la tesi che ravvisava nel notaio una magistratura volontaria e popolare, sintetizzando in questa formula sia la posizione che gli deriva dall'essere titolare di una potestà certificante, sia il ruolo di assistente imparziale delle parti nella formazione del regolamento contrattuale.

Questa operazione concettuale, di per sé sicuramente condivisibile anche oggi, laddove con essa si voglia soltanto descrivere la funzione del notaio sotto il profilo sociale, raggiunse il suo apice all'inizio del secolo³⁵, con le dottrine che affermarono la natura giurisdizionale della funzione notarile e ne ricercarono gli aspetti comuni all'ordinamento giudiziario, che

riportati brani tratti dalla relazione dello stesso Favarat al Consiglio dei Cinquecento e dai motivi della legge 25 ventoso XI, esposti dal Rèal al Consiglio di Stato.

³³ Per questa tesi, sostenuta in modo pressoché unanime, quanto alla legislazione notarile italiana, cfr., ad esempio, F. MAZZANTI PEPE, *Modello francese e ordinamenti notarili italiani in età napoleonica*, in F. MAZZANTI PEPE e G. ANCARANI, *Il Notariato in Italia dall'età napoleonica all'unità*, Roma, 1983, p. 131 ss.; e G. ANCARANI, *L'orientamento del notariato dalla legislazione sugli stati preunitari alla prima legge italiana*, in F. MAZZANTI PEPE e G. ANCARANI, *Il Notariato*, cit., p. 237 ss.

³⁴ Nella dottrina formatasi nel vigore della legislazione preunitaria, cfr., per tale tesi, B. CHIARELLI, *Istituzioni sul notariato*, vol. I, Palermo, 1840, p. 7 ss.; e F. SORMANI, *La giurisprudenza pratica del notaio*, Milano, 1847, p. 28 ss.

Nella legislazione postunitaria, invece, cfr., per questa tesi: MOSCATELLO, *La legislazione notarile italiana*, vol. I, Palermo, 1901, p. 30 ss.; D. FALCIONI, *Manuale teorico – pratico del notariato*, vol. I, Torino, 1888, p. 13 ss.

³⁵ Cfr. G. DONÀ, *Elementi di diritto notarile*, Milano, 1933, p. 7 ss. Successivamente, nello stesso senso, cfr. G. GIULIANI, *Alcune considerazioni sul concetto di libera professionalità del notaio*, in *Riv. Not.*, 1955, p. 99, che definisce il notaio «magistrato di pace»; A. JANNUZZI, *Domande e suggerimenti del notaio nella formazione del testamento*, in *Vita Not.*, 1955, p. 6; S. SATTA, *Poesia e verità nella vita del notaio*, cit., p. 543 ss.

furono individuati, in particolare, nell'organizzazione territoriale e nella posizione di indipendenza e terzietà³⁶.

Tuttavia l'accostamento alla funzione giurisdizionale non ha mai superato i confini di una generica similitudine. In mancanza di adeguati riscontri tecnici sul piano del diritto positivo, la tesi è rimasta, infatti, isolata³⁷. Anzi, di fronte all'impossibilità di ricondurre ad un'unica funzione il complesso delle attività demandate al notaio, nelle successive elaborazioni dottrinali si è giunti a definire funzione pubblica la sola attività di certificazione, mentre tutti gli altri compiti – ivi comprese alcune attività coesenziali al ricevimento dell'atto, tra le quali, in particolare, la redazione del regolamento negoziale – sono stati privati di valenza pubblicistica e ricondotti nell'alveo dell'attività professionale *tout court*³⁸. La terzietà del notaio, la sua posizione di giudice ed arbitro del regolamento negoziale rappresentavano ancora, in quest'ottica, il profilo comune ai diversi compiti ad esso demandati, ma al solo fine di caratterizzare e distinguere la sua opera di consiglio rispetto a quella

³⁶ Osserva, a tal proposito, S. TONDO, *Caratteri e prospettive dell'attività notarile*, in *Riv. Not.*, 1966, p. 214 ss., che la tesi della natura giurisdizionale è fondata proprio sulla posizione di terzietà del notaio.

³⁷ Per una decisa critica, cfr., per tutti, M. D'ORAZI FLAVONI, *L'autonomia del diritto notarile*, in *Studi in memoria di F. Vassalli*, riprodotto in *Scritti giuridici di Mario D'Orazi Flavoni*, a cura del Consiglio notarile di Roma, Roma, 1965, p. 704 ss.

³⁸ Esempio, in questo senso, la posizione di A. LOVATO, *Il notaio pubblico ufficiale e libero professionista nei notariati a tipo latino*, in *Riv. Not.*, 1955, p. 155 ss., secondo il quale il compito di dirigere la compilazione dell'atto attiene all'esercizio professionale, in quanto si sostanzia in un'attività di assistenza e consiglio, mentre alla pubblica funzione appartengono l'attività di certificazione e quella, ad essa prodromica, di indagine sulla volontà delle parti, con il correlato potere di sindacarne la legittimità.

prestata da altre categorie professionali³⁹. Molto significativi, in questa fase dell'elaborazione scientifica, sono dunque stati i contributi dottrinali che scaturivano da una reazione all'idea che la funzione notarile potesse ridursi ad una mera certificazione a fini pubblici.

Nello specifico, si rilevò che il ricevimento dell'atto non si riduce ad una mera attività di documentazione, ma comporta un'opera ben più vasta, la quale, pur richiedendo un bagaglio di conoscenze tecniche non dissimili da quelle di altri operatori del diritto⁴⁰, presenta caratteri affatto peculiari. La dottrina, pervenendo a risultati che possono dirsi oggi assolutamente consolidati, ha infatti affermato che il "ricevimento" dell'atto postula un complesso di attività, tutte doverose per il notaio, quali l'indagine sulla volontà delle parti (art. 47, secondo comma, 1. not.), l'esercizio del sindacato di legittimità (art. 28, primo comma, n. 1, 1. not.), la redazione personale dell'atto (art. 47, secondo comma, 1. not.), e, solo da ultimo, la formazione del documento e l'attribuzione ad esso della pubblica fede.

L'attenzione degli studiosi si è concentrata, in particolare, sulle diverse fasi del procedimento finalizzato a ricevere l'atto, evidenziando che il

³⁹ Questa tendenza si avverte, ad esempio, in A. LOVATO, *o.u.c.*, p. 170, il quale riconosce che il compito di consigliare le parti nella formazione del contratto è comune ad altre categorie professionali, quando non è finalizzato a dare forma probante al documento contrattuale.

⁴⁰ Non è un caso se, in accoglimento delle istanze della classe notarile, successivamente alla riforma organica dell'ordinamento, attuata con la legge tuttora vigente, venne introdotto (con la l. 6 agosto 1926, n. 1365, art. 1) il requisito della laurea in giurisprudenza per l'accesso alla professione di notaio. E l'innalzamento del livello degli studi richiesto per l'accesso alla professione ha rappresentato uno dei

notaio non è soltanto un documentatore di volontà, ma, in primo luogo, un interprete, necessariamente dotato di elevata preparazione tecnica. Si è osservato, quindi, che, se è vero che il notaio non opera nel processo e non è assimilabile ad un giudice, è pur vero che la sua attività sfocia in un “*giudizio*”: un giudizio volto alla sistemazione, nella sfera del diritto, degli interessi dei privati che richiedono la sua opera, proprio al pari di quanto avviene nell’esercizio della giurisdizione. Da qui non l’equiparazione, ma per lo meno l’accostamento della figura del Notaio a quella del Giudice, con il quale il primo avrebbe in comune, oltre all’imprescindibile connotato dell’imparzialità che gli conferisce carattere di naturale arbitratore, il fine di dare adeguata protezione ad interessi di persone che abbiano bisogno di assistenza, e dal quale si differenzerebbe per il carattere “preliminare” o “preventivo” o “antiprocessuale” della sua attività. Affermava al riguardo il Carnelutti: «*il giudice giudica in presenza di un inconveniente che si è già verificato, mentre il notaio giudica affinché l’inconveniente non si avveri*»⁴¹. Il notaio, infatti, realizzando, nel momento in cui assolve i suoi compiti, un assetto di interessi conforme all’intento empirico delle parti

presupposti fondamentali per l’elevazione culturale della categoria, ponendo così le premesse per l’attuale fase di espansione dei suoi compiti.

⁴¹ Cfr. F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, cit., p. 1 ss.; *id.*, *Diritto o arte notarile*, cit., p. 209 ss. Di funzione “antiprocessuale” discorre anche A. JANNUZZI, *La funzione del notaio nel processo*, in *Riv. Not.*, 1953, p. 431. Nello stesso senso, seppur con diverse sfumature, cfr. anche C. VOCINO, *La funzione processuale del notaio*, cit., p. 1 ss.; *id.*, *Profilo dell’atto ricevuto da notaio*, in *Riv. Not.*, 1968, p. 1003, ove si sottolinea il valore “creativo” dell’attività notarile. Nel medesimo

richiedenti il ministero notarile, ma anche rispettoso dei principi dell'ordinamento giuridico, rappresenta uno strumento essenziale nella limitazione dell'insorgenza delle controversie giudiziarie. Ne discende l'affermazione del carattere "antiprocessuale" della funzione notarile, che ha persino indotto alcuni Autori a configurare il notaio quale «*magistrato della pace giuridica*»⁴²: se il giudice interviene dopo che la lite è sorta, il notaio ha la funzione di non far arrivare alla lite; perciò il notaio diventa in un certo senso un delegato dal giudice, diventa colui il quale deve fare praticamente da giudice eliminando le eventuali liti che possono esserci tra le parti.

Un diverso indirizzo dottrinale, al contrario, nel rilevare che la definizione come "antiprocessuale" della funzione notarile, mentre è condivisibile sul piano sociologico, non ha alcun valore da un punto di vista rigorosamente tecnico-giuridico⁴³, ha tuttavia convenuto nell'individuare in un "*giudizio*" l'atto finale del procedimento notarile: in questo dato andrebbe ravvisata la ragione essenziale per la quale la funzione in discorso non si risolverebbe nella mera certificazione. Come conseguenza di tale affermazione, inoltre, anche questo orientamento

indirizzo dottrinale si colloca la posizione di N. RIVA SANSEVERINO, *Sulla funzione del notaio*, in *Riv. Not.*, 1954, p. 230 ss.

⁴² In tal senso, cfr. M. CURTI PASINI, *La funzione essenziale del Notaio*, in *Riv. Not.*, 1951, p. 15; e A. MORELLO-E. FERRARI-A. SORGATO, *L'atto notarile*, Milano, 1977, I, p. 357.

conviene sulla rilevanza di un complesso di regole comportamentali idonee a garantire terzietà ed imparzialità.

Nel corso di ulteriori indagini, un'autorevole dottrina ha, poi, isolato, nel complesso delle attività demandate al notaio, un'ulteriore e diversa funzione, che si pone concettualmente al di fuori della mera certificazione e ne rappresenta un antecedente logico: la cosiddetta funzione di "*adeguamento*" della volontà delle parti ai canoni dell'ordinamento, definita come «*congrua aderenza dell'intento empirico manifestato dalle parti ai paradigmi offerti dall'ordinamento positivo*»⁴⁴. Si tratta di una funzione piuttosto complessa, in quanto comporta per il notaio una delicata ed importante serie di poteri-doveri: indagare personalmente la volontà delle parti (art. 47 l. not. e art. 67 reg. n. 132); fornire alle parti l'atto più idoneo e più economico per il raggiungimento del fine voluto; rapportare costantemente la volontà delle parti, e l'atto loro fornito, alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume (art. 28 l. not.).

⁴³ Cfr. S. SATTA, *Poesia e verità nella vita del Notaio*, cit., p. 547. Critico nei confronti della definizione di "funzione antiprocedurale" anche M. NIGRO, *Il Notaio e il diritto pubblico*, cit., p. 1157.

⁴⁴ Cfr. M. D'ORAZI FLAVONI, *L'autonomia del diritto notarile*, cit., p. 725 ss., al quale dobbiamo la celebre distinzione tra «*adeguamento necessario*» (traduzione in formula giuridica dell'intento delle parti) e «*adeguamento facoltativo*» (svolgimento di ulteriori adempimenti richiesti per meglio ottenere una piena ed equilibrata realizzazione dello stesso intento). Dello stesso Autore cfr. anche: *La responsabilità civile nell'esercizio del notariato*, in *Scritti giuridici*, vol. II, cit., p. 965 ss.; *Sul contenuto della prestazione notarile*, in *Scritti giuridici*, vol. II, cit., p. 1005 ss.; *La responsabilità e le responsabilità del notaio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 401 ss. Più di recente si muovono in questo ordine di idee anche: M. DI FABIO, voce «*Notaio (dir. vig.)*», in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1978, p. 569 ss.; G. GIACOBBE, *La funzione notarile oggi*, in *Riv. Not.*, 1977, p. 920 ss.; G. GIRINO *Le funzioni del notaio*, cit., p. 1065 ss.; R. PERCHINUNNO, *Rapporti atipici e attività notarile*, in *Rapporti atipici nell'esperienza negoziale. Atti del III Convegno di studi*, Napoli, 29 – 30 maggio 1987, Milano, 1988, p. 67 ss.

Tale funzione non si risolve, quindi, in una mera attività di consiglio e di assistenza alle parti, quale potrebbe essere svolta anche da altri professionisti, ma si sostanzia, al contrario, in un potere pubblicistico attinente all'ufficio del notaio, al pari della funzione certificante, alla quale quella di adeguamento è intimamente connessa, fondandosi, come quella, su una solida base positiva, che viene enucleata attraverso un'analisi sistematica degli artt.: 28, primo comma, n. 1, l. not.; 1176 cod civ.; 18, primo comma, n. 2, l. not. (disposizione recante la formula del giuramento); 47 l. not.; e 67 del relativo regolamento d'attuazione⁴⁵.

5. *Segue: revisione delle teorie esposte. L'attività notarile quale attività complessa ed unitaria che è "funzione di garanzia".*

I risultati cui sono pervenute le autorevoli dottrine citate sono, a nostro modesto avviso, tuttora da accogliersi, seppur con una necessaria revisione.

C'è da dire, in primo luogo, che la tesi secondo la quale l'esercizio dell'attività notarile comporterebbe, nella sua essenza, un giudizio sulla fattispecie concreta prospettata dalle parti sembra opinabile qualora su essa si voglia fondare un accostamento all'attività giurisdizionale, sia pure in senso "antiprocessuale". Ciò perché il "*giudizio*" che il notaio compie

⁴⁵ R.d. 10 settembre 1914, n. 132.

nell'esercizio della sua funzione si presenta, piuttosto, se tecnicamente inteso, come atto di certazione⁴⁶, che è manifestazione di potestà amministrativa e non giurisdizionale, avente un effetto qualificatorio consistente nella creazione di un modo di essere della realtà giuridica entro la quale i soggetti agiscono.

In secondo luogo, la definizione di “funzione di adeguamento” non sembra più del tutto idonea a ricomprendere in sé la globalità dei compiti demandati al notaio, la cui attività, oggi, è stata notevolmente arricchita con l'attribuzione legislativa di nuovi compiti, che comportano obblighi di collaborazione con la Pubblica Amministrazione per il perseguimento di rilevanti interessi, quali la tutela urbanistica, l'ordine pubblico, i controlli fiscali, l'aggiornamento dei pubblici registri⁴⁷. L'attività notarile, pertanto, appare non solo finalizzata a garantire l'autonomia negoziale (che è espressione primaria, ma non esclusiva della libertà d'iniziativa economica, sancita dall'art. 41 Cost.), ma concorre, mediante l'espletamento di questa serie di nuovi compiti ausiliari, alla tutela di altri beni e diritti, costituzionalmente protetti, che possono entrare in conflitto con gli scopi

⁴⁶ Di certazione, con riferimento alla funzione notarile, discorre anche R. PERCHINUNNO, *Il notariato nell'economia liberale*, cit., p. 545. È da ricordare che la certazione appartiene alla più ampia categoria degli “atti di certezza pubblica”, al pari degli accertamenti, dai quali differisce in quanto non ha efficacia preclusiva e produce soltanto cognizioni storiche o critiche, a seconda che sia rappresentato l'accadimento di un fatto o il giudizio su di esso.

⁴⁷ È da notare come questa attribuzione di nuovi compiti finisca col valorizzare il ruolo del notaio, che così diventa anche fornitore di dati qualificati ai pubblici archivi, esattore di imposte per conto dello

perseguiti dai privati. Per cui, se è condivisibile l'analisi compiuta in dottrina per enucleare, oltre l'attività di mera certificazione, un complesso di attività parimenti rilevanti sul piano pubblicistico, in quanto caratterizzate dall'attribuzione di poteri autoritativi per fini di interesse collettivo, non altrettanto soddisfacente appare il risultato complessivo al quale con questa analisi si perviene, con la frammentazione dell'ufficio pubblico del notaio nelle funzioni, correlate, ma non commensurabili tra loro, di certificazione e di adeguamento cosiddetto "necessario". Né d'altronde viene chiarito, dal richiamato orientamento, a quale dei pubblici poteri tale ultima funzione dovrebbe essere ricondotta; a tacere, poi, dell'ulteriore problema che l'attività di adeguamento "facoltativo" finisce con l'essere espunta dai compiti pubblicistici per confluire nell'esercizio professionale *tout court*.

È proprio da queste riflessioni che prende avvio quel processo di revisione che, attraverso un dibattito sul ruolo del notaio nella formazione del regolamento negoziale, perviene alla tesi secondo la quale tutta l'attività notarile è in primo luogo funzione pubblica⁴⁸.

Stato su tutti gli atti, garante di interessi pubblici e collettivi in materia di famiglia, società, urbanistica, ecc.

⁴⁸ Così, per primi, C. VOCINO, *La funzione processuale del notaio*, cit., p. 8 e M. NIGRO, *Il notaio e il diritto pubblico*, cit., p. 1159. Inoltre cfr. Cass., 13 giugno 2002, n. 8740, in *Guida al dir.*, 2002, n. 29, p. 55 ss. (con nota di G. GRISI, *Il dovere di "dissuasione" dei clienti non trova alcun fondamento normativo*): «La funzione notarile è *funzione pubblica di interesse generale*» che «investe il contenuto e gli scopi dell'intero negozio notarile, grazie al quale le parti intendono raggiungere l'assetto dei loro

Partendo da questa premessa, viene così disattesa la ricostruzione che ravvisa il *proprium* dell'attività notarile nella funzione certificante, classificandola nell'amministrazione pubblica di interessi privati⁴⁹; e viene invece avanzata, da un'autorevole dottrina, la tesi secondo la quale al notaio sarebbe demandata una "*funzione di garanzia*"⁵⁰ nel più ampio contesto dello Stato-comunità, nel quale operano uffici che non sono organi dell'apparato amministrativo e si caratterizzano, anzi, per una spiccata indipendenza da quest'ultimo, volta ad assicurarne l'imparzialità.

Tale definizione della funzione del notaio quale "*funzione di garanzia*" è, peraltro, molto significativa, in quanto consente di ricondurre ad unità⁵¹, sotto un profilo finalistico, le attività prima definite di "certificazione" e di "adeguamento". Quanto alla potestà certificante, la ragione è intuitiva: la certezza del fatto costituisce, già di per sé, garanzia del regolare esplicarsi degli effetti giuridici. Quanto all'adeguamento, invece, il discorso è più complesso. Come dimostrato dalla più recente legislazione, oggi non si chiede al notaio soltanto di tutelare la volontà negoziale, ma anche di

interessi conformemente alla legge», in modo che questi ultimi «trovino, grazie alla funzione notarile, una tutela più intensa ed una compiuta certezza di realizzazione».

⁴⁹ Questa classificazione, proposta da L. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., vol. V, II ediz., Milano, 1959, p. 299 ss., è oggi per lo più abbandonata.

⁵⁰ Cfr. M. NIGRO, *Il notaio e il diritto pubblico*, cit., p. 1170 ss., che accoglie il concetto di "funzione di garanzia" enunciato da C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, IX ediz., Padova, 1976, p. 1105 ss.; sulle sue orme, P. BARILE, *Riflessioni di un costituzionalista sulla professione di notaio*, cit., p. 38 ss.; e G. GIACOBBE, *La funzione notarile oggi*, cit., p. 936.

⁵¹ Del resto, l'unitarietà della funzione notarile è stata affermata anche nella tesi del II Congresso Federnotai, in *Federnotizie, Quaderni, n. 9, Atti del secondo congresso nazionale Federnotai*, Roma, 29 novembre 1996, p. 79.

indirizzarla, nella sua fase formativa, verso fattispecie riconosciute dall'ordinamento e di farsi, poi, garante della realizzazione dei suoi effetti. L'autonomia negoziale, infatti, si esplica in un contesto di libero mercato, il quale è retto da un complesso di regole finalizzate ad un suo corretto funzionamento: sicché è sempre necessario verificare che l'agire privato non persegua finalità contrarie all'ordinamento. L'attività di adeguamento della volontà, dunque, che resta un aspetto essenziale della funzione pubblica notarile, viene assunta in una più ampia funzione di garanzia a tutela non solo dell'autonomia privata, ma anche degli interessi collettivi, che lo Stato assume come propri e che con essa possono entrare in conflitto.

Si tratta di una ricostruzione interessantissima, anch'essa supportata da un solido fondamento positivo da individuare, in primo luogo, nelle disposizioni della legge notarile già utilizzate, dalla dottrina prima richiamata, per enucleare la funzione di adeguamento. Tra le disposizioni più rilevanti, ai fini che qui interessano, della citata legge, vanno richiamati: l'art. 1, nel quale si fa riferimento, in una definizione certamente di per sé inadeguata, al ricevimento dell'atto e all'attribuzione della pubblica fede; l'art. 27, che concorre a sancire, prescrivendone l'obbligatorietà e la territorialità, il carattere pubblicistico dell'attività

notarile; l'art. 28, primo comma, n. 1, che sancisce il divieto per il notaio di «ricevere atti espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico»; l'art. 47, nel quale si attribuisce al notaio il potere di indagare la volontà delle parti e redigere l'atto con l'ampiezza esplicitata e ribadita dall'art. 67 del regolamento attuativo; l'art. 51, primo comma, n. 3, secondo capoverso, che attribuisce al notaio il potere-dovere di indagare sull'esistenza dei poteri rappresentativi; l'art. 18, primo comma, n. 2, che riassume i doveri del notaio attraverso la formula del giuramento; e, infine, l'art. 58, che commina la nullità quale sanzione di talune ipotesi nelle quali appare compromessa la funzione del notaio (in particolare, la violazione dell'art. 28, primo comma, nn. 2 e 3, e degli artt. 27 e 47).

Quanto poi ai compiti assegnati dalla più recente legislazione all'ufficio notarile a tutela di interessi collettivi, c'è da dire che essi non appaiono eterogenei rispetto alla tradizionale attività di adeguamento, ma si integrano con essa, in quanto il notaio, in coerenza con i valori costituzionali, non è più un mero custode dell'autonomia privata, ma ha il compito di garantirne l'esplicazione in conformità ai canoni dell'ordinamento, senza collidere con interessi collettivi, se non anche – si pensi all'ordine pubblico – con primari interessi generali.

In definitiva, attività certificante, adeguamento della volontà ed esplicazione di compiti ausiliari, attribuiti per la tutela di interessi pubblici, si ricompongono in un'attività complessa⁵² ed unitaria, che è funzione di garanzia: garanzia che non si ledano i diritti delle parti venute alla relazione negoziale; garanzia che sia tutelato il contraente più debole; garanzia che siano salvaguardati i diritti dei terzi; garanzia che non si arrechi danno alla comunità.

6. *Segue: il notaio e l'attività di mera "consulenza". La necessità di tenere distinta l'attività di "consulenza" da quella di "assistenza giuridica".*

Il notaio, accanto e in aggiunta alla attività c.d. "operativa" dianzi delineata (comprensiva anche dell'attività c.d. di "consiglio"), può svolgere un'attività c.d. di mera "*consulenza giuridica*". È quanto emerge dagli orientamenti del Consiglio Nazionale del Notariato, il quale, nella seduta del 1 e 2 giugno 2000, ha approvato, a larga maggioranza, l'indagine svolta dall'Osservatorio di deontologia in merito alla liceità dell'attività di

⁵² Cfr. App. Bari, 21 gennaio 1999, in *Giur. it.*, 1999, p. 1002, secondo cui il notaio, «giurista libero e *super partes*», espressione di una «categoria di alto livello professionale...strumento e cerniera per la comprensione della giuridicità nella regolamentazione interindividuale degli interessi», non può limitare il suo compito ad una mera «burocratica certificazione dell'incontro della volontà, semmai prefigurato da altri o in altra sede concertato», ma deve svolgere una «funzione attiva ed autonoma», di cui sia «coerentemente responsabile come soggetto investito di un *munus publicum*».

consulenza prestata dal notaio al di fuori del proprio distretto notarile. Le idee fondamentali contenute in tale studio possono essere così riassunte:

- 1) l'attività di consulenza costituisce l'essenza stessa della professione notarile, nel momento in cui il notaio svolge quell'indagine delle volontà richieste dalla legge. Anche quando essa è svincolata dalla stipula di un atto notarile, il suo svolgimento non è vietato dall'art. 2 l. not. e, pertanto, il suo esercizio è legittimo;
- 2) l'attività di consulenza è sanzionabile solo quando costituisce comportamento idoneo allo sviamento della clientela, ai sensi dell'art. 147 l. not. e dell'art. 14 r.d. 1666/1937; ne discende l'illegittimità della prestazione di consulenza svolta gratuitamente, in quanto essa realizza una illecita concorrenza;
- 3) la prestazione di consulenza è svincolata dal rispetto del territorio, non essendo tale attività assimilabile ad un atto notarile; ne discende la possibilità di svolgere attività di consulenza anche al di fuori del proprio distretto di competenza⁵³;
- 4) il controllo sull'attività del notaio prestata fuori dal distretto compete al Consiglio Notarile e al Presidente del distretto dove

⁵³ Il secondo comma dell'art. 27 l. not. – sostituito dall'art. 12, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in L. 24 marzo 2012, n. 27 (c.d. “decreto sulle liberalizzazioni”) – prevede il limite territoriale alla competenza funzionale del notaio, stabilendo che egli non può esercitare il suo ministero «fuori del territorio della Corte d'Appello nel cui distretto è ubicata la sua sede». La competenza territoriale del

l'attività viene svolta; essi sorveglieranno perché tale attività venga debitamente fatturata, prevenendo in tal modo attività illecite.

Si tratta di affermazioni che non sentiamo di poter pienamente condividere e che, pertanto, devono essere opportunamente corrette ed integrate.

Partendo dalla premessa che per “consulenza” bisogna intendere «l'espressione di ogni particolare conoscenza, rivolta ad altri che quella conoscenza non hanno, diretta a fornire indicazioni su fatti, comportamenti, strategie, ecc.»⁵⁴, bisogna evidenziare, in primo luogo, la rilevante differenza che esiste tra attività di “consulenza” e attività “operativa”. L'elemento su cui si fonda la distinzione è rappresentato dal risultato finale: nell'attività di consulenza il professionista si limita a dare indicazioni (“consigli”) ad un terzo, il quale di tali indicazioni si renderà lui stesso interprete, depositario o esecutore; nell'attività professionale, invece, il risultato concreto dell'attività sarà attribuibile allo stesso professionista, in quanto dal medesimo curato. Ne discende la necessità di tenere rigidamente distinte e separate, al fine di evitare qualsiasi confusione, l'attività di “*consiglio*” (momento cardine dell'“attività operativa”, in quanto tendente ad analizzare il problema giuridico allo scopo di

notaio, quindi, per effetto del citato decreto, non è più limitata ai confini del distretto notarile in cui è collocata la propria sede, potendo spaziare nell'ambito dell'intera circoscrizione della Corte d'Appello.

individuare lo strumento più idoneo al perseguimento della volontà delle parti), la quale è sempre strumentale e propedeutica (e, di conseguenza, finalizzata) alla stipula dell'atto notarile, a prescindere dal fatto che questo, poi, venga o meno concretamente stipulato⁵⁵, e l'attività di mera "consulenza", diretta *sic et simpliciter* a fornire pareri, in forma orale o in forma scritta.

Fatta questa precisazione, resta da capire se il notaio possa legittimamente svolgere attività di mera consulenza. La risposta non può che essere positiva: la consulenza è prerogativa di ogni competenza specifica, qualunque sia il campo del sapere; pertanto essa può essere svolta da chiunque sappia, e quindi anche dal notaio, a favore di colui che non sa ed ha bisogno di sapere. La liceità dell'attività di consulenza prestata dal notaio deriva, in questo modo, non dall'art. 2 l. not., non dall'art. 147 l. not. o dalla previsione contenuta nell'art. 14 r.d. 1666/1937, come sostenuto dall'Osservatorio di deontologia, bensì, più semplicemente, dal fatto che la consulenza è l'espressione della particolare conoscenza che il notaio ha di determinati aspetti del diritto e della vita giuridica.

⁵⁴ Cfr. G. RAMONDELLI, *A proposito dell'attività di consulenza svolta dai notai (e di alcuni profili deontologici e operativi)*, in *Riv. Not.*, 2001, p. 618.

⁵⁵ Nel corso dell'*iter* tipico dell'attività notarile, può emergere la necessità di limitare l'attività professionale al mero "consiglio", quando non venga ravvisata la necessità o l'opportunità della stipula dell'atto.

Condizione insopprimibile affinché si possa parlare di consulenza è, però, che essa venga richiesta in quanto tale, e cioè che essa venga richiesta al notaio o per la sua particolare esperienza e conoscenza, o per la sua particolare credibilità sociale in quanto, per generale estimazione pubblica o qualità personali, egli venga riconosciuto idoneo ad esprimere un parere su una determinata situazione. In tal caso il notaio verrà investito di una richiesta specifica, formulata in considerazione della sua specifica competenza.

