



**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**  
**(Abstract)**

**Coordinatore:**  
**Ch.mo Prof. Pasquale Stanzione**

**Tutor:**  
**Ch.ma Prof.ssa Annamaria Giulia Parisi**

**Dottoranda:**  
**Benedetta Pesiri**

*Anno Accademico 2012-2013*

# 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
<b>Conclusioni</b>	p. 151
<b>Bibliografia</b>	p. 156

**LA PUBBLICITÀ IMMOBILIARE E  
LA FUNZIONE DEL NOTAIO  
NEI SISTEMI GIURIDICI DI CIVIL LAW E COMMON LAW**

**ABSTRACT**

Il codice civile del 1942 attribuisce al notaio un ruolo primario al fine di rendere possibile l'efficiente funzionamento della pubblicità immobiliare. Innanzitutto, l'art. 2657 cod. civ. richiede l'autenticità del titolo quale presupposto imprescindibile ai fini della trascrizione; in secondo luogo, l'art. 2671 cod. civ. pone a carico del notaio, o altro pubblico ufficiale che ha ricevuto o autenticato l'atto «soggetto a trascrizione», «l'obbligo di curare che questa venga eseguita». Al fine di comprendere la *ratio* delle citate norme, si è concentrata preliminarmente l'attenzione sulla figura del notaio, analizzandone natura, funzione e ruolo. Partendo dalla *vexata quaestio* del “bifrontismo” del notaio, ossia la coesistenza in lui delle figure del pubblico ufficiale e del libero professionista, sono prospettate le diverse tesi relative al coordinamento di siffatti due caratteri, in termini di prevalenza o di combinazione dell'una qualità con l'altra, giungendo dottrina e giurisprudenza spesso a conclusioni diametralmente opposte. Gli orientamenti più recenti considerano il notaio espressione di armonica ed inscindibile sintesi delle

due qualità di pubblico ufficiale e di libero professionista: la pubblica funzione e l'attività libero-professionale non rappresentano, infatti, l'espressione di due distinti atteggiamenti della stessa figura, svolgentesi in tempi e modi differenti e paralleli, bensì le qualità fondamentali di un'anima, quella notarile, intimamente ed inscindibilmente unitaria. Si passa così ad analizzare la complessa attività svolta dal notaio attraverso l'esame delle tradizionali ricostruzioni proposte dalla dottrina al riguardo. In particolare si pone l'accento sulla funzione di certificazione riconosciuta al notaio dall'art. 1 **l. 16 febbraio 1913, n. 89** (legge notarile) e che consiste nell'attribuzione della pubblica fede agli atti da lui ricevuti. Non trascurandosi il ruolo del notaio nella formazione del regolamento negoziale, viene in rilievo la funzione di adeguamento dal medesimo svolta, definita come "congrua aderenza dell'intento empirico manifestato dalle parti ai paradigmi offerti dall'ordinamento positivo", che comporta per il notaio una delicata ed importante serie di doveri-poteri: indagare personalmente la volontà delle parti; 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 ed al buon costume. Il notaio, nell'assolvere i suoi compiti in maniera coscienziosa e scrupolosa, rappresenta anche uno

strumento essenziale nella limitazione dell'insorgenza delle controversie. Ne discende l'affermazione del carattere "antiprocessuale" della funzione notarile, che Francesco Carnelutti ha sottolineato con l'espressione ormai celebre: «tanto più notaio, tanto meno giudice». Si prosegue evidenziando come oggi l'attività notarile sia stata arricchita con l'attribuzione legislativa di nuovi compiti che finiscono col valorizzare il ruolo del notaio, che diventa così garante di rilevanti interessi pubblici e collettivi. Di qui la definizione della funzione del notaio quale funzione di garanzia, avanzata da autorevole dottrina. Attività certificante, adeguamento della volontà ed esplicazione di compiti ausiliari, attribuiti per la tutela di interessi pubblici, si ricompongono in una attività complessa ed unitaria, che è, appunto, la 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 rechino danno alla comunità. L'esatta individuazione della natura e della funzione del notaio consente, poi, di delineare il ruolo di primaria importanza che il notaio ha assunto nel panorama giuridico e socio-economico della realtà contemporanea. Segue, pertanto, l'analisi del ruolo del notaio quale garante dell'equilibrio contrattuale delle parti, nel rispetto della legge, acquistando vigore il valore della imparzialità, indipendenza, correttezza e competenza

che connotano il suo modo di essere; ed ancora il ruolo del notaio quale garante del corretto funzionamento del mercato e quale custode del diritto e dell'ordinamento. Nella veste di custode del diritto il notaio deve esercitare il cosiddetto "potere di controllo di legalità" dell'esplicazione dell'autonomia privata, potere che costituisce una delle più importanti estrinsecazioni della funzione notarile e che trova valido fondamento positivo nell'art. 28 n. 1 l. not., che vieta al notaio di ricevere atti «espressamente proibiti dalla legge».

Si osserva, nel prosieguo della trattazione, che la figura del notaio così delineata non è esclusiva dell'ordinamento giuridico italiano, ma la si trova in tutti i sistemi giuridici c.d. latini o di civil law. Di contro, ragioni storiche e culturali, ampiamente esposte, hanno impedito in Inghilterra e nei paesi di diritto di derivazione inglese lo sviluppo di una figura professionale corrispondente a quella del notaio latino, e quindi la nascita del concetto di atti forniti di pubblica fede. Di qui la comparazione del notaio latino con le figure del *public notary* e del *solicitor*.

Si perviene, infine, ad esaminare il ruolo del notaio nel nostro sistema di pubblicità immobiliare. La legge riserva al notaio la formazione del titolo idoneo alla trascrizione. Si spiega il fondamento di tale scelta legislativa, che viene ravvisato 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, capacità e legittimazione delle stesse, di controllo della legalità formale e sostanziale dell'atto, al fine di promuovere il massimo grado possibile di sicurezza della circolazione immobiliare. Il tema della sicurezza della circolazione, o meglio della sicurezza dei traffici giuridici, che costituisce la ragion d'essere stessa della pubblicità immobiliare è valutato, però, in un'ottica non solamente privatistica, ma ormai integrata nel contesto di più ampie finalità di ordine generale e di natura pubblicistica. Tali considerazioni emergono da un attento esame dell'evoluzione storica dell'istituto della trascrizione – dalle origini fino ai più recenti provvedimenti legislativi in materia – che, rilevandone natura e funzione, viene a dimostrare l'esistenza di una progressione, continua ed ininterrotta, nella direzione di una sempre più intensa tutela dei traffici immobiliari. La centralità del ruolo del notaio nel sistema di pubblicità immobiliare viene confermata dalla valutazione della qualità dei diversi sistemi di pubblicità immobiliare – dei quali sono individuate le caratteristiche –, riguardo al profilo in esame. L'analisi condotta comparativamente evidenzia che negli ordinamenti in cui non esiste la figura del notaio, in cui 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 presi in considerazione offrono un esempio particolarmente significativo in tal senso. Così nel sistema *Torrens* e nel sistema inglese di *Land Registration*, in cui non esistono la figura di *civil law notary* e gli stessi concetti di autenticità dei documenti e di prova legale, 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.). 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* e quindi la sostanziale “privatizzazione della certezza giuridica in materia di trasferimenti immobiliari”.

Da quanto esposto si comprende chiaramente 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 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.