Ma, ed è questo un dato da sottolineare, anche nello svolgimento dell'attività di mera "consulenza giuridica", al fine di mantenerne inalterata la liceità, il notaio dovrà costantemente e continuamente armonizzare le due qualità di pubblico ufficiale e di libero professionista, evitando una enfattizzazione della seconda a scapito della prima⁵⁶. Da qui l'esigenza che anche l'attività di mera consulenza venga prestata nel rispetto delle norme dettate per l'esercizio della professione, in modo che l'attività notarile non costituisca lo scudo o, meglio, la copertura per usufruire dei privilegi che alla classe notarile sono accordati in funzione della particolare investitura pubblica, in modo da non dover pagare i costi che l'appartenenza ad altre categorie impone. In particolar modo, bisogna esigere che essa «venga

⁵⁶ Cfr. G. RAMONDELLI, *o.u.c.*, p. 621, per il quale «non bisogna però confondere le rispettive competenze di ciascuna professione giuridica, e soprattutto non bisogna dimenticare che stiamo parlando

svolta nel rispetto di tutte le norme di diritto positivo e di carattere deontologico che si applicano ai notai, primo fra tutti il rispetto della unicità della sede e della unicità dello studio notarile»⁵⁷. Ipotizzare che l'attività di consulenza possa svolgersi senza il rispetto territoriale è un'interpretazione distorta della legge. Del resto, se essa consiste nel fornire pareri, orali o scritti, non si vede la necessità di ricorrere ad una stabile organizzazione al di fuori del distretto: una tale ipotesi configurerebbe grave violazione dei principi di diritto positivo e deontologici, e pertanto essa va drasticamente vietata.

Così come è da vietare che il notaio svolga attività non di mera "consulenza", ma di vera e propria "*assistenza giuridica*", che coinvolgerebbe il professionista «in maniera assai simile a quella dell'avvocato»⁵⁸: in tali ipotesi il notaio non si limiterebbe a fornire pareri o meri consigli, autonomamente utilizzabili dal cliente, ma dovrebbe affiancare il suo assistito anche con la presenza fisica costante e permanente.

Qui il discorso diviene delicato. Se, difatti, l'assistenza viene esercitata senza controparti, si può ritenere che nessuna differenza possa esservi tra

di notai che, indipendentemente dalle proprie specifiche conoscenze, godono della estimazione pubblica, si propongono alla società e beneficiano della particolare considerazione pubblica in quanto tali».

⁵⁷ Cfr. G. RAMONDELLI, *o.u.c.*, p. 621.

⁵⁸ Cfr. G. RAMONDELLI, *o.u.c.*, p. 622.

consulenza e assistenza. Ma se l'assistenza serve come ausilio ad un negoziato, allora è inevitabile che il notaio perda la sua caratteristica di indipendenza, con evidente violazione dell'art. 2 l. not., producendo un danno all'immagine del notariato sia sul piano interno che sul piano internazionale, essendo terzietà ed indipendenza elementi caratteristici del notariato latino. Ciò è assolutamente da evitare: in caso contrario, non avremmo più attività notarile; non saremmo più al cospetto di un notaio, ma solo ed esclusivamente di un avvocato.

Alla stregua di tali considerazioni, si deve ritenere che il notaio, il quale utilizzi sistematicamente e assiduamente (tale sarebbe l'utilizzo di una struttura fuori del territorio di competenza per svolgere attività di "assistenza giuridica") lo schermo del notariato per sfruttare a suo comodo, e per finalità estranee al notariato, la posizione di indipendenza e terzietà sulla quale i terzi fanno affidamento, commetta una lunga serie di abusi: in primo luogo, viola l'art. 2 l. not., in quanto svolge attività propria della professione di avvocato; in secondo luogo, egli si sottrae ai controlli sulla propria attività, perché difficilmente il Consiglio notarile di appartenenza potrà venire a conoscenza del suo comportamento, professionale e non; in terzo luogo, viene meno agli oneri contributivi ai quali tutti sono tenuti, ciascuno per la sua professione, in quanto si sottrae ai versamenti propri

dell'attività svolta; inoltre sfrutta la credibilità sociale del notariato per finalità estranee al notariato stesso.

Pertanto, richiamando il pensiero del Ramondelli, «coloro che sentono l'esigenza e che ritengono di avere il desiderio di svolgere prevalentemente attività diversa dal notariato è *bene che rinuncino al suo manto protettivo... e si confrontino ad armi pari con gli altri, perdendo i privilegi che ai notai sono riservati*, dalle norme di diritto interno e dalle norme comunitarie»⁵⁹.

7. Il ruolo del notaio nel panorama socio-economico e giuridico della realtà contemporanea. Il notaio quale “garante dell'equilibrio contrattuale delle parti, nel rispetto della legge” e quale “garante del corretto funzionamento del mercato”. Le indispensabili qualità del notaio: imparzialità, indipendenza, correttezza e competenza.

La compresenza, nello stesso soggetto, di due anime (quella di pubblico ufficiale e quella di libero professionista, tra di loro in rapporto di armonica ed inscindibile sintesi) e l'esercizio della composita ma unitaria funzione di garanzia (la quale, lungi dall'esaurirsi nella mera attività di certificazione, si estende a comprendere anche l'attività di adeguamento o “mediazione giuridica” – così la definisce il codice deontologico all'art. a.1.1., comma 2, parte descrittiva – e una lunga serie di compiti ausiliari demandati al notaio dalla legge) finiscono inevitabilmente col valorizzare la figura del notaio,

facendole assumere un ruolo di primaria importanza nel panorama giuridico e socio-economico dell'attuale realtà italiana (nonché degli altri Paesi caratterizzati da ordinamenti notarili di tipo latino).

È proprio il notaio, infatti, che, attraverso il coscienzioso e responsabile esercizio della sua attività, da svolgersi in forme ora propositive ora creative, permette alla rappresentazione degli interessi non solo privati, ma anche pubblici, emergenti dalla realtà in sé o come manifestata, di assumere un assetto corrispondente ed equilibrato, ma conforme alla legge e, più in generale, all'ordinamento giuridico vigente⁶⁰. La tecnica notarile assume, in tal modo, una sua specificità, poiché permette la tutela, accanto ad interessi di tipo squisitamente privatistico, di interessi pubblici in senso proprio e, accanto a questi ultimi, di un interesse, per così dire mediato o indiretto, anch'esso di rango pubblico, a che i suddetti interessi privati trovino una corretta ed equilibrata composizione, nonché, infine, di interessi del gruppo o categoria professionale, alla cui salvaguardia è preposta anche la normativa deontologica. Tra tali interessi, in via di

⁵⁹ Cfr. G. RAMONDELLI, *o.u.c.*, p. 623.

⁶⁰ Cfr. G. GIRINO, *Le funzioni del notaio*, cit., p. 1069, il quale, al riguardo, parla di opera di «creatività». Secondo tale Autore il Notaio «fissa il fatto in una rappresentazione attraverso la quale soltanto vive e vale nell'ordinamento giuridico»; «così operando, conforma il fatto al diritto e il diritto al fatto, crea e garantisce imparzialmente l'equilibrio delle parti, partecipa all'elaborazione del regolamento negoziale e concorre così alla formazione dell'ordinamento normativo» (p. 1068). Di «creatività» parla anche F. GUASTI, *La funzione notarile nell'era della globalizzazione*, in *Notariato*, 2002, p. 5 ss., il quale, dopo aver riconosciuto al notaio il ruolo di «creatore del diritto», mette in evidenza come la funzione creatrice del diritto si stia, ai nostri tempi, trasferendo «dal singolo notaio al notariato», inteso, quest'ultimo, «come organizzazione forte sia a livello nazionale che sopranazionale».

esemplificazione, emergono in modo peculiare quello al rispetto della legalità, alla certezza del diritto, alla sicurezza ed all'efficacia delle contrattazioni, ad una corretta informazione giuridica, nonché l'interesse alla libertà ed all'uguaglianza sostanziale fra le parti ed alla conseguente tutela del contraente debole, e certamente l'interesse ad uno sviluppo del mercato conforme alle regole del diritto. E con essi, attraverso l'imposizione di un composito sistema di regole di diversa gradazione, concretantesi in obblighi positivi o in divieti, la violazione dei quali è variamente sanzionata, emergono, altresì, l'interesse alla tutela del territorio e dell'ambiente, l'interesse alla conservazione di beni culturali ed ambientali, l'interesse al controllo sia pure indiretto all'esercizio del credito, l'interesse al pagamento ed alla riscossione delle imposte.

Da quanto detto, si può facilmente comprendere l'importanza che, nella vita di tutti i giorni, assume la presenza del notaio e del suo ministero. In primo luogo, infatti, il notaio assurge al fondamentale ruolo di *“garante dell'equilibrio contrattuale delle parti, nel rispetto della legge”*. In tale prospettiva acquista nuovo vigore il valore dell'imparzialità del notaio. Questi, anzi, può assurgere a garante di interessi fra loro difformi ed eterogenei proprio in virtù di tale qualità, la quale, a sua volta, non significa terzietà meramente rispetto ai contraenti del rapporto contrattuale, ma

piuttosto nei confronti di qualunque soggetto, anche diverso dalle parti del rapporto in senso stretto, il quale versi in posizione di dominanza (si pensi, a titolo esemplificativo, ad un intermediario immobiliare, ad una società finanziaria, ad una banca o ad un imprenditore edile).

Con una necessaria precisazione: l'imparzialità non è assolutamente "disinteresse", in quanto essa reca con sé una forza propositiva e promozionale che difetta in un concetto che ha, anche etimologicamente, valenza negativa, ossia mancanza di interesse⁶¹. Né, d'altronde, proprio per la valenza creativa dell'opera del notaio, può parlarsi di "neutralità"⁶², concetto che richiama alla memoria la passività della posizione di colui che non prende alcuna iniziativa, ma piuttosto la subisce. Il notaio versa, al contrario, in posizione di «*equidistanza*» rispetto alle parti (art. b.2.2., comma 2, parte descrittiva del codice deontologico) o di «*alterità*»⁶³, dovendo egli evitare prevaricazioni dell'una sull'altra, anche in contrasto con l'interesse di ciascuna; informare correttamente ed adeguatamente ognuna di esse, indipendentemente dalla provenienza della proposta di incarico professionale; e modulare la realizzazione dell'intento empirico

⁶¹ Cfr. A. MORELLO -E. FERRARI -A. SORGATO, *L'atto notarile*, cit., p. 347.

⁶² Ma, in tal senso, cfr. C. LICINI, *Notaio e società civile: chi è in controtendenza?*, in *Notariato*, 2002, p. 547, il quale, però, parla di «neutralità attiva», in cui affonda le proprie radici l'«onorabilità del notaio», da cui scaturiscono «fiducia e sicurezza, di cui la legge si appropria rivestendole di giuridicità».

⁶³ Cfr. M.E. VESCI, *La certezza giuridica del contratto come strumento di tutela del consumatore*, in *Atti del XXI Congresso Internazionale del Notariato Latino*, Roma, 1995, p. 176.

dei contraenti all'interesse pubblico, quale emerge dal composito sistema normativo sotto la specie di obbligo positivo o di divieto.

L'imparzialità è, poi, strettamente connessa all'indipendenza, da intendersi non solo nel mero significato negativo di mancanza di dipendenza gerarchica, ma anche come assenza di «ogni forma di compromissione, ma specialmente di commistioni fra professioni ed affari» (art. a.1.1., comma 5, parte descrittiva del codice deontologico). Il notaio, infatti, può essere realmente imparziale solo ove non dipenda né economicamente, né gerarchicamente, né *aliunde* da terzi: egli deve essere soggetto, al pari del giudice, solo ed esclusivamente alla legge. Da qui l'indipendenza: questa si concreta in autonomia non solo dal terzo contraente, ma anche dal terzo "influyente" sul rapporto negoziale stipulato (ad es., l'intermediario immobiliare); in autonomia dagli altri professionisti; in autonomia, gerarchica ed organizzativa, dallo Stato, al quale pure è legato da vincoli di fedeltà e di lealtà; in autonomia, più in generale, nei rapporti con i pubblici uffici e con le Istituzioni.

L'esercizio della funzione notarile, tuttavia, non deve essere effettuato solo in modo imparziale ed indipendente: non è sufficiente. Il notaio deve svolgere la sua attività, soprattutto quella di mediazione giuridica, anche con correttezza e competenza, «ricercando le forme giuridiche adeguate

agli interessi pubblici e privati affidati al suo ministero» (art. 1, lett. a, comma 2, parte precettiva del codice deontologico)⁶⁴.

L'imparzialità e l'indipendenza, la correttezza e la competenza non attengono, però, e questo è da sottolineare, a diversi momenti dell'esercizio della funzione notarile⁶⁵. Tali qualità afferiscono al modo di essere del notaio, «*uomo di buon senso e di buona fede*»⁶⁶, rappresentando nel contempo una regola alla sua azione, sempre ed essenzialmente unitaria. Pertanto, a pena di snaturarne i caratteri, non si può scindere l'una qualità dall'altra per attribuirle, di volta in volta, all'essere pubblico ufficiale o libero professionista del notaio. Quest'ultimo può assurgere al ruolo di “*garante di interessi*” e a quello di “*garante della trasparenza del mercato e delle contrattazioni*” solo se egli è sempre, nell'esercizio integrale della sua attività, coerente al carattere unitario ed inscindibile della sua natura: solo così il notaio sarà in grado di elevarsi al di sopra e al di fuori del mercato, a garanzia del mercato stesso.

Diviene così palese l'ulteriore ruolo del notaio: quello di “*garante del corretto funzionamento del mercato*”. L'intervento del notaio nelle

⁶⁴ Ricordiamo che la correttezza attiene all'“*honeste vivere*”, all'onestà morale ed intellettuale; la competenza attiene invece alla conoscenza: cfr. G. TRAPANI, *Il notaio, consulente giuridico delle parti, interprete e garante di interessi pubblici e privati*, in XXXVI Congresso Nazionale del Notariato. Roma, 27 – 30 novembre 1997 (*Il notaio istituzione garante dei diritti del cittadino e dell'interesse pubblico*), Roma, 1997, p. 100.

⁶⁵ Tali caratteri rappresentano i “criteri” nel cui ambito deve svolgersi l'“esercizio della professione”, della cui unitarietà non sembra dubitare il Consiglio di Stato nella pronuncia della sez. IV, 17 febbraio 1997, n. 122, pubblicata in sintesi in *Il Corriere Giuridico*, 1997, n. 5, p. 532.

contrattazioni offre, infatti, un apprezzabile apporto di certezza e razionalità e, per questa via, fornisce, nei settori in cui si esplica, un importante contributo anche in termini di efficienza del mercato. Ciò in quanto il notaio, mentre presta un servizio alle parti, finisce inevitabilmente con lo svolgere un'attività confacente agli interessi del mercato: quando ai suoi clienti offre informazioni giuridiche di vario tipo, illustra loro soluzioni alternative con rispettivi vantaggi e svantaggi, indica e suggerisce le modalità di composizione del conflitto contrattuale più adeguate alle loro esigenze, prospetta rischi di futuri accadimenti che possano incidere sulla vicenda contrattuale, predisponendo i relativi rimedi; quando la sua opera culmina nella trasposizione della volontà delle parti in un atto negoziale valido ed efficace, redatto secondo un testo chiaro ed inequivoco; quando, insomma, attende ai suoi doveri nei confronti dei contraenti, non può omettersi di considerare che, nel contempo, egli contribuisce, nel proprio ambito, anche al funzionamento del mercato⁶⁷ medesimo.

⁶⁶ Cfr. F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del Notaio*, cit., p. 13.

⁶⁷ Naturalmente non ci si riferisce al mercato quale sistema di speculazione – rispetto al quale il notaio non avrebbe forse alcun ruolo –, bensì al mercato quale sistema diretto ad accrescere il soddisfacimento di ciascun membro della collettività e a realizzare l'allocazione ottimale delle risorse attraverso la circolazione di ricchezza.

8. *Segue*: il notaio quale “custode del diritto e dell’ordinamento”. Il controllo di legalità e il controllo di liceità.

Non è questa l’unica utilità che scaturisce dall’intervento del notaio nella vicenda contrattuale. Nel conferire pubblica fede all’atto, difatti, il notaio non soltanto svolge un servizio nell’interesse delle parti e, come si è detto, a vantaggio del mercato, ma garantisce altresì l’interesse pubblico alla “*certezza dei diritti*”. Nel prevenire le liti, non si limita a ridurre il rischio di costi suppletivi a carico delle parti, ma “*contribuisce anche a realizzare la pace e l’ordine sociale*”. Il controllo di legalità, che il notaio compie, non si esaurisce nel garantire gli interessi dei contraenti e l’interesse generale alla sicurezza dei traffici, ma concorre in maniera determinante a realizzare l’“*effettività dell’ordinamento giuridico*”.

Autorevole dottrina, poi, riconosce al notaio addirittura il compito di indirizzare l’autonomia privata verso i fondamentali valori sui quali si regge l’ordinamento, così da riscontrare nella sua funzione aspetti di diretta rilevanza costituzionale: «in questa prospettiva l’atto pubblico apparirà (...) responsabile strumento di attribuzione di “*valore*” al negozio voluto dalle parti. Valore che significherà certamente non contrarietà a nessuna norma positiva, ciò che è ovvio, ma anche consenso da parte dell’ordinamento ad

una espressione di volontà che appaia in sintonia con i suoi fini di promozione e di miglioramento della società civile»⁶⁸.

Emerge, in tal modo, accanto alla funzione pubblica del notaio, tesa ad assicurare la certezza giuridica dei rapporti e la loro conformità a legge, la funzione sociale del notaio, «*agente della corretta diffusione ed applicazione del diritto*»⁶⁹.

Ne deriva l'ulteriore configurazione e definizione del notaio quale «*custode del diritto e dell'ordinamento*»⁷⁰. Egli, infatti, nei settori di propria competenza, impedisce che vengano conclusi atti negoziali vietati, contro i quali, una volta posti in essere, l'ordinamento avrebbe scarsa capacità di reazione; e, nello stesso tempo, riduce le ipotesi che potrebbero comunque dare adito all'intervento giurisdizionale dello Stato⁷¹, al quale

⁶⁸ Cfr. G. MARICONDA, voce «*Atto pubblico*», in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1988, IV, p. 6 ss. Cfr., inoltre, V. PANUCCIO, *L'interpretazione giuridica (nella problematica dell'attività notarile)*, in *Vita Not.*, 1994, p. 49.

⁶⁹ Cfr. R. BARONE, *Funzione pubblica e sociale del Notaio*, cit., p. 24.

⁷⁰ In tal senso, cfr. N. RIVA SANSEVERINO, *Sulla funzione del notaio*, cit., p. 233, la quale definisce espressamente il notaio «custode del diritto».

⁷¹ Partendo da questa premessa, c'è stato chi ha addirittura auspicato, in prospettiva *de iure condendo*, l'attribuzione al notaio di «*funzioni conciliative*», in modo tale da renderlo protagonista delle procedure ADR (Alternative Dispute Resolution), molto note e praticate con successo negli Stati Uniti: per una tale impostazione, cfr. A. FUSARO, *Prospettive di intervento notarile nelle ADR*, in *Vita Not.*, 2002, p. 1007 ss.; e C. LICINI, *Alternative dispute Resolution (ADR): aspettative europee ed esperienze USA, attraverso il Libro Verde della Commissione Europea, e la sapienza di un giurista-mediator americano*, in *Riv. Not.*, 2003, p. 1 ss. Nello stesso senso, cfr. anche G. MARICONDA, *Dalla documentazione alla giurisdizione, in Notariato*, 1999, p. 5 ss.; e A. BORTOLUZZI, *Il Notaio e la risoluzione alternativa delle controversie*, in *Vita Not.*, 2001, p. 1556, il quale, partendo dall'idea che l'attività conciliatoria sia un'estensione della consulenza legale che il notaio è tenuto a prestare in forza dell'art. 47 l. not., sostiene che «questa attività di componimento di interessi eterogenei il Notaio la può svolgere anche dopo il contratto o a prescindere da un contratto, quando soggetti privati – aventi delle pretese tra loro contrastanti – vogliono trovare un componimento del contrasto, in modo più rapido e informale rispetto alle modalità e ai tempi della giustizia ordinaria». Di recente, con l'introduzione nel nostro ordinamento della «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali», avvenuta ad opera del D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, e successive modifiche, sono state

sono connessi costi sociali rilevanti. È, quest'ultimo, un aspetto da non sottovalutare. La funzione del notaio – “custode del diritto” – merita di essere apprezzata, infatti, non soltanto per la sua efficacia, ma anche perché il suo esercizio risulta in effetti privo, a sua volta, di costi a carico della collettività: da un lato, i costi dell'atto notarile gravano integralmente sui contraenti; dall'altro, gli organi nei quali si articola l'istituzione sono gestiti con i proventi dell'attività professionale svolta dai singoli appartenenti alla categoria.

E, nella veste di “custode del diritto”, il notaio dovrà esercitare nel modo più coscienzioso e rigoroso possibile soprattutto il cosiddetto “potere di controllo di legalità” dell'esplicazione dell'autonomia privata, potere che costituisce una delle più importanti estrinsecazioni della funzione notarile.

Basti pensare, al riguardo, che l'istituzione e la nascita del notariato sono state favorite anche dall'esigenza, avvertita in particolar modo dallo Stato, di creare una situazione per la quale qualcuno avesse sì il compito di redigere dei documenti che potessero sicuramente fare piena prova, ma

censite almeno tre modalità di intervento del notaio nell'ambito della procedura di mediazione: 1) l'attività di autenticazione del verbale di conciliazione; 2) l'attività di mediatore; 3) l'attività di mediatore e di notaio autenticante al tempo stesso. Cfr. in tal senso, S. DI MEGLIO, *La mediazione e la conciliazione davanti al notaio: il D.lgs. n. 28/2010*, in P. SIRENA (a cura di), *L'atto pubblico notarile come strumento di tutela nella società dell'informazione. Le Ricerche*, in *I quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, Milano, 2013, p. 404 ss. Sulle diverse modalità di intervento del notaio nel procedimento di mediazione civile cfr. anche E. FABIANI -M. LEO, *Prime riflessioni sulla “mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali” di cui al D.lgs. n. 28/2010*, in *Riv. Not.*, 2010, p. 893; e B. CAPPONI, *Un nuovo titolo esecutivo nella disciplina della mediazione/conciliazione*, in *Riv. esec. forz.*, 2011, p. 1 ss.

fosse anche responsabile della stesura di atti conformi alla legge. Lo spossamento da parte statale della facoltà certificante a favore della categoria notarile presentava, quindi, anche un vantaggio per l'ordinamento governativo: l'intervento attivo del notaio, forte della sua approfondita conoscenza del diritto, poteva evitare quelle stipulazioni di documenti *contra legem* o *in fraudem legi* che erano possibili nel caso in cui il rogante fosse stato un semplice scriba privato. Difatti, pur ritenendo che il notaio «*vocatur servus publicus non quia vere sit servus (...) sed ideo quia publice omnibus servite et servire debet*», ciò non significa che egli debba pedissequamente e passivamente osservare le disposizioni di chi ha richiesto il suo operato; al contrario, egli deve rifiutarsi di redigere un atto che riconosca, grazie alla sua conoscenza del diritto, *contra legem* o *in fraudem legi*. Da qui l'importanza del potere di controllo di legalità, finalizzato a verificare, come detta l'art. 28 n. 1, prima parte, l. not., che l'atto che il notaio riceve «non sia espressamente proibito dalla legge».

Si è persino prospettata l'ipotesi⁷² che questo controllo di legalità possa estendersi fino alla verifica del contrasto dell'atto – pur conforme alla legge “ordinaria” – con le norme della Costituzione; ma la tesi lascia perplessi, sia

⁷² Cfr. V.E. CANTELMO, *Profilo costituzionale e tipicità della funzione notarile*, in *Riv. Not.*, 1975, p. 1125.

per la competenza esclusiva della Corte Costituzionale al riguardo, sia per l'estrema difficoltà della soluzione di molte questioni di costituzionalità.

Allo stesso modo lascia perplessi la tesi sostenuta da quella dottrina che, valorizzando la similitudine tra l'attività notarile e quella giurisdizionale, ha sostenuto che il notaio sia legittimato a proporre questione di legittimità costituzionale «quando, nell'esplicazione della sua funzione, si trovi ad applicare disposizioni o norme rispetto alle quali nutra un non manifestamente infondato dubbio di legittimità costituzionale e quando egli debba comunque applicare le disposizioni o le norme in questione per la formulazione del giudizio di ricevibilità dell'atto»⁷³. Ciò potrebbe comportare una sospensione della procedura che sfocia nella stipulazione dell'atto e, quindi, di conseguenza, un temporaneo rifiuto del suo ricevimento, eventualmente determinato anche soltanto dalla problematica di legittimità costituzionale. Anche tale tesi, per quanto suggestiva, non pare, *de iure condito*, fondata, neppure alla luce dell'interpretazione estensiva dell'art. 23 della l. 11 marzo 1953, n. 87, adottata dalla Corte Costituzionale con la sentenza 18 novembre 1976, n. 226⁷⁴: nonostante tutti gli sforzi per dimostrare il contrario, resta il fatto che il notaio non può considerarsi un'«autorità giurisdizionale» di fronte alla

⁷³ Cfr. F. ANGELONI, *La responsabilità civile del notaio*, in *Grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, diretti da F. Galgano, Padova, 1960, p. 69 ss.

quale penda un “giudizio”, come invece richiede l’art. 23 citato per la proponibilità della questione.

Maggiore solidità sembra possedere invece, sempre *de iure condito*, quella tesi⁷⁵, secondo la quale al notaio andrebbe riconosciuta anche la titolarità del potere di controllare la liceità dell’atto: tra i compiti demandati al notaio andrebbe quindi annoverato, accanto e a completamento del controllo di legalità (attinente, quest’ultimo, alla contrarietà ad espresse disposizioni di legge), anche il controllo di liceità, ossia di conformità all’ordine pubblico e al buon costume. Secondo questo orientamento, l’esercizio («*meditato, prudente quanto si vuole, ma ineludibile*»⁷⁶) del controllo di liceità garantirebbe un migliore, più qualificato e più appagante assolvimento della funzione notarile, rendendo il notaio un «affidabile *filtro* che garantisca ai singoli stipulanti (e così pure alla collettività tutta), con imparzialità e competenza, un adeguato sindacato preventivo in ordine alla rispondenza degli atti da rogare a regole di liceità e moralità»⁷⁷; tale potere di controllo, inoltre, sarebbe dotato anche di un valido fondamento

⁷⁴ Riportata in F. ANGELONI, *o.u.c.*, p. 72 ss.

⁷⁵ Cfr. C. DONISI, *Verballi di assemblea e controlli notarili*, in *Attualità e limiti del controllo giudiziario sugli atti societari. Atti del Convegno di Studi organizzato dal Comitato Notarile Regionale della Campania*, Napoli, 1984, p. 96 ss. Dello stesso Autore cfr. anche: *Il notaio ed il controllo di liceità del regolamento negoziale*, in *Riv. Not.*, 1975, p. 1146 ss.; e *Considerazioni di un laico sulle ultime proposte di modifica dell’art. 28, n. 1), della legge notarile*, in *Vita Not.*, 1984, p. 1 ss.

⁷⁶ Cfr. C. DONISI, *Verballi di assemblea e controlli notarili*, cit., p. 96.

⁷⁷ Cfr. P. SCHLESINGER, *Spontaneità del mercato e regole giuridiche. Considerazioni del coordinatore*, in *Relazioni al XXXIX Congresso nazionale del Notariato*, Milano, 2002, p. 26. Nello stesso senso, cfr. G. LAURINI, *Il Congresso di Milano: il Notaio tra regole e mercato*, in *Notariato*, 2002, p. 454.

positivo, da individuare, al pari del controllo di legalità, nell'art. 28, n. 1 l. not., il quale vieta al notaio di ricevere, oltre gli atti «espressamente proibiti dalla legge», anche quelli «manifestamente contrari all'ordine pubblico e al buon costume».

CAPITOLO SECONDO

IL NOTAIO NEI SISTEMI GIURIDICI DI CIVIL LAW E COMMON LAW

SOMMARIO: 1. La definizione di notaio latino. – 2. *Segue:* il notaio nell'ordinamento giuridico francese. – 3. *Segue:* il notaio nell'ordinamento giuridico tedesco. – 4. Il notariato nei sistemi giuridici di Common Law: le ragioni storiche e culturali del mancato sviluppo della figura del notaio latino. – 5. La funzione notarile nei due sistemi di Civil Law e Common Law: analisi comparatistica.

1. La definizione di notaio latino.

La figura del notaio delineata nel capitolo precedente non è esclusiva dell'ordinamento italiano, ma la si ritrova in tutti i sistemi giuridici c.d. “**latini**” o di *civil law*.

Negli ordinamenti di notariato latino «il notaio svolge una funzione pubblica strettamente connessa alla speciale efficacia probatoria ed esecutiva degli atti dallo stesso redatti»¹.

Come evidenziò nitidamente il Parlamento Europeo in una sua risoluzione del 1994², il sistema del notariato latino, al di là delle differenze nazionali, è caratterizzato «da una serie di elementi praticamente comuni, i principali dei quali sono sintetizzabili come segue: delega parziale della

¹ Cfr. A. BARONE-P. PICCOLO, *I notai*, in L. Nogler (a cura di), *Le attività autonome*, Torino, 2006, p. 279.

sovranità da parte dello Stato affinché possa essere assicurato il servizio pubblico dell'autenticazione delle convenzioni e della prova; attività indipendente esercitata nel quadro di una carica pubblica, sotto forma di libera professione [...] ma soggetta al controllo dello Stato – o dell'organo che le pubbliche autorità hanno incaricato di tale compito – per quanto attiene all'osservanza delle prescrizioni dell'atto notarile, alla tariffazione regolamentata e imposta nell'interesse dei clienti, all'accesso alla professione o all'organizzazione della medesima; funzioni preventive rispetto a quella del giudice, con eliminazione o riduzione dei rischi di controversie; ruolo di consulenza imparziale»³.

Attualmente il notariato latino è presente in moltissimi paesi, che coprono un'area ben più estesa dei confini del mondo romano-germanico, quali Giappone ed Indonesia; di recente questo modello è stato introdotto in Cina. In Europa figura in 21 dei 27 paesi⁴. Tratto comune è il numero chiuso, assente solo in Olanda, la quale l'ha abolito nel 1999.

La Conferenza dei Notariati dell'Unione Europea tenutasi a Madrid il 22 e 23 marzo 1990 ha introdotto nel “Codice europeo di deontologia” (art.1.1) la definizione di notaio quale «pubblico ufficiale delegato

² Risoluzione del 18 gennaio 1994 sulla situazione e sull'organizzazione della professione notarile degli allora dodici Stati della Comunità europea (G.U.C.E. 14 febbraio 1994).

³ Quanto alle prospettive future della professione in ambito comunitario, la medesima risoluzione ha auspicato l'adozione di «misure in ordine alla soppressione, per quanto riguarda i cittadini dell'Unione

dall'autorità dello Stato ad attribuire agli atti, di cui è autore, il carattere di autenticità, assicurandone al contempo la conservazione, l'efficacia probatoria e la forza esecutiva. Al fine di garantire alla propria attività la necessaria indipendenza, il notaio la esercita nell'ambito di una libera professione che comprende tutte le attività giuridiche non contenziose. Il suo intervento, tanto per la consulenza che fornisce in modo imparziale ma attivo alle parti, come per la redazione del documento autentico che ne è il risultato, conferisce all'utente del diritto la sicurezza giuridica che questi ricerca. Sicurezza che è tanto meglio garantita in quanto il notaio è un giurista di alta qualificazione universitaria che accede alla sua professione a seguito di diverse prove, esami e tirocini e che la svolge secondo rigorose norme disciplinari (...)»⁵.

La nozione di notaio latino, descrittiva delle peculiarità che lo connotano, compare poi – al punto 11 delle definizioni - nella guida⁶ adottata nella sessione plenaria di Rio de Janeiro, 15-17 ottobre 2008, dal GAFI, il Gruppo di azione finanziaria contro il riciclaggio⁷, ove si insiste

Europea, del requisito della cittadinanza per l'accesso alla professione», nonché di misure idonee a garantire la circolazione ed il riconoscimento reciproco degli atti notarili.

⁴ Tra cui Italia, Francia, Germania, Spagna, Olanda, Belgio, Grecia.

⁵ A questo proposito, ricordiamo la presenza del *Consiglio dei Notariati dell'Unione Europea* (C.N.U.E.) costituito nel 1993, quale organismo ufficiale che rappresenta la professione notarile presso le istituzioni europee.

⁶ “Guidance on the Risk-based Approach (RBA) to Combating Money Laundering and Terrorist Financing for Legal Professionals”.

⁷ Group d'action financière sur le blanchiment de capitaux; in inglese FATF – Financial Action Task Force.

anche sulla particolare forza probatoria dei documenti prodotti, distinguendolo dalle figure omonime presenti nel Common Law: «I notai sono presenti sia negli ordinamenti di civil law sia in quelli di common law, ma i loro rispettivi ruoli sono diversi.

In certi paesi di common law, il notary public è un operatore qualificato e di esperienza, istruito nella preparazione ed esecuzione dei 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 soltanto nei sistemi di civil law, i notai latini 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 latini, che sono vincolati all'obbligo di imparzialità nei confronti di entrambe le parti, debbono essere considerati quali professionisti per le attività non contenziose nelle materie della proprietà immobiliare (conveyancing), diritto di famiglia, successioni e società. Essi operano come “gatekeepers” predisponendo ed assicurando la legalità e la certezza dei documenti e l'autenticità delle sottoscrizioni; in pari tempo essi esercitano la funzione di

fiduciario pubblico, giocando il ruolo di terzo imparziale. I notai di civil law sono obbligati dalla legge a non disinteressarsi dell'aspetto sostanziale del rapporto, rendendoli così responsabili per ogni aspetto del contratto. Per questa ragione ai notai latini sono attribuite funzioni di natura pubblica come elemento delle loro prerogative legali. Nei sistemi di civil law gli atti notarili sono mezzi di prova qualificati a differenza di quanto accade nei sistemi di common law, che sono basati sulla evidenza della libera testimonianza in giudizio: specifici poteri sovrani dello 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; inoltre esso ha efficacia esecutiva come una sentenza; se conforme a prescrizioni legali può essere iscritto in pubblici registri.

In considerazione di queste caratteristiche, i notai di civil law giocano un ruolo diverso rispetto a quello delle altre professioni legali».

Emerge chiaramente da quanto fin qui riportato che negli ordinamenti giuridici di civil law la figura del notaio riunisce in sé, senza alcun dubbio, i due aspetti del pubblico ufficiale e del libero professionista («*profesionales del Derecho y funcionarios publicos*», art. 1 del regolamento spagnolo 2 giugno 1944), che, ove richiesto, deve assistere le

parti nella contrattazione, indirizzare la loro volontà nel senso più conforme alla legge, consigliare loro la forma giuridica più appropriata per il raggiungimento dello scopo perseguito e, altresì, le modalità meno dispendiose per ottenerlo. Nel mondo latino, infatti, il notaio è uno studioso ed esperto di diritto, titolare di un bagaglio di esperienze e di nozioni idonee a svolgere, diligentemente, quell'attività di “*respondere*”, propria di ogni giurista, e di “*cavere*”, consistente nel dare la giusta protezione ad interessi di soggetti che necessitano di assistenza giuridica⁸. La prestazione notarile si presenta, pertanto, come un *unicum* inscindibile, composto dall'attività di consulenza, assistenza e rogazione dell'atto.

L'esercizio della funzione pubblica, delegato al notaio dall'ordinamento, nel mondo del notariato latino, non può essere disgiunto dalla conoscenza, essendo questo un elemento indispensabile per l'esatta esecuzione del potere conferitogli.

Il notaio di civil law, inoltre, è garante, in modo indiscriminato, degli interessi di tutte le parti coinvolte nella vicenda negoziale; egli opera in una posizione di terzietà, così come, tra l'altro, espressamente enunciato dall'Unione Internazionale del Notariato Latino (U.I.N.L.)⁹ tra i principi

⁸ Cfr. A. ZINGAROPOLI, *La responsabilità del notaio. Alla luce della legge di semplificazione 28 novembre 2005, n. 246*, in *Attività & Responsabilità. Collana diretta da L. Viola*, Halley editrice, 2006, p. 12 ss.

⁹ Organizzazione non governativa fondata nel 1948 e formata dalle associazioni professionali dei notariati degli 81 Paesi presenti nei cinque continenti, i cui sistemi notarili sono di tipo latino fondato sul

fondamentali del sistema di notariato latino¹⁰: «il Notaio, con l'autorità delegata dallo Stato, esercita una funzione pubblica in modo imparziale ed indipendente, all'infuori di ogni gerarchia statale» (Titolo I "Il Notaio e la funzione notarile") ed ancora: «il Notaio deve essere imparziale; l'imparzialità si manifesta anche attraverso la prestazione di una opportuna assistenza a quella delle parti che ritrova in situazione di inferiorità rispetto all'altra, per realizzare il necessario equilibrio al fine della conclusione del contratto su un piano di uguaglianza» (Titolo IV "Deontologia notarile")¹¹.

Proprio in considerazione delle qualità sopra evidenziate che contraddistinguono il notaio latino, il suo intervento, che previene possibili liti e conflitti, costituisce un elemento indispensabile per una buona amministrazione della giustizia, svolgendo quella **funzione antiprocessuale**, che Francesco Carnelutti in un convegno madrileno del 1950 sottolineò con l'espressione ormai celebre: «tanto più notaio, tanto meno giudice».

diritto romano-germanico. Essa, costituita per promuovere, coordinare e sviluppare la funzione e l'attività notarile nel mondo intero, assicurando, mediante la più stretta collaborazione fra i Notariati, la loro dignità ed indipendenza ai fini di un miglior servizio alle persone e alla società, rappresenta tutti i notariati latini, i cui membri sono professionisti del diritto esercenti una funzione pubblica.

¹⁰ Testo approvato dall'assemblea dei Notariati Membri, a Roma, Italia, 8 novembre 2005.

2. *Segue: il notaio nell'ordinamento giuridico francese.*

Le ricostruzioni attestano che il notariato latino vanta ascendenze nelle antiche civiltà e radici nella cultura romana e si sviluppò poi nella Bologna medievale.

L'ambientazione del notariato latino all'interno della famiglia romano-germanica è coerente con la dominanza in seno ad essa di quella che l'antropologia giuridica identifica quale cultura scritta¹², laddove la prova privilegiata è la documentale e quella regina è l'atto pubblico, secondo l'impostazione che fu adottata dal Code civil ed è stata recepita dai nostri codici civili.

In Francia troviamo la messa a punto della fisionomia moderna. Una definizione legislativa di origine napoleonica¹³ dipinge i notai quali «pubblici ufficiali competenti a ricevere tutti gli atti e contratti cui le parti vogliono attribuire le prerogative di autenticità propria dell'autorità pubblica ed assicurare la certezza della data, conservarli in deposito, rilasciarne copie conformi»¹⁴.

¹¹ Per una più ampia definizione di imparzialità ed indipendenza, caratteristiche essenziali del notariato latino, vedi, *retro*, Cap. I, par. 7.

¹² R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007.

¹³ L. 16 marzo 1803.

¹⁴ Art. 1, Ordonnance 2 novembre 1945. Si è osservato che questa legge giunse a formulare nuovi originali tratti istituzionali per il notariato: oltre alla definizione della figura del “notaio pubblico ufficiale” contrapposta alla pluralità dei tipi di notai fino ad allora esistenti, la legge sanciva l'abolizione del sistema della venalità, per il quale l'ufficio del notaio era divenuto in antico regime una forma di investimento privato; quindi la fissazione del principio della incompatibilità con altre ben definite

Il notaio francese è redattore di atti autentici, forniti di data certa, probatorietà assoluta e forza di titolo esecutivo; ha competenza in ordine a tutti i trasferimenti immobiliari, le garanzie ipotecarie, le convenzioni matrimoniali.

Egli è pubblico ufficiale e professionista in pari tempo, ma con la particolarità che “acquista” la propria carica¹⁵.

Il modello francese – sulla scorta di una prescrizione non legislativa, ma giurisprudenziale¹⁶ – configura come cruciale il “*devoir de conseil*”, che impone al notaio di informare le parti sulla portata giuridica, fiscale e patrimoniale dei loro impegni.

La storia del notariato in Francia muove dalla nomina – da parte di San Luigi nel 1270 – di alcune decine di Notai reali a Parigi, ma solo con la “*ordonnance de Villers-Cotterets*” del 1539 fu imposta la redazione degli atti giuridici in francese; nel frattempo, durante il XIV ed il XV secolo, si erano avvicinate diverse ordinanze dedicate al contenuto degli atti ed all’espletamento del ministero notarile. Troviamo qui scandite prescrizioni ormai consolidate: l’obbligo di redigere gli atti precisando giorno, mese,

professioni ed il riconoscimento della necessità di determinare da parte del potere pubblico numero e residenza, circoscrizione e requisiti di capacità: cfr. in tal senso M. SANTORO, *Notai. Storia sociale di una professione in Italia (1861-1940)*, Bologna, 1998, p. 19.

¹⁵ Cfr. A. FUSARO, *Forme e volti del notariato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 455 ss.

¹⁶ Già in una sentenza del 21 gennaio 1890 la Cassazione francese affermò che «le notaire a pour mission soit d’éclairer ses clients sur les conséquences de leur engagement et de suppléer, par son initiative, a leur inexpérience, soit de les renseigner utilement s’il est à même de le faire, à l’occasion des

anno, luogo della redazione ed indicando il nome del sovrano, del notaio, delle parti e dei testimoni¹⁷; la necessaria lettura integrale dell'atto alle parti¹⁸; la preclusione al ricevimento degli atti qualora non si conoscano le parti¹⁹; la tenuta di un minutarario generale²⁰.

La venalità delle cariche notarili a partire dal XV secolo divenne una cospicua fonte di reddito per le casse pubbliche secondo una tendenza consolidatasi sino alla Rivoluzione francese che rese gli studi notarili stabili, ereditari²¹ e venali²².

Nonostante le critiche e le proposte di riforma, nulla è mutato nella sostanza, con la sola eccezione dei tre dipartimenti dell'Alsazia, della Lorena e della Mosella, ove la carica notarile dipende esclusivamente dal superamento del concorso. Altrove all'aspirante notaio si richiede bensì²³ il conseguimento della laurea in diritto privato, il superamento di un esame ad esito di un corso di formazione professionale teorico e di uno successivo al termine di un periodo di pratica, ma per esercitare le funzioni occorre

actes projectés, a fin d'éviter, dans la mesure du possible, que leurs intérêt neviennent à etre compromis».

¹⁷ Ordonnance d'Amiens del 1304.

¹⁸ Ordonnance de Bourges del 485.

¹⁹ Ordonnance de Blois del 1498.

²⁰ Ordonnance de Chinon del 1433.

²¹ Secondo un editto del 1708 di Luigi XIV.

²² La legge del 1791 abolì la venalità della carica, ma non influi significativamente sullo scenario dal momento che «graduellement, la profession notarial a repris possession de tous les attributs dont on avait voulu la priver sous la Révolution. A vrai dire, meme pendant cette période, les notaires avaient continue à acheter et à vendre leurs offices». Con il ritorno della monarchia nel 1814 la venalità delle cariche fu ristabilita e parimenti la prassi della compravendita degli studi, ancorché la legge finanziaria del 28 aprile 1816 non l'avesse espressamente menzionata.

²³ Dall'anno 1972.

l'investitura da parte del Ministro Guardasigilli che proponga ad un preciso ufficio.

La peculiarità risiede nella circostanza che – salve le ipotesi, rare, di creazione di una nuova sede o di nomina in un ufficio vacante – occorre “la presentazione” presso un ufficio esistente da parte del suo titolare o degli eredi di questo; ed è dalla disponibilità di questo “*droit de presentation*” che prende corpo la negoziazione del valore dello studio²⁴.

La competenza territoriale del notaio francese dal 1986²⁵ si estende all'intero territorio nazionale²⁶.

Altra divaricazione rispetto alla situazione italiana è rappresentata dalla circostanza che in Francia ciascuna parte può scegliere il proprio notaio, cosicché si verifica il concorso di notai, con un “*notaire en premiere*” che redige l'atto e lo conserva ed un altro “*en second*” che agisce quale rappresentante del proprio cliente²⁷.

La competenza funzionale importa l'intervento obbligatorio in ordine a: tutti i trasferimenti immobiliari sia per atto tra vivi sia a causa di morte;

²⁴ Per una trattazione più diffusa si rinvia a D. BAZZONI, *Il notariato in Francia*, in *Il notariato nell'Europa comunitaria: certezza giuridica a tutela del cittadino*, I, *Tavola dei notariati d'Europa*, Roma, 1991, p. 11 ss.

²⁵ Decret 26 aprile 1986.

²⁶ In Italia, Spagna, Grecia, Belgio, Germania, il notaio ha un ambito di competenza territorialmente determinato; ad esempio in Spagna coincide con il territorio del giudice di prima istanza. La regola non vale invece in Francia, Olanda ed Austria: in Francia il notaio può operare in tutto il territorio nazionale, ma patisce alcune limitazioni, tra cui quella di ricevere i clienti abituali fuori dal proprio studio; in Olanda deve avere un unico studio dove tiene il repertorio; anche in Austria deve pur sempre avere una sede.

costituzione di ipoteche; donazioni; testamenti pubblici; convenzioni matrimoniali. Non consta occorrere, invece, in ordine ai trasferimenti degli autoveicoli.

L'intervento notarile è stato reso, poi, facoltativo in ordine alla costituzione delle società ed alle modifiche statutarie²⁸.

Le prerogative dell'atto notarile francese riescono assai familiari alla prospettiva italiana. L'art. 2700 del nostro codice civile trova chiara derivazione dall'art. 1319 del Code Civil.

Similmente è condivisa la regola radicata presso il nostro sistema secondo la quale la fede pubblica è circoscritta alla circostanza della dichiarazione, mentre non si estende al suo contenuto, alla veridicità intrinseca.

La forza di titolo esecutivo di cui l'atto notarile francese è dotato non suona strana all'osservatore italiano, che trova corrispondenza nella stessa formula esecutiva²⁹.

La riforma delle professioni giudiziarie e legali³⁰ ha esteso ai notai la possibilità di esercitare la professione in forma societaria, purché la

²⁷ Cfr. A. FUSARO, *La collocazione del notaio negli ordinamenti stranieri*, in *Notai e Costituzione. Atti del Convegno di Assonotai Campania. Napoli, 12 dicembre 2008*, in *Notariato. Rassegna sistematica di diritto e tecniche contrattuali. Quaderni*, Milano, 2009, n. 24, p. 81 ss.

²⁸ Con la legge 3 gennaio 1983, accompagnata dal decreto di attuazione 2 maggio 1983.

²⁹ La formula francese "La Republique francaise mande et ordonne: a tous huissiers de justice sur ce requis, de mettre le dit acte a execution; aux Procureurs generaux at aux Procureurs de la Republique pres les tribunaux de grande instance d'y tenir la main; a tous les Commandants et Officers de laforce

maggioranza del capitale sia detenuta da soggetti abilitati ad esercitare l'attività dedotta nell'oggetto sociale; ed ha altresì introdotto la figura del “notaio dipendente”³¹ cui è tuttavia preservata l'indipendenza di giudizio professionale³².

Il modello francese del notariato si trova riprodotto fedelmente in Belgio, dove la L. 16 marzo 1803 ha ricevuto modeste innovazioni, tra cui l'apertura alle donne³³ e la recente eliminazione della prelazione dei discendenti del notaio cessato³⁴.

Il codice napoleonico fu adottato in Belgio senza apportare variazioni quanto alla disciplina dell'“acte authentique” su cui fa perno il ruolo del notaio.

I notai in Belgio – che condividono il numero chiuso – sono al medesimo tempo pubblici ufficiali e professionisti e risultano affidatari dei medesimi monopoli dei cugini francesi, ai quali tuttavia aggiungono quello – conservato – in ordine alla costituzione delle società di capitali.

In Olanda il notariato trae origine dalla medesima legge francese, ancorché riversata in testi propri³⁵.

publique de preter mainforte lorsqu'ils en seront legalement requis” ricorda quella italiana dettata dall'art. 475, IV comma, cod. proc. civ.

³⁰ Leggi 31 dicembre 1990, n. 90-1258 e n. 90-1259.

³¹ Art. 45, legge n. 90-1259.

³² Cfr. D. BAZZONI, *Il notariato in Francia*, cit., pag. 26.

³³ Nel 1958.

³⁴ Dal 1996.

³⁵ L. 9 luglio 1842 n. 20, più volte emendata; tra l'altro, dalla L. 28 dicembre 1989 n. 616.

Ritroviamo com'è intuibile, sancita dal codice civile, l'efficacia privilegiata dell'atto notarile quanto alle dichiarazioni ivi contenute. E registriamo le medesime competenze riservate.

L'accesso alle professioni presuppone appositi titoli di studio, periodi di pratica e culmina non in un concorso ma in una selezione per titoli, peraltro informata ad una discrezionalità assai criticata.

3. *Segue: il notaio nell'ordinamento giuridico tedesco.*

In Germania l'atto pubblico è dotato delle medesime prerogative riassumibili nel concetto di fede pubblica.

Nella legge sull'autenticazione³⁶ si trovano prescrizioni circa la redazione degli atti e l'espletamento del ministero notarile che riproducono nella sostanza quelle francesi³⁷.

In particolare vengono disciplinati: i casi di incompatibilità e le limitazioni soggettive che precludono al notaio di esercitare la propria funzione di certificazione; i requisiti di forma e di contenuto per la redazione dei verbali e i relativi obblighi del notaio.

³⁶ Beurkundungsgesetz del 28 agosto 1969, modificata ed integrata dalla legge 20 febbraio 1980.

³⁷ M. CAVALLINI, *Il Notariato in Germania*, in *Tavola dei notariati d'Europa*, cit., p. 37.

Per quanto attiene agli atti aventi ad oggetto beni immobili, ad esempio, il Par. 4 BeurkG dispone che il notaio deve rifiutare di ricevere l'atto in caso di contrarietà a norme di legge, disposizione che vale anche per l'autentica delle sottoscrizioni in base al disposto del Par. 40. Per gli atti pubblici (öffentliche Beurkundungen) il notaio deve indagare la volontà delle parti, chiarire l'oggetto del negozio, spiegare alle parti le conseguenze giuridiche dell'atto e curare che le dichiarazioni delle parti siano correttamente e idoneamente riportate in atto (Par. 17); il Par. 21 pone, poi, a carico del notaio l'obbligo di prendere visione, prima della stipula, dello stato tavolare. Oltre a questi obblighi espressamente previsti dalla legge, la giurisprudenza costante del BGH ritiene che il notaio debba adoperarsi per evitare conseguenze negative a carico delle parti.

Il codice deontologico dell'attività notarile rappresenta l'oggetto della Bundesnotarordnung³⁸ dove si definisce il Notaio (Par. 1) come titolare indipendente di una funzione pubblica, riguardante l'autenticazione e l'attestazione di fatti giuridici, ed altri compiti di giustizia preventiva.

Il dovere di prestare assistenza e consulenza alle parti è qui sancito direttamente dalla legislazione³⁹.

³⁸ BNotO del 24 febbraio 1961, più volte modificato.

³⁹ Come afferma espressamente il Par. 14 BNotO «In der Amtsausübung ist der Notar unparteiischer Betreuer der beteiligten» (trad.: Nell'esercizio dell'ufficio il notaio è tutore imparziale delle parti).

I campi d'intervento obbligatorio del notaio tedesco non si discostano molto da quelli assegnati nell'ambito del modello francese: trasferimenti immobiliari, iscrizioni ipotecarie, patti successori, convenzioni matrimoniali, costituzioni e modifiche statutarie delle società di capitali.

La competenza territoriale è limitata al distretto di appartenenza, sebbene il Par. 2 BeurkG precisi che un atto notarile non è perciò solo inefficace, in quanto il notaio lo abbia rogato al di fuori del distretto o del *Land* nel quale è iscritto.

L'Ordinamento notarile federale⁴⁰ ha dettato una disciplina uniforme della funzione notarile, ma non ha preteso di unificare le diverse forme di notariato venutesi a consolidare attraverso il tempo su base regionale⁴¹: il Notaio puro ("Nur Notar"); il notaio Avvocato ("Anwaltsnotar"); il Notaio funzionario pubblico ("Beamtenotar").

Il primo è il più diffuso, adottato, tra l'altro, dai cinque Oest-Laender in seguito alla Riunificazione della Germania nel 1990; laddove esiste, vige il numero chiuso.

Il secondo consente di conciliare l'esercizio delle due professioni, peraltro senza interferenze reciproche; non è sottoposto a limitazioni di

⁴⁰ BNotO emanato sulla scorta della legge costituzionale 23 maggio 1949.

⁴¹ Cfr. la disciplina speciale prevista per il Land Baden-Wuerttemberg dal Par. 64 BeurkG.

numero; il Notaio funzionario pubblico esiste solo nel Baden-Wuerttemberg.

4. Il notariato nei sistemi giuridici di Common Law: le ragioni storiche e culturali del mancato sviluppo della figura del notaio latino.

Parlare di notariato in Inghilterra, come negli altri ordinamenti di common law, potrebbe sembrare una contraddizione in termini, essendo questa una professione propria dei paesi di diritto latino.

Cercare quindi in un paese di common law la perfetta corrispondenza della figura del notaio propria di un paese di civil law significherebbe non valutare l'esistenza di due sistemi giuridici, per loro struttura intrinseca, completamente diversi. Ogni istituto, infatti, ha una propria valenza soltanto ed in quanto lo si inquadri entro la prospettiva dell'intero ordinamento giuridico cui appartiene.

Ciò premesso, si evidenzia che ragioni eminentemente storiche e culturali hanno impedito in Inghilterra e nei paesi di diritto di derivazione inglese lo sviluppo di una figura professionale corrispondente a quella del notaio latino.

Le prime, ossia le ragioni storiche, sono strettamente legate alla diversa struttura che i due modelli di civil law e common law hanno elaborato, nel corso del medioevo e poi nell'età moderna, del sistema processuale civile che, nel mondo angloamericano, si è discostato dal modello inquisitorio scritto del continente europeo.

Il processo di common law, inglese e statunitense, è un processo improntato in larga misura all'oralità e alla prova testimoniale. Avanti al giudice inglese e americano la causa viene trattata oralmente, le prove vengono procurate ed assunte, per quanto possibile, direttamente e senza alcun tipo di mediazione. Ogni elemento probatorio viene presentato in giudizio, ivi compresi gli elementi di prova volti a screditare i documenti prodotti dalla controparte e tutti questi elementi concorrono alla formazione del libero convincimento del giudice. In altri termini, la tradizionale oralità del processo civile di common law (che, però, ha ora lasciato il campo a svariate forme di procedura scritta) e l'idea che la prova si formi essenzialmente nel processo innanzi al giudice hanno storicamente impedito la nascita del concetto di atti forniti di fede privilegiata, predisposti da soggetti le cui dichiarazioni sono destinate a rimanere ferme sin tanto che non sia dimostrato che è stato compiuto un falso.

Di contro, nei paesi di civil law il processo civile è, per definizione, scritto. In esso la prova documentale è la prova per eccellenza: predisposta prima che insorga la lite, assicura certezza e imparzialità⁴². In particolare, la prova desunta dall'atto pubblico mantiene la natura di prova legale, finché un apposito procedimento non ne dimostri la falsità. L'elemento essenziale del documento pubblico è la ineccepibile forza probante delle dichiarazioni che vi sono contenute, acquisita per attestazione del pubblico ufficiale. Per dimostrare la difformità dal vero di quel contenuto letterale non può utilizzarsi qualsiasi mezzo di prova, ma è imprescindibile la querela di falso⁴³. Di fronte a tale documento probatorio il potere di valutazione delle prove del giudice incontra un limite.

Ecco, quindi, che nei paesi di civil law, accanto all'avvocato, si incontra una figura di pubblico ufficiale, dotato di preparazione giuridica, il cui compito precipuo è quello di predisporre atti dotati di fede privilegiata a livello probatorio e di compiere attività certificativa.

Il notaio italiano, come i suoi colleghi del notariato latino, il *notaire* francese ed il *notar* tedesco, fornisce altresì consulenza giuridica a coloro

⁴² In questi termini il confronto è impostato da G. AJANI, *La professione notarile in civil law e common law – rapporto di diritto comparato*, in *Federnotizie – Quaderno n. 11. Quarto Congresso Federnotai*, Roma, 1999; cfr., altresì, A. FUSARO, *Forme e volti del notariato*, cit.

⁴³ Cfr. R.G. BARRESI, *Aspetti comparatistici del notariato fra Italia e Inghilterra*, in *Vita Not.*, 1998, p. 1799 ss.

che a lui si rivolgono, affinché i negozi giuridici che questi ultimi si accingono a porre in essere siano conclusi in modo certo e consapevole.

Passando alle ragioni culturali del mancato sviluppo della figura del notaio latino negli ordinamenti di common law, si evidenzia che caratteristica differenziale del mondo anglo-americano è lo spiccato “individualismo”, che implica l’idea che ciascuno debba provvedere da solo alla tutela dei propri interessi, senza in alcun modo aspettarsi che vi siano interventi “terzi” – in particolare “pubblici” – a tutela del singolo⁴⁴.

Ciò implica un atteggiamento fortemente diffidente e di grande distacco della cultura anglo-americana (soprattutto americana) verso ciò che è “pubblico”, con una contemporanea esaltazione di tutto ciò che è “privato ed individuale”. In particolare, in quella cultura è sentimento universalmente diffuso che l’intervento pubblico debba entrare il meno possibile nelle attività dei cittadini. Essi considerano qualsiasi attività un “affare privato delle parti”, da gestire in piena autonomia e senza fare alcun conto su “interventi protettivi pubblici”, come tali estranei e non voluti.

Questa diversa visione di fondo si traduce, nel concreto ambito dei rapporti tra i privati, nel fatto che i rapporti contrattuali di qualsiasi natura sono, in sostanza, una “partita privata” che ciascuna delle parti “gioca” con

⁴⁴ Cfr. A. FUSARO, *La collocazione del notaio negli ordinamenti stranieri*, cit., p. 91.

le carte che ha e che riesce ad avere. In altri termini, la redazione di un qualsiasi contratto è intesa quale svolgimento di una vera “partita” tra le parti, che ciascun “giocatore” gioca per sé, avvalendosi del “proprio” professionista, il quale opera esclusivamente nell’interesse del proprio cliente e con la prospettiva di “precostituirsì” le migliori “armi contrattuali” nell’ottica di doverle usare per prevalere in una futura controversia.

Quanto alla funzione “pubblica” svolta dal notaio di diritto continentale, quindi, è perfettamente logico che nel mondo anglo-americano manchi una figura professionale analoga.

È intuitivo, infatti, come sia estraneo alla mentalità del common law ipotizzare un professionista che, in una fase pre-processuale, sia terzo ed imparziale rispetto ad entrambe le parti e che addirittura possa e debba “intervenire” nelle loro vicende per assicurare che gli accordi tra le parti diano vita a rapporti fondamentalmente equilibrati (secondo gli equilibri prestabiliti dalle norme di legge) e privi di cause e pattuizioni illegittime, che esporrebbero il contratto ad impugnazioni e, quindi, ne renderebbero instabili gli effetti.

La protezione degli interessi, che nel mondo continentale vengono tutelati dall’intervento del notaio, viene affidata, nel common law, ad un diverso “soggetto legale” – ugualmente terzo ed imparziale – che

interviene, però, solo *ex post* per “rimediare” al cattivo funzionamento di un rapporto contrattuale, e cioè al giudice; piuttosto che sulla prevenzione si conta sulla cura, somministrata dal giudice.

Nel mondo anglo-americano, quindi, il giudice svolge un ruolo “centrale”, sostitutivo, appunto, di quello notarile⁴⁵.

5. La funzione notarile nei due sistemi di Civil Law e Common Law: analisi comparatistica.

Come esposto nel paragrafo precedente, la figura del notaio latino è sconosciuta agli ordinamenti dell’ambito giuridico anglo-americano.

Nei paesi di common law esiste la figura del *public notary*. Nonostante la somiglianza del nome, un’indagine approfondita rileva che la limitatezza dell’ambito dell’attività del *public notary* non consente di identificare in lui un notaio dell’Europa continentale e dei paesi che ne condividono la tradizione giuridica⁴⁶.

⁴⁵ Cfr. P. PICCOLI, *Il Congresso di Pesaro: il notaio tra “Civil law” e “Common law”*, in *Notariato*, 2005, p. 465, ove l’Autore afferma che «nel modello anglo-americano, essenzialmente individualista, è sconosciuto il concetto di protezione collettiva; non vi hanno patria pubblici registri capaci di fornire certezza *erga omnes*; è il giudice – che deve rappresentare il sentire comune della gente – ad esercitare un ruolo centrale nello sciogliere le controversie, in un procedimento caratterizzato dalla importanza di prove orali. Nel mondo continentale europeo e nei Paesi di *civil law* l’obiettivo primario è quello di evitare i conflitti ed il costo sociale ed economico del giudizio, il più delle volte lungo e tortuoso; in questo senso riveste una posizione rilevante un soggetto terzo imparziale, come il notaio, la cui specificità può condurre a prevenire le controversie, traducendo in documenti solidi la volontà delle parti, attribuendo un valore specifico (la pubblica fede) ai propri documenti, ove la prova è prevalentemente scritta».

⁴⁶ Cfr. K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 1995, p. 60.

La funzione principale di questa figura professionale consiste, infatti, nella preparazione ed autenticazione di documenti legali destinati ad avere valore all'estero, in particolare le procure – *power of attorney* – nonché nel ricevere dichiarazioni giurate⁴⁷; a differenza del notaio continentale, non è “partecipante” alla redazione dell’atto, ma soltanto dedito alla autenticazione delle sottoscrizioni. In altri termini, il *public notary* si limita ad accertare l’identità di chi sottoscrive gli atti che gli sono sottoposti per autentica e l’appartenenza della firma alla persona che deve apporla; *non è un pubblico ufficiale autorizzato a conferire pubblica fede agli atti ricevuti*. Il *public notary* svolge, quindi, funzioni esclusivamente certificative, senza fornire alcun tipo di consulenza giuridica e non deve necessariamente possedere una preparazione giuridica.

Le mansioni assolte nei sistemi di civil law da parte dei notai sono in quelli di common law appannaggio – essenzialmente – dei *solicitors*, gli avvocati “contrattualistici”⁴⁸, come tali distinti dai *barristers* (distanza che tuttavia la riforma del 1990 ha contribuito a ridurre parecchio⁴⁹).

⁴⁷ Per maggiori dettagli cfr. R.G. BARRESI, *Aspetti comparatistici del notariato fra Italia e Inghilterra*, cit.; e A. FUSARO, *Forme e volti del notariato*, cit.

⁴⁸ Come già illustrato da V. VARANO, voce *Notaio e Notariato*. *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 1 ss.

⁴⁹ Fino al 1990 vi è, infatti, una netta demarcazione di funzioni tra i due professionisti. Il *barrister* è lo specialista dell’arringa e può essere specializzato in un determinato settore giuridico. Egli non ha rapporti con il cliente, ma con il *solicitor* del cliente. Solo il *barrister* può esercitare davanti alle *Superior Courts*. A differenza del *solicitor* non è responsabile per negligenza professionale. Il *solicitor* è il “generico” del diritto e agisce in qualità di consigliere in ogni campo del diritto. Funge da intermediario tra il cliente ed il *barrister*. Può esercitare solo davanti alle *Inferior Courts*; tuttavia, poiché ha il monopolio della rappresentanza della parte, la sua presenza è richiesta in ogni tipo di giudizio. Con la

Ai *solicitors* (nonché alle società edili ed alle banche, a seguito del “*Courts and Legal Services Act*” del 1990) compete il monopolio circa la redazione degli atti di trasferimento immobiliare (c.d. *conveyancing*), inclusiva dell’espletamento di quelle prestazioni di consulenza giuridica e burocratica (compreso l’assolvimento di ispezioni paragonabili alle nostre “visure ipotecarie”), che assolve il notaio continentale. A differenza di questo, il *solicitor* non si pone in posizione di imparzialità; egli è incaricato di tutelare non già gli interessi di entrambe le parti, ma del suo cliente, acquirente o venditore che sia, cosicché l’altro ha spesso cura di designarne uno diverso di propria fiducia⁵⁰. Nei trasferimenti immobiliari occorrono, pertanto, due *solicitors*, uno per il venditore e l’altro per l’acquirente, in quanto ciascuno agisce quale rappresentante del proprio cliente, che provvederà, a sua volta, a pagare il relativo onorario.

Nei sistemi di common law, quindi, la professione legale per eccellenza è rimasta quella di avvocato. Se esiste scissione funzionale all’interno di essa, come succede in Inghilterra tra *solicitors* e *barristers*, essa non corrisponde alla distinzione tra avvocati e notai.

Courts and Legal Services Act del 1990, le limitazioni alla possibilità di patrocinio in giudizio per i *solicitors* sono del tutto cessate; ai *barristers*, invece, è consentito svolgere attività stragiudiziale, con conseguente accesso alla contrattazione immobiliare.

⁵⁰ Più diffusamente M.D. PANFORTI, *La vendita immobiliare nel sistema inglese*, Milano, 1992, p. 92 ss.

Sono l'*attorney* statunitense ed il *solicitor* inglese i professionisti in grado di assistere, in sede contenziosa, ma anche al di fuori e prima di essa, i clienti che si rivolgono a loro per un parere giuridico. Tali soggetti, tuttavia, non hanno la capacità di conferire autenticità agli atti compiuti innanzi a loro o per conto dei clienti; questa funzione, come già detto, è propria del *public notary*⁵¹.

Tanto il notaio di civil law quanto quello di common law si caratterizzano dunque per la loro attività certificativa. Esiste tuttavia una differenza fondamentale tra l'attività dell'uno e quella dell'altro: essa consiste nel valore probatorio che l'ordinamento interno attribuisce all'atto ricevuto dal notaio. Come si è già avuto modo di evidenziare, all'atto pubblico gli ordinamenti appartenenti al notariato latino attribuiscono pubblica fede, e cioè la maggior forza probatoria possibile, una presunzione di verità dell'atto dal pubblico ufficiale che lo ha sottoscritto. Tale presunzione può essere vinta, a seconda degli ordinamenti, soltanto con apposita domanda (querela di falso), la quale può essere introdotta in via principale ed autonoma od in via incidentale. È proprio a tale singolare forza probatoria che si deve il rilievo della funzione notarile nei sistemi

⁵¹ In Inghilterra non vi è contrasto tra l'avvocatura e il *public notary*; l'attività notarile è infatti usualmente demandata, previa apposita investitura, al *solicitor*. Tale possibile coesistenza di funzioni è un importante elemento di differenziazione tra sistema giuridico inglese e quello italiano, ove, invece, è espressamente prevista l'incompatibilità tra esercizio della professione forense e esercizio della

continentali, al punto che il notaio è divenuto un imprescindibile esperto in alcuni settori-chiave del traffico giuridico quali: trasferimenti immobiliari, rapporti patrimoniali tra coniugi, diritto successorio, diritto societario.

Di contro, nei paesi di common law il documento munito del sigillo notarile non possiede la medesima forza probatoria dell'atto rogato dal notaio latino.

Negli Stati Uniti si presume l'autenticità del certificato e del sigillo notarile, ma tale presunzione può essere vinta senza necessità di introdurre un'apposita azione di falso, presentando una "*clear and convincing evidence*".

In Inghilterra un certificato notarile non è di per sé accettato dal giudice come prova. Il giudice potrà chiamare il notaio a testimoniare in giudizio su ciò che è avvenuto in sua presenza. Ciò in quanto, come già sottolineato, la prova documentale, nei sistemi di common law, non ha la forza che le è riconosciuta negli ordinamenti di derivazione franco-tedesca. In Inghilterra e negli Stati Uniti la prova per testimoni (*parol, o witness, od oral evidence*) è la prova fondamentale. È regola generale che il teste, nel giudizio civile, venga esaminato oralmente. La *hearsay rule*, caratteristica del common law, ai sensi della quale non è ammessa in giudizio la prova

professione notarile. Cfr. in tal senso R.G. BARRESI, *Aspetti comparatistici del notariato fra Italia e Inghilterra*, cit.

dei fatti di cui il testimone non ha conoscenza diretta, permette al giudice di non ammettere la prova documentale⁵².

Ed ancora, il notaio di civil law ha una posizione di terzietà rispetto alle parti.

È tenuto a controllare la legalità e la validità dell'atto che gli si chiede di ricevere, ad accertare la volontà delle parti ed a darle la corretta forma giuridica. Controlla l'identità delle parti, le informa del significato giuridico del negozio che si accingono a stipulare, le consiglia sugli aspetti tributari di esso. L'accuratezza con la quale il notaio attende a tale funzione è assicurata dal suo assoggettamento, in caso di violazione, a responsabilità civile ed a sanzioni disciplinari. In conseguenza di ciò il notaio, così come il *solicitor* inglese e l'*attorney* americano, deve possedere una preparazione giuridica accurata, accertata attraverso selezioni rigorose. Tuttavia, come si diceva, a differenza di questi ultimi, il notaio dei sistemi continentali è tenuto ad una posizione di equidistanza rispetto ai contraenti e di imparzialità (che non si può richiedere certo agli avvocati, consulenti di parte)⁵³, volta anche, in un certo senso, a mediare tra i confliggenti interessi in gioco ed a rimediare allo squilibrio tra le parti, sempre più accentuato

⁵² Per un'analisi sugli elementi distintivi della figura del notaio latino e corrispondenti figure di common law cfr. G. AJANI, *La professione notarile in civil law e common law – rapporto di diritto comparato*, cit.

nella contrattazione moderna, anche al fine di prevenire possibili conflittualità, svolgendo quella funzione più volta definita come funzione “antiprocessuale”⁵⁴.

In conclusione, occorre aggiungere che, negli ordinamenti giuridici di tipo latino, la professione notarile, improntata alla doverosità del ministero ed all’assoluta prevenzione di ogni conflitto d’interessi, si mantiene straordinariamente fedele alla propria identità, collegata al ruolo di guardiana non solo della legalità in genere, ma specificamente dei valori costituzionali⁵⁵. Questo è registrabile su un duplice piano: per un verso il notaio traduce la solidarietà in canone di condotta, per altro verso egli funge da strumento per la tutela di diritti fondamentali quali la proprietà, il risparmio, l’iniziativa economica. L’atto da lui redatto costituisce “simbolo di sicurezza giuridica”, data la sua incontestabilità, e favorisce

⁵³ Tra gli avvocati di common law e i notai di civil law resta, inoltre, l’importante differenza che l’avvocato può sempre rifiutare al cliente il suo patrocinio, mentre il notaio è sempre tenuto a prestarlo, a meno che l’atto che gli venga richiesto di ricevere sia vietato.

⁵⁴ Altro elemento caratteristico del notariato latino, espressione delle funzioni pubbliche notarili – e che non trova riscontro né nell’attività contrattualistica di *solicitors* ed *attorneys*, né nell’attività del *public notary*, che non conserva copia degli atti che autentica, – è l’obbligo di conservare gli originali degli atti pubblici dal notaio redatti (quelli per i quali non è ammessa la consegna dell’originale). In luogo degli originali il notaio consegna copie semplici od autentiche. In Francia si distingue tra atti ricevuti “en minute”, che devono essere conservati prima dal notaio stesso, poi dall’Archivio e dei quali il notaio può consegnare alla parte soltanto copia autentica, ed atti “en brevet”, dei quali consegna alla parte l’originale. In altre parole il notaio di civil law è una sorta di archivista e di custode degli atti da lui redatti. Il notaio continentale deve altresì tenere un repertorio cronologico degli atti da lui ricevuti, che periodicamente è soggetto a controllo.

⁵⁵ Sulla funzione del notaio rivolta ad evitare che il regolamento contrattuale sia non rispondente ai valori fondamentali dell’ordinamento costituzionale cfr. E. PESIRI, *Sistema di diritto positivo e pubblica funzione del notaio*, in *Notai e Costituzione. Atti del Convegno di Assonotai Campania. Napoli, 12 dicembre 2008*, cit, p. 149 ss.

l'eliminazione, o almeno la notevole riduzione, del contenzioso tra le parti⁵⁶.

Per queste ragioni molto significative appare la tendenza che sembra profilarsi nei paesi di common law (ed in particolare negli Stati Uniti) all'avvicinamento al notariato di tipo latino. Lo Stato della Florida nel 1997 ha infatti varato una legge sul *Civil Law Notary* al fine di dare adeguata risposta alla generale insoddisfazione delle società americane per l'inadeguatezza delle documentazioni americane – in particolare sotto il profilo delle certificazioni – che veniva eccepita quando se ne rendeva necessario l'uso in Paesi di civil law. Nel 2001 anche lo Stato dell'Alabama ha approvato una sua “Legge Notarile” simile a quella della Florida, che introduce la figura del *civil law notary*.

⁵⁶ Per tali ragioni è stata sottolineata la maggiore efficienza del notariato latino quanto a costi pretesi e sicurezza offerta. *An ounce of prevention is worth a pound of cure* (trad. Un'oncia di prevenzione vale una libbra di cura): questa espressione, attribuita a Benjamin Franklin, dà un'incisiva immagine della natura e dei vantaggi, in termini di minor costo e maggiori risultati, di ogni sistema che fonda la propria efficienza su strumenti di garanzia preventiva rispetto ad uno che si limiti a risolvere i problemi già verificatisi. Cfr. sul punto M. NASTRI, *Trasferimenti immobiliari nazionali e internazionali, procedure telematiche e garanzia notarile*, in *Civil law – Common law. Sviluppo economico e certezza giuridica nel confronto tra sistemi diversi. XLI Congresso Nazionale del Notariato. Pesaro, 18/21 settembre 2005*, p. 285.

CAPITOLO TERZO

I SISTEMI DI PUBBLICITÀ IMMOBILIARE E LA FUNZIONE DEL NOTAIO IN CIVIL LAW E COMMON LAW

SOMMARIO: 1. Il fondamento della scelta legislativa in ordine all'intervento del notaio ai fini della formazione del titolo idoneo alla trascrizione. – 2. L'evoluzione storica dell'istituto della trascrizione: dalle origini al decreto francese del 4 gennaio 1955. – 3. *Segue:* L'evoluzione normativa della trascrizione nell'ordinamento italiano dal codice del 1865 al codice del 1942. La legislazione speciale successiva: rilevanza pubblicistica della trascrizione. – 4. Criteri di classificazione dei diversi sistemi di pubblicità immobiliare. – 5. I sistemi giuridici dei libri fondiari. – 6. Il sistema *Torrens (Land Titles System)*. – 7. Il sistema inglese di *Land Registration*. – 8. *Deeds Recording Systems e Title Insurance*. – 9. L'intervento del notaio nei diversi sistemi di pubblicità immobiliare: risultati dell'indagine comparata.

1. Il fondamento della scelta legislativa in ordine all'intervento del notaio ai fini della formazione del titolo idoneo alla trascrizione.

Il notaio latino, tenuto conto delle caratteristiche che lo contraddistinguono, di cui si è trattato nei capitoli che precedono, ha un ruolo di primaria importanza al fine di rendere possibile l'efficiente funzionamento della pubblicità immobiliare.

È stato osservato che la ragione principale dell'esistenza del notaio è quella legata e derivante dall'esistenza di pubblici registri; e della necessità, per la certezza del diritto, di avere un tramite qualificato, perché dotato di istruzione specifica, che filtri, con cognizione giuridica, le informazioni

necessarie alle trascrizioni e iscrizioni. Dove non esistono i Pubblici Registri non esiste il notaio di tipo latino¹.

La funzione attributiva della pubblica fede ed il controllo di legalità formale e sostanziale tipici del notariato latino sono direttamente legati alla funzione pubblica dei Registri Pubblici che in vario modo e con differenti effetti garantiscono alla collettività l'**affidabilità** dei dati che vi sono contenuti. Se la formazione e l'aggiornamento dei registri fossero consentiti alla generalità dei soggetti verrebbe meno la nozione di "pubblicità legale", come intesa negli ordinamenti di civil law.

Ciò premesso, partendo dall'analisi della nostra disciplina codicistica, viene in rilievo l'art. 2657, comma 1°, del codice civile che stabilisce «la trascrizione non si può eseguire se non in forza di sentenza, di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente». Disposizione, questa, simmetrica a quelle dettate in tema di ipoteca volontaria (artt. 2821, comma 1°, e 2835, comma 1°, cod. civ.), e che si coordina con le previsioni degli articoli 2699 e 2703 del codice, i quali attribuiscono la competenza al ricevimento degli atti pubblici, o all'autenticazione delle scritture private, al notaio (ovvero ad altro pubblico ufficiale, nei casi in cui quest'ultimo sia

¹ Cfr. G. ARICÒ-G. LIOTTA-E. MORANDI, *Il documento notarile garanzia degli investimenti. Strumento di sicurezza dei pubblici registri e titolo esecutivo*, in *Relazioni italiane al XXVI Congresso Internazionale del Notariato. Marrakech, 3-6 ottobre 2010*, p. 144.

a ciò autorizzato dalla legge²). Correlativamente, l'art. 2674 c.c. impone al conservatore l'obbligo di rifiutare la trascrizione se il titolo non ha i requisiti prescritti dalla legge.

Emerge chiaramente dalle disposizioni menzionate che il notaio ha un ruolo pressoché esclusivo al fine della formazione del titolo autentico necessario per accedere ai pubblici registri³.

Il fondamento giuridico di tale scelta legislativa è stato da qualche autore ravvisato nella necessità di accertare – con efficacia di prova privilegiata, grazie all'intervento del pubblico ufficiale – l'identità del sottoscrittore e quindi la provenienza del documento da chi ne appare autore, al fine di evitare falsità, frodi e la conseguente lesione dell'affidamento dei terzi⁴.

Invero, se la legge richiede l'intervento di un giurista qualificato come il notaio ai fini della formazione del titolo “idoneo” alla trascrizione, vi sono ragioni ulteriori.

² Secondo l'interpretazione pacifica degli artt. 2699 e 2703 del codice civile, alla competenza generale del notaio ai fini del ricevimento e dell'autenticazione riguardo agli atti negoziali, fa riscontro la competenza specifica degli altri pubblici ufficiali di volta in volta individuati dalla legge, solo in presenza di una disposizione normativa che tale competenza attribuisca per determinate tassative categorie di atti: cfr. MORELLO, *Le limitazioni all'esclusività della funzione notarile in Italia*, in *Riv. Not.*, 1974, p. 922; C. VOCATURO, *Il potere di autentica del cancelliere: tra ars notaria e certezza pubblica (nota a Trib. Verbania 30 novembre 2005)*, in *Riv. Not.*, 2006, p. 1369; Consiglio di Stato 13 febbraio 1989, n. 79, in *Vita Not.*, 1989, p. 122.

³ Sull'autenticità del titolo quale presupposto imprescindibile ai fini della trascrizione cfr. G. PETRELLI, *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 585 ss.

⁴ In tal senso F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1998, p. 428; N. CORBO, *La tutela dei diritti*, Torino, 2006, p. 34.

Queste vanno ricercate nell'esigenza di accrescere la certezza e l'affidabilità delle risultanze dei registri immobiliari, assicurate dal filtro preventivo effettuato dal notaio attraverso la sua quotidiana attività d'indagine della volontà delle parti, dell'accertamento dell'identità delle stesse⁵, di controllo della legalità formale e sostanziale dell'atto, al fine di promuovere il massimo grado possibile di *sicurezza della circolazione giuridica riguardante gli immobili*⁶.

Il tema della sicurezza della circolazione, o meglio della *sicurezza dei traffici giuridici*, che costituisce la ragion d'essere stessa della pubblicità immobiliare, è da valutarsi, però, in un'ottica non solamente privatistica ma ormai integrata nel contesto di più ampie finalità di ordine generale e di natura pubblicistica: si pensi all'utilizzo della trascrizione ai fini fiscali, allo scopo di contrastare determinati fenomeni criminosi, per obiettivi urbanistici, per facilitare procedimenti amministrativi come quello di espropriazione per pubblica utilità, etc⁷.

⁵ L'art. 49 della l. n. 89/1913 prevede, infatti, l'obbligo del notaio di raggiungere la certezza sull'identità personale delle parti dell'atto mediante un'attività di indagine ben più pregnante di quella – che richiede la mera indicazione delle «modalità di identificazione», generalmente il mero riscontro di un documento di identità – imposta agli altri pubblici ufficiali autorizzati dalla legge ad autentiche di tipo amministrativo (art. 21, comma 2°, del d.p.r. n. 445/2000): cfr. sul punto CASU, *Sull'acquisizione da parte del notaio della certezza dell'identità del sottoscrittore (nota a Cass. 10 agosto 2004 n. 15424)*, in *Riv. Not.*, 2005, p. 318.

⁶ Cfr. in particolare G. GABRIELLI, *Idoneità dei titoli al fine della pubblicità immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 153.

⁷ Cfr. G. PETRELLI, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 689 ss. Sulla rilevanza pubblicistica della trascrizione cfr. par. 3 del presente capitolo.

Nella classica prospettazione di Ehrenberg, il concetto di sicurezza succennato si scompone nelle due dimensioni della “**sicurezza dei diritti**” (*Rechtssicherheit*) e della “**sicurezza dei traffici**” (*Verkehrssicherheit*), altrimenti definibili come “sicurezza statica” e “sicurezza dinamica”, spesso valutate alla stregua di una vera “contraddizione fondamentale”, latente nella disciplina di ogni sistema di pubblicità immobiliare: da un lato l’esigenza di salvaguardia delle ragioni dell’alienante (soprattutto nei casi in cui – in considerazione di patologie dell’atto traslativo oggetto di pubblicità, o dell’esistenza di diritti non risultanti dai pubblici registri – sussista o emerga successivamente il diritto di esso alienante alla restituzione dell’immobile); dall’altro la necessità di apprestare dei meccanismi di tutela del terzo acquirente o del terzo creditore, che abbiano eventualmente confidato sull’esattezza delle risultanze pubblicitarie.

Il primo tipo di esigenza trova tutela soprattutto grazie all’applicazione dei tradizionali principi riguardanti gli acquisti a titolo derivativo dei diritti soggettivi (*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet; resolutio iure dantis, resolvitur et ius accipientis*); la protezione dei terzi acquirenti, e quindi dei traffici giuridici, invece, si giova in prevalenza dei meccanismi propri della pubblicità immobiliare (tra cui la pubblica fede

delle risultanze dei registri pubblici, laddove positivamente sancita, o la c.d. pubblicità sanante).

La scelta di rimettere la formazione del titolo della trascrizione al notaio – tenuto al controllo di legalità sull’atto dallo stesso ricevuto o autenticato, all’accertamento dell’identità delle parti, alla verifica della capacità e legittimazione delle stesse, ed infine alla richiesta della formalità pubblicitaria – è dettata proprio dall’esigenza di tutelare, sia pur con diverse gradazioni, sia l’affidamento della collettività nelle risultanze dei pubblici registri, sia l’interesse dell’alienante a non essere privato del suo diritto se non in presenza di titoli regolari e validi.

L’evoluzione storica dell’istituto della trascrizione, che di seguito esporremo, verrà a dimostrare l’esistenza di una progressione – continua ed ininterrotta a partire dalla prima disciplina della trascrizione – nella direzione di una sempre e più intensa tutela dei traffici e, correlativamente, di un’attenuazione della tutela “reale” (*Property Rule*) dell’alienante; attenuazione che, peraltro, trova la sua giustificazione nell’introduzione ed affinamento dei controlli di legalità, identità, capacità e legittimazione affidati al notaio, quale professionista specializzato nella contrattazione immobiliare, oltre che pubblico ufficiale, come tale abilitato alla formazione del titolo idoneo alla trascrizione. In altri termini, dall’excursus

storico che *infra* tratteremo, emergerà un continuo miglioramento della posizione dei terzi acquirenti e dei creditori – e quindi della sicurezza della circolazione immobiliare – in una con il progressivo ridimensionamento, nei rapporti con i suddetti terzi, del principio *resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis*, il cui parziale superamento è controbilanciato dai controlli preventivi effettuati dal notaio, tali da escludere l'accesso alla pubblicità immobiliare degli atti per i quali non risulti accertata la conformità alla legge. In tale prospettiva ne risulta solo apparentemente ridimensionata la protezione accordata all'alienante, trasformandola progressivamente da tutela reale a tutela di tipo obbligatorio (*Liability Rule*), ma in realtà si rende più agevolmente commerciabile l'immobile, se ne accresce il valore economico, ne viene salvaguardata la titolarità originaria in presenza di incapacità o di vizi del titolo di proprietà che potrebbero dar luogo ad invalidità o inefficacia dello stesso: ipotesi nelle quali il notaio, al quale sono affidati i relativi compiti di garanzia, di fatto rifiuterà di prestare il proprio ministero; in tal modo il notaio eviterà l'accesso alla pubblicità immobiliare di negozi invalidi, riducendo drasticamente la possibilità di sacrificio delle ragioni dell'alienante, conseguendo un adeguato bilanciamento degli interessi in conflitto⁸.

⁸ Cfr. N. COVIELLO, *Della trascrizione*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza. Trattato diretto da Fiore e Brugi*, Napoli-Torino, 1924, I, p. 146, il quale evidenziava, *de*

Le garanzie relative alla formazione del titolo della trascrizione immobiliare, ed ai controlli sul medesimo, costituiscono uno dei presupposti indispensabili al funzionamento dei sistemi di pubblicità immobiliare che prevedono effetti di pubblica fede e/o di pubblicità sanante: in assenza di un accurato controllo di legalità del titolo, il meccanismo diviene inefficiente e pericoloso.

Nessun sistema giuridico efficiente e soprattutto equo può ammettere una pubblicità immobiliare che prescindendo da qualsiasi controllo preventivo di legalità, identità, capacità e legittimazione.

Sotto questo profilo si evidenzierà, nel corso del presente lavoro, la profonda differenza che corre tra i sistemi giuridici di civil law e quelli di common law, in cui, come più volte sottolineato, è assente la figura del notaio latino.

iure condendo, la pericolosità di un sistema che, attribuendo all'iscrizione pubblica fede, non avesse predisposto nel contempo un adeguato controllo di legalità, sostanziale e non solo formale. Lo stesso autore evidenziava (pag. 192) come «il principio della pubblica fede è utilissimo, qualora si fondi sul principio di legalità: ma ove fosse accolto senza di questo, condurrebbe a perniciose conseguenze. L'interesse dei terzi sarebbe tutelato, e sacrificato invece quello dei legittimi proprietari, degli incapaci, ecc., meritevoli anch'essi di uguale protezione».

2. L'evoluzione storica dell'istituto della trascrizione: dalle origini al decreto francese del 4 gennaio 1955.

La moderna disciplina della trascrizione immobiliare trae la sua origine dalle *coutumes de nantissement* – vigenti in epoca prerivoluzionaria nelle regioni del nord della Francia, in Belgio, nei Paesi Bassi ed in Lussemburgo – che, a tutela dei terzi e dei creditori ipotecari, ed in generale della sicurezza giuridica del traffico immobiliare, rispondendo ad un profondo bisogno della società mercantile sviluppatasi in quelle regioni⁹, disciplinavano forme di iscrizione in pubblici registri, variamente denominate, e conseguenti a specifiche procedure (i c.d. *devoirs de loi*), che si svolgevano dinanzi a pubbliche autorità. L'efficacia di questa iscrizione consisteva sostanzialmente nell'inopponibilità ai terzi acquirenti ed ai creditori ipotecari degli atti traslativi e costitutivi di diritti reali che non fossero stati assoggettati alle prescritte formalità. A questo solo aspetto si limitava peraltro l'efficacia del *nantissement*, il quale non era da solo idoneo a trasferire la proprietà nel caso in cui l'alienante non fosse il *dominus* del bene, né liberava il bene medesimo dai pesi e diritti reali eventualmente sullo stesso gravanti, né sanava in alcun modo i vizi (nullità, annullabilità, ecc.) del titolo¹⁰. Nelle *coutumes de nantissement* le parti

⁹ Cfr. F. LAURENT, *Principii di diritto civile (trad. it.)*, 29, Milano, 1887, p. 25.

¹⁰ Cfr. V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Milano, 1954, p. 219.

dovevano, al fine di ottenere la formalità pubblicitaria, presentare un titolo traslativo in *forma notarile (acte authentique)* ovvero una scrittura privata riconosciuta giudizialmente: prescrizione la cui giustificazione risiedeva probabilmente nel fine di evitare le liti che avrebbero potuto altrimenti nascere dal disconoscimento delle sottoscrizioni o da una cattiva redazione degli atti.

Con la rivoluzione francese si giunse alla *loi sur le régime hypothécaire dell'11 brumaio, anno VII* (1° novembre 1798), che ha posto le basi del sistema di pubblicità immobiliare quale oggi ancora vigente in Francia, Belgio, Lussemburgo e Italia.

La trascrizione, sulla scia delle *coutumes de nantissement*, continuava a costituire lo strumento per la soluzioni di conflitti tra diversi acquirenti da un medesimo autore (art. 26) ed aveva una finalità esclusivamente “*privatistica*”; essa, infatti, *era meramente facoltativa* (la sua esecuzione era rimessa, cioè, all’iniziativa delle parti interessate); era, inoltre, un meccanismo largamente lacunoso, che aveva ad oggetto unicamente atti traslativi o costitutivi di diritti reali capaci di ipoteca, non conosceva, pur essendo impostata su base personale, il principio di continuità delle segnalazioni pubblicitarie, non prevedeva la pubblicità di numerosi acquisti, tra i quali quelli a causa di morte, e delle divisioni. La trascrizione

– che consisteva nella “ricopiatura” dell’intero atto nei pubblici registri – non sanava in alcun caso i vizi dell’atto trascritto, e del titolo d’acquisto dell’alienante (art. 28), limitandosi a renderlo conoscibile ai terzi “tale quale esso era”. La legge dell’11 brumaio, anno VII, non richiedeva, per tale motivo, un titolo autentico ai fini dell’attuazione della pubblicità (l’atto pubblico o il riconoscimento delle firme della scrittura dinanzi al notaio era espressamente previsto solo per le costituzioni di ipoteche). Coerentemente mancava qualsiasi controllo ad opera del conservatore sulla legalità, validità ed efficacia dell’atto sottoposto a trascrizione (avendo lo stesso, ai sensi dell’art. 54, il ruolo, meramente passivo, di ricettore del documento, che avrebbe poi dovuto pedissequamente ricopiare nei registri); come conseguenza di tutto ciò, *la trascrizione non era in grado di creare alcun legittimo affidamento nei terzi*, sui quali gravava l’onere di individuare la serie dei titoli di provenienza, almeno per un trentennio se non oltre, e di verificarne la validità ed efficacia¹¹.

Durante i lavori preparatori del *Code civil* si aprì un acceso dibattito sull’opportunità di recepire l’istituto della trascrizione nell’assetto datogli dalla legge di brumaio.

¹¹ Su tutti questi aspetti di disciplina della legge di brumaio cfr. G. PETRELLI, *L’autenticità del titolo della trascrizione nell’evoluzione storica e nel diritto comparato*, cit., p. 592 ss.

Prevalse l'orientamento che, considerando l'istituto in esame in contrasto con "il sacro diritto di proprietà" e con il principio del "consenso traslativo" introdotto con il medesimo codice, si oppose alla sua introduzione¹². Ecco perché venne esclusa dal *code civil* l'efficacia di pubblicità dichiarativa della *transcription hypothécaire*, la quale venne disciplinata esclusivamente quale mezzo idoneo a consentire la purgazione delle ipoteche. La mancata regolamentazione della trascrizione quale strumento di soluzione dei conflitti e di sicurezza della circolazione immobiliare costituì una grave lacuna, tale da essere autorevolmente giudicata quale il "tallone d'Achille" del *Code Napoléon*.

Stanti i ridotti effetti della trascrizione nel Code Napoléon, addirittura minori di quelli previsti dalla legge di brumaio, era pacifico che fosse sufficiente, quale titolo per l'esecuzione della formalità, una mera scrittura privata priva di riconoscimento ufficiale delle firme, considerato oltretutto che per la validità della vendita immobiliare non era richiesta neanche la forma scritta¹³.

¹² Per un commento a tali lavori cfr. V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, cit., p. 230. In particolare, secondo la linea che prevalse nel corso dei lavori preparatori, la trascrizione – se avesse privato del diritto di proprietà il primo acquirente, a vantaggio del secondo che avesse trascritto per primo – si sarebbe tradotta in un intollerabile attentato ai principi inderogabili di cui nel testo, di matrice giusnaturalistica e ritenuti conformi alla *ratio scripta* rappresentata dal diritto romano. In tal senso G. PETRELLI, *Questioni generali e problemi aperti in materia di trascrizione immobiliare*, in *Riv. Not.*, 2013, p. 749 ss.

¹³ Nel vigore del *Code civil* questo aspetto fu chiarito espressamente anche da un parere del *Conseil d'Etat*, il quale evidenziò come la trascrizione avesse quale unico scopo quello di portare l'atto a conoscenza dei terzi (senza aggiungere nulla alla sua validità ed efficacia), ed a tal fine non si reputava

Non mancarono le obiezioni a tale disciplina, fondate sulla necessità di protezione dei creditori e dei terzi acquirenti, che avrebbero potuto sentirsi opporre da un precedente venditore il disconoscimento della propria sottoscrizione.

Dell'opportunità di richiedere l'intervento obbligatorio del notaio ai fini della trascrizione si discusse ampiamente anche in seguito, durante i lavori preparatori per la revisione della pubblicità immobiliare.

Dall'approfondita inchiesta, commissionata nel 1841 dal Guardasigilli francese *Martin du Nord*, emerse la prevalente opinione delle Corti e delle Facoltà di diritto in ordine alla necessità di intervento del notaio (quantomeno ai fini del deposito nei suoi atti del titolo per la trascrizione).

Il Parlamento francese – all'esito di una imponente attività preparatoria ed istruttoria – approvò quindi la *loi sur le régime hypothécaire del 23 marzo 1855*, che dettò una specifica disciplina della trascrizione, ancora una volta basata sulla giurisprudenza dei *pays de nantissement*, e di conseguenza sui principi della legge di brumaio, pur con qualche timida innovazione. Il sistema manteneva comunque la medesima impostazione squisitamente privatistica e quindi facoltativa; la trascrizione non sanava i

necessario l'intervento del notaio. Al contrario, l'art. 2127 del *Code* richiedeva la forma dell'atto pubblico notarile (*acte authentique*) ai soli fini della concessione di ipoteca volontaria.

vizi del titolo e si accoglieva senza eccezioni il principio *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*.

Sia nel corso dei lavori preparatori della legge del 23 marzo 1855, sia da parte dei successivi commentatori, nell'ottica di un'auspicata riforma della suddetta legge, si discusse ampiamente dell'opportunità di riservare l'accesso alla trascrizione ai soli titoli autentici, formati quindi con il ministero del notaio.

I fautori dell'intervento notarile obbligatorio fecero leva, soprattutto, su quella che in tempi più recenti è stata definita come «funzione antiprocessuale» del notaio¹⁴: sull'esigenza, cioè, di evitare future liti e quindi incertezze nella circolazione immobiliare dovute al mancato accertamento della provenienza del documento ed alla possibile falsità delle sottoscrizioni; alla mancata conservazione (con rischio di smarrimento o furto) dell'originale dell'atto da parte del notaio; alla mancata redazione dei contratti da parte di un giurista esperto che potesse prevenire le possibili nullità; inconvenienti questi aggravati dall'assenza di un controllo di legalità e di legittimazione ad opera del conservatore dei registri immobiliari. Si faceva infine rilevare che il possibile risparmio degli onorari notarili si sarebbe rilevato illusorio, a fronte della necessità pratica per le parti di rivolgersi comunque a dei professionisti o agenti

d'affari, il costo delle cui prestazioni sarebbe stato forse anche più elevato; e che non sarebbe stata pregiudicata la libertà delle convenzioni, posto che i privati avrebbero potuto validamente concludere negozi giuridici senza oneri formali, ove non fossero state attualmente interessate alla relativa trascrizione.

I sostenitori dell'opposta soluzione (libertà di forma e non necessità di intervento notarile) facevano invece leva sull'inesistenza, a livello statistico, di rischi connessi alla falsità o in genere al contenzioso riguardante le scritture private; sull'inopportunità di gravare le parti dei costi notarili; ma soprattutto sulla limitazione alla libertà di contrarre che sarebbe derivata dall'imposizione di un onere di forma, sia pure ai soli fini della trascrizione¹⁵. Si ritenne, in sostanza, che sarebbe stato onere dell'acquirente svolgere diligentemente le indagini finalizzate alla verifica dei titoli e della loro validità, avendo la trascrizione l'unica funzione di portare a conoscenza dei terzi l'atto, in modo da dirimere il conflitto tra più acquirenti dallo stesso venditore. Questi ultimi argomenti fecero breccia e la legge del 23 marzo 1855 non prescrisse alcun requisito formale del titolo, né alcun controllo aggiuntivo ad opera del conservatore.

¹⁴ Cfr., per tale concetto, F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, cit., p. 1 ss.

¹⁵ Sul punto cfr. G. PETRELLI, *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, cit., p. 596 ss.

Senonché, la prassi evidenziò ben presto una serie di inconvenienti, che diedero luogo nel tempo ad un ripensamento da parte della dottrina e, successivamente, del legislatore; nel corso dei lavori di revisione della legge del 1855, protrattisi per qualche decennio, la questione venne infatti ripetutamente affrontata.

Essa, infine, fu risolta attraverso il décret del 30 ottobre 1935 (*Décret modifiant le régime de la transcription*), che richiese espressamente l'atto pubblico notarile, o il deposito della scrittura privata presso il notaio, al fine di poter procedere alla trascrizione¹⁶. È importante evidenziare che l'intervento obbligatorio del notaio fu dichiaratamente previsto non solo al fine di accertare la provenienza del documento dalle parti, ma anche per consentire una migliore redazione dell'atto da assoggettarsi a trascrizione, evitando nullità ed irregolarità¹⁷.

Il percorso proseguì nella medesima direzione con il *décret n.55-22 del 4 gennaio 1955* (ancor oggi vigente, pur se in diverse parti modificato), il quale ha richiesto (art. 4) la forma dell'*acte authentique* (atto pubblico) quale unico titolo idoneo per la *publicité foncière*, nonché la certificazione ad opera del notaio delle generalità delle parti (art. 5). Quella dell'art. 4

¹⁶ Cfr. su tale disciplina BOLAFFI, *La riforma della trascrizione in Francia*, in *Riv. Dir. comm.*, 1936, I, p. 434.

¹⁷ Il *décret* del 1935 introdusse poi, oltre alla trascrizione degli atti dichiarativi, anche quella degli acquisti a causa di morte, sulla base di una *attestation notariée* richiesta sia per le successioni legittime che per quelle testamentarie, accrescendo in tal modo la completezza del sistema pubblicitario francese.

rappresenta l'innovazione più significativa, dal punto di vista che qui interessa, visto che, ferma restando la libertà di forma *ad validitatem*, è stato richiesto l'atto pubblico quale unica forma idonea *ad transcriptionem*. L'autenticità del titolo assurge quindi in Francia a principio generale, la cui forza espansiva è dimostrata dalla sua riconosciuta applicabilità anche alle annotazioni ipotecarie (*mentions*), per le quali la legge non lo prevede espressamente.

Nel medesimo panorama culturale ed economico della Francia ottocentesca, sopra descritto, venne emanata in Belgio la *loi sur la révision du régime hypothécaire del 16 dicembre 1851*, la quale all'articolo 2 richiese, quale titolo per la trascrizione, l'atto pubblico notarile ovvero il riconoscimento delle firme dinanzi al notaio o in giudizio, accogliendo una soluzione opposta a quella francese del 1855. La *transcription hypothécaire* è ancora oggi in Belgio disciplinata dalla legge del 16 dicembre 1851, che è stata successivamente modificata, ma senza stravolgimenti rispetto all'impianto originario.

Alla base di tali innovazioni vi è l'esigenza, affermata anche nei lavori preparatori, di *migliorare la sicurezza degli acquisti e del credito ipotecario*: un'esigenza, quindi, di carattere generale, riferibile all'intera collettività e non solo ai singoli interessati allo specifico atto da trascrivere.

3. *Segue: L'evoluzione normativa della trascrizione nell'ordinamento italiano dal codice del 1865 al codice del 1942. La legislazione speciale successiva: rilevanza pubblicistica della trascrizione.*

Il codice italiano del 1865 si muove, in materia di trascrizione, nell'orbita del codice napoleonico, ma con significative modificazioni derivanti dalle influenze che hanno avuto, nell'elaborazione delle norme italiane, sia i codici preunitari sia la legge francese e belga rispettivamente del 1855 e 1851¹⁸, il tutto in un'ottica che evidenzia una progressiva evoluzione in senso sociale del concetto di proprietà, volta a contemperare le libertà del proprietario con le esigenze di generale utilità. In tale contesto, la nuova disciplina in tema di trascrizione risulta, rispetto al modello napoleonico e agli stessi codici italiani preunitari, ispirata ad una maggiore considerazione dei diritti dei terzi (quindi della sicurezza dei traffici), oltre che all'interesse generale dell'economia¹⁹.

L'articolo 1935 del nuovo codice richiedeva, quale titolo per la trascrizione, l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata; disponeva, infatti, che «la trascrizione non può farsi se non in forza di sentenza, di atto pubblico, o di scrittura privata. Gli atti però risultanti da scrittura privata non possono essere trascritti, se le sottoscrizioni dei contraenti non sono

¹⁸ L'influenza esercitata nell'elaborazione del codice civile del 1865 sia dai codici preunitari sia dalla legge francese e belga del 1855 e 1851 è stata ben evidenziata da V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, cit., p. 232.

autenticate da notaio od accertate giudizialmente». Da rilevare che, a norma dell'art. 2069, al conservatore era fatto divieto di trascrivere nel caso in cui il titolo non avesse i requisiti di autenticità prescritti dall'art. 1935.

Tale scelta comportava, oltre all'accertamento dell'identità delle parti e quindi della provenienza del documento ad opera del notaio, un *filtro di legalità*, garantito dalla legislazione notarile, che vietava al notaio il ricevimento di atti contrari alla legge, all'ordine pubblico ed al buon costume²⁰, nonché degli atti nei quali le parti non fossero rappresentate, autorizzate o assistite nel modo richiesto dalla legge²¹.

La dottrina che commentò l'art. 1935 del codice unitario ricondusse la *ratio* della previsione normativa alla sola esigenza di tutelare la certezza della circolazione giuridica immobiliare contro il rischio di falsità e di disconoscimento delle firme ad opera di talune delle parti, non avvertendo la valenza innovativa del controllo di legalità affidato al notaio.

¹⁹ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dai codici preunitari al codice civile del 1865*, in *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri Saggi*, Padova, 1977, p. 25.

²⁰ La prima legge notarile unitaria fu approvata il 25 luglio 1875; essa imponeva al notaio di recusare il suo ministero nel caso in cui l'atto fosse «espressamente proibito dalla legge o manifestamente contrario al buon costume». Il testo unico delle leggi sul riordinamento del notariato, approvato con r.d. 25 maggio 1879, n. 4900, disponeva, all'art. 24, n. 1, l'obbligo per il notaio di recusare il proprio ministero ove l'atto fosse «espressamente proibito dalla legge o manifestamente contrario al buon costume, o all'ordine pubblico». Cfr. su tale disciplina D. FALCIONI, *Manuale teorico-pratico del notariato*, cit., p. 166 ss. Per il rilievo dell'importanza della legislazione unitaria riguardante il notariato «il cui ruolo appariva determinante ai fini della certezza del diritto e della circolazione dei beni» cfr. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia (1865-1942)*, Roma-Berlino, 2006, p. 129.

²¹ L'art. 43 del Regolamento notarile, approvato con r.d. 23 novembre 1879, disponeva: «I notari non potranno rogare contratti nei quali intervengano persone che non siano assistite o autorizzate in quel modo che è dalla legge espressamente stabilito, affinché esse possano in nome proprio o in quello dei loro rappresentati giuridicamente obbligarsi».

La trascrizione conservò nel codice del 1865 la natura *privatistica* e *facoltativa* (quindi rimessa alla libera decisione delle parti); tale codice mantenne l'impostazione dei registri su base rigorosamente personale; presentava ancora lacune in quanto per alcune fattispecie non era prevista la trascrizione; era caratterizzato dall'assenza di qualsiasi meccanismo di attribuzione di pubblica fede alle risultanze dei registri medesimi; nel contempo, però, segnava notevoli passi nella direzione di una maggiore sicurezza dei traffici immobiliari, a beneficio delle ragioni dell'economia nazionale.

L'evoluzione decisiva è dovuta alla cd. legislazione di guerra (1916–1919), successivamente confermata dal testo unico delle tasse ipotecarie (r.d. 30 novembre 1923, n. 3272), con cui furono introdotti la trascrizione delle divisioni, degli acquisti a causa di morte e, soprattutto, l'*obbligo di trascrivere a carico dei notai, cancellieri e altri pubblici ufficiali*²². Di notevole rilievo fu, inoltre, l'introduzione nell'ordinamento italiano del *principio della rilevanza pubblicistica della trascrizione*: con la previsione del necessario intervento del notaio al fine di ottenere l'effettivo adempimento delle formalità, il principio di autenticità diveniva il

²² I lavori preparatori ed i commenti dottrinali sono concordi nell'individuare la ragione primaria di questo intervento normativo in esigenze di natura fiscale, comunque non disgiunte dalla valutazione dell'opportunità di un ampliamento dell'ambito di operatività dell'istituto in funzione dell'esigenza civilistica di incrementare la sicurezza dei traffici. Cfr. al riguardo G. PETRELLI, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, cit., p. 697.

presupposto indispensabile per l'attuazione delle nuove finalità pubblicistiche della trascrizione.

Nel codice del 1942 il sistema della pubblicità immobiliare si è evoluto nel senso di un'ulteriore accentuazione della tutela dei traffici e dell'interesse generale rispetto a quello particolare dei contraenti.

L'art. 2657 cod. civ. conferma la disciplina risultante dal codice previgente e dalla legislazione di guerra richiedendo l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata ai fini della trascrizione; nel contempo l'art. 2671 cod. civ. ha previsto l'obbligo del notaio di trascrivere nel più breve tempo possibile²³. Il tutto in un contesto normativo che impone al notaio il

²³ Dottrina e giurisprudenza hanno evidenziato che trattasi di un *obbligo pubblicistico*, quindi *inderogabile e non dispensabile dalle parti*, che non si esaurisce nella "richiesta" della formalità, ma si concretizza nel compimento di ogni attività utile al fine di ottenere il "risultato" della trascrizione: ivi compreso quello di proporre reclamo a fronte di un rifiuto ingiustificato di trascrivere da parte del conservatore. Cfr. in tal senso, G. GABRIELLI, *Limiti di ammissibilità di una dispensa del notaio dal dovere di provvedere alla pubblicità immobiliare*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 572; GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959, p. 583. In giurisprudenza cfr. Cass., sez. I, 17 luglio 1980, n. 4652, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2671, ove si afferma che il termine di 30 giorni fissato dall'art. 2671 cod. civ. per il notaio che ha ricevuto un atto soggetto a trascrizione, per la relativa richiesta o per quella delle correlate formalità, ha carattere essenziale, per l'interesse della certezza dei rapporti giuridici immobiliari e per le esigenze di tutela della pubblica fede. Di recente, sull'ammissibilità della derogabilità pattizia dell'obbligo della trascrizione gravante sul notaio rogante cfr. Cass., sez. III, 21 giugno 2012, n. 10297, ove si afferma che «qualora le parti, pur avvertite dal notaio dell'obbligo di trascrivere l'atto, abbiano escluso la trascrizione o disposto che essa avvenga in ritardo, tanto nel caso di previsione della esenzione del notaio da responsabilità, quanto in mancanza di tale espressa esenzione, deve escludersi che al professionista possa addebitarsi una responsabilità per il danno subito in conseguenza della mancata o tardiva trascrizione, atteso che il comportamento del notaio è stato da loro consentito e anzi, sul piano del contratto d'opera professionale, imposto». Sul punto cfr. C. LAZZARO, *La doppia valenza dell'attività notarile rispetto all'obbligo della trascrizione immobiliare*, in *Notariato*, 2013, p. 491 ss. ove l'Autore, alla luce dell'ultima menzionata decisione della Suprema Corte, sottolinea che l'autorizzazione dei clienti ad omettere la trascrizione libera il notaio da qualsiasi forma di responsabilità civile nei loro confronti ma, sotto il profilo della disciplina pubblicistica a tutela del correlativo interesse, il notaio rimarrà comunque inadempiente e, come tale, responsabile a seconda della gravità della omissione e del danno cagionato, anche solo da un punto di vista disciplinare. L'attività notarile, infatti, ha una *doppia valenza*: da un lato, pubblicistica, per cui il notaio provvede alla trascrizione ai fini fiscali e per evitare conflitti tra due o più acquirenti dal medesimo dante causa (e, più in generale, in aderenza ad un interesse pubblico); dall'altro però l'attività notarile, come detto, presenta un matrice privatistica, poiché il notaio è anche un libero

controllo sulla capacità e legittimazione delle parti (art. 54 del r.d. n. 1326/1914) e gli vieta di ricevere o autenticare atti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume (art. 28 della l. n. 89/1913).

Il legislatore del 1942 ha introdotto, con l'istituto della c.d. pubblicità sanante (art. 2652, n. 6 c.c.), un principio di pubblica fede dei registri immobiliari (sia pur subordinatamente al concorso di altre circostanze, quali il decorso del tempo e la buona fede dell'acquirente), per cui emerge ancora più chiaramente l'importanza del controllo di legalità ad opera del notaio²⁴, il quale ha il dovere primario ed inderogabile di inserire nei pubblici registri solo dati "veritieri" ed "affidabili"²⁵.

Se si confronta la disciplina del codice civile italiano del 1942 con quella contenuta nella legge francese dell'11 brumaio, emerge visibilmente il notevole perfezionamento del meccanismo pubblicitario, la sua tendenza alla completezza, la maggiore idoneità dello stesso a tutelare, accanto ai

professionista, legato ai clienti da un rapporto che comporta una responsabilità per gli eventuali danni cagionati.

²⁴ A ciò si aggiunge la circostanza che i poteri di controllo del conservatore vengono circoscritti ai soli profili formali ed estrinseci, con esclusione dei poteri di controllo sulla legalità sostanziale dell'atto; cfr. N. COVIELLO, *Della trascrizione*, I, cit., p. 492 ss. e F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 32, 404 ss.

²⁵ Il codice civile del 1942 prevede la trascrizione delle convenzioni matrimoniali; introduce il principio di continuità delle trascrizioni; estende l'ambito delle domande giudiziali trascrivibili; prevede l'annotazione a margine della trascrizione delle cause di risoluzione o annullamento degli atti trascritti; introduce la pubblicità accessoria dell'avveramento o mancato avveramento della condizione; attribuisce specifici effetti alla trascrizione degli acquisti *mortis causa*, al fine di tutelare gli acquirenti dall'erede o legatario apparente (artt. 354, 2652 n. 7, c.c.), e più in generale allo scopo di aumentare la sicurezza degli acquisti in caso di provenienza successoria: il tutto nella direzione di una sempre maggiore completezza dei registri immobiliari. Cfr. sul punto G. PETRELLI, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, cit., p. 698 ss. Sulla portata e gli effetti della trascrizione degli acquisti *mortis causa* nel codice del 1942 cfr. G. PETRELLI, *Note sulla trascrizione degli acquisti mortis*

soggetti concretamente interessati alla singola trascrizione, *l'interesse generale della collettività alla sicurezza dei traffici immobiliari*.

La trascrizione, da strumento di portata circoscritta e dagli effetti limitati, diviene ora *mezzo "ordinario" di soluzione dei conflitti della circolazione giuridica immobiliare*. D'altra parte, l'emersione di un *interesse pubblico all'attuazione della trascrizione* giustifica l'obbligo posto a carico dei notai ed altri pubblici ufficiali, che l'art. 2671 cod. civ. – a differenza delle disposizioni introdotte nel periodo di guerra²⁶ – istituisce con disposizione di carattere generale, non più fondata unicamente sull'interesse tributario²⁷.

Dai numerosi interventi legislativi successivi al codice civile del 1942 si ricava la netta conferma di un'ulteriore accentuazione della dimensione pubblicistica dell'istituto della trascrizione, resa necessaria dall'evoluzione sociale ed economica nel frattempo intervenuta.

Un primo filone di provvedimenti normativi, pur rimanendo nell'orbita privatistica, appare finalizzato all'aumento della sicurezza giuridica, in armonia con le nuove esigenze dell'odierna "società dell'informazione" globalizzata, e dell'accresciuta necessità di protezione dei terzi (tra i quali

causa, in *Riv. Not.*, 1993, p. 271 ss; *id.* *Sulla sicurezza degli acquisti da eredi e donatari*, in *Notariato*, 2005, p. 211 ss.

²⁶ Cfr. art. 2 del d.l. 9 novembre 1916, n. 1525, allegato «H», e art. 18 del r.d. 30 novembre 1923, n. 3272.

oggi occupano un posto di rilievo i “consumatori”), poste in primo piano dalla Costituzione repubblicana²⁸ e dal diritto comunitario²⁹.

Alcuni di questi interventi hanno colmato lacune del sistema di pubblicità immobiliare, al fine di rendere conoscibili ed all’occorrenza opponibili ai terzi ulteriori fattispecie. È stata prevista la trascrizione del contratto preliminare (art. 2645 *bis* c.c.)³⁰; è stata consentita la trascrizione dei vincoli di destinazioni, tipici e atipici (art. 2645 *ter* c.c.)³¹.

Il controllo preventivo di legalità, ad opera del notaio incaricato di formare il titolo trascrivibile ex art. 2657 cod. civ., è stato esteso espressamente anche alle scritture private autenticate (art. 12 della legge n. 246/2005, che ha modificato l’art. 28, n. 1, della legge notarile del 1913); correlativamente sono stati aumentati i poteri di controllo del conservatore (artt. 2674 e 2674 *bis* c.c., rispettivamente modificato ed introdotto dalla

²⁷ Cfr. G. GABRIELLI, *Limiti di ammissibilità di una dispensa del notaio dal dovere di provvedere alla pubblicità immobiliare*, cit., p. 575 ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit. p. 496.

²⁸ Per brevi cenni alla rilevanza, in *subiecta materia*, dei principi costituzionali di affidamento, solidarietà sociale, certezza del diritto e ragionevolezza, nonché della tutela costituzionale del credito e della proprietà dell’abitazione, e della funzione sociale della proprietà, cfr. G. PETRELLI, *L’autenticità del titolo della trascrizione nell’evoluzione storica e nel diritto comparato*, cit., p. 609 ss. Per il riferimento alla “sicurezza” quale limite per l’iniziativa economica privata ai sensi dell’art. 41 Cost. (laddove il termine “sicurezza” include anche la “sicurezza giuridica”) cfr. A. BALDASSARRE, *La funzione notarile e la Costituzione italiana*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 130.

²⁹ Cfr. G. PETRELLI, *L’autenticità del titolo della trascrizione nell’evoluzione storica e nel diritto comparato*, cit., p. 610 ss. (ove la valutazione, in particolare, dei principi comunitari di sicurezza giuridica, affidamento, proporzionalità, libertà di circolazione delle persone e dei capitali e tutela dei consumatori, nell’ottica della disciplina della pubblicità immobiliare, e della relativa interpretazione). Sulla specifica valenza dell’autenticità del titolo d’acquisto ai fini della tutela del consumatore cfr. U. MORELLO, *La sicurezza giuridica delle contrattazioni come mezzo di tutela del consumatore*, in *Riv. Not.*, 1995, p. 1191.

³⁰ La disciplina relativa alla trascrizione del contratto preliminare è stata introdotta dall’art. 3, comma 1°, d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito in l. 28 febbraio 1997, n. 30.

legge n. 52/1985), e sono state aggiunte ulteriori ipotesi di rifiuto della trascrizione. È stata migliorata la fruibilità delle risultanze dei registri immobiliari: la legge n. 52/1985 e le successive disposizioni modificative ed attuative hanno disposto l'informatizzazione dei registri immobiliari, rendendo tra l'altro possibile – sia pure di fatto – la ricerca su base reale (mediante utilizzo, a tal fine, di dati catastali)³².

Si consideri ancora che, sempre nella direzione della tutela della sicurezza ed efficienza dei traffici, si sono mossi alcuni recenti provvedimenti legislativi dichiaratamente finalizzati ad accrescere la competitività del sistema giuridico italiano sul versante della circolazione immobiliare, obiettivo di rilevante interesse pubblico e non puramente privatistico: il riferimento è alla l. n. 80/2005, con il quale è stata ridimensionata la tutela reale accordata ai legittimari mediante l'introduzione del limite ventennale ai fini dell'esperimento dell'azione di restituzione nei confronti dei terzi, conseguente alla riduzione delle donazioni, ora previsto dal novellato art. 563 cod. civ., in parallelo alla possibilità di trascrizione dell'atto di opposizione alla donazione³³.

³¹ La disciplina relativa alla trascrizione di atti di destinazione è stata introdotta dall'art. 39 *novies*, d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito in l. 23 febbraio 2006, n. 51.

³² A seguito delle modifiche apportate al codice civile vigente dalla legge n. 52/1985, tra gli elementi da indicare necessariamente nella nota di trascrizione, a pena di rifiuto da parte del conservatore, vi sono i «dati di identificazione catastale».

³³ L'art. 563 c.c., che ha introdotto il limite ventennale di cui al testo e la nuova previsione di trascrivibilità dell'atto di opposizione alla donazione, è stato così modificato dall'art. 2, comma 4 *novies* del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, aggiunto in sede di conversione dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, e poi

Il risultato di tutti questi interventi legislativi consiste, con tutta evidenza, nel rendere maggiormente affidabili ed accessibili le risultanze dei registri immobiliari, sia sotto il profilo della stabilità, validità ed efficacia degli atti assoggettati a controllo di legalità, sia estendendo l'ambito di applicazione della trascrizione³⁴, sia facilitandone la consultazione, così accrescendo la completezza e la fruibilità dei registri³⁵.

Sono state ancora introdotte nuove fattispecie trascrivibili aventi natura, finalità ed effetti di tipo “pubblicistico”; si considerino le previsioni riguardanti la trascrizioni di atti e provvedimenti di natura urbanistica (convenzioni ed atti d'obbligo in materia urbanistica, ordinanze di accertamento di lottizzazioni abusive), che si caratterizzano per l'impiego dell'istituto della trascrizione immobiliare quale strumento (pubblicistico) di controllo urbanistico; si pensi alla trascrizione di vincoli pubblicistici di

ancora modificato dall'art. 3 della legge 28 dicembre 2005, n. 263. Ancora di recente il legislatore è intervenuto (vedi gli artt. 58, 62, 63 e 64 della legge 18 giugno 2009, n. 69, che ha introdotto nel codice civile gli artt. 2668 bis e 2668 ter), fissando un limite ventennale di efficacia della trascrizione della domanda giudiziale, del pignoramento immobiliare e del sequestro conservativo sugli immobili, salva rinnovazione, dettando, inoltre, una disposizione transitoria che richiede, per le trascrizioni eseguite vent'anni prima dell'entrata in vigore della presente legge o in un momento ancora anteriore, la rinnovazione entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge. Evidentemente, la possibilità di limitare le indagini ipotecarie al ventennio – grazie anche alla durata ventennale dell'efficacia delle iscrizioni ipotecarie ed al termine necessario per usucapire – è considerata fattore decisivo ai fini dell'efficienza del sistema italiano di pubblicità immobiliare, e quindi della competitività del mercato immobiliare italiano.

³⁴ Sull'ampliamento del novero delle fattispecie trascrivibili cfr. G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2007, p. 207 ss.

³⁵ Sempre con l'obiettivo di accrescere la completezza e l'esautività delle risultanze dei registri immobiliari è stata modificata la disciplina in tema di «conformità catastale», contenuta nell'art. 29, comma 1-bis, legge n. 52/1985, introdotta con il d.l. n. 78/2010; al riguardo è stato chiarito che il notaio o altro pubblico ufficiale, che interviene nella formazione dell'atto soggetto a trascrizione, ha l'obbligo di verificare, ai suddetti fini, la continuità delle trascrizioni nell'ultimo ventennio, attestando l'esito di tale controllo; in mancanza di tale attestazione, il conservatore non può trascrivere.

indisponibilità conseguenti a misure di prevenzione antimafia, ed ai provvedimenti di sequestro, confisca e simili, che consentono di realizzare esigenze connesse alla pubblica sicurezza, alla prevenzione e repressione di illeciti penali ed amministrativi, tutelando nel contempo la sicurezza dei traffici e l'affidamento dei terzi acquirenti; ed ancora si consideri la trascrizione di vincoli culturali e ambientali su immobili, che consente di rendere effettiva la protezione e la salvaguardia di beni di particolare interesse pubblico in funzione del loro collegamento con la storia e con la cultura del paese, o della necessità di tutela del paesaggio. Le risultanze dei registri immobiliari vengono utilizzate per aggiornamento della banca dati catastali, per obiettivi di natura tributaria nonché per altri fini pubblicistici³⁶.

Non vi è dubbio da quanto fin qui riportato che il sistema giuridico italiano si è evoluto nel senso di una sempre maggiore affidabilità delle risultanze dei registri immobiliari, utilizzate non più e non solo – come avveniva ai primordi della relativa disciplina – al fine di dirimere i conflitti tra più acquirenti da un medesimo autore, ma anche, e forse soprattutto, quale fondamentale strumento di “governo” del “mercato immobiliare”: non solo al fine di salvaguardare l'interesse generale all'ordinato

³⁶ Per una rassegna degli interessi pubblici richiamati nel testo e delle fonti normative successive al codice del 1942 che accentuano la dimensione pubblicistica della trascrizione cfr. G. PETRELLI,

svolgimento della circolazione giuridica – così rispondendo ad una sempre maggiore “domanda di sicurezza giuridica” – ma anche, in misura più intensa, per il soddisfacimento di numerosi e rilevanti interessi pubblici specifici; di qui la necessità dell’*autenticità del titolo della trascrizione (id est i controlli notarili menzionati)*.

Dalle considerazioni fin qui svolte emerge che la trascrizione è oggi un istituto di ordine pubblico, informato ai principi di verità, tendenziale completezza e sicurezza giuridica e finalizzato a fornire un quadro il più possibile veritiero dello stato della proprietà immobiliare.

4. Criteri di classificazione dei diversi sistemi di pubblicità immobiliare.

Il legislatore italiano, come è stato evidenziato in apertura del presente capitolo, ha attribuito al notaio un ruolo primario al fine di rendere efficiente il funzionamento della pubblicità immobiliare.

L’atto notarile, quale titolo *idoneo* alla trascrizione, è strumento di affidabilità dei pubblici registri, in ragione del filtro così operato mediante i controlli preventivi di legalità, identità, capacità e legittimazione svolti da parte del notaio; il valore anche economico e sociale dei pubblici registri è

Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici, cit., p. 701 ss.

dato proprio da tale affidabilità, che non può essere dipendente da documenti privi di controlli effettuati da parte soggetti *qualificati e imparziali*.

Tali riflessioni, in considerazione delle indubbie differenze che presentano i vari sistemi giuridici, ci inducono alla valutazione della *qualità* dei diversi sistemi di pubblicità immobiliare, riguardo al livello di sicurezza ed affidabilità che le risultanze dei pubblici registri presentano, e quindi al grado di soddisfacimento delle esigenze della circolazione immobiliare da essi assicurato.

Preliminarmente, ai soli fini di completezza, si pongono in rilievo alcuni elementi caratteristici che accomunano e differenziano i singoli sistemi di pubblicità immobiliare.

Si distinguono, innanzitutto, i sistemi di *registrazione di atti o documenti* (trascrizione, *Deeds Recording*) da quelli di *registrazione di diritti* (iscrizione nei libri fondiari, *Title Registration*): i primi si limitano a rendere conoscibili ai terzi determinati atti giuridici, senza in alcun modo segnalare la loro attuale validità ed intrinseca efficacia, mentre i secondi, basati sul principio di legalità, comportano un'iscrizione di diritti con

attribuzione alla stessa di pubblica fede³⁷ e determinano – con diverse gradazioni – l’irrelevanza dei vizi del titolo iscritto e dei titoli precedenti³⁸.

Vi è poi la distinzione tra sistemi di *registrazione con efficacia dichiarativa* e quelli di *registrazione con efficacia costitutiva*³⁹.

Nel primo caso la pubblicità svolge la funzione di rendere note ai terzi, e quindi opponibili, le vicende inerenti a un diritto reale immobiliare, le quali si sono già prodotte; nel secondo caso la formalità pubblicitaria è considerata elemento necessario per la produzione delle relative vicende giuridiche⁴⁰. Più analiticamente, in relazione agli effetti prodotti si parla di “pubblicità dichiarativa”, quando risolve un conflitto tra più aventi causa dallo stesso autore, ossia costituisce requisito di opponibilità degli atti⁴¹;

³⁷ Nel sistema italiano usualmente classificato tra gli ordinamenti del primo tipo, la *c.d. pubblicità sanante* dà luogo peraltro ad un effetto non lontano – per ciò che concerne i controlli di legalità – dall’attribuzione della «pubblica fede», tipica del sistema tavolare austriaco e di quello delle nuove province italiane. Si osserva, inoltre, che il concetto di pubblica fede cui si fa riferimento attiene alla esattezza, piuttosto che alla completezza della pubblicità immobiliare, conseguente al vaglio di legalità preliminare all’esecuzione della formalità; per tale accezione cfr. MALTESE, *Sul concetto di pubblica fede del libro fondiario*, in *Atti del Convegno «il sistema transfrontaliero del libro fondiario»*, Gorizia, 1999, p. 136 ss.

³⁸ Tra i sistemi di «registrazione di atti» sono ricompresi i classici «sistemi di trascrizione» (quali vigenti in Italia, Francia, Belgio, Lussemburgo, Grecia), oltre ai sistemi di *Deeds Recording*, diffusi soprattutto negli Stati Uniti d’America; tra i «sistemi di registrazione di diritti» rientrano quelli dei libri fondiari di tipo germanico, i sistemi pubblicitari spagnolo, portoghese e polacco, i sistemi di *Land Registration* come quello inglese (ed anche irlandese e scozzese), il sistema *Torrens*, i sistemi scandinavi.

³⁹ Nel primo gruppo sono compresi, in particolare, i classici «sistemi di trascrizione» (quali vigenti in Italia, Francia, Belgio, Lussemburgo); nel secondo gruppo i sistemi dei libri fondiari di tipo germanico (Germania, Austria, Svizzera, nuove province italiane), i sistemi di *Land Registration* come quelli inglese, irlandese e scozzese, ed il sistema *Torrens*.

⁴⁰ Nel sistema italiano, che appartiene ai sistemi di registrazione ad efficacia dichiarativa, peraltro, esistono alcune trascrizioni – diverse da quelle previste dall’art. 2644 c.c. – che concorrono, con efficacia di tipo costitutivo, a dar luogo a fattispecie complesse di acquisto *a non domino* dei diritti reali: si pensi, a titolo esemplificativo, al ruolo della trascrizione nell’usucapione abbreviata, o nella *c.d. pubblicità sanante*, o ancora nell’acquisto dall’erede apparente.

⁴¹ Sul concetto di opponibilità e sulla sua differenza dalla nozione di efficacia del contratto, ed inoltre sulla *c.d. pubblicità dichiarativa* cfr. P. STANZIONE, *Manuale di diritto privato*, Torino, 2013, p. 255 ss.

“pubblicità notizia”, allorché non influisce sulla circolazione dei beni, ma assolve solo la funzione di rendere conoscibile una situazione giuridica; “pubblicità costitutiva”, se la sua attuazione determina il nascere del vincolo o dell’effetto reale. Invero, l’istituto della pubblicità immobiliare, nella sua attuale configurazione nei diversi ordinamenti, è il frutto della scelta operata dai legislatori sul significato e sul valore da attribuire all’autoregolamento delle parti ed al titolo d’acquisto sul piano della dinamica giuridica. Così, nei sistemi giuridici che fondano sul consenso delle parti il perfezionamento del contratto (c.d. principio consensualistico⁴²), abbandonando il principio romanistico della *traditio* come momento perfezionativo del trasferimento, la trascrizione nel pubblico registro ha un’efficacia almeno normalmente dichiarativa. Nei sistemi giuridici (in particolare nei sistemi di tradizione germanica) in cui si è consolidato il diverso principio in forza del quale per il trasferimento della proprietà non è sufficiente il solo consenso delle parti, ma vi è sempre bisogno di un elemento esterno di attribuzione della situazione soggettiva, si è riconosciuto alla pubblicità immobiliare effetto costitutivo, riconducendo ad essa l’efficacia storicamente ascritta alla *traditio*⁴³.

⁴² Sul principio consensualistico quale regola generale esistente nell’ordinamento giuridico italiano e le sue eccezioni cfr. P. STANZIONE, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 188 ss.

⁴³ Cfr. sul punto F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit. p. 13 ss.; M. NASTRI, *Trasferimenti immobiliari nazionali e internazionali, procedure telematiche e garanzia notarile*, cit. p.

Un'ulteriore differenziazione, eminentemente tecnica, tra i meccanismi pubblicitari, inerisce al carattere personale o a quello reale degli stessi.

In alcuni sistemi, la Francia in particolare, le trascrizioni o le iscrizioni si effettuano a carico o contro il soggetto che dismette il diritto e a favore di colui che lo acquista. Il termine di riferimento della misura pubblicitaria delle ricerche ipotecarie non è l'immobile, ma i registri sono ordinati in rapporto alle persone contro le quali si esegue la trascrizione. Per questa ragione si suole parlare di *pubblicità a carattere personale*, in quanto occorre esaminare tutti gli atti riguardanti il nominativo ricercato e iniziare una nuova indagine sul suo dante causa o avente causa.

In Germania e nella maggior parte dei sistemi di common law vengono adottate *forme pubblicitarie a carattere reale*, poiché i registri sono ordinati in rapporto ai fondi immobiliari e non ai soggetti. Ciascuna delle unità fondiarie viene materialmente descritta e a margine della stessa si riportano la serie successiva dei proprietari, nonché i pesi e gli oneri di cui esse sono gravate. Questa impostazione comporta che le diverse iscrizioni possono riguardare soltanto un determinato immobile, l'indicazione del quale consente di reperire tutte le vicende ad esso relative. Nei registri a base reale, la ricerca da parte dei terzi interessati si svolge con maggiore

311 ss.; A. CHIANALE, *Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 70 ss.; L. DI COSTANZO, *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*, Napoli, 2005, p. 7 ss.

rapidità e sicurezza, poiché titolarità del diritto iscritto ed identificazione del suo oggetto mediante la mappa sono concentrate nel medesimo strumento di pubblicità⁴⁴.

Un'altra distinzione ancora è basata sulla possibile attribuzione di *pubblica fede* per effetto della segnalazione pubblicitaria, e correlativamente sul diverso ruolo assegnato alla *buona fede dell'acquirente*; ad essa si ricollega, in qualche modo, l'attribuzione o meno di *efficacia sanante della pubblicità* rispetto a determinati vizi del titolo d'acquisto⁴⁵.

L'analisi comparata dei diversi sistemi di pubblicità immobiliare che proponiamo di svolgere deve procedere, quindi, senza pregiudizi di tipo classificatori, avendo invece riguardo al profilo funzionale degli istituti, tenendo conto delle concrete modalità con cui il singolo ordinamento giuridico risolve, avuto riguardo al titolo richiesto per la formalità pubblicitaria, l'esigenza di garantire la sicurezza della circolazione giuridica.

⁴⁴ Sulla distinzione tra registri immobiliari a base personale e reale cfr. N. PICARDI, *Pubblicità immobiliare. Sistemi di diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, p. 2; e A. CHIANALE, *Pubblicità immobiliare*, in *Digesto Disc. Priv.*, IV ed., Sez. Civ., vol. XVI, Torino, 1997, p. 131.

⁴⁵ Si riscontrano alcuni sistemi giuridici nei quali l'iscrizione determina immediatamente – sia pure, a volte, in presenza di ulteriori presupposti – l'acquisto definitivo della proprietà (sistemi germanici dei libri fondiari, sistema inglese, sistema *Torrens*, sistema olandese); altri nei quali a tale risultato si giunge solo dopo il decorso di un determinato lasso di tempo, ed a volte in presenza di altri presupposti quali la buona fede e l'onerosità dell'acquisto (Italia, Austria); altri nei quali alla pubblicità non consegue alcun effetto sanante (Francia, Belgio Lussemburgo).

5. I sistemi giuridici dei libri fondiari.

Rispetto ai sistemi di trascrizione, che pubblicizzano determinate categorie di atti giuridici (in vista dei particolari effetti da essi prodotti), profondamente diverso è il sistema di pubblicità fondato sull'istituzione del libro fondiario, che fornisce, invece, una pubblicità legale avente ad oggetto diritti (ossia gli effetti nascenti dai suddetti atti)⁴⁶, che vengono iscritti nei registri fondiari all'esito di un accurato procedimento tendente a vagliare la validità ed efficacia del titolo da cui essi derivano.

In continuità con l'antico istituto germanico della *Gewere* – che sulla base dell'apparenza esteriore del diritto (basata sul possesso, reale o ideale, del bene) apprestava un'efficiente tutela a favore di chi di tale apparenza potesse giovare e soprattutto dei relativi aventi causa – si è sviluppato progressivamente negli Stati tedeschi ed austriaci la disciplina della iscrizione dei libri fondiari dei diritti reali su beni immobili. Libri, quest'ultimi, impostati su base reale e non personale, l'iscrizione nei quali è preceduta da un incisivo controllo di legalità da parte dell'autorità giudiziaria, di fronte alla quale si perfeziona anche l'atto traslativo di proprietà (*Auflassung*). È proprio il principio di legalità (*Legalitätsprinzip*) a giustificare l'attribuzione all'iscrizione (*Eintragung*) di una pregnante

efficacia: oltre ad avere valenza costitutiva ai fini dell'acquisto del diritto, essa risulta munita di pubblica fede (*öffentliche Glaube*) nei confronti dei terzi subacquirenti di buona fede; le risultanze dei libri fondiari valgono come esatte e complete, con il risultato che il terzo può senz'altro riporre affidamento sulle suddette risultanze e può far salvo il proprio acquisto anche *a non domino*.

Nei sistemi dei libri fondiari è richiesto ovunque l'intervento notarile ai fini della formazione del titolo destinato all'iscrizione (sia pure con differenze di disciplina per ciò che riguarda il controllo di legalità e legittimazione)⁴⁷. In tali sistemi, basati sulla pubblica fede dell'iscrizione nel registro e sul controllo di legalità a tal fine imposto all'autorità giudiziaria o amministrativa preposta alla sua tenuta, il principio di autenticità del titolo sembrerebbe, in apparenza, giocare un ruolo di minor peso rispetto ai sistemi di trascrizione, nei quali il controllo notarile di legalità sopperisce all'assenza di quello del conservatore: occorre, tuttavia, considerare il fatto che nei suddetti ordinamenti il controllo dell'autorità giudiziaria o amministrativa si svolge, per sua stessa natura, in relazione ad

⁴⁶ Cfr. per tutti G. FALQUI MASSIDDA, *Il nuovo libro del sistema tavolare e della trascrizione*, Rovereto, 2004, p. 25.

⁴⁷ Storicamente, nei sistemi germanici dei libri fondiari, fu richiesta sin dalle origini la forma notarile o giudiziale del titolo destinato alla pubblicità immobiliare: può ricordarsi, come prima in ordine di tempo, l'ordinanza prussiana del 29 dicembre 1783, emanata da Federico II, che richiedeva per l'appunto un atto ricevuto da un notaio o dall'autorità giudiziaria: l'art. 60 giustificava tale scelta al fine di «evitare i dubbi e gli errori, prevenire le liti per difetto di chiarezza nella redazione degli atti»;

aspetti non pienamente coincidenti con quelli che sono oggetto di verifica ad opera del notaio. Solo quest'ultimo, infatti, avendo la possibilità di un diretto contatto con le parti, può constatare e prevenire vizi della volontà o divergenze tra volontà e dichiarazione, può apprendere in ordine a possibili fenomeni di illiceità non riscontrabili documentalmente e può svolgere un effettivo controllo sulla capacità di intendere e di volere delle parti, con ciò contribuendo in modo decisivo alla prevenzione di future liti. Solo il notaio, inoltre, può verificare l'autenticità delle sottoscrizioni e quindi la provenienza dalle parti del documento sottoscritto. Infine, il notaio è l'unico veicolo attraverso il quale l'ordinamento può realizzare in modo efficiente l'obiettivo della pubblicità obbligatoria, che vanamente sarebbe imposto alle parti, spesso ignare dell'importanza della formalità pubblicitaria. In definitiva, l'intervento del notaio attribuisce alle risultanze dei registri fondiari una sicurezza maggiore di quella che si avrebbe in presenza del mero controllo di legalità ad opera del preposto alla tenuta del registro.

Il prototipo del registro fondiario è rappresentato dal sistema tedesco. In Germania, le norme del BGB (§§ 873 ss.), unitamente a quelle della legge sui libri fondiari (GBO – *Grundbuchordnung*, del 24 marzo 1987, e

illustrazione quanto mai chiara della funzione antiprocessuale svolta dal notaio (o dal giudice) nel momento della redazione dell'atto pubblico.

successive modificazioni) disegnano un compiuto meccanismo finalizzato alla creazione di un elevato livello di sicurezza della circolazione immobiliare e quindi del credito ipotecario. Il presupposto di tale sicurezza è rappresentato dal “principio di legalità” (*Legalitätsprinzip*), cui si è cennato, la cui attuazione ha luogo a mezzo di un complesso meccanismo, che si giova sia dell’intervento del notaio, sia di quello dell’ufficiale preposto al registro fondiario (*Rechtspfleger*)⁴⁸.

⁴⁸ Per una descrizione dell’ordinamento tedesco dei libri fondiari cfr. G. PETRELLI, *L’autenticità del titolo della trascrizione nell’evoluzione storica e nel diritto comparato*, cit., p. 615 ss., ove si evidenzia che il sistema tedesco dei registri fondiari è caratterizzato dal principio dell’iscrizione (*Eintragungsprinzip*), per il quale il diritto sorge, si trasmette e si estingue con l’iscrizione o relativa cancellazione (§§ 873 e 875 BGB); e dalla scissione tra il contratto obbligatorio causale e l’atto traslativo astratto (*Auflassung*) che ad esso fa seguito: scissione la cui conseguenza fondamentale, nell’ottica che qui interessa, è rappresentata dall’inopponibilità ai terzi delle cause di invalidità del negozio causale obbligatorio (comprendendosi quindi, tra i vizi inopponibili, il difetto o l’illiceità della causa). L’*Auflassung* richiede la *forma notarile* (§ 925 BGB), che consente un primo controllo di legalità ad opera del notaio, a cui si aggiunge, come già detto, il controllo effettuato dal *Rechtspfleger* (quest’ultimo deve, prima di procedere all’iscrizione, verificare se l’alienante sia iscritto nel libro fondiario, se la domanda abbia le forme richieste dalla legge e sia accompagnata dai prescritti documenti, indagare riguardo all’iscrivibilità del diritto, alla serietà del consenso, alla capacità delle parti ed alla sussistenza dei poteri di rappresentanza). Su tale controllo di legalità si fonda l’efficacia probatoria dell’iscrizione (*Publizitätsprinzip*), la conseguente presunzione di proprietà in capo al soggetto titolare del diritto iscritto (§ 891 BGB), nonché l’attribuzione all’iscrizione della pubblica fede (*Prinzip des öffentlichen Glaubens*); con l’ulteriore effetto di fare salvi i diritti acquistati sulla fede del libro dai terzi di buona fede, salvo particolari eccezioni (§ 892 BGB). La suddetta pubblica fede non impedisce comunque all’alienante di impugnare il contratto nei confronti dell’acquirente che ha ottenuto l’iscrizione ingiustamente o erroneamente, e di chiedere la correzione delle risultanze pubblicitarie (§ 894 BGB), salvi sempre i diritti dei terzi subacquirenti. Anche l’impostazione su base reale del registro, e lo stretto collegamento di quest’ultimo con il catasto, contribuisce a creare un alto grado di affidabilità delle risultanze dei pubblici registri, che è anche garantito dal principio di continuità delle iscrizioni (sancito dal § 39 GBO) e dalla completezza delle risultanze del registro. Si consideri, sotto quest’ultimo profilo, che l’ordinamento tedesco conosce la c.d. usucapione tavolare (chi è iscritto nel libro, pur non essendone proprietario, compie l’acquisto per usucapione nei confronti del vero proprietario con il decorso del termine di trent’anni); non contempla invece l’usucapione extratavolare, cioè del possessore non iscritto nei confronti del proprietario iscritto. In tal senso, cfr. L. MOCCIA, *Figure di usucapione e sistemi di pubblicità immobiliare*, Milano, 1993, p. 32 ss. e 45 ss., secondo il quale l’affidabilità dei registri fondiari, di elevato livello, comunque non è senza eccezioni: la pubblica fede dei registri non opera, in particolare, rispetto agli acquisti *mortis causa* (per i quali si fa piuttosto riferimento all’apparenza della qualità di successore risultante dal certificato di eredità o legato; cfr. i §§ 2365 e 2366 BGB, ed il § 22 GBO).

In diritto tedesco è richiesto obbligatoriamente l'intervento del notaio ai fini della formazione del titolo per l'iscrizione. Il § 311b BGB richiede per il contratto obbligatorio la certificazione notarile (*notariellen Beurkundung*); il § 925 del BGB richiede, ai fini del perfezionamento dell'atto traslativo (*Auflassung*), l'atto pubblico, da redigersi da un notaio tedesco⁴⁹ alla presenza contestuale delle parti; infine, i §§ 20 e 29 del GBO richiedono anch'essi l'intervento notarile ai fini del consenso all'iscrizione (*Eintragungsbewilligung*). Tutto ciò comporta, come già detto, un controllo notarile preventivo di legalità, capacità e legittimazione (che si aggiunge a quello da effettuarsi da parte del *Rechtspfleger*): infatti il notaio non può ricevere atti contrari alla legge (artt. 14 e 15 della legge notarile del 24 febbraio 1961; art. 4 della legge del 28 agosto 1969), e deve accertare la capacità di agire delle parti nonché i relativi poteri di rappresentanza (artt. 11 e 12 della legge del 28 agosto 1969).

Di grado più attenuato è la sicurezza garantita dal sistema austriaco⁵⁰: in Austria il contratto traslativo richiede per il suo perfezionamento, ai

⁴⁹ La versione originaria del § 925 del BGB attribuiva la competenza a ricevere l'*Auflassung* al funzionario preposto alla tenuta del registro; tale previsione fu sostituita nel 1953 da quella attuale, che attribuisce detta competenza al notaio. La previsione di forma in oggetto risponde ad esigenze di protezione delle parti, nonché di certezza ai fini probatori e di legalità dell'atto.

⁵⁰ In diritto austriaco, la proprietà si trasferisce solo a seguito della iscrizione o intavolazione nei registri fondiari (§ 431 ABGB), la cui origine storica è da individuare nelle *Landtafeln* di Boemia e di Moravia. Il codice austriaco sancisce espressamente il principio *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet* (§ 442 ABGB), non diversamente dai sistemi di trascrizione: senonché, l'intavolazione nei registri fondiari – da eseguirsi a seguito del *controllo di legalità ad opera del giudice tavolare*, esteso anche alla verifica della capacità e dei poteri di rappresentanza, ai sensi del § 94 del GBG

sensi dei §§ 26 e 31 della GBG, un atto pubblico o una scrittura privata autenticata da un notaio o da un tribunale. L'autenticazione delle firme apposte a scritture private da parte del notaio è disciplinata dall'art. 79 della legge del 25 luglio 1871 sull'ordinamento del notariato. Se l'autenticazione assolve, evidentemente, alla funzione di garantire la provenienza del documento, tuttavia il notaio non risponde né del contenuto dell'atto né della legittimazione della parte, e non sussiste il divieto di autenticazione di atti contrari alla legge⁵¹; la possibile assenza di controllo notarile riguardo alla legalità ed alla legittimazione è solo in parte compensata dal controllo documentale effettuato dal magistrato preposto al registro fondiario.

Nelle c.d. nuove province italiane, il r.d. 28 marzo 1929, n. 499, ha mantenuto in vigore la vecchia disciplina austriaca dell'intavolazione nei libri fondiari – quale contenuta nella legge generale 25 luglio 1871, B.L.I., n. 95, nel nuovo testo allegato al decreto – introducendovi alcune modifiche dirette essenzialmente a coordinare la suddetta disciplina con quella contenuta nel codice civile del 1942⁵². Rimangono invece ferme le

(*Grundbuchsgesetz* del 2 febbraio 1955) – fonda anche in questo caso la pubblica fede del registro, e la presunzione di titolarità in capo al soggetto iscritto (efficacia probatoria *iuris tantum*: § 323 ABGB).

⁵¹ Ai sensi dell'art. 79, comma 6°, della legge notarile austriaca, nell'attività di autenticazione «Il notaio deve prender conoscenza del contenuto dell'atto solo per quel tanto che gli occorre per l'annotazione nel registro delle autentiche; egli non risponde né del contenuto dell'atto né della legittimazione della parte. Non si applica il disposto dell'art. 34» (non si applica, cioè, il divieto di ricevere atti contrari alla legge, o dei quali siano parti soggetti incapaci di agire).

⁵² Il sistema tavolare italiano è un sistema di pubblicità immobiliare a base reale, vigente in alcune zone della nostra Regione che corrispondono ai territori ex austriaci, annessi all'Italia dopo la prima guerra mondiale (in particolare l'intera provincia di Trieste e di Gorizia e parte della provincia di Udine). Il legislatore italiano con r.d. 4 novembre 1928 n. 2325 ha previsto, infatti, che nelle nuove province fosse

caratteristiche dei principi di legalità e di pubblica fede e la relativa presunzione di proprietà (art. 6, comma 2, del decreto poc'anzi citato), proprie della normativa austriaca.

Ne consegue che il sistema tavolare italiano si differenzia da quello della trascrizione in quanto è imperniato sul c.d. *principio di iscrizione* che caratterizza l'intavolazione dei diritti reali sulla base di atti tra vivi. In deroga al principio consensualistico di cui all'art. 1376 cod. civ., nel sistema tavolare il diritto di proprietà o gli altri diritti reali su beni immobili non si acquistano per atto tra vivi se non con l'iscrizione dei diritti su pubbliche tavole⁵³. Il *principio di pubblica fede*, sopra menzionato, si concretizza in diversi piani. Da un lato si manifesta nella presunzione di proprietà in capo a chi è tavolarmente iscritto come proprietario del bene immobile; dall'altro si sostanzia nella presunzione di conoscenza in capo all'acquirente di un immobile degli oneri e dei diritti reali che gravano la cosa venduta, come se tali aggravii fossero dichiarati nel contratto (art. 9 R.D.). Inoltre, il principio di pubblica fede trova espressione nell'art. 5 del decreto sopra citato, il quale fa salvi i diritti iscritti acquistati dai terzi sulla

conservato il sistema pubblicitario di impianto austriaco preesistente. Successivamente, con R.D. 29 marzo 1929 n. 499, la legge tavolare austriaca è stata recepita nella traduzione italiana nel nuovo testo allegato al regio decreto. In tal modo il legislatore ha mantenuto nell'ordinamento italiano un doppio sistema di pubblicità immobiliare, affiancando al sistema della trascrizione, di derivazione francese, organizzato su base personale, quello tavolare di impianto germanico, nel quale il criterio ordinante è a base reale.

fede dei libri fondiari⁵⁴. Da ultimo, il sistema di pubblicità tavolare è imperniato dal più volte citato *principio di legalità*, che si sostanzia nella garanzia del controllo del titolo, in base al quale è richiesta l'iscrizione, in capo al giudice tavolare⁵⁵.

Per quanto specificamente attiene al *principio di autenticità* del titolo dell'iscrizione, esso è espressamente sancito dall'art. 31 della legge tavolare allegata al r.d. n. 499/1929: «L'intavolazione non può eseguirsi se non in forza di sentenza o di scrittura privata, purché in questo ultimo caso le sottoscrizioni dei contraenti siano autenticate da notaio o accertate giudizialmente». Il notaio, una volta ricevuto l'atto, è obbligato a chiederne l'iscrizione tramite presentazione al Giudice Tavolare della relativa domanda. Anche nel diritto tavolare, come negli altri sistemi dei libri fondiari, vige quindi il regime del doppio controllo di legalità e legittimazione, che fonda – sotto questo profilo – un livello di sicurezza di grado maggiore rispetto al sistema italiano di diritto comune⁵⁶.

⁵³ Si rammenta che per quanto riguarda l'iscrizione nei libri fondiari dei diritti reali immobiliari acquistati a titolo di successione ereditaria o di legato, è necessaria la presentazione al giudice tavolare del certificato di eredità o di legato, rilasciato dalla competente autorità giudiziaria.

⁵⁴ Al principio di pubblica fede va collegata la regola espressa nel brocardo *prior in tempore, potior in iure*. Analogamente a quanto accade anche nel sistema della trascrizione, il sistema di pubblicità immobiliare fa prevalere l'acquirente che per primo domanda la pubblicità immobiliare del suo acquisto.

⁵⁵ Per un'analisi dei principi fondamentali del sistema tavolare cfr. S. ASARO-F. COLLETTI-D. RECCO, *La Trascrizione. La giurisprudenza di risoluzione dei conflitti tra più aventi causa*, Milano, 2011, p. 14 ss.

⁵⁶ Il controllo di legalità del giudice tavolare è disciplinato dagli artt. 93 e seguenti della legge tavolare: in particolare, ai sensi dell'art. 94, la verifica riguarda il fatto che dal libro fondiario non risulti alcun ostacolo contro l'iscrizione, che non sussista alcun giustificato dubbio sulla capacità di disporre delle parti, che la domanda sia giustificata dal contenuto dei documenti prodotti e che questi abbiano i requisiti di legge per l'iscrizione: trattasi di controllo formale, non potendo entrare nel merito. Emanato il

6. Il sistema *Torrens (Land Titles System)*.

Nella direzione della massima tutela possibile del terzo acquirente, e quindi della sicurezza della circolazione giuridica immobiliare, si muovono i sistemi giuridici che prendono il nome da sir Robert Torrens, il quale per primo “inventò” in Australia il sistema di *Land Registration* che ci si accinge a descrivere e che oggi è diffuso, oltre che in Australia ed in Nuova Zelanda, in diversi Stati del Canada, in altre giurisdizioni di common law, in alcuni paesi asiatici (Malesia, Singapore, Honk Kong, Israele), ed anche in alcuni paesi africani di tradizione francofona (tra gli altri, Tunisia, Marocco, ecc.).

Il *Torrens system* si ispira a tre fondamentali principi: *mirror*, *indefeasibility*, *indemnity* o *assurance*. Tali caratteristiche indicano, rispettivamente, che il registro deve rispecchiare l'esatta configurazione di tutti i diritti immobiliari esistenti sul fondo; che l'acquirente disporrà di un titolo inoppugnabile, poiché soggetto soltanto a quelle limitazioni, le quali siano state precedentemente annotate; infine lo Stato garantisce la correttezza di quanto appare nel registro. In altri termini, se il titolare di un *property right* è privato delle proprie legittime aspettative, o altrimenti subisce un danno provocato da un errore dei funzionari, ha diritto a un

decreto, il conservatore tavolare procede poi all'esecuzione dell'iscrizione secondo il contenuto del

indennizzo da parte della pubblica amministrazione⁵⁷. Il principale obiettivo è, dunque, la garanzia dell'assoluta esattezza della situazione giuridica delle singole unità fondiari ordinate nel registro, di modo che la registrazione di un *title* non costituisce mera ricognizione della sua esistenza, ma prova inoppugnabile della sua validità ed efficacia: viene così garantita la sicurezza delle transazioni immobiliari (*dynamic security*)⁵⁸. Si elide, inoltre, la necessità di lunghe e complesse indagini al fine di una corretta ricostruzione della catena del titolo. Questo obiettivo viene realizzato al momento della prima iscrizione.

Le situazioni reali immobiliari vengono acquistate, costituite, modificate o estinte con la mera iscrizione nel libro fondiario, senza il concorso di altri elementi.

All'atto della immatricolazione la posizione del proprietario diviene inattaccabile (*immediate indefeasibility*), in quanto si determina un'astrazione del *title* sia da ogni ulteriore titolo che dalla posizione

decreto.

⁵⁷ Il *conclusiveness principle*, cioè la presunzione assoluta di completezza dei registri immobiliari e la garanzia della inattaccabilità dei *Torrens title* hanno indotto i legislatori, soltanto di recente, a istituire un fondo di garanzia per il risarcimento del danno derivante sia dalla inesattezza del registro, sia dalla perdita ingiusta di un diritto già iscritto.

⁵⁸ I *Torrens statutes* sono stati introdotti per offrire una maggiore tutela alla *dynamic security*, ossia per garantire la certezza della circolazione della proprietà e il suo acquisto, rispetto alla *static security*, per la quale un soggetto può essere spogliato di un proprio diritto immobiliare esclusivamente attraverso un valido contratto consensuale. Si sceglie, cioè, di garantire il trasferimento della proprietà e il nuovo acquirente, piuttosto che l'inviolabilità del diritto di proprietà. In tal senso cfr. L. DI COSTANZO, *La trasmissione immobiliare nell'esperienza anglosassone*, in *Notariato* 2013, p. 673.

giuridica dei precedenti danti causa ed è esclusa la stessa possibilità di proporre istanze di risoluzione o annullamento⁵⁹.

La registrazione della proprietà immobiliare ha luogo, su base reale, all'esito di un complesso ed accurato procedimento amministrativo che, previa verifica del titolo di proprietà di chi richiede l'immatricolazione, e l'eventuale esistenza di diritti di terzi gravanti sull'immobile, sfocia nell'attribuzione di un *certificate of title* che fa stato, a tutti gli effetti, riguardo all'attribuzione del diritto di proprietà.

⁵⁹ A partire dall'immatricolazione, non solo i terzi acquirenti ma anche il proprietario iscritto sono messi al riparo, purché in buona fede (secondo M.D. PANFORTI, *Torrens title*, in AA.VV., *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2000, p. 719, l'inattaccabilità del titolo di proprietà non ha luogo in caso di iscrizione ottenuta con frode), da contestazioni da parte dell'eventuale proprietario originario (*indefeasibility of the title*). Caratteristica essenziale di questo sistema è quindi l'adesione al principio della "forza letterale" o "efficacia formale" della pubblicità, cui consegue la natura originaria e non derivativa dell'acquisto avvenuto per effetto dell'immatricolazione (come rappresentano N. COVIELLO, *Della trascrizione*, cit., pag. 104; nonché M.D. PANFORTI, *o.u.c.*, pag. 715 e 718). Si parla di "*mirror principle*", per descrivere il fatto che la realtà registrata rispecchia interamente – e virtualmente senza eccezioni – la realtà giuridica. Dalla suddetta disciplina deriva il *curtain principle*, che, rendendo il registro l'unica fonte di informazioni riguardo alla proprietà (con efficacia probatoria *iuris et de iure*), esclude la necessità – una volta avvenuta l'iscrizione – di ricerche storiche nella *chain of title*, con il risultato di rendere meno costoso il *conveyancing process*. Per questa ragione il problema della pubblicità delle domande giudiziali non si pone neppure. In realtà i moderni *statutes* prevedono la possibilità di iscrivere dei *caveats* (a tal scopo è stato preposto il *Registrar's caveat*), con l'effetto di rendere opponibili gli interessi che ne sono oggetto anche ai terzi acquirenti di buona fede e a titolo oneroso. Esistono inoltre delle varianti riguardo al livello di forza probante dell'iscrizione, che può essere assoluta o relativa. In Australia e Nuova Zelanda, ad esempio, si applica generalmente la regola della *immediate indefeasibility*, che rende incontestabile anche nei confronti dell'alienante la posizione dell'acquirente in buona fede ed a titolo oneroso, pur in presenza di vizi di qualsiasi natura nel relativo titolo di acquisto (anche derivanti, ad esempio, da falsità nella sottoscrizione dell'alienante); mentre, ad esempio, in Canada si applica in prevalenza la regola della *deferred indefeasibility*, che fa salvi in tali casi solo i diritti dei terzi subacquirenti ma non quello dell'acquirente immediato (con un effetto che si avvicina quindi a quello dei registri fondiari di tipo germanico). Il sistema garantisce quindi in misura davvero consistente i terzi acquirenti, al punto da apparire notevolmente sbilanciato a favore di questi ultimi ed a danno dell'alienante, senza tra l'altro le garanzie del contraddittorio proprie del processo civile; l'alienante beneficia unicamente, per il caso di evizione conseguente all'iscrizione, di un'indennità posta a carico dello Stato (*insurance principle*): la tutela del precedente proprietario è quindi trasformata da reale in obbligatoria. Dal punto di vista dei terzi acquirenti, il sistema *Torrens* presenta delle *lacune* e delle *eccezioni* al principio della *indefeasibility* del titolo di proprietà (erronea doppia immatricolazione, *adverse possession*, *overriding interest* ecc.): cfr. M.D. PANFORTI, *o.u.c.*, p. 718. In merito, un'analisi approfondita è di L. DI COSTANZO, *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*, cit.

In virtù di quanto sopra, i trasferimenti di proprietà successivi alla *first registration* sono estremamente semplificati, in quanto necessitano unicamente della richiesta all'ufficio di iscrizione a nome dell'acquirente, con modalità facilitate che non presuppongono, tendenzialmente e quanto meno in teoria, l'assistenza di un legale e che implicano un controllo relativamente semplificato da parte del *Registrar*. Quest'ultimo non ha comunque un ruolo meramente passivo, come quello tendenzialmente riconosciuto al conservatore dei registri immobiliari nei sistemi di trascrizione, ma piuttosto una funzione attiva di controllo ed indagine, strettamente connessa all'efficacia riconosciuta alla pubblicità.

Quanto alle *formalità* necessarie per ottenere l'iscrizione, il sistema *Torrens* nasce dichiaratamente all'insegna della semplicità e della opportunità – dallo stesso offerta – di attuare il trasferimento della proprietà mediante la semplice iscrizione nel registro (conseguente alla relativa richiesta, redatta su moduli standardizzati, cc.dd. *forms of transfer*), senza che sia teoricamente indispensabile l'assistenza e consulenza legale di un *lawyer* o *conveyancer*. Nell'ambito del sistema in esame, infatti, non è richiesto dalla legge l'intervento obbligatorio di un *public notary* o *conveyancer* ai fini della formazione del titolo traslativo o costitutivo di diritti reali; anche se, nella prassi, tale intervento ha luogo nella maggior

parte dei casi. L'assenza di oneri formali e dei connessi controlli (in particolare quelli relativi all'identità e capacità delle parti) costituisce peraltro un elemento particolarmente critico del sistema, il quale, senza sufficienti garanzie della provenienza del documento, della libertà e della serietà del consenso e della capacità dell'alienante, attribuisce al sol fatto dell'immatricolazione un effetto costitutivo e purgativo di particolare intensità⁶⁰, che solo in parte può giustificarsi in funzione della previsione del controllo di legalità affidato al *Registrar*. L'assenza di una rigorosa selezione dei *conveyancers*, paragonabile a quella propria dei sistemi di notariato latino, e di disposizioni legislative che rendano obbligatorio l'accertamento dell'identità personale delle parti, rende piuttosto frequenti le frodi, anche mediante la falsificazione dei documenti contenenti i contratti traslativi (fenomeno, questo, accentuatosi con l'introduzione della contrattazione elettronica: si parla di *identity theft* o *identity fraud*, per descrivere questo tipo di falsificazioni, in rapida crescita). La carenza di un'efficiente assistenza legale e di un rigoroso controllo dell'identità e capacità delle parti al momento dell'acquisto rende, quindi, particolarmente insidioso il sistema *Torrens* nell'ottica della protezione sia dell'acquirente

⁶⁰ N. COVIELLO, *Della trascrizione*, I, cit., p. 121 ove è scritto «altro difetto...è la mancanza di forme che garantiscono la verità e la serietà del trasferimento. Sta bene che per questo non basta la semplice cessione del certificato del titolo, bensì è necessaria l'iscrizione, ma d'altra parte è pur vero che non vi è nulla che assicuri se il richiedente sia il vero proprietario: non la presenza della persona, non

che dell'alienante ed induce spesso le parti, nella prassi, a ricorrere ad una garanzia integrativa, rappresentata dalla *Title Insurance*⁶¹.

7. Il sistema inglese di *Land Registration*.

L'ordinamento inglese ha introdotto un sistema di *registration of title* soltanto nel 1925: con il *Land Registration Act* ed il *Land Registration Rule 1925* è stata adottata una formalità pubblicitaria a base reale. Sulla falsa riga di quello *Torrens*, la previsione di un modello di pubblicità immobiliare costitutiva si inserisce nel quadro di una più ampia riforma della *Law of Property*, la cui finalità precipua è stata la riduzione del numero dei *real interests* su un immobile, al fine di favorire la circolazione della proprietà⁶². La *ratio* è essenzialmente quella di snellire la

l'autenticazione della firma, fatta da un notaio o da altro pubblico ufficiale; basta invece la firma di un sol testimone».

⁶¹ Lo *State guarantee* non copre tutti i rischi connessi ad un trasferimento immobiliare. Così, ad esempio, l'indennità *Torrens* non è corrisposta per quelle limitazioni che incidono non sull'acquisto del diritto, ma sulla sua misura, ossia sulle facoltà di uso e di godimento ad esso connesse, delle quali si potrebbe conoscere soltanto attraverso ulteriori accurate indagini; l'assicurazione statale non si estende alle perdite subite immediatamente prima della registrazione ed altro ancora. Pertanto le lacune e le contraddizioni presenti nel sistema *Torrens* hanno indotto gli studiosi a valutare positivamente l'opportunità dell'acquisto di una *title assurance* integrativa, la quale contribuisca a mantenere indenne l'acquirente da tutte quelle ipotesi di danno escluse dallo *State guarantee*. Sul punto cfr. L. DI COSTANZO, *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*, cit, p. 204 ss.

⁶² Il merito del *Law of Property Act* del 1925 è stato quello di aver ridotto a due soltanto i *legal estates*: il *fee simple absolute* e il *term of year absolute* (costituito per un periodo di tempo minimo non inferiore a ventuno anni). Questi sono qualificati dal *Law of Registration Act* del 1925 come *registered interests*, poiché essi soltanto possono essere trascritti con un proprio numero e sotto una specifica intestazione. A tali diritti, i soli ad essere autonomamente registrabili, si aggiungono i *minor interests*, i quali sono protetti per mezzo di una *entry of a notice* (caution, inhibition o restriction) poiché devono essere annotati in appendice a un *estate* nel *proprietorship* o nel *charges register*. Sono oggetto di *entry of a notice* sia qualunque diritto reale esistente sull'immobile, sia le azioni e i processi pendenti ad esso

ricostruzione delle vicende giuridiche inerenti ai *titles* attraverso l'istituzione di registri immobiliari, il cui controllo renda più agevole la fase della *investigation*.

La garanzia della certezza e della sicurezza del regime di circolazione degli immobili non è, però, assoluta. Nonostante la trascrizione abbia un'efficacia sanante dei vizi del *deed*, è possibile procedere alla rettifica ogni qualvolta ciò sia necessario per correggere un errore o un'omissione in caso di iscrizione ottenuta con frode o qualora l'atto sia falso. A ciò si aggiungono i numerosi *overriding interests*⁶³, cioè diritti, oneri reali e pretese non trascrivibili, i quali vincolano l'acquirente nonostante in buona fede ignori la loro esistenza.

Al fine di eliminare tali lacune, sono entrati in vigore nell'ottobre del 2003 il *Land Registration Act 2002* (LRA) e il *Land Registration Rules 2003* (LRR)⁶⁴, in cui è contenuta la disciplina vigente in Inghilterra e Galles sul sistema di pubblicità immobiliare⁶⁵.

relativi. La trascrizione, nelle suddette ipotesi, svolge una funzione dichiarativa, poiché le terze pretese gravanti sul bene sono opponibili ad ogni successivo avente causa a titolo oneroso. Cfr. in tal senso L. DI COSTANZO, *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*, cit., p. 80 ss.

⁶³ Cfr. section 70(1) del *Land Registration Act 1925*. Sugli *overriding interests*, sulla loro disciplina, nonché sulle critiche alle quali sono sottoposti da parte di tutti gli autori inglesi cfr. M.D. PANFORTI, *La vendita immobiliare nel sistema inglese*, cit., p. 200 ss.

⁶⁴ La *Law Commission* inglese, con il *Land Registration Act 2002* e il *Land Registration Rules 2003*, ha pensato a una radicale riforma delle transazioni immobiliari, rispondendo, sul piano legislativo, alle istanze internazionali di utilizzare le innovazioni tecnologiche al fine di realizzare il trasferimento telematico della proprietà e la integrale operatività elettronica del registro (*electronic-conveyancing*).

⁶⁵ Per una sintesi del sistema inglese di *Land Registration* cfr. G. PETRELLI, *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, cit., p. 624, in cui si evidenzia che caratteristica saliente di tale sistema è l'attribuzione all'iscrizione di efficacia costitutiva dell'acquisto (sez. 27 LRA), e ciò anche a prescindere dalla validità del titolo che si iscrive (sez. 58 LRA): ciò significa

La *ratio* della nuova disciplina è quella di realizzare appieno il *mirror principle*, fornendo un quadro completo della situazione giuridica dell'immobile e di tutti gli interessi ivi esistenti. A tal fine, è stato notevolmente ridotto il numero degli *overriding interests*⁶⁶, molti *legal estates* sono divenuti oggetto di autonoma registrazione obbligatoria. La previsione della “*electronic conveyancing*”, che sostituisce il tradizionale *paper-based system*, sembra svuotare di significato la stessa indagine sulla natura *legal* o *equitable* di un determinato *property right* e concentra il problema intorno alla verifica della loro reale sussistenza e della loro registrazione: i diritti si considerano vincolanti soltanto se annotati nel registro. In altri termini qualsiasi *real interest*, salvo alcune eccezioni

che la sola iscrizione è sufficiente a produrre l'effetto acquisitivo della proprietà in capo al soggetto iscritto, come nel sistema *Torrens*. Anche il potere di disposizione è attribuito al proprietario per effetto dell'iscrizione (sez. 24 LRA). Il proprietario evitto in conseguenza dell'iscrizione ha azione di danni nei confronti del *Registrar*. Altro effetto è la cd. efficacia letterale conseguente alla *registration*: salve le eccezioni previste dalla legge, il proprietario iscritto ha tutti i relativi poteri e non sono opponibili agli acquirenti limitazioni che non risultano iscritte nel registro (sez. 26 LRA). Tra le altre limitazioni vi sono le *notices* (sez. 32 ss. LRA) e le *restrictions* (sez. 40 ss. LRA), che possono essere registrate nei confronti del proprietario iscritto. L'usucapione (*adverse possession*) non opera in via extratavolare, ma legittima esclusivamente il possessore a richiedere l'iscrizione nel registro in luogo dell'originario proprietario (sez. 96 ss. e *schedule* 6, LRA), rendendo quindi altamente affidabili le risultanze del registro. La *registration* dell'atto traslativo della proprietà è obbligatoria nel termine di due mesi (sez. 6 LRA), ma l'obbligo è previsto solo a carico delle parti, non dei *conveyancers* che eventualmente le assistano e redigano il *deed of transfer*. Nel caso di mancata registrazione nel termine, l'atto traslativo perde efficacia (sez. 7 LRA). È prevista anche l'iscrizione dei trasferimenti a causa di morte (sez. 162 ss. LRR).

⁶⁶ La nuova legge abroga la lunga lista degli *overriding interests* ex art. 70 LRA 1925 e ne sostituisce la nomenclatura come «*interests that override*» a voler indicare l'obbligo imposto a coloro che registrano un *estate* di darne comunicazione, qualora ne siano a conoscenza (*duty of disclosure*). I *titles* registrati, dunque, potranno essere soggetti soltanto ad un numero esiguo di diritti non annotati, così come elencati nelle *Schedules* 1 e 3 del LRA.

espressamente previste, che manchi di *electronic entry* non potrà essere giuridicamente rilevante⁶⁷.

La pubblicità immobiliare è attuata attraverso la figura del *Registrar*, funzionario amministrativo che è titolare, oltre che dei poteri regolamentari, di un pregnante controllo di legalità e di rilevanti poteri discrezionali, al fine di accertare la titolarità dei diritti oggetto di iscrizione e quindi l'esistenza dei presupposti per l'iscrizione medesima. Il *Registrar* esercita anche il controllo sulla sussistenza dei poteri di rappresentanza.

Nel sistema inglese non è richiesto l'intervento obbligatorio di un pubblico ufficiale, né di altra figura professionale, al fine di approntare un titolo idoneo alla trascrizione. In tale ordinamento è sconosciuta la stessa figura del notaio, propria degli ordinamenti dell'Europa continentale, dell'America latina e di numerosi Stati che hanno adottato il sistema del cd. notariato latino (*civil law notary*)⁶⁸; è parimenti sconosciuta l'efficacia di prova privilegiata che compete negli ordinamenti continentali all'atto pubblico o all'autentica notarile⁶⁹. L'obiettivo della sicurezza della circolazione giuridica e quello correlato di assicurare in modo attendibile la

⁶⁷ Muta anche il significato di *notice*, che indicherà l'iscrizione stessa, quindi buona fede oggettiva, quale comportamento diligente valutabile secondo parametri prestabiliti. Il tutto consente al modello di pubblicità di svolgere appieno la funzione che gli dovrebbe essere ascritta, quella di fornire un complesso di regole volte ad assicurare a coloro i quali si accingono ad acquistare un diritto di proprietà di conoscere a priori che cosa effettivamente acquistano e in quale misura.

⁶⁸ Cfr. V. VARANO, *Notaio e notariato (diritto comparato e straniero)*, cit; U. MORELLO, *Notariato latino e professioni legali dei sistemi di «common law»: come confrontare due modelli*, in *Notariato*, 2000, p. 205.

provenienza e la legalità del documento sono perseguiti mediante la tecnica alternativa del *controllo di legalità e legittimazione* affidato al *Registrar* (che può a tal fine giovare, eventualmente, anche dell'assistenza di altre figure professionali). Per quanto riguarda la garanzia della provenienza del documento, la sez. 2 della LRR richiede, in alternativa alla forma elettronica introdotta nel 2002, la forma del *deed*⁷⁰, che è il tipico atto formale proprio del sistema inglese: si tratta di un documento sottoscritto alla presenza di un testimone e consegnato alla controparte, solitamente redatto con l'assistenza di consulenti legali (*solicitors*); in aggiunta al quale devono essere presentati al *Registrar* gli appositi *forms of transfer*.

In definitiva, il livello di tutela assicurato ai terzi dal *Land Registration System* inglese è ancora più intenso di quello dei libri fondiari di tipo germanico, con la differenza che il controllo di legalità e legittimazione è effettuato qui unicamente dal *Registrar* e, salva la prescrizione del *deed* quale titolo per la pubblicità con le limitate garanzie che esso può assicurare, non è istituzionalizzato alcun controllo relativo all'identità e capacità delle parti dell'atto, con conseguenti possibilità di *frodi e lesioni del diritto dell'alienante*.

⁶⁹ Cfr. sul punto il precedente capitolo "Il notaio nei sistemi giuridici di civil law e common law".

⁷⁰ Sulla disciplina del *deed* in diritto inglese cfr. G. PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, III, 2 Milano, 2001, p. 764 ss.

8. *Deeds Recording Systems e Title Insurance.*

Profondamente diverso da quelli appena esaminati è il sistema di pubblicità immobiliare (*Land Recording*) vigente nella maggior parte degli Stati Uniti d'America ed in qualche altra giurisdizione di common law, dove l'insuccesso del sistema *Torrens* ha determinato l'adozione di *statutes* che istituiscono *Deeds Recording Systems* (ossia pubblici registri che costituiscono mere raccolte di documenti, senza alcun controllo di legalità sul contenuto degli atti depositati e con efficacia dichiarativa analoga a quella dei sistemi europei di trascrizione)⁷¹.

La gran parte dei registri immobiliari tenuti dalle contee in cui è suddiviso il territorio degli Stati Uniti non è affidata a funzionari specializzati, dotati cioè di conoscenze giuridiche tali da consentire loro di respingere documenti errati e viziati. Lo stesso procedimento che conduce alla registrazione dell'atto nell'archivio non ha carattere pubblico e presuppone la mera trasmissione del documento al registro, accompagnata dal pagamento della somma dovuta per la registrazione. Gli uffici dei registri immobiliari, come sopra evidenziato, sono considerati meri archivi di documenti, la cui qualità non è oggetto di alcun controllo giuridico. Pertanto, se da un lato l'onere della trascrizione è rilevante al fine di

risolvere eventuali conflitti di priorità tra titoli concorrenti, dall'altro, poiché anche la decisione relativa a ciò che costituisce oggetto di pubblicità ha carattere privato, chi fonda il proprio affidamento esclusivamente sul registro lo fa a proprio rischio e pericolo⁷².

Poiché non esiste, in tali sistemi, una figura analoga al notaio di *civil law*, alla mancanza di qualsiasi controllo di legalità da parte del *Registrar* fa riscontro *l'assenza di qualsivoglia verifica anche al momento della formazione dell'atto, sia per ciò che concerne l'identità, capacità e legittimazione delle parti, sia per quanto attiene alla titolarità della proprietà ed alla legalità del contratto*. L'utilità della pubblicità immobiliare si esplica unicamente nel raccogliere ed organizzare (mediante indici su base personale e/o su base reale) gli atti (*deeds*), in modo da agevolare l'attività di ricerca nella *chain of title* da parte dei legali incaricati di verificare il titolo di proprietà del venditore⁷³. Il livello di sicurezza è quindi ben inferiore a quello dei sistemi europei di trascrizione

⁷¹ Per un'analisi sulle ragioni della scarsa diffusione del sistema *Torrens* negli USA cfr. L. DI COSTANZO, *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*, cit., p. 210 ss.

⁷² Per queste argomentazioni cfr. M. GRAZIADEI, *I trasferimenti immobiliari nel mondo di common law. Modelli a confronto*, in *Civil law – Common law. Sviluppo economico e certezza giuridica nel confronto tra sistemi diversi. XLI Congresso Nazionale del Notariato. Pesaro, 18/21 settembre 2005*, p. 212 ss.

⁷³ Infatti, ad ogni successiva transazione bisogna affidarsi ad un esperto, avvocati o associazioni specializzate, il quale esamini *ex novo* lo *status* del *title*, effettuando anche una serie di attività materiali di ispezione. Tale consulenza giuridica viene documentata in un certificato, c.d. *abstracts of title*, il quale deve contenere tutte le precedenti *conveyances recorded*, nonché ogni altro atto di disposizione conoscibile, aventi ad oggetto l'immobile interessato. La documentazione di un *title* ha significato soltanto in quanto l'esperto possa sopportare il rischio di errori. Per questa ragione si è diffusa la prassi della *Title Insurance*, di cui *infra* nel testo.

(si potrebbe anzi dire che è praticamente inesistente): a parte le difficoltà nell'eseguire la ricerca storica dei titoli, il *carattere facoltativo* della pubblicità ne rende i risultati assolutamente aleatori, oltre che eventualmente contraddittori. Si aggiungano a ciò i rischi di frode e di falsificazione dei contratti riguardanti la proprietà e gli altri *iura in rem*, già evidenziati allorché si è descritto il sistema *Torrens*.

L'evidente insufficienza del meccanismo ha reso quindi necessario il generalizzato ricorso della prassi all'assicurazione del titolo di proprietà (*Title Insurance*), che rappresenta in definitiva una *imperfetta alternativa alla pubblicità immobiliare*⁷⁴. Nei sistemi in esame infatti – in considerazione delle difficoltà e dei costi connessi alla creazione *ex novo* di un compiuto ed efficiente *Title Registration System*, nonché della opposizione effettuata da determinate categorie interessate all'attività di verifica dei titoli di proprietà (*lawyers* e per altri versi compagnie di assicurazione) – la sicurezza degli acquisti immobiliari è parzialmente garantita dall'assicurazione del titolo di proprietà: l'acquirente (o il mutuante), se evitto per l'esistenza di un titolo posteriore ed incompatibile,

⁷⁴ Per un'analisi del fenomeno della *Title Insurance* cfr. M. GRAZIADEI, *I trasferimenti immobiliari nel mondo di common law. Modelli a confronto*, cit., p. 213 ss.; E. MORANDI, *Il notaio: alternativa civilistica alla "Title Insurance"?*, in *Civil law – Common law. Sviluppo economico e certezza giuridica nel confronto tra sistemi diversi*, cit., p. 221 ss.

viene risarcito da una compagnia di assicurazione⁷⁵. In altri termini, la *Title Insurance* risarcisce il danno subito dal compratore per il difetto del titolo d'acquisto e viene rilasciata solo dopo la conclusione del contratto. L'evento dannoso indennizzato da questa assicurazione, nella maggior parte dei casi, si è già verificato al momento della emissione della polizza (così che la tutela "guarda al passato", nel senso che protegge solo nei confronti di eventi verificatisi prima della vendita); in genere, inoltre, una clausola contrattuale esclude espressamente la copertura dei rischi per difetti che insorgano successivamente alla stipula dell'assicurazione⁷⁶. La tutela garantita da tale sistema è quindi di tipo *obbligatorio o risarcitorio per equivalente* e presenta i limiti propri di tale strumento (l'acquirente che perde il proprio immobile dovrà comunque subire i danni non patrimoniali da ciò derivanti, tenuto conto che per lui la casa potrebbe avere un valore

⁷⁵ L'assicuratore, a cui viene affidato il compito di accertare lo *status* del *title*, assume il rischio relativo alla correttezza ed affidabilità delle proprie ricerche. Per questa ragione molte compagnie di assicurazione hanno una loro raccolta di *titles*, spesso molto più efficiente dei *public records*. L'assicurazione viene stipulata all'esito delle ricerche, in seguito alla documentazione dello stato del titolo ed alla elencazione dei suoi possibili difetti, e quindi in seguito all'accertamento relativo al contenuto ed ai limiti del diritto da trasferire. Al riguardo è stato evidenziato che il vero "contenuto" della *Title Insurance* è l'informazione circa il contenuto e la titolarità del diritto quali risultano dai registri. In definitiva, essa costituisce garanzia di diligenza nella disamina dei *records*, tesa a mettere a fuoco l'esatto contenuto economico del bene nel momento in cui viene trasferito, elencandone puntualmente i difetti che ne diminuiscono il valore. Essa, in altri termini, tende ad evidenziare quelli che sono elementi di determinazione del prezzo, non a garantire il diritto di proprietà dell'acquirente. L'assicurazione per l'acquirente, quindi, protegge il suo diritto sul bene, fino all'ammontare massimo della somma assicurata, per il caso in cui emergano diritti dei terzi, non menzionati in polizza, che riducano il valore del bene. Cfr. sul punto E. MORANDI, *Il notaio: alternativa civilistica alla "Title Insurance" ?*, cit., p. 229 ss.

⁷⁶ È interessante rilevare come il sistema americano è speculare rispetto a quello *Torrens*. Nella *Title Insurance* l'acquirente assicurato non è protetto contro l'evizione, ma è indennizzato in caso di evizione totale o parziale, nei limiti della copertura assicurativa. Nel *Torrens System* il "vero" proprietario non è protetto contro lo spoglio da parte del trascrivente un titolo viziato, ma è indennizzato dallo Stato nei limiti stabiliti dalle leggi.

superiore a quello di mercato, il c.d. valore di “affezione”, e mettersi alla ricerca di una nuova casa con i relativi inconvenienti). Oltretutto la polizza generalmente non garantisce in modo pieno l’assicurato: il massimale non eccede il valore di acquisto, quindi in caso di successivo aumento dei valori immobiliari non garantisce il valore di reimpiego o riacquisto. A parte, poi, le esclusioni *standard* presenti nella maggior parte delle polizze (limiti alla proprietà di origini pubbliche, espropriazioni non pubblicizzate, vizi sopravvenuti del titolo, *overriding interests* di soggetti nel possesso dell’immobile, servitù non risultanti dai pubblici registri, *mechanics liens* o privilegi immobiliari, frodi, falsificazioni ecc.), la garanzia assicurativa è circoscritta al periodo di possesso dell’immobile in capo all’acquirente, con la conseguenza che quest’ultimo – nel caso in cui abbia rivenduto l’immobile e venga convenuto dal subacquirente che faccia valere nei suoi confronti la garanzia per evizione – non sarà coperto per tale rischio⁷⁷.

Vi sono stati tentativi di estendere la prassi della *Title Insurance* al di fuori degli Stati Uniti e dei sistemi di *Deeds Registration*, finora senza particolare successo. In Canada, in particolare, l’assicurazione in oggetto è stata in qualche modo impiegata al fine di sopperire alle lacune del sistema *Torrens* adottato in diversi Stati federati. Una penetrazione ancor minore

⁷⁷ Per questi ed altri difetti della *Title Insurance* cfr. E. MORANDI, *Il notaio: alternativa civilistica alla “Title Insurance”* ?, cit., p. 227 ss.

della prassi in oggetto si è avuta nella regione francofona del Quebec, in cui esiste un notariato di tipo latino che sopperisce efficientemente alle esigenze di garanzia proprie della contrattazione immobiliare.

La *Title Insurance* non può considerarsi una alternativa più efficiente rispetto al notaio latino nelle contrattazioni immobiliari. Essa, infatti, può definirsi come promessa di risarcimento e non come “garanzia di buon diritto” (l’acquirente cioè non ottiene la garanzia che potrà effettivamente acquistare il bene e “goderne in modo pieno ed esclusivo”, come recita il nostro art. 832 cod. civ., ma solo promessa di denaro nel caso in cui il bene gli venga sottratto – totalmente o parzialmente –, peraltro nei soli limiti assicurati, non per l’effettivo valore di mercato del bene); protegge interessi economici e non i diritti proprietari. Non aumenta il grado di certezza delle situazioni proprietarie, in quanto non deve “rimediare” agli eventuali difetti del titolo, ma solo indicarli come possibili elementi di riduzione del valore del bene. Non “produce” alcun vantaggio per la collettività, perché non facilita la ricerca della titolarità (inserisce i dati della transazione nei propri “*Title plant*”, che rimangono esclusivamente privati).

L’intervento notarile è, viceversa, rivolto a svolgere un ruolo di tutela contemporaneamente su due diversi piani, l’uno privato e l’altro pubblico.

Il notaio deve garantire il diritto di proprietà che l'acquirente si prefigge ed il suo pacifico godimento nel tempo; deve verificare *ex ante* la titolarità, la legittimazione a disporre, evitando così, per quanto possibile, qualsiasi futuro contenzioso, evitando costi per la collettività ed agevolando la pace sociale. Allo stesso modo il notaio rende disponibili tali dati per la collettività, inserendoli nei Registri Pubblici, rendendo così più semplice e meno costoso l'accesso e la verifica delle situazioni proprietarie da parte di chiunque, rendendosi garante della loro affidabilità pubblica; in tal modo si realizza un elevato livello di certezza delle situazioni proprietarie e quindi di sicurezza dei trasferimenti, così da rendere più facile l'accesso al credito garantito ipotecariamente e, quindi, lo sviluppo delle attività e dei traffici economici. L'accertamento compiuto dal notaio e l'elevato livello di attendibilità del contenuto dei suoi atti costituiscono anche la base della loro "forza probatoria privilegiata" e, soprattutto, della "forza esecutiva privilegiata", che nei ritmi sempre più frenetici delle attuali transazioni acquista un'importanza via via maggiore.

9. L'intervento del notaio nei diversi sistemi di pubblicità immobiliare: risultati dell'indagine comparata.

L'analisi fin qui condotta comparativamente ha evidenziato la centralità del ruolo del notaio latino in merito alla formazione del titolo per la pubblicità immobiliare, in rapporto all'esigenza di assicurare certezza dei traffici, fiducia nel regolare svolgimento delle transazioni immobiliari e solidità delle garanzie del credito⁷⁸.

Negli ordinamenti nei quali non esiste la figura del notaio, in cui, pertanto, i controlli riguardanti la legalità dell'atto, la capacità e la legittimazione delle parti sono effettuati – quantomeno in parte – dall'autorità amministrativa o giudiziaria preposta alla tenuta del registro, il livello di affidabilità dei pubblici registri diminuisce ed aumenta il livello del contenzioso, con il risultato di una sostanziale insicurezza sulla attendibilità degli stessi che porta prima i pratici, e poi i giuristi, a non considerarli una fonte esclusiva della certezza delle contrattazioni.

I sistemi di common law, come visto, offrono un esempio significativo in tal senso. In particolare, nel sistema inglese, in cui non esistono la figura di *civil law notary* e gli stessi concetti di autenticità dei documenti e di prova legale, la contrattazione immobiliare è caratterizzata da una diversa

⁷⁸ Sulla capacità dell'intervento notarile di apportare al sistema giuridico una dote di certezza giuridica e di essere garante dell'affidabilità dei diritti di proprietà sugli immobili cfr. A. FORTE, *Il*

figura di atto formale (*il deed*), che risponde però solo imperfettamente – con la partecipazione all’atto di un “testimone” non altrimenti qualificato – all’esigenza di attestare la provenienza del documento da chi ne appare autore. È previsto dalla legge un approfondito controllo riguardante legalità e legittimazione ad opera del *Registrar*, a giustificazione dei rilevanti effetti costitutivi e “sananti” derivanti dalla *Registration*, ma vi è evidentemente un potenziale maggior rischio per l’alienante, stanti i minori controlli nella fase genetica del titolo (capacità d’intendere e di volere, serietà del consenso, vizi della volontà ecc.)⁷⁹.

Nei *Deeds Recording Systems*, l’assenza di un qualsiasi controllo preventivo di legalità ha reso, di fatto, il sistema di pubblicità inefficiente; in tali sistemi, diffusi principalmente negli Stati Uniti d’America, la totale assenza di controlli di legalità e la conseguente inidoneità della disciplina della pubblicità a soddisfare le esigenze proprie del commercio degli immobili hanno determinato lo sviluppo della prassi della *Title Insurance* (la quale, infatti, tende a rimediare – peraltro con risultati non particolarmente apprezzabili – ai difetti del sistema di pubblicità ed all’assenza di figure istituzionali come il notaio alla cui responsabilità

notaio garante nei trasferimenti immobiliari: riflessioni per non notai, in *Atti del XLII Congresso Nazionale del Notariato, Riva del Garda, 14 – 17 ottobre 2006*.

⁷⁹ Analogo discorso può farsi riguardo alle altre giurisdizioni di *common law* in cui sia stato adottato un sistema di *Registration of Title (Torrens System)*.

professionale far riferimento), e quindi la sostanziale *privatizzazione della certezza giuridica in materia di trasferimenti immobiliari*⁸⁰.

L'esperienza di alcuni paesi di common law ha dimostrato come un ordinato e complesso sistema di pubblicità immobiliare non è attuabile in un ordinamento giuridico in mancanza di alcuni requisiti base che ne sostengono lo sviluppo, come in particolare:

- l'obbligatorietà della pubblicità;
- il valore privilegiato e cogente (ancorché non assoluto) delle sue risultanze;
- la presenza di strumenti di controllo preventivo sul contenuto della stessa, attraverso l'intervento di soggetti qualificati, che garantiscano la qualità del contenuto dei registri e rendano la fede privilegiata strumento di giustizia sostanziale⁸¹.

Si comprende, allora, la ragione per cui il notaio rappresenta uno dei pilastri del sistema di pubblicità immobiliare nel modello di civil law; il controllo preventivo di legalità, capacità e legittimazione, da lui effettuato, che è un controllo *professionale, oggettivo ed imparziale*, garantisce la qualità e la validità dei dati presenti nei registri, tutelando nel contempo gli interessi delle parti nelle singole contrattazioni, nel rispetto delle regole e

⁸⁰ Cfr. M. GRAZIADEI, *I trasferimenti immobiliari nel mondo di common law. Modelli a confronto*, cit. p. 212.

delle finalità dell'ordinamento giuridico, e l'interesse della collettività, che fa affidamento sulle risultanze dei detti registri, alla sicurezza ed allo sviluppo degli scambi, che è un bene acquisito e socialmente condiviso.

⁸¹ Per tali considerazioni cfr. M. NASTRI, *Trasferimenti immobiliari nazionali e internazionali, procedure telematiche e garanzia notarile*, cit., p. 335.

CONCLUSIONI

Alla stregua di quanto sinora esposto, alcune riflessioni si impongono sulla funzione notarile nell'ordinamento giuridico italiano.

Come precedentemente affermato¹, il notaio si caratterizza per la presenza, in lui, di una «duplice anima»: egli cumula su di sé le due «inscindibili» qualità di libero professionista e di soggetto investito di un *munus publicum*; qualità che non si sommano, ma si combinano (o, per lo meno, dovrebbero combinarsi) tra di loro, in modo tale da dar vita ad un armonico ed equilibrato rapporto dialettico. Rapporto dialettico che, lungi dall'identificarsi con l'«*aut – aut*» di tipo esistenzialistico (per cui il notaio dovrebbe essere «o» solo pubblico ufficiale «o» solo libero professionista), non può, secondo il modesto parere di chi scrive, rapportarsi nemmeno alla dialettica di tipo «*vichiano*» (la quale, attraverso un movimento, per così dire, «circolare» si muove *avec souplesse* tra i due termini del rapporto, senza necessariamente risolversi nell'uno o nell'altro dei due e senza pretendere di assimilarli, anzi facendo in modo che essi, pur richiamandosi continuamente, conservino costantemente la loro autonomia ed indipendenza – proprio come due punti opposti di una circonferenza –), bensì alla dialettica di tipo «*hegeliano*». Questa si sviluppa con un

¹ Cfr., *retro*, Cap. I, par. 3.

movimento “*a spirale*”, attraverso il quale la “tesi” e l’“antitesi” si fondono e si “unificano” in una “*sintesi*” positiva, comprensiva di entrambe, la quale si configura come una *riaffermazione* potenziata dell’affermazione iniziale (tesi), ottenuta mediante la negazione della negazione intermedia (antitesi). Riaffermazione che Hegel focalizza con il termine di «*Aufhebung*», il quale è appropriato ad esprimere l’idea di un «superamento» che è, al tempo stesso, un “togliere” (l’opposizione tra tesi ed antitesi) e un “conservare” (la verità della tesi, dell’antitesi e della loro lotta)². L’ «*Aufhebung*», in altre parole, allude ad un progresso che ha fatto proprio quello che c’era di *vero* nei momenti precedenti della tesi e dell’antitesi, portandolo, nel contempo, alla sua migliore e più alta espressione.

È proprio all’*Aufhebung* che, quindi, deve tendere l’istituzione notarile: solo “togliendo” il contrasto esistente tra pubblica funzione e libera professione, e contemporaneamente “conservando” il valore insito in ciascuno di questi due aspetti, il notaio potrà salvaguardare la specificità della sua funzione e, di conseguenza, la sua *identità*.

In questa prospettiva, un ruolo fondamentale è svolto dall’art. 28 l. not. (come modificato dall’art. 12 della l. n. 246/2005), e soprattutto, volendo essere più precisi, dall’art. 28, comma 1, n. 1 l. not., in quanto esso

² Cfr. N. ABBAGNANO, *Protagonisti e testi della filosofia*, Torino, 1996, III, pag. 163.

costituisce il perno attorno al quale costruire il rapporto dialettico tra le due componenti dell'anima notarile.

Tale articolo, sancendo il divieto per il notaio di «ricevere atti espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico», garantisce che tutti gli atti giuridici negoziali, ricevuti o autenticati dal notaio, vengano sottoposti ad uno stringente *controllo di legalità* formale e sostanziale. Il notaio rappresenta, quindi, una “diga” posta dall'ordinamento a sbarrare l'ingresso nel circuito giuridico di atti non conformi alla legge e non leciti nel contenuto, che devono essere rifiutati dal notaio anche contrariando l'intenzione liberamente e consapevolmente espressa dalle parti.

Tale controllo notarile di legalità è uno degli assi portanti del sistema della trascrizione nell'ordinamento giuridico italiano. Al «crisma di legalità» dell'atto notarile corrisponde, infatti, un effettivo *filtro, tale da escludere l'accesso alla pubblicità immobiliare per gli atti per i quali non risulti accertata la conformità alla legge.*

Si comprende, così, il significato della norma di cui all'art. 2657 cod. civ. che richiede l'autenticità del titolo, quale presupposto imprescindibile ai fini della trascrizione.

Tale norma, tuttavia, non appare lesiva del *principio di libertà di forma* delle contrattazioni³: l'art. 1350 cod. civ. continua, infatti, a ritenere sufficiente, ai fini della formazione di un valido negozio traslativo o dichiarativo di diritti reali immobiliari, la mera scrittura privata (non autenticata) non diversamente da quanto avviene nei sistemi di common law.

Il sistema sembra allora soddisfare in modo adeguato sia gli interessi delle parti che quelli della circolazione giuridica: nei rapporti *inter partes* il negozio giuridico è valido ed efficace anche se perfezionato con mera scrittura privata, ancorché redatta dalle parti stesse senza alcuna consulenza legale o intervento di pubblico ufficiale: le parti che ritengono di avere una preparazione giuridica di base adeguata e di non necessitare dell'intervento del notaio, né della trascrizione quale strumento di tutela nei confronti di eventuali atti dispositivi da parte dell'alienante, possono confezionare da se stessa la scrittura privata, ottenendo il divisato effetto del trasferimento della proprietà senza nel contempo essere obbligate alla trascrizione. Nel momento, però, in cui l'acquirente intenda immettere nuovamente l'immobile nella circolazione giuridica (offrendolo in garanzia ipotecaria od alienandolo nuovamente), occorrerà o ripetere il negozio in forma

³ Sulla forma del contratto ed in particolare sul principio della libertà delle forme cfr. P. STANZIONE, *Manuale di diritto privato*, cit. p. 189 ss.

autentica – con obbligo, allora, del notaio di trascrivere, ex art. 2671 cod. civ. –; ovvero procedere all'accertamento giudiziale delle sottoscrizioni, per poi trascrivere la scrittura privata e commerciare nuovamente l'immobile con piena tutela del terzo subacquirente. Il sistema del *doppio binario* (sufficienza della scrittura non autenticata ai fini della validità del contratto, ex art. 1350 cod. civ.; necessità dell'intervento del notaio ai fini della relativa trascrizione, ex art. 2657 cod. civ.) evidenzia quindi chiaramente che la ragione giustificatrice dell'intervento notarile va ravvisata nella tutela della sicurezza giuridica e dell'affidamento dei terzi, come si è cercato di mettere in evidenza nel corso della presente trattazione.

BIBLIOGRAFIA

- AJANI G., *La professione notarile in civil law e common law – rapporto di diritto comparato*, in *Federnotizie – Quaderno n. 11. Quarto Congresso Federnotai*, Roma, 1999.
- AMATO N., *I limiti della libertà professionale del Notaio*, in *Riv. Not.*, 1960.
- ANCARANI G., *L'orientamento del notariato dalla legislazione sugli stati preunitari alla prima legge italiana*, in F. MAZZANTI PEPE e G. ANCARANI, *Il Notariato in Italia dall'età napoleonica all'unità*, Roma, 1983.
- ANGELONI F., *La responsabilità civile del notaio*, in *Grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, diretti da F. Galgano, Padova, 1960.
- ANSELMI A., *Principi di arte notarile*, Roma, 1952.
- ARICÒ G.-LIOTTA G.-MORANDI E., *Il documento notarile garanzia degli investimenti. Strumento di sicurezza dei pubblici registri e titolo esecutivo*, in *Relazioni italiane al XXVI Congresso Internazionale del Notariato. Marrakech, 3-6 ottobre 2010*.
- ASARO S.-COLLETTI F.-RECCO D., *La Trascrizione. La giurisprudenza di risoluzione dei conflitti tra più aventi causa*, Milano, 2011.
- BALDASSARRE A., *La funzione notarile e la Costituzione italiana*, in *Rass. dir. civ.*, 2009.
- BARATTA V., *La natura giuridica dell'atto notarile*, in *Il Notariato nella società moderna e le sue funzioni*, Palermo, 1966.
- BARILE P., *Riflessioni di un costituzionalista sulla professione di notaio*, in *Vita Not.*, 1984.

- BARONE A.-PICCOLO P., *I notai*, in L. Nogler (a cura di), *Le attività autonome*, Torino, 2006.
- BARONE R., *Funzione pubblica e sociale del Notaio – Atti del XXI Congresso Internazionale del Notariato Latino. Berlino 1995*, Roma, 1995.
- BARRESI R.G., *Aspetti comparatistici del notariato fra Italia e Inghilterra*, in *Vita Not.*, 1998.
- BAZZONI D., *Il notariato in Francia*, in *Il notariato nell'Europa comunitaria: certezza giuridica a tutela del cittadino. I. Tavola dei notariati d'Europa*, Roma, 1991.
- BOLAFFI, *La riforma della trascrizione in Francia*, in *Riv. Dir. comm.*, 1936.
- BORTOLUZZI A., *Il Notaio e la risoluzione alternativa delle controversie*, in *Vita Not.*, 2001.
- BUTTITTA G., *L'arte del notaio prima e dopo il rogito. Per una nuova prospettiva funzionale*, in *Vita Not.*, 2000.
- CALÒ E., *Il "mistero" del notariato*, in *Notariato*, 2002.
- CANTELMO V. E., *Profilo costituzionale e tipicità della funzione notarile*, in *Riv. Not.*, 1975.
- CAPPONI B., *Un nuovo titolo esecutivo nella disciplina della mediazione/conciliazione*, in *Riv. esec. forz.*, 2011.
- CARNELUTTI F., *Diritto o arte notarile*, in *Vita Not.*, 1954.
Id., *La figura giuridica del Notaio*, in *Riv. Not.*, 1954, e in *Riv. dir. proc. civ.*, 1954, I.
- CAVALLINI M., *Il Notariato in Germania*, in *Tavola dei notariati d'Europa*, Roma, 1991.
- CASU, *Sull'acquisizione da parte del notaio della certezza dell'identità del sottoscrittore (nota a Cass. 10 agosto 2004 n. 15424)*, in *Riv. Not.*, 2005.
- CELESTE G., *La deontologia professionale nel sistema delle fonti dell'ordinamento notarile*, in *Cons. Stato*, 1997.

- CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, II ediz., Torino, 1997.
- CHIANALE A., *Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990.
Id., *Pubblicità immobiliare*, in *Digesto Disc. Priv.*, IV ed., Sez. Civ., vol. XVI, Torino, 1997.
- CHIARELLI B., *Istituzioni sul notariato*, vol. I, Palermo, 1840.
- CIAMPI F., *La funzione notarile e le sue prospettive*, in *Riv. Not.*, 1979.
- COLORNI V., *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Milano, 1954.
- CORBO N., *La tutela dei diritti*, Torino, 2006.
- COVIELLO N., *Della trascrizione*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza. Trattato diretto da Fiore e Brugi*, Napoli-Torino, 1924, I.
- CURTI PASINI M., *La funzione essenziale del Notaio*, in *Riv. Not.*, 1951.
- D'ORAZI FLAVONI M., *L'autonomia del diritto notarile*, in *Riv. Not.*, 1957, e in *Studi in memoria di F. Vassalli*, riprodotto in *Scritti giuridici di Mario D'Orazi Flavoni*, a cura del Consiglio notarile di Roma, Roma, 1965.
Id., *La responsabilità civile nell'esercizio del notariato*, in *Scritti giuridici*, vol. II.
Id., *La responsabilità e le responsabilità del notaio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I.
Id., *Sul contenuto della prestazione notarile*, in *Foro it.*, 1959, riprodotto in *Scritti giuridici di Mario D'Orazi Flavoni*, a cura del Consiglio notarile di Roma, Roma, 1965.
- DELPINO L.-
DEL GIUDICE F., *Diritto amministrativo*, Napoli, 1994.
- DI COSTANZO L., *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*, Napoli, 2005.
Id., *La trasmissione immobiliare nell'esperienza anglosassone*, in *Notariato*, 2013.
- DI FABIO M., voce «Notaio (dir. vig.)», in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1978.

- DI MEGLIO S., *La mediazione e la conciliazione davanti al notaio: il D.lgs. n. 28/2010*, in P. SIRENA (a cura di), *L'atto pubblico notarile come strumento di tutela nella società dell'informazione. Le Ricerche*, in *I quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, Milano, 2013.
- DONÀ G., *Elementi di diritto notarile*, Milano, 1933.
- DONISI C., *Considerazioni di un laico sulle ultime proposte di modifica dell'art. 28, n. 1), della legge notarile*, in *Vita Not.*, 1984.
- Id.*, *Il notaio ed il controllo di liceità del regolamento negoziale*, in *Riv. Not.*, 1975.
- Id.*, *Verballi di assemblea e controlli notarili*, in *Attualità e limiti del controllo giudiziario sugli atti societari. Atti del Convegno di Studi organizzato dal Comitato Notarile Regionale della Campania*, Napoli, 1984.
- FABIANI E.-LEO M., *Prime riflessioni sulla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali" di cui al D.lgs. n. 28/2010*, in *Riv. Not.*, 2010.
- FALCIONI D., *Manuale teorico – pratico del notariato*, vol. I, Torino, 1888.
- FALQUI MASSIDDA G., *Il nuovo libro del sistema tavolare e della trascrizione*, Rovereto, 2004.
- FAVARAT J., voce «Notaio», in MERLIN, *Repertorio universale e ragionato di giurisprudenza e questioni di diritto*, vol. XIII, Napoli, 1831.
- FILIBERTI, *La professione notarile nella attuale società italiana*, in *Riv. Not.*, 1966.
- FORTE A., *Il notaio garante nei trasferimenti immobiliari: riflessioni per non notai*, in *Atti del XLII Congresso Nazionale del Notariato, Riva del Garda, 14 – 17 ottobre 2006*.
- FUSARO A., *Forme e volti del notariato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001.
- Id.*, *La collocazione del notaio negli ordinamenti stranieri*, in *Notai e Costituzione. Atti del Convegno*

- di Assonotai Campania. Napoli, 12 dicembre 2008, in Notariato. Rassegna sistematica di diritto e tecniche contrattuali. Quaderni, Milano, 2009, n. 24.*
- Id., Prospettive di intervento notarile nelle ADR, in Vita Not., 2002.*
- GABRIELLI G., *Idoneità dei titoli al fine della pubblicità immobiliare, in Riv. dir. civ., 1996, I.*
- Id., Limiti di ammissibilità di una dispensa del notaio dal dovere di provvedere alla pubblicità immobiliare, in Rass. dir. civ., 1996.*
- GALLI R., *Corso di diritto amministrativo, Padova, 1994.*
- GAUDENZI A., *Sulla duplice redazione del documento italiano nel medioevo, in Arch. St. It., XLI, Firenze, 1908.*
- GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare, I, in Il Codice civile. Commentario, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1998.*
- GENTILE, *La trascrizione immobiliare, Napoli, 1959.*
- GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia (1865-1942), Roma-Berlino, 2006.*
- GIACOBBE G., *La funzione notarile oggi, in Riv. Not., 1977.*
- GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo, Milano, 1970.*
- Id., Istituzioni di diritto amministrativo, Milano, 1981.*
- GIRINO G., *La figura giuridica del Notaio, in Riv. Not., 1985.*
- Id., Le funzioni del Notaio, in Riv. Not., 1983.*
- GIULIANI G., *Alcune considerazioni sul concetto di libera professionalità del notaio, in Riv. Not., 1955.*
- GRAZIADEI M., *I trasferimenti immobiliari nel mondo di common law. Modelli a confronto, in Civil law – Common law. Sviluppo economico e certezza giuridica nel confronto tra sistemi diversi. XLI Congresso Nazionale del Notariato. Pesaro, 18/21 settembre 2005.*
- GRISI G., *Il dovere di « dissuasione » dei clienti non trova alcun fondamento normativo, in Guida al dir.,*

- 2002, n. 29.
- GUASTI F., *La funzione notarile nell'era della globalizzazione, in Notariato, 2002.*
- JANNUZZI A., *Domande e suggerimenti del notaio nella formazione del testamento, in Vita Not., 1955.*
- Id.*, *La funzione del notaio nel processo, in Riv. Not., 1953.*
- LASAGNA G.C., *Il Notaro e le sue funzioni, Genova, 1974.*
- LAURENT F., *Principii di diritto civile (trad. it.), 29, Milano, 1887.*
- LAURINI G., *Il Congresso di Milano: il Notaio tra regole e mercato, in Notariato, 2002.*
- LAZZARO C., *La doppia valenza dell'attività notarile rispetto all'obbligo della trascrizione immobiliare, in Notariato, 2013.*
- LEGA C., *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza, Milano, 1974.*
- LICINI C., *Notaio e società civile: chi è in controtendenza?, in Notariato, 2002.*
- Id.*, *Alternative dispute Resolution (ADR): aspettative europee ed esperienze USA, attraverso il Libro Verde della Commissione Europea, e la sapienza di un giurista-mediator americano, in Riv. Not., 2003.*
- LOVATO A., *Il notaio pubblico ufficiale e libero professionista nei notariati a tipo latino, in Riv. Not., 1955.*
- MALTESE, *Sul concetto di pubblica fede del libro fondiario, in Atti del Convegno «il sistema transfrontaliero del libro fondiario», Gorizia, 1999.*
- MARICONDA G., *Dalla documentazione alla giurisdizione, in Notariato, 1999.*
- Id.*, *voce "Atto pubblico", in Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma, 1988, IV.*
- MAZZANTI PEPE F., *Modello francese e ordinamenti notarili italiani in età napoleonica, in F. MAZZANTI PEPE e G.*

- ANCARANI, *Il Notariato in Italia dall'età napoleonica all'unità*, Roma, 1983.
- MAZZOLA P., voce «*Notaio e Notariato*», in *Digesto*, Torino, 1995, XII.
- MENGOZZI G., *Ricerche sull'attività della scuola di Pavia nell'Alto Medio Evo*, Pavia, 1924.
- MILLONI F., *Riflessioni sull'organizzazione e la funzione del Notaio nel sistema giuridico italiano e le sue prospettive nel quadro di integrazione europea*, in *Riv. Not.*, 1991.
- MOCCIA L., *Figure di usucapione e sistemi di pubblicità immobiliare*, Milano, 1993.
- MORANDI E., *Il notaio: alternativa civilistica alla "Title Insurance"?*, in *Civil law – Common law. Sviluppo economico e certezza giuridica nel confronto tra sistemi diversi. XLI Congresso Nazionale del Notariato. Pesaro, 18/21 settembre 2005*.
- MORELLO A.-FERRARI E.-SORGATO A., *L'atto notarile*, Milano, 1977.
- MORELLO U., *La sicurezza giuridica delle contrattazioni come mezzo di tutela del consumatore*, in *Riv. Not.*, 1995.
Id., *Notariato latino e professioni legali dei sistemi di «common law»: come confrontare due modelli*, in *Notariato*, 2000.
- MORELLO, *Le limitazioni all'esclusività della funzione notarile in Italia*, in *Riv. Not.*, 1974.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, IX ediz., Padova, 1976.
- MOSCATELLO, *La legislazione notarile italiana*, vol. I, Palermo, 1901.
- NASTRI M., *Trasferimenti immobiliari nazionali e internazionali, procedure telematiche e garanzia notarile*, in *Civil law – Common law. Sviluppo economico e certezza giuridica nel confronto tra sistemi diversi. XLI Congresso Nazionale del Notariato. Pesaro, 18/21 settembre 2005*.

- NIGRO M., *Il Notaio e il diritto pubblico*, in *Riv. Not.*, 1979.
- PANFORTI M.D., *La vendita immobiliare nel sistema inglese*, Milano, 1992.
- Id.*, *Torrens title*, in AA.VV., *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2000.
- PANUCCIO V., *L'interpretazione giuridica (nella problematica dell'attività notarile)*, in *Vita Not.*, 1994.
- PAPPAFAVA, *Opere che illustrano il notariato*, Zara, 1880.
- PERCHINUNNO R., *Il Notariato nell'economia liberale*, in *Riv. Not.*, 1994.
- Id.*, *Rapporti atipici e attività notarile*, in *Rapporti atipici nell'esperienza negoziale. Atti del III Convegno di studi*, Napoli, 29 – 30 maggio 1987, Milano, 1988.
- PESIRI E., *Sistema di diritto positivo e pubblica funzione del notaio*, in *Notai e Costituzione. Atti del Convegno di Assonotai Campania. Napoli, 12 dicembre 2008*, in *Notariato. Rassegna sistematica di diritto e tecniche contrattuali. Quaderni*, Milano, 2009, n. 24.
- PETRELLI G., *Formulario notarile commentato*, III, 2 Milano, 2001.
- Id.*, *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007.
- Id.*, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2007.
- Id.*, *Note sulla trascrizione degli acquisti mortis causa*, in *Riv. Not.*, 1993.
- Id.*, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. dir. civ.*, 2009.
- Id.*, *Questioni generali e problemi aperti in materia di trascrizione immobiliare*, in *Riv. Not.*, 2013.
- Id.*, *Sulla sicurezza degli acquisti da eredi e donatari*, in *Notariato*, 2005.
- PICARDI N., *Pubblicità immobiliare. Sistemi di diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991.

- PICCOLI P., *Il Congresso di Pesaro: il notaio tra “Civil law” e “Common law”*, in *Notariato*, 2005.
- POLIZZOTTI, *Etimologia della parola “notaro”*, in *Il notariato italiano*, 1889.
- RAMONDELLI G., *A proposito dell’attività di consulenza svolta dai notai (e di alcuni profili deontologici e operativi)*, in *Riv. Not.*, 2001.
- RIVA SANSEVERINO N., *Sulla funzione del notaio*, in *Riv. Not.*, 1954.
- ROMANO S., *La distinzione fra diritto pubblico e privato (e i suoi riflessi sulla configurazione dell’ufficio notarile)*, in *Riv. Not.*, 1963.
- SACCO R., *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007.
- SALITO G., *Il notaio diventa consulente fiscale delle parti*, in *Riv. Not.*, 2003.
- SANTORO M., *Notai. Storia sociale di una professione in Italia (1861-1940)*, Bologna, 1998.
- SANTORO-PASSARELLI F., *Dai codici preunitari al codice civile del 1865, in Libertà e autorità nel diritto civile. Altri Saggi*, Padova, 1977.
- SATTA S., *Poesia e verità nella vita del Notaio*, in *Riv. Not.*, 1955, e in *Riv. dir. proc.*, 1955.
- SCHLESINGER P., *Spontaneità del mercato e regole giuridiche. Considerazioni del coordinatore*, in *Relazioni al XXXIX Congresso nazionale del Notariato*, Milano, 2002.
- SISCARO V., *Colpa professionale nell’attività notarile: informazione e consulenza fiscale*, in *Vita Not.*, 2003.
- SORMANI F., *La giurisprudenza pratica del notaio*, Milano, 1847.
- STANZIONE P., *Manuale di diritto privato*, Torino, 2013.
- TONDO S., *Caratteri e prospettive dell’attività notarile*, in *Riv.*

Not., 1966.

- TRAPANI G., *Il notaio, consulente giuridico delle parti, interprete e garante di interessi pubblici e privati*, in XXXVI Congresso Nazionale del Notariato. Roma, 27 – 30 novembre 1997 (*Il notaio istituzione garante dei diritti del cittadino e dell'interesse pubblico*), Roma, 1997.
- VALENTINI F., *Figure, rapporti, modelli organizzatori*, in *Tratt. dir. amm. Santaniello*, vol. IV, Padova, 1996.
- VARANO V., *voce Notaio e Notariato. Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990.
- VESCI M.E., *La certezza giuridica del contratto come strumento di tutela del consumatore*, in *Atti del XXI Congresso Internazionale del Notariato Latino*, Roma, 1995.
- VOCATURO C., *Il potere di autentica del cancelliere: tra ars notaria e certezza pubblica (nota a Trib. Verbania 30 novembre 2005)*, in *Riv. Not.*, 2006.
- VOCINO C., *La funzione processuale del notaio*, in *Riv. Not.*, 1956.
Id., *Profilo dell'atto ricevuto da notaio*, in *Riv. Not.*, 1968.
- VOTTA N., *La funzione notarile e il diritto pubblico*, in *Giur. Italiana*, 1986.
- ZANOBINI L., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, I, III, V.
Id., *L'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955.
- ZINGAROPOLI A., *La responsabilità del notaio. Alla luce della legge di semplificazione 28 novembre 2005, n. 246*, in *Attività & Responsabilità. Collana diretta da L. Viola*, Halley editrice, 2006.
- ZWEIGERT K.-KÖTZ H., *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 1995